



Universidad de León
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado y de la Empresa
Área del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES Y PROCESO SOCIAL

Tesis Doctoral presentada por
Compendio de Publicaciones
por:

JAIME DE LAMO RUBIO
LICENCIADO EN DERECHO
MAGISTRADO

Directores:

PROF. DR. D. JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
PROF^a. DRA. D^a. SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
CATEDRÁTICOS DE UNIVERSIDAD DE
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Año 2017

NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES Y PROCESO SOCIAL

Tesis Doctoral por compendio de publicaciones que, para la colación del Grado de Doctor en Derecho, presenta Don Jaime de Lamo Rubio, dirigida por los Profesores. Dr. D. Juan José Fernández Domínguez y Dra. D^a. Susana Rodríguez Escanciano.

Facultad de Derecho

Universidad de León

2017

*A Elle e Irene,
semillas de mis sueños*

*A la Memoria de mis padres,
Alejandro (+) y Dora (+)*

AGRADECIMIENTOS

Quiero expresar mi agradecimiento a todas las personas e instituciones que, en mayor o menor medida, han contribuido a que hoy se presente esta Tesis. Muchos de ellos ni siquiera se imaginan que hayan contribuido a tal fin.

En primer término, mi más sincero agradecimiento a mis *Directores de Tesis*, los *Profesores Dr. D. Juan José Fernández Domínguez y Dra. D^a. Susana Rodríguez Escanciano*, Catedráticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León, por su dedicación, esmero y atención y, sobre todo, por la confianza depositada en mi para llevar a cabo esta tarea. Muchas gracias a ambos.

En segundo lugar, he de mostrar públicamente mi agradecimiento a *mi mujer, Elle*, pues sin su apoyo, comprensión y generosidad en la cesión de tiempo y esfuerzos hubiera sido muy difícil acometer tal empresa; sobre todo, si tenemos en cuenta, como explicaré, que las publicaciones que se compendian en la misma las fui realizando a lo largo de algunos años, en los que esas cualidades de mi querida Elle fueron esenciales para permitirme llevarlas a cabo.

En tercer término, *mi agradecimiento a mi hija, Irene*, sobre todo por el tiempo que le sustraje y que aplique a la investigación, compaginándola con mi profesión en la Administración de Justicia. Ella ha seguido mis pasos en cuanto a formación universitaria se refiere, eligiendo las enseñanzas del Derecho, que ha cursado en esta nuestra Universidad de León, obteniendo, el pasado julio de 2017, el Grado en Derecho, por lo que aprovecho para darle públicamente mi más sincera enhorabuena. Desconozco la razón última de su decisión a la hora de elegir su formación universitaria, pero quizá mi pasión por el Derecho tenga algo que ver en la misma.

A ambas les dedico esta Tesis.

También se la dedico *a la Memoria de mis padres (+)*, que ya no están con nosotros. Ellos se hubieran sentido muy orgullosos de ver a su hijo con el Título de Doctor en Derecho y, además, por la Universidad de León, ciudad que me vio nacer; a ellos les debo tanto, que me resulta difícil de explicar en este lugar.

Finalmente tengo que mostrar mi agradecimiento a *todos aquellos que, aún sin saberlo, han contribuido a mi inquietud intelectual por el tema objeto de la presente Tesis*. En este apartado es inevitable referirme a mi experiencia profesional como Magistrado, y anteriormente como Secretario Judicial (ahora llamado Letrado de la Administración de Justicia), profesiones en las que totalizo más de treinta años de ejercicio profesional, que sin duda han contribuido a perfeccionar mis conocimientos sobre la nulidad de actuaciones judiciales, el proceso laboral y los demás temas que abordo en esta Tesis, tanto desde el aspecto teórico, como práctico.

JAIME DE LAMO RUBIO
León, octubre 2017

CONSIDERACIONES PREVIAS

El *Reglamento de las Enseñanzas Oficiales de Doctorado y del Título de Doctor de la Universidad de León*, aprobado por el Consejo de Gobierno de la ULE de 25 de septiembre de 2012, en su artículo 19.2 establece lo siguiente:

"...2. La tesis doctoral podrá también consistir en la recopilación en una memoria de varios trabajos de investigación publicados por el doctorando en medios científicos relevantes en su ámbito de conocimiento. En esta modalidad se deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a) Los artículos que configuren la tesis doctoral deberán estar publicados o aceptados con fecha posterior a la obtención de la titulación que ha habilitado al interesado para acceder al programa, no podrán haber sido utilizados en ninguna tesis anterior y se deberá hacer mención a la Universidad de León a través de la afiliación del doctorando.*
- b) Si la publicación ha sido realizada por varios autores, además del doctorando, se debe adjuntar la declaración de los restantes autores de no haber presentado dicha publicación en otra tesis doctoral o la renuncia a hacerlo. Los coautores señalarán el trabajo del doctorando en la realización de las mencionadas obras.*
- c) La tesis deberá estar integrada por un título, resumen, introducción, objetivos, metodología, resultados, conclusiones y bibliografía, los artículos que la componen, bien constituyendo capítulos de la misma, o bien como un Anexo.*

La Comisión Académica del programa de doctorado podrá establecer el número mínimo de artículos necesarios para presentar una tesis en esta modalidad y las condiciones adicionales sobre la calidad de los trabajos. Estos requisitos deberán ser aprobados por el Comité de Dirección del Centro de Posgrado o de la Escuela de Doctorado, según corresponda...."

De acuerdo con dicha normativa, **esta Tesis Doctoral se presenta por la modalidad de compendio de publicaciones**. Las obras que se incluyen en la misma están todas ellas ya publicadas, son de la autoría exclusiva del autor de esta Tesis, expresándose la Editorial o Revista en que se publicaron, así como los demás datos usuales para facilitar la identificación de las mismas. En definitiva, son un (1) Libro y ocho (8) artículos doctrinales, que cumplen dichos requisitos, y en relación con los cuales justificaremos, en un posterior apartado, la necesaria unidad temática, que, en definitiva, da sentido a la presente Tesis y que gira en torno a la **nulidad de actuaciones judiciales y el proceso social**. El detalle de los mismos se expondrá en los Capítulos I y II, infra.

Todos los trabajos incluidos en esta Tesis están publicados en fecha posterior a la obtención de la titulación que habilita al interesado a presentar la Tesis, pues habiendo obtenido el Título de Licenciado en Derecho por la Universidad de Valladolid, en el año 1986, en los cursos académicos 1988-1990, realicé los Cursos de Doctorado en el programa "Derecho Procesal Orgánico", del Departamento de Derecho Civil, Penal y Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), superando los mismos y obteniendo la **suficiencia investigadora con fecha 25 de septiembre de 1990**, según consta en la evaluación global del expresado programa de Doctorado; expediente que, en su día, traslade a esta Universidad de León, que fue autorizado por acuerdo de 20 de enero de 2009, del Sr. Decano de los Estudios de Doctorado de la Universidad de León, por delegación de la Comisión de Doctorado, según ha de constar todo ello acreditado en mi expediente académico en esta Universidad de León (ULE).

Finalmente, es preciso expresar que la presente **Tesis Doctoral por compendio de publicaciones** cumple con la normativa de la Universidad de León, citada, por cuanto:

1. Incluye una **introducción general** en la que **se presentan las publicaciones** y se **justifica la unidad temática**.
2. Se explican los **objetivos de la investigación y metodología empleada**, con carácter general y al hilo de cada una de las obras que se compendian.
3. Se incorpora un **resumen global de los resultados obtenidos**, con una **discusión** de los mismos y las correspondientes **conclusiones**. En estos apartados se aprovecha para **valorar y actualizar** los resultados obtenidos en el momento de las referidas publicaciones.
4. Todo ello se completa con los correspondientes **índices y abreviaturas** utilizadas y se cierra con la expresión de la **bibliografía** de referencia, tanto en la confección de las publicaciones insertadas, como en la actualización de resultados realizada en esta Tesis.
5. Se incluyen copiados literalmente, como sendos **ANEXOS**, los trabajos que se compendian, en este caso, **un (1) Libro y ocho (8) artículos doctrinales**, todos ellos publicados, de autoría única y exclusiva del autor de esta Tesis y resultado original de mi investigación; expresándose la Editorial o Revista en que se publicaron, así como los demás datos usuales para facilitar la identificación de los mismos. Por tanto, se supera con creces el mínimo establecido de tres publicaciones o capítulos de libro.

El requisito relativo al **Factor de Impacto (FI)** de las publicaciones que se recogen en la tesis o, en ausencia de este dato, **importancia de la revista científica o editorial del libro** o, eventualmente, el "**factor de influencia de los artículos**", se cumplimenta en impreso oficial por los Directores de esta Tesis, conforme a la expresada normativa.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ABREVIATURAS UTILIZADAS	17
I. INTRODUCCIÓN GENERAL Y JUSTIFICACIÓN DE LA UNIDAD TEMÁTICA	21
II. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA	25
1. EN GENERAL.....	25
2. EN PARTICULAR, EN RELACIÓN CON LAS PUBLICACIONES COMPENDIADAS.....	27
2.1. Libro publicado, de autoría exclusiva.....	27
2.2. Artículos doctrinales publicados, todos ellos de autoría exclusiva.....	29
III. RESUMEN GLOBAL DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS, ACTUALIZACIÓN Y DISCUSIÓN SOBRE LOS MISMOS	37
1. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES.....	37
2. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES.....	39
2.1. Situación hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.....	39
2.2. Situación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.....	40
2.3. Desde 1984 hasta 1985.....	41
2.4. A partir de 1985 y hasta la reforma de 1997.....	41
2.5. La reforma de 1997 de la LOPJ.....	45
2.6. La reforma de 1999.....	46
2.7. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.....	47
2.8. La reforma de 2003.....	48
2.9. La reforma de 2007.....	49
2.10. Referencia a la Justicia Digital.....	50
3. SOBRE LA CONFIGURACIÓN CONCEPTUAL DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES.....	50
4. LA NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE NULIDAD DE ACTUACIONES.....	55
4.1. Características.....	55
4.2. Aspecto sustantivo de la nulidad de actuaciones judiciales.....	58
A) <i>Nulidad de pleno derecho</i>	58
B) <i>Anulabilidad</i>	60
C) <i>Principio de subsanación de actos procesales defectuosos</i>	60
D) <i>Principio de conservación de los actos procesales</i>	60
E) <i>Los actos irregulares</i>	61
4.3. Aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones: remisión.....	61
5. VÍAS O CAUCES PARA DECLARAR LA NULIDAD DE ACTUACIONES.....	62
5.1. Primera vía: Los recursos legalmente previstos.....	62
5.2. Segunda vía: El incidente ordinario de nulidad de actuaciones.....	64
5.3. Tercera vía: Demás medios que establezcan las leyes procesales.....	69
5.4. Cuarta vía: El incidente excepcional de nulidad de actuaciones judiciales: remisión.....	72
6. EL NUEVO INCIDENTE EXCEPCIONAL DE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES.....	72
6.1. Introducción.....	72
6.2. Naturaleza jurídica y características.....	76
6.3. Resoluciones frente a las que procede el incidente de nulidad.....	78
6.4. Motivos del incidente. Problemática tras la reforma de 2007.....	79
6.5. Competencia.....	82

6.6. Legitimación	84
6.7. Intervención del Ministerio Fiscal en el incidente de nulidad de actuaciones	85
6.8. Plazo	87
6.9. Tramitación	90
A) <i>Inadmisión</i>	91
B) <i>Subsanación</i>	91
C) <i>Admisión y posteriores trámites</i>	91
6.10. Posible suspensión de la resolución objeto del incidente	93
6.11. Resolución	95
6.12. Régimen de recursos	98
7. NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA	99
8. EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES Y EL PROCESO SOCIAL	101
8.1. Consideraciones previas	101
8.2. Nulidad de actuaciones en el orden social	102
8.3. El objeto del incidente de nulidad	106
8.4. La tramitación a seguir	110
8.5. Otros aspectos de la actual regulación	112
8.5.1. Sobre la competencia	113
8.5.2. Sobre la resolución que pone fin al incidente	113
8.5.3. Sobre el régimen de imposición de costas	114
9. JUSTICIA DIGITAL Y PROCESO SOCIAL	114
9.1. El principio de subsanación y el proceso digital social	115
9.2. La “sede judicial electrónica” y las empresas desaparecidas	118
IV. RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL Y NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES	125
V. CONCLUSIONES	133
VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA	139
ANEXOS	145
COPIA COMPLETA DE LOS TRABAJOS YA PUBLICADOS QUE SE INCLUYEN EN EL COMPENDIO	
ANEXO I:	147
LIBRO PUBLICADO, DE AUTORÍA EXCLUSIVA	147
<i>NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL Y PERSPECTIVAS,</i> EDICIONES REVISTA GENERAL DE DERECHO, VALENCIA, 1998, CON 327 PÁGINAS; ISBN 84-930083-3-8.	
ANEXOS II A IX	351
ARTÍCULOS DOCTRINALES PUBLICADOS, TODOS ELLOS DE AUTORÍA EXCLUSIVA	351
ANEXO II	351
“EL RESURGIR DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES”, PUBLICADO EN <i>REVISTA ACTUALIDAD JURÍDICA ARANZADI</i> , NÚM. 136, MADRID, 10 DE FEBRERO DE 1994, PÁGS. 1-5.	
ANEXO III	361
“INEFICACIA PROCESAL Y NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES”, PUBLICADO EN SEPARATA A LA <i>REVISTA TRIBUNALES DE CASTILLA LA MANCHA</i> , NÚM. 4, EUROJUS EDITORIAL JURÍDICA, S.A, MADRID, ABRIL 1997, PÁGS. 1-22, SEPARATA.	
ANEXO IV	383
“EL NUEVO INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES. COMENTARIO AL ARTÍCULO 1 DE LA LEY ORGÁNICA 5/1997, DE 4 DE DICIEMBRE, DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL”, PUBLICADO EN <i>REVISTA JURÍDICA LA LEY</i> , NÚMS. 4597 Y 4598, MADRID, 3 Y 4 DE AGOSTO DE 1998.	

ANEXO V	401
“NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES Y SISTEMA DE RECURSOS. ESTUDIO SISTEMÁTICO EN RELACIÓN CON EL ANTEPROYECTO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL”, PUBLICADO EN ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, <i>ESTUDIOS JURÍDICOS CUERPO DE SECRETARIOS JUDICIALES</i> , CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, MADRID, 1998, PÁGS. 125-202.	
ANEXO VI	467
“EL ‘REMOZADO’ INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES”, PUBLICADO EN LA <i>REVISTA GENERAL DE DERECHO</i> , NÚM. 658-659, VALENCIA, JULIO-AGOSTO, 1999, PÁGS. 8951-8972.	
ANEXO VII	491
“ASPECTO PROCEDIMENTAL DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES: VÍAS O CAUCES. ESPECIAL REFERENCIA AL NUEVO INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES INTRODUCIDO MEDIANTE LEY ORGÁNICA 5/1997, DE REFORMA DE LA LOPJ”, PUBLICADO EN “NULIDAD DE ACTUACIONES: PRESENTE Y FUTURO”, <i>ESTUDIOS JURÍDICOS CUERPO DE SECRETARIOS JUDICIALES</i> , CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, MADRID, 1999, TOMO III-1999, PÁGS. 171-232.	
ANEXO VIII	543
“EL NUEVO INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES: SU INCIDENCIA EN EL PROCESO LABORAL”, PUBLICADO EN “CUESTIONES ACTUALES DEL PROCESO LABORAL”, <i>ESTUDIOS JURÍDICOS CUERPO DE SECRETARIOS JUDICIALES</i> , CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, MADRID, 1999, TOMO III-1999, PÁGS. 875-946.	
ANEXO IX	601
“LA ‘SEDE JUDICIAL ELECTRÓNICA’ Y LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR EN CASO DE EMPRESAS DESAPARECIDAS”, PUBLICADO EN <i>DIARIO LA LEY</i> , NÚM. 9037, DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2017, WOLTERS KLUWER, VERSIÓN ELECTRÓNICA.	
BIBLIOGRAFÍA GENERAL SOBRE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES	609

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AN	= Audiencia Nacional
Admón	= Administración
AJA	= Revista Actualidad Jurídica Aranzadi
ALEC	= Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998
AP	= Audiencia Provincial
APE	= Revista Actualidad Penal
Art.	= Artículo
ARLOPJ	= Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOPJ
ATC	= Auto del Tribunal Constitucional
BICGPJ	= Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial
BIMJ	= Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BOCCGG	= Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	= Boletín Oficial del Estado
CC	= Código Civil
CdC	= Código de Comercio
CDJ	= Cuadernos de Derecho Judicial
CE	= Constitución Española
CEJ	= Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia
Cit.	= Citado/a
CGPJ	= Consejo General del Poder Judicial
Confr.	= Confróntese
CP	= Código Penal
CP 1995	= Código Penal de 1995
CP 1973	= Código Penal de 1973
DGRN	= Dirección General de Registros y Notariado
D. Tria	= Disposición Transitoria.
Ed.	= Edición
EJE	= Expediente Judicial Electrónico
ET	= Estatuto de los Trabajadores
Excmo.	= Excelentísimo
FD	= Fundamento de Derecho
FGE	= Fiscalía General del Estado

FJ	= Fundamento Jurídico
Fogasa	=Fondo de Garantía Salarial
Ilmo.	= Ilustrísimo
JCA	= Jurisdicción Contencioso- Administrativa
JGCA	= Juzgado Contencioso-Administrativo
JI	= Juzgado de Instrucción
JP	= Juzgado de lo Penal
JPaz	= Juzgado de Paz
JPI	= Juzgado de Primera Instancia
JPII	= Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
JVP	= Juzgado de Vigilancia Penitenciaria
JS	= Juzgado de lo Social
Jurisp.	= Jurisprudencia
L	= Ley
La Ley	= Revista Jurídica La Ley
LAJ	= Letrado de la Administración de Justicia
LAU	= Ley de Arrendamientos Urbanos
LAR	= Ley de Arrendamientos Rústicos
LECiv	= Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	= Ley de Enjuiciamiento Criminal
LMURP	= Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 1992
LO	= Ley Orgánica
LOPJ	= Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTG	= Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPL	= Ley de Procedimiento Laboral
LRJS	= Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de 2011
LRJCA	= Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
MF	= Ministerio Fiscal
NOJ	= Nueva Oficina Judicial
Núm.	= Número
NPD	= Nulidad de Pleno Derecho
Op. cit.	= Obra citada
P.	= Ponente
Pág.	= Página
Págs.	= Páginas
PLEC	= Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998
PJ	= Revista Poder Judicial
Pont.	= Ponente
PRLOPJ	= Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOPJ
RJ	= Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia

RD	= Real Decreto
RD-L	= Real Decreto-Ley
RDLg	= Real Decreto Legislativo
Ref.	= Referencia
RGD	= Revista General de Derecho
RGID	= Revista General Informática de Derecho
RJ	= Razonamiento Jurídico
ROCSJ	= Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales
RTC	= Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional
Rvta.	= Revista
S	= Sentencia
SAN	= Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	= Sentencia de Audiencia Provincial
SCOP	= Servicio Común de Ordenación del Procedimiento
Sgte.	= Siguietes
Secc.	= Sección
Sr.	= Señor
SS	= Sentencias
Ss.	= siguientes
STC	= Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTC	= Sentencias del Tribunal Constitucional
STJUE	= Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	= Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	= Sentencias del Tribunal Supremo
STSJ	= Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
T	= Tomo
TAPIA	= Revista Jurídica Tapia. Publicación para el mundo del Derecho
TC	= Tribunal Constitucional
TEDH	= Tribunal Europeo de Derecho Humanos
TS	= Tribunal Supremo
TSJ	= Tribunal Superior de Justicia
Vid.	= Ver, véase
Vol.	= Volumen

I. INTRODUCCIÓN GENERAL Y JUSTIFICACIÓN DE LA UNIDAD TEMÁTICA

El interés por el tema de la nulidad de actuaciones judiciales –sobre todo desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales-, surgió como resultado del ejercicio profesional en la Administración de Justicia. Por ello, considero necesario referirme brevemente a este *iter*. Se cumplen ahora más de treinta años de dedicación a dicha Administración de Justicia, encontrándome actualmente integrado en la Carrera Judicial y desempeñando un Juzgado de lo Social, como Magistrado titular del mismo, puesto en que llevó más de once años; con anterioridad he servido en variados destinos.

Al poco de finalizar, en 1986, la Licenciatura en Derecho por la Universidad de Valladolid, en mayo de 1987, obtuve plaza como Juez de Distrito de Medinaceli (Soria), en régimen de provisión temporal y, desde entonces, me encuentro vinculado a la Administración de Justicia. Allí prepare las Oposiciones, tanto para la Carrera Judicial, como la Fiscal, como del Cuerpo de Secretarios Judiciales y, al propio tiempo, realice los cursos de Doctorado en la UNED, que concluí en 1990, obteniendo la suficiencia investigadora con fecha 25 de septiembre de 1990, como ya he indicado.

Por aquellas fechas (principios del año 1990), también superé las oposiciones libres al Cuerpo de Secretarios Judiciales (actualmente Letrados de la Administración de Justicia), en el cual ingresé, tras mi paso por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (CEJ), en noviembre de 1990, desempeñando esa función en distintos destinos, así, en Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, Juzgados de lo Penal y Juzgado de lo Social, entre otros.

A partir de entonces, comencé una labor de investigación y divulgación del Derecho, en paralelo a mi actividad profesional, publicando varios libros y artículos doctrinales, e impartiendo clases de práctica jurídica, conferencias, etc.; actualmente, como fruto de dicha actividad, tengo publicados dieciséis libros -cuatro de ellos de autoría única- y cuarenta y siete artículos doctrinales.

En el año 2000 ingrese en la Carrera Judicial, con la categoría de Magistrado, por el turno de juristas de reconocida competencia, tras superar las pruebas selectivas convocadas al efecto, desempeñando el cargo de Magistrado titular varios años en Juzgados de lo Penal, antes de venir destinado en 2006 al Juzgado de lo Social nº 1 de León, donde actualmente me encuentro.

Fruto de dichas inquietudes investigadoras y de la experiencia en la Administración de Justicia han visto la luz, entre otras, mis obras sobre el tema

ahora elegido para esta Tesis por compendio de publicaciones: nulidad de actuaciones judiciales y proceso social.

Las obras seleccionadas son las siguientes:

A. Libro publicado, de autoría exclusiva

NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL Y PERSPECTIVAS, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, con 327 páginas; ISBN 84-930083-3-8.

B. Artículos doctrinales publicados, todos ellos de autoría exclusiva

1. **“El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”**, publicado en *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, Madrid, 10 de febrero de 1994, págs. 1-5.
2. **“Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales”**, publicado en separata a la *Revista Tribunales de Castilla La Mancha*, núm. 4, Euroius Editorial Jurídica, S.A, Madrid, abril 1997, págs. 1-22, separata.
3. **“El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al artículo 1 de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”**, publicado en *Revista Jurídica La Ley*, núms. 4597 y 4598, Madrid, 3 y 4 de agosto de 1998, págs. 1 y ss.
4. **“Nulidad de actuaciones judiciales y sistema de recursos. Estudio sistemático en relación con el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”**, publicado en Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1998, págs. 125-202.
5. **“El ‘remozado’ incidente de nulidad de actuaciones judiciales”**, publicado en la *Revista General de Derecho*, núm. 658-659, Valencia, julio-agosto, 1999, págs. 8951-8972.
6. **“Aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones judiciales: vías o cauces. Especial referencia al nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales introducido mediante Ley Orgánica 5/1997, de reforma de la LOPJ”**, publicado en el monográfico “Nulidad de actuaciones: presente y futuro”, *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999, Tomo III-1999, págs. 171-232.
7. **“El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales: su incidencia en el proceso laboral”**, publicado en el monográfico “Cuestiones actuales del proceso

laboral”, *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999, Tomo III-1999, págs. 875-946.

8. “La ‘sede judicial electrónica’ y los derechos del trabajador en caso de empresas desaparecidas”, *Diario La Ley*, núm. 9037, de 8 de septiembre de 2017, Wolters Kluwer, versión electrónica.

De la mera lectura de los títulos de las publicaciones reseñadas, queda claramente justificada la unidad temática, a los efectos de la presente Tesis Doctoral; y, como tendré ocasión de exponer, lo que pretendo con la misma es la exposición de la aportación de mi investigación científica sobre un tema siempre de actualidad, como es el propuesto, unida o tamizada por la experiencia propia del ejercicio sucesivo de las profesiones de Letrado de la Administración de Justicia y de Magistrado durante más de treinta años.

Las obras aportadas se desarrollaron en un periodo temporal muy específico (de 1994 a 1999), salvo la última, que es fruto de la preocupación doctrinal derivada de la preparación de esta Tesis; dicha investigación sobre todo surgió en torno a la preocupación detectada en la práctica diaria del ejercicio profesional, compartido con algunos de mis compañeros de aquella época, en torno al año 1994, en que impartí una ponencia en el CEJ sobre la nulidad de actuaciones en ejecución de sentencia, que entonces era un verdadero problema, como se deriva de la lectura de los citados trabajos; situación a la que se ha pretendido dar respuesta legislativa con las reformas que se analizan en los mismos y, según se verá, con resultados no siempre satisfactorios.

De modo que, en esta Tesis por compendio de publicaciones, tras exponer los resultados de las mismas, se ha considerado también adecuado efectuar una actualización del estado de la cuestión a los tiempos actuales, lo cual consideramos que enriquece en gran medida el trabajo en su día realizado, y cumple con las finalidades de la Tesis en dicho formato, en la medida en que, tras analizar los resultados de las mismas, se puede además ofrecer un análisis de la evolución posterior y del estado actual, para así enriquecer el debate científico sobre la temática propuesta.

II. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

1. EN GENERAL

Cuando comencé a escribir sobre el tema de la nulidad de actuaciones judiciales, allá por el año 1994¹, mi objetivo era analizar y estudiar con el máximo rigor científico y espíritu crítico lo que entonces constituía una especie de "cuestión maldita"², a fin de, en primer término, lograr entender la misma en toda su amplitud -teórica y práctica-; en segundo lugar, poder aportar alguna idea a la comunidad científica que ya desde antiguo venía tratando esa institución; y, finalmente, conseguir que en mi actividad profesional en la Administración de Justicia pudieran ser de utilidad esas investigaciones científicas.

En todo el tiempo en que más insistí doctrinalmente en dicha cuestión (1994-1999), fui avanzando en ese estudio crítico, sin llegar nunca a encontrar una auténtica solución a algunos de los principales problemas que se iban presentando a nivel teórico. En cambio, ese estudio me fue de suma utilidad en mi actividad profesional en la Administración de Justicia.

El libro, así como los diversos estudios doctrinales que publiqué sobre esa cuestión partían siempre de lo que era en aquella época la doctrina clásica sobre la nulidad de actuaciones judiciales -como era habitual en los autores que abordaban este tema-, consistente en haber trasladado al ámbito de la nulidad de actuaciones judiciales las categorías existentes a mediados del siglo XX en relación con el régimen aplicable a los contratos civiles; lo cual carecía completamente de apoyo legal, siendo todo ello una mera elucubración teórica, pues no se contemplaba en la normativa procesal entonces vigentes (la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881), de modo que *"...podía constatarse un divorcio completo entre la doctrina, que se basaba en el concepto abstracto de nulidad, siguiendo los pasos de la doctrina civilista, y la legislación. Nada de lo sostenido por aquélla se contenía en ésta. Y de ahí el absurdo al que se llegaba, pues la doctrina daba vueltas en el vacío mientras que la práctica se las arreglaba como podía (es decir, mal)..."*³

¹ Tras haber realizado los cursos de doctorado y obtenido la "suficiencia investigadora", en fecha 25 de septiembre de 1990, como ya he descrito.

² Decimos "cuestión maldita", en homenaje al Excmo. Sr. Federico Sainz de Robles, que fue quien en un artículo doctrinal publicado en 1998 se refirió a ella en esos términos (SAINZ DE ROBLES, F.C., "La nulidad de actuaciones. Tribulaciones, muerte y resurrección de una cuestión maldita", *Tapia. Revista para el mundo del Derecho*, Madrid, enero-febrero, 1998); opinión especialmente cualificada si tenemos en cuenta que el mismo fue el primer Presidente del Consejo General del Poder Judicial, allá por el año 1980.

³ Ha sido, recientemente, MONTERO AROCA quien, analizando las oposiciones a la Cátedra de Derecho Procesal de la entonces Universidad Central de Madrid, del año 1943 -que finalmente ganó el Prof. Jaime

Quizá sea esta una de las razones más importantes a la hora de explicar los múltiples problemas que en el ámbito de la aplicación práctica de esta institución surgían, y quizá fue uno de los motivos más poderosos que me movieron a investigar en torno a la nulidad de actuaciones judiciales; sobre todo, mi interés se despertó ante el hecho de la inexistencia de vías adecuadas para dar respuesta a las situaciones en que, ya en ejecución de sentencia, se detectaban vicios procesales causantes de indefensión⁴.

Ahora, cuando han transcurrido más de veinte años del inicio de dichas investigaciones científicas en torno a la nulidad de actuaciones y tras una intensa vida profesional en la Administración de Justicia, como ya he indicado⁵, me ha surgido la oportunidad de presentar esta Tesis en la modalidad de compendio de publicaciones, y he considerado que es una buena ocasión para someter a debate de la comunidad científica los trabajos en su día realizados que dan sentido a esta Tesis, así como para efectuar una actualización del estado de la cuestión relativa a la nulidad de actuaciones judiciales -con especial incidencia en el proceso laboral-, para situar la cuestión en el tiempo presente, lo cual considero que puede enriquecer en gran medida el trabajo en su día realizado, y cumple con las finalidades de la Tesis en formato de compendio de publicaciones, en la medida en que, tras analizar los resultados de las mismas, se puede además ofrecer un análisis de la evolución posterior, y así contribuir al debate científico sobre la temática propuesta.

En todo caso, considero que la materia propuesta encuentra total acogida en el programa de doctorado en que se ha llevado a cabo, cual es el titulado "Derecho: Protección Jurídica y Cohesión Social", de la Universidad de León, y en concreto en la línea de investigación de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, pues cualquier clase de protección jurídica, en último término, ha de tener presente el proceso judicial, que podemos considerar como el conjunto de actos coordinados hacia un fin común, siendo el instrumento que tiene el Poder Judicial para resolver los conflictos que se puedan plantear *inter partes* ante los órganos del mismo, en decir, ante los Juzgados y Tribunales⁶.

Guasp Delgado-, el que ha puesto de manifiesto este error generalizado de la doctrina procesalista de la época (MONTERO AROCA., J. "Evolución conceptual de la nulidad de actuaciones", en *La nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones*, CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 57, 2008, págs. 116 y ss.).

⁴ Preocupación detectada en la práctica diaria del ejercicio profesional, compartido con mis compañeros de aquella época, en torno al año 1994, al que ya me he referido.

⁵ En aquella época como Secretario Judicial (actualmente Letrados de la Administración de Justicia), y a partir del año 2000, como Magistrado, como ya he indicado con anterioridad.

⁶ El proceso presupone la existencia de un conflicto previo; y la jurisdicción o *iudicare*, parte también de la existencia de ese conflicto, actuándose la misma, por los Juzgados y Tribunales que la integran, a través del proceso, y de modo que éste es un instrumento de la Jurisdicción. Pero los métodos de resolución de conflictos son varios, y así es posible hablar de autotutela, consistente en la solución coactiva del conflicto por la parte más fuerte o que ocupa en él una situación hegemónica en tanto fórmula de solución de conflictos propia de las sociedades primitivas. Otra fórmula de resolución de conflictos es la *autocomposición*, en la cual son también las propias partes las que ponen fin al conflicto, pero lo hacen a través del acuerdo de voluntades o del voluntario sacrificio o resignación de una de ellas

De modo que, la experiencia de quien suscribe en el orden jurisdiccional social le permite constatar cómo en la aplicación práctica del Derecho Laboral es donde más se evidencia la necesidad del dominio pleno tanto de las instituciones de carácter sustantivo, como de las de carácter procesal, que en muchas ocasiones aparecen tan inescindiblemente imbricadas que resulta difícil su consideración separada. Por ello, esta Tesis puede contribuir a aportar una visión que, si bien está esencialmente efectuada desde la perspectiva procesal, permite incardinarse en el adecuado conjunto de lo que en dicho programa de doctorado se define como protección jurídica en materia de Derecho de Trabajo y Seguridad Social, para poder dar eficaz respuesta a las múltiples cuestiones que se pueden presentar en el interesante tema que define el indicado programa de doctorado y línea de investigación.

2. EN PARTICULAR, EN RELACIÓN CON LAS PUBLICACIONES COMPENDIADAS

Para mejor comprensión de la presente Tesis por compendio de publicaciones, parece conveniente efectuar unas breves consideraciones referidas a cada una de las publicaciones compendiadas, dando cuenta del objetivo de la misma y metodología empleada en su elaboración.

2.1. Libro publicado, de autoría exclusiva

NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL Y PERSPECTIVAS, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, con 327 páginas; ISBN 84-930083-3-8.

Dicha obra, como se indica, es de 1998, cuando ya llevaba investigando este tema unos cuatro años, habiendo publicado anteriormente varios artículos doctrinales sobre el mismo, algunos de los cuales se incorporaron, en parte y con la debida actualización, al texto del libro.

Los Capítulos I y II se dedican a describir detalladamente tanto la evolución normativa y jurisprudencial sobre la materia objeto de estudio, como una

(p.ej., la renuncia o el desistimiento); también es posible la intervención de un tercero para resolver ese conflicto con técnica autocompositiva, a través de la mediación o conciliación, pero en estos supuestos el tercero no impone la solución del conflicto, sino que ejercita sus buenos oficios en punto a obtener la autocomposición del litigio, actuando el tercero *inter partes* y no *supra partes*. Finalmente, la heterocomposición, como fórmula de resolución de conflictos, se caracteriza por la intervención de un tercero en el conflicto, que es el llamado a resolverle; el tercero, que puede ser persona individual o colectiva, se sitúa *supra partes*; las fórmulas de heterocomposición típicas son el arbitraje y el proceso, en los que el árbitro y el Juez imponen, en virtud de su autoridad dimanante, bien de un contrato de arbitraje previamente suscrito por las partes, bien de la potestad jurisdiccional, la solución definitiva e irrevocable a las partes en litigio (MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 17 y ss.).

minuciosa exposición sobre los actos procesales, en todos los órdenes jurisdicciones, dado el papel de máxima importancia de los mismos, como motor del proceso debido; en todo caso, no sólo los actos procesales y su regularidad son objeto de posibles causas de ineficacia del proceso, sino que la misma puede proyectarse sobre otros aspectos del mismo, como son los relativos a la jurisdicción, la competencia, la regular constitución del órgano jurisdiccional, etcétera; pero, de todos los posibles frentes en que puede actuar la ineficacia procesal, el más importante es el de los actos procesales y su comunicación; por ello, para abordar el estudio de la ineficacia procesal y, en definitiva, de la nulidad de actuaciones, se hace preciso prestar especial y previa atención a la teoría de los actos procesales y a su problemática.

El Capítulo III contiene un análisis crítico de la normativa y jurisprudencia sobre el régimen jurídico entonces vigente centrado en el aspecto sustantivo de la nulidad de actuaciones; resultando de máximo interés la categorización de las posibles situaciones generadoras de nulidad de pleno derecho, anulabilidad, subsanación, conservación de actos, etc., siempre desde la consideración crítica de la normativa y del análisis jurisprudencial correspondiente⁷.

En el Capítulo IV se aborda lo que se denomina como aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones, que realmente es lo que más problemática teórica y práctica presentaba en dichas fechas; destacando la clasificación que se propone en el libro de identificar al menos cuatro vías o cauces para hacer valer las posibles nulidades de actuaciones; en torno a este Capítulo pivota todo el libro, y es en el cual se efectúan mayores aportaciones críticas, con el siempre definido propósito de contribuir al debate constructivo necesario; prestando especial atención a la que denominamos "cuarta vía", es decir, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, creado por la LO 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma LOPJ, que es la auténtica "estrella" procesal de toda la obra.

Pero no terminan ahí las preocupaciones doctrinales y prácticas que se expresan en la monografía, pues en su Capítulo V se trata sobre la nulidad de actuaciones en ejecución de sentencia, que como ya hemos indicado, fue el "detonante" de la dedicación doctrinal hacia el tema de la nulidad de actuaciones. En el mismo se analizan minuciosamente las posibles situaciones que en la práctica se pueden presentar al respecto, y se ofrecen algunas soluciones jurídicas para tratar de dar respuesta a las mismas, en términos de lo que ha de ser el proceso debido.

Finalmente, el Libro se cierra con el Capítulo VI, dedicado a analizar el tratamiento de la nulidad de actuaciones en los proyectos de reforma entonces

⁷ Una cuestión de detalle: si se observa el Libro, las citas de jurisprudencia no hacen referencia a ninguna de las entonces existentes Bases de Datos Jurídicas; el texto inicialmente estaba referenciado con una de las más importantes Bases de Datos, pero por exigencias editoriales, se suprimieron las mismas. En todo caso, la investigación jurisprudencial se llevó a cabo con la referida Base de Datos.

pendientes y en especial en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, que daría lugar a la LECiv.

En definitiva, en dicha monografía se realizaba un completo estudio doctrinal, normativo y jurisprudencial de la institución de la nulidad de actuaciones judiciales, aportando también la experiencia propia de su autor, como profesional de la Administración de Justicia; obra que ha podido ser de utilidad, en alguna medida, tanto a la evolución doctrinal de la citada institución, así como la consideración en algunas de las posteriores reformas legislativas, pero sobre todo a la aplicación práctica de la misma, por nuestros Juzgados y Tribunales.

2.2. Artículos doctrinales publicados, todos ellos de autoría exclusiva

2.2.1. “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, publicado en *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, Madrid, 10 de febrero de 1994, págs. 1-5.

Este artículo surgió de la inquietud en relación con el tema de la nulidad de actuaciones a que ya nos hemos referido, para comentar el Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión del 22 de diciembre de 1993, en el que, en esencia y por lo que ahora interesa, se pretendía introducir un apartado 3 en el art. 240 LOPJ, destinado a regular lo que venimos denominando como la "cuarta vía" o cauce para hacer valer nulidades de actuaciones, y, que consideramos que era la "reaparición del incidente de nulidad de actuaciones", dado que el citado incidente -que estuvo regulado en el art. 745 LECiv de 1881- había sido derogado por la Ley 34/1984, de 8 de agosto, que reformó con carácter urgente la LECiv.

Dicha pretendida modificación normativa se justifica en la Exposición de Motivos del citado Proyecto de Ley en lo que entonces se consideraba como encorsamiento del art. 240.2 LOPJ, y que según proclama el indicado proscenio "*...ha ocasionado no pocos problemas en la práctica diaria singularmente relacionados con la imposibilidad de modificar sentencias sin acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional...*"; evidenciándose, ya desde entonces, el entronque y dimensión constitucional del incidente de nulidad de actuaciones judiciales⁸.

En dicho artículo doctrinal mantuve que parecía que lo que se pretendía era que ante situaciones manifiestas de nulidad de actuaciones, y aunque existiera sentencia firme, pudiera instarse con carácter excepcional un incidente de

⁸ Sin duda, como respuesta a la importantísima Sentencia del Pleno del TC núm. 185/1990, de 15 de noviembre, resolviendo la autocuestión de inconstitucionalidad núm. 91/1990, sobre el art. 240 LOPJ, que será objeto de consideración más abajo.

nulidad de actuaciones, siempre que se planteara dentro de un breve plazo y a instancia de parte legítima, pudiendo declararse la nulidad de alguna o algunas actuaciones judiciales, y sobre todo de la sentencia o resolución firme que hubiera puesto fin al proceso; con lo cual, entendíamos que al mismo tiempo se pretendía, de una parte disminuir el trabajo del Tribunal Constitucional en la resolución de recursos de amparo, sobre cuestiones que puede resolver el propio órgano judicial que ha originado la indefensión u otro órgano judicial; de otra, evitar a aquellos que se ven afectados por ese vicio de nulidad tener que acudir a un recurso que como el de amparo, se les presenta costoso, dilatado en el tiempo y sin certidumbre sobre su resultado. En definitiva, en aquél estudio doctrinal lo que se pretendía era valorar el impacto de la decisión de resucitar el incidente de nulidad de actuaciones, con carácter excepcional, y arbitrarlo como cuarta vía para aquellos supuestos en que las partes carecen de todo otro tipo de recursos para hacer valer la nulidad de actuaciones, siempre y cuando se cumplieran los requisitos que se definían en este proyecto de precepto.

Concluía dicho artículo doctrinal con un análisis crítico sobre la propuesta de reforma, en algunos aspectos relevantes de la misma, como el objeto del incidente, la competencia, la legitimación, el plazo para interponerlo, la tramitación, la resolución final, el régimen de recursos, así como el carácter restrictivo del mismo⁹; la atención en relación con estas cuestiones del incidente de nulidad de actuaciones fueron una constante en el tratamiento doctrinal que se plasma en los posteriores artículos que escribí y publiqué.

El proyecto de reforma de la LOPJ de 1994, que comenté en ese artículo doctrinal, daría lugar a la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, si bien la introducción del apartado 3 del art. 240 LOPJ no prosperó¹⁰; de modo que continuaba sin reintroducirse el incidente de nulidad de actuaciones judiciales, el cual no vio la luz normativamente hablando hasta la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, que fue objeto de atención en un posterior artículo doctrinal, al que me referiré más abajo.

2.2.2. “Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales”, publicado en separata a la *Revista Tribunales de Castilla La Mancha*, núm. 4, Euroius Editorial Jurídica, S.A., Madrid, abril 1997, págs. 1-22, separata.

⁹ Dado que el presente artículo doctrinal -así como los demás que se compendian en esta Tesis-, se recoge como Anexo de la presente, me remito al contenido del mismo; igual que en los demás casos.

¹⁰ En su lugar, en la Disposición Adicional Quinta de la citada Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la LOPJ, de acuerdo con la cual (...) “*En el plazo de seis meses, a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de Ley de desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución Española*”; previsión legislativa que, como podrá comprobarse a lo largo de esta Tesis, continua sin desarrollarse satisfactoriamente, a pesar de los intentos parciales llevados a cabo por el legislador.

Este artículo forma parte de los trabajos que en aquella época estaba realizando para dar lugar al Libro que publiqué el año siguiente. En términos generales es una recopilación doctrinal y crítica de la doctrina existente en dicho momento sobre la ineficacia procesal, que se apoyaba en la doctrina clásica a que ya nos hemos referido, la cual partía de uno de los fundamentales errores en la conceptualización de la nulidad de actuaciones, y que consistía en haber trasladado al ámbito de la nulidad de actuaciones judiciales las categorías existentes a mediados del siglo XX en relación con la nulidad de los contratos en el orden civil; error doctrinal puesto de manifiesto de manera magistral por MONTERO AROCA¹¹.

En el mismo también se abordaba, al menos esquemáticamente, lo que luego he denominado como aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones -las vías o cauces para remediar las mismas-, con especial atención a la articulación con el recurso de amparo constitucional -lo cual ha sido una constante en los posteriores trabajos-, y dando noticia del proyecto de ley de lo que finalmente sería la LO 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la LOPJ, objeto del siguiente trabajo doctrinal.

2.2.3. “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al artículo 1 de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, publicado en *Revista Jurídica La Ley*, núms. 4597 y 4598, Madrid, 3 y 4 de agosto de 1998, págs. 1 y ss.

Finalmente, se publicó la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 05/12/1997), y como afirma su Exposición de Motivos se modifica “...un importante aspecto del tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones, que la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, innovó decisivamente con carácter general..”, lo que significa que se modifica el apartado 2 del artículo 240 LOPJ, y se añaden al citado art. 240 LOPJ dos apartados (3 y 4) en los que se regula el tan esperado “incidente de nulidad de actuaciones judiciales”.

En el artículo doctrinal ahora comentado, partiendo de los estudios que ya tenía publicados y de las investigaciones doctrinales que venía realizando para la elaboración del Libro que vería la luz en breve, realicé un estudio crítico de dicha reforma, centrando la atención sobre todo en el nuevo incidente excepcional de nulidad de actuaciones, y poniendo de manifiesto sus bondades, pero también los aspectos que consideraba mejorables, como los relativos a competencia, legitimación, regulación de la suspensión de los autos principales, clases de pruebas a admitir en el incidente, sistema de recursos,

¹¹ MONTERO AROCA., J. "Evolución conceptual de la nulidad de actuaciones", en *La nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones*, 2008, op., cit., págs. 116 y ss.

etc.; cuestiones que serán abordadas al efectuar el resumen global de resultados obtenidos en la investigación, lugar al que nos remitimos.

Concluía dicho estudio doctrinal, afirmando lo siguiente:

"...En resumen, la reforma comentada diseña un nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales para la resolución de las cuestiones puntuales a las que el mismo se contrae, en una norma que suscita no pocas dudas interpretativas, algunas de las cuales se han desgranado más arriba y que, a buen seguro, la práctica ira perfilando; se pretende, en definitiva, con esta reforma la búsqueda de una solución que dé respuesta a la situación de sobrecarga de trabajo¹² que se había generado, con el planteamiento de determinadas nulidades de actuaciones, sobre todo ante el Tribunal Constitucional, intentando una aproximación, como afirma la exposición de motivos, a "*..la cuestión del desarrollo legal del apartado 2 del artículo 53 de la Constitución...*", y evitando crear situaciones similares a las existentes antes de la Ley 34/1984, de reforma de la LEC, en la que se había abusado de tal incidente, con finalidades espúreas al mismo: dilación, etcétera; si bien se echa de menos en la reforma, como ya hemos apuntado, la clarificación de las situaciones determinantes de nulidad de actuaciones que, producidas en ejecución de sentencia, lo son por causas ocurridas con posterioridad a sentencia firme, es decir, durante el proceso (o fase, según sectores doctrinales) de ejecución de sentencia. Quizás, ¿en la próxima reforma...?. Pero, ¿hasta cuándo...?. ¿Será una *quinta vía*, o se desarrollará, definitivamente, el artículo 53.2 de la Constitución...?..."

Como veremos a lo largo de esta Tesis, a pesar del tiempo transcurrido, muchas de las observaciones críticas que entonces efectuaba continúan aún vigentes.

2.2.4. "Nulidad de actuaciones judiciales y sistema de recursos. Estudio sistemático en relación con el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil", colaboración en obra colectiva publicada en *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1998, págs. 125-202.

¹² Al respecto VERGE GRAU, al tratar sobre el proyecto de Ley que ha dado lugar a la Ley Orgánica ahora comentada, afirmaba que "*...la modificación parece hecha pensando más en los tribunales que en los ciudadanos...*", y que "*..el incidente que se propone es notoriamente excesivo y entraña peligros desproporcionados a su finalidad. Bastaría un ligero retoque en los arts. 279 LEC y 180 LECr relativos a los actos de comunicación...*" (VERGE GRAU, J., "¿Un nuevo incidente de nulidad?, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 259, Madrid, 5 de septiembre de 1996, pag. 1 y ss.).

Esta publicación trae su última causa de una ponencia impartida por su autor en el contexto de un curso de formación para Secretarios Judiciales (actualmente Letrados de la Administración de Justicia) en el citado Centro de Estudios Jurídicos.

Dicho artículo doctrinal parte de la exposición del régimen de nulidad de actuaciones judiciales y ofrece como valor añadido un sistemático y crítico estudio en materia de sistema de recursos en el entonces Proyecto de 1998 de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que finalmente daría lugar a la actual LECiv; todo ello, desde la consideración de la íntima relación del sistema de recursos con la nulidad de actuaciones y del carácter de pretendida generalidad de la regulación de la LECiv en materia de nulidad de actuaciones; si bien, como veremos, la evolución posterior determinó el mantenimiento de la generalidad de la normativa sobre la referida materia contenida en la LOPJ¹³, sin perjuicio de su complemento con la normativa de la LECiv¹⁴

2.2.5 “El ‘remozado’ incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, publicado en la *Revista General de Derecho*, núm. 658-659, Valencia, julio-agosto, 1999, págs. 8951-8972.

En el momento de la redacción de este artículo, ya se había publicado el Libro sobre nulidad de actuaciones judiciales -que es la primera obra que se incluye en el compendio y da su razón de ser a esta Tesis-, resultando el mismo de conveniente publicación, en atención a que tiene por objeto el comentario de la "mini reforma" que se había producido en el incidente de nulidad de actuaciones judiciales, por mor de la 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 (BOE 15/05/1999), que da una nueva redacción a los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, en que se había instaurado, como ya hemos indicado, el citado incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Dicha reforma es más bien un remozamiento del incidente de nulidad de actuaciones judiciales, pues, manteniéndolo en sus líneas esenciales conforme a cómo se configuró por la LO 5/1997, la nueva LO 13/1999 se limita a introducir leves retoques, para darle un aspecto más lozano, nuevo o moderno¹⁵; o, como indica el propio Preámbulo de la Ley ahora considerada, “...se modifica el art. 240 de la referida Ley Orgánica, en sus apartados 3 y 4, con objeto de perfeccionar la regulación del incidente de nulidad de actuaciones judiciales...”.

En dicho artículo doctrinal se realiza un estudio sistemático y crítico de las leves reformas que se introducían en dicha LO 13/1999 y se destacan cuáles

¹³ Apartado 2 y 4 del Capítulo III de esta Tesis, a los que nos remitimos.

¹⁴ Una vez cumplido lo establecido en el D. Tría 17ª de la misma, que como veremos más abajo (apartado 2.8 del capítulo III), consideramos que dicho cumplimiento se produjo con la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ.

¹⁵ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, remozar es “dar o comunicar un aspecto más lozano, nuevo o moderno a alguien o algo”.

eran las cuestiones que, a mi juicio, continuaban pendientes de modificación, a saber: lo relativo a la incongruencia del fallo como objeto del incidente, la competencia para conocer del mismo, el excesivo plazo de cinco años, la falta de concreción de qué clase de resolución -auto o providencia- procedía dictar inadmitiendo el incidente, o de la que ponía término al mismo, entre otras; concluyendo el estudio refiriéndome al Proyecto LEC entonces en trámite parlamentario¹⁶, que finalmente daría lugar a la LECiv.

2.2.6. “Aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones judiciales: vías o cauces. Especial referencia al nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales introducido mediante Ley Orgánica 5/1997, de reforma de la LOPJ”, colaboración en obra colectiva publicada en *Nulidad de actuaciones: presente y futuro, Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999, Tomo III, págs. 171-232.

Esta publicación trae su última causa de una ponencia impartida por su autor en el contexto de un curso de formación para Secretarios Judiciales (actualmente Letrados de la Administración de Justicia) en el citado Centro de Estudios Jurídicos. El objeto del curso, que también tuve el honor de dirigir, consistía en varias ponencias en torno al tema sobre el que versa esta tesis.

En el mismo se incide en lo que ya venía denominando como aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones, es decir, el estudio crítico y sistemático de las vías o cauces para hacer valer las posibles nulidades de actuaciones ante Juzgados y Tribunales.

2.2.7. “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales: su incidencia en el proceso laboral”, colaboración publicada en *Cuestiones actuales del proceso laboral, Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999, Tomo III, págs. 875-946.

¹⁶ Como algo significativo, destacaba que la doctrina había cuestionado la permanencia del incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Así, GIMENO SENDRA estima que debería suprimirse el mismo, por entender que “...ha sido un error resucitar el incidente de nulidad de sentencias firmes, efectuado por la Ley Orgánica 5/1997, en el art. 240.3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial...”, de modo que el PROLEC, “...en su art. 230, no hace más que abundar en esta idea. Pero las indefensiones deben corregirse a través de los recursos y de modo especial mediante la “audiencia al rebelde”, que, por lo demás, el PROLEC agiliza notablemente. Con la reinstauración de dicho incidente, que abolió la reforma parcial a la LECiv de 1984, se pueden incrementar las dilaciones indebidas, se sacrifica la cosa juzgada y, con ella, la seguridad jurídica, y se puede fomentar la picaresca de los ‘morosos’ en los juzgados por la vía de preconstituir las situaciones de indefensión...” (GIMENO SENDRA, V., “Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho Procesal Europeo”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 4734, Madrid, 1999, pág. 3).

Esta publicación también trae su última causa de una ponencia impartida por su autor en el contexto de un curso de formación para Secretarios Judiciales (actualmente Letrados de la Administración de Justicia), en el citado Centro de Estudios Jurídicos.

Versa sobre una de las vías o cauces para hacer valer la posibles causas de nulidad de actuaciones ante Juzgados y Tribunales, en concreto el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, en la versión entonces vigente, que era la dada por la ya comentada LO 13/1999, de 14 de mayo. Presenta, como valor añadido de máximo interés a los efectos de la presente Tesis, el relativo al estudio crítico de la nulidad de actuaciones en el orden jurisdiccional social, que es el aspecto sobre el que, finalmente, como ya hemos explicado, se desarrolla esta Tesis por compendio de publicaciones.

De este modo, la mayoría de consideraciones expuestas en el resumen global de los resultados obtenidos por la investigación, versarán naturalmente en torno al incidente de nulidad de actuaciones judiciales y el proceso social, y han de partir, inexcusablemente, de lo ya expuesto en el artículo doctrinal que ahora se comenta, con las correspondientes actualizaciones y discusión crítica sobre los resultados¹⁷.

2.2.8. “La ‘sede judicial electrónica’ y los derechos del trabajador en caso de empresas desaparecidas”, *Diario La Ley*, núm. 9037, de 8 de septiembre de 2017, Wolters Kluwer, *versión electrónica*.

En el transcurso de la preparación de la presente Tesis por compendio de publicaciones se suscitaron varios temas de interés, entre otros el relativo a la denominada Justicia digital y su incidencia en el proceso debido. En el contexto de esa preocupación surgió el tema objeto del presente artículo doctrinal, de reciente publicación.

En esta aportación doctrinal se reflexiona sobre la incidencia de la implantación del expediente judicial electrónico, la denominada “sede judicial electrónica” y los posibles desajustes, desde la perspectiva del proceso debido, en la jurisdicción social, que pueden generar nulidades de actuaciones con perjuicio, sobre todo, para el trabajador, en los supuestos de empresas desaparecidos, por hechos no imputables al mismo.

¹⁷ Aspectos que se desarrollan en los apartados 6, 7 y 8 del Capítulo III de esta Tesis, y concordantes (*infra*).

III. RESUMEN GLOBAL DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS, ACTUALIZACIÓN Y DISCUSIÓN SOBRE LOS MISMOS

1. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES

Como hemos defendido reiteradamente en nuestras publicaciones –que dan sentido a esta Tesis por compendio-, la nulidad de actuaciones judiciales cobra especial importancia desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales, por la incidencia que puede tener en ella. La referida tutela corresponde, ante todo, a los tribunales ordinarios, pero dada la carencia de satisfacción de la misma por la jurisdicción ordinaria, resta al ciudadano acudir al Tribunal Constitucional, a través del proceso de amparo constitucional, que se configura bajo la nota de subsidiariedad, no pocas veces desbordada; ahora bien, la falta de desarrollo legislativo pleno del art. 53.2 CE está ocasionando un defecto estructural de tutela en sede jurisdiccional ordinaria en materia de derechos y libertades fundamentales, con el consiguiente incremento de la carga procesal que ha de soportar el TC, generando una inadecuada proliferación de recursos de amparo¹⁸, con una tendencia desnaturalizadora de su configuración jurídica y ocasionando no pocas fricciones entre el TC y los tribunales ordinarios¹⁹; provocando, además, importantes repercusiones negativas sobre otras competencias y funciones del TC.

¹⁸ GIMENO SENDRA, tras analizar las estadísticas relativas a los recursos de amparo desde el año 1980 hasta 1995, afirma que *“...los Juzgados y Tribunales de lo Social que, durante la década de los años 1980-1990 eran, junto con los de los Penal, los más emprendedores a la hora de lesionar los derechos fundamentales (...) en el momento actual, han pasado a convertirse en los órganos jurisdiccionales que menor número de recursos de amparo provocan...”*; de modo que, *“...si a partir del año 1991 el orden jurisdiccional social ha pasado a convertirse en el más respetuoso con nuestra Constitución, ello ha sido debido, no sólo al buen hacer de los Magistrados y Secretarios de lo Social, de su personal auxiliar y colaborador, sino también ...”* a la puesta en aplicación de una nueva Ley procesal, en su momento la LPL 1990, y actualmente la LPL 1995 (GIMENO SENDRA, V., “El derecho a un proceso laboral con todas las garantías”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, op. cit., pág. 332). Esta tendencia se ha mantenido, así en la Memoria TC de 2015, se indica que los recursos de amparo presentados procedentes del orden jurisdiccional social son 409, de un total de 7.190 recursos de amparo de procedencia jurisdiccional, es decir, tan solo el 5,69%; y en la Memoria TC de 2016, los recursos de amparo procedentes del orden jurisdiccional social son 412, de un total de 6.665 recursos de amparo de procedencia jurisdiccional, es decir, tan solo el 6,18% (ambas, en www.tribunalconstitucional.es).

¹⁹ Ya en el año 1994, el Presidente del TS y del CGPJ, en el discurso pronunciado con ocasión de la solemne apertura del año judicial 1994-95, leído el 12 de septiembre de 1994, y versando, precisamente, sobre “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, mostraba su preocupación sobre las fricciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional en indicada materia, y, tras analizar minuciosamente la falta de desarrollo legislativo del art. 53.2 CE y las consecuencias que de tal estado de cosas se derivaban, aportaba algunas soluciones.

Así, el propio TC ha afirmado que *“...la insuficiencia de desarrollo legislativo del art. 53.2 CE, al no posibilitar, mediante un recurso jurisdiccional previo y sumario, ni mediante la adecuación a la Constitución de las normas procesales, la corrección de esas vulneraciones, convierte (...) el amparo constitucional en un recurso subsidiario pero también común y general de última instancia respecto de todas las vulneraciones en procesos ordinarios que causen indefensión cuando haya recaído sentencia firme. De este modo, la falta de amparo, que sea realmente previo y sumario, ante los Tribunales ordinarios, que hace revertir...”* al Tribunal Constitucional, *“...toda la masa de recursos fundados en aquellos motivos, puede en definitiva repercutir en perjuicio de los particulares afectados al introducir en todo caso una instancia jurisdiccional más para la satisfacción de sus demandas...”*²⁰.

Situación que, en cierta medida se intentó paliar, por primera vez, mediante la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ (BOE 5/12/1997), a través de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de un nuevo incidente de nulidad de actuaciones tras sentencia firme, superando, en cierta medida los estrechos límites del hasta entonces vigente art. 240.2 LOPJ²¹, si bien tampoco supuso una solución definitiva a los problemas de delimitación de funciones entre la jurisdicción constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales²². Regulación que sufrió posteriores reformas, siendo la última de ellas la introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE 25/05/2007), e incorpora una nueva redacción del objeto del incidente de nulidad de actuaciones tras sentencia firme, residenciado actualmente en el art. 241 LOPJ, para establecer que dicho incidente constituirá remedio procesal para la denuncia de la infracción procesal *“...fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución...”*. Con tal decisión parece que se pretende identificar el incidente excepcional de nulidad de actuaciones con el procedimiento de tutela de amparo judicial ordinario del artículo 53.2 CE, a que nos hemos referido al principio, pero, como veremos más adelante, esa pretendida identidad es tan solo un perverso espejismo, pues no se corresponde con la realidad normativa surgida tras dicha reforma²³.

²⁰ STC 185/1990, de 15 de noviembre

²¹ Desde la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, y sobre todo tras el art. 240 de referida ley -una vez suprimido el incidente de nulidad de actuaciones, a través de la reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto (confr. art. 742.II LECiv1881)-, y a la luz de la Sentencia del Pleno TC 185/1990, de 15 de noviembre y posteriores, resultaba que, en principio, no procedía declarar nulidad de actuaciones judiciales de oficio una vez existiera sentencia firme, con las consecuencias de todo orden que tal previsión legal generaba, como tendremos ocasión de ir analizando. Situación, a la que como indicamos, ha intentado dar respuesta la citada LO 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la LOPJ, si bien, como tendremos ocasión de ir analizando, tampoco se ofrece solución a todos los problemas que, desde la perspectiva procedimental, suscita la nulidad de actuaciones judiciales.

²² LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág. 17 y ss.

²³ En tal sentido, es concluyente RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Ed. Thomson Aranzadi, S.A., Pamplona 2008, págs. 219 y ss.

De modo que, como el Libro y demás artículos que se compendian en esta Tesis se escribieron y publicaron en el período comprendido entre 1994 y 1999 –sin perjuicio de lo que se ha indicado en relación con el último de los artículos compendiados, que se publicó en septiembre 2017-, a la hora de efectuar el resumen global de los resultados obtenidos y la discusión sobre los mismos, se ha considerado conveniente exponer una especie de recapitulación sobre la materia objeto de investigación, de forma sintética, y sobre todo, actualizar la misma con la posterior evolución legislativa y doctrinal, para una mejor comprensión de los resultados de dicha investigación.

2. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES

Partiendo de la perspectiva constitucional arriba enunciada, es comprensible la enorme viveza de la normativa sobre nulidad de actuaciones judiciales, así como la enriquecedora jurisprudencia generada en torno a tal cuestión. De ahí que, en los últimos treinta años, los cambios normativos -y en cierta medida también jurisprudenciales- en relación con la nulidad de actuaciones judiciales hayan sido en ocasiones radicales, y a veces hasta contradictorios, pero siempre interesantes de analizar²⁴.

De este modo, es preciso recapitular, si bien esquemáticamente, sobre la evolución del marco normativo referido a la nulidad de actuaciones judiciales, pudiendo distinguir las siguientes etapas²⁵:

2.1. Situación hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

Desde los inicios del estudio y aplicación del derecho ha sido evidente la diferencia entre la denuncia de la infracción procesal y la impugnación por motivos de fondo. La primera se denominaba tradicionalmente “*querella nulitatis*”, y perseguía el quebrantamiento de forma o nulidad de los actos procesales (vicios “*in procedendo*”). Por su parte, la impugnación de la sentencia por la injusticia del fallo se denunciaba mediante la “*querella iniquitatis*”, que perseguía los errores “*in iudicando*”. La distinción entre ambos motivos de recurso se mantuvo durante nuestro Derecho más antiguo²⁶.

En nuestro Derecho histórico la unificación de ambos medios de impugnación, por vicios “*in procedendo*” e “*in iudicando*”, se produjo en la Ley

²⁴ Un interesante y detallado estudio de la evolución histórica sobre la denominada “ineficacia de los actos procesales”, remontándose incluso al Derecho Romano, se puede ver en MEGINO FERNÁNDEZ, D., *El incidente de nulidad de actuaciones*, Editorial Juruá, Lisboa, 2010, págs. 26 y ss.

²⁵ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., págs. 20 y ss.; y RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., págs. 21 y ss.

²⁶ MEGINO FERNÁNDEZ, D., *El incidente de nulidad de actuaciones*, op. cit., págs. 77 y ss.

de Enjuiciamiento de Comercio de 1830, que fue la primera regulación redactada según los principios de la codificación. Esta Ley estableció que en las causas de comercio el recurso de nulidad se interpondría conjuntamente con el de apelación dentro del término fijado en la Ley para éste (art. 420).

El recurso de casación, que aparece en nuestra legislación procesal en la *LECiv de 1855*, también acogió ambos motivos de impugnación por vicios “*in procedendo*” e “*in iudicando*”. La evolución histórica que condujo al recurso de casación se inició con la Constitución de Cádiz de 1812 y, tras determinadas vicisitudes normativas, una vez implantado definitivamente el Tribunal Supremo, se aprobó el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, que suprimió los recursos de segunda suplicación e injusticia notoria y reguló expresamente un recurso de nulidad, que es el antecedente inmediato del recurso que en la *LECiv 1855* se denominará, definitivamente, recurso de casación.

2.2. Situación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

En la *LECiv de 1881* se consolidan los rasgos básicos del tratamiento procesal de la nulidad procesal por quebrantamiento de forma, que se resumen básicamente en los siguientes: a) su regulación como motivo del recurso de apelación y casación; y, b) la necesidad de denunciar el vicio procesal en el momento en que se produjera y su reproducción en las instancias que procedan.

De otra parte, en el art. 745 *LECiv de 1881* se recogía el denominado incidente de nulidad de actuaciones, que tenía carácter suspensivo. La jurisprudencia calificó este incidente como un recurso extraordinario, al que sólo podía acudir cuando, previamente, se habían agotado los recursos ordinarios, y no se hubiera obtenido la subsanación del vicio o su declaración de nulidad. Incidente que sólo podía plantearse mientras se encontraba pendiente el proceso y del cual podían hacer uso tan sólo aquellos que fueran parte en el proceso, debiéndose respetar, en todo caso, la santidad de la cosa juzgada²⁷ y sin posibilidad de acudir a un proceso declarativo posterior, una vez fenecido el pleito en que se hubieren producido las nulidades²⁸. La utilización de referido incidente de nulidad de actuaciones dio lugar a no pocos abusos, que desembocaron en dilaciones y otras disfunciones en la tramitación de los procesos, lo cual hizo que el legislador de 1984 (*Ley 34/1984*, de 6 de agosto) suprimiera dicho incidente, para evitar esas nocivas consecuencias para el proceso²⁹.

²⁷ SSTS de 12 de julio de 1915, 6 de julio de 1917, 21 de febrero de 1941, 21 de febrero de 1942, 12 de diciembre de 1950, etcétera.

²⁸ SSTS de 1 de julio de 1904 y de 12 diciembre de 1950.

²⁹ GABALDÓN LÓPEZ, J., “Nulidad de actuaciones procesales y recurso de amparo”, en *Cuadernos de Derecho Judicial sobre La Nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 281.

2.3. Desde 1984 hasta 1985

En el año 1984 se aprueba la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que reforma, con carácter urgente, la LECiv dando nueva regulación a la materia tratada. En concreto, el art. 742.II LECiv viene a suprimir el incidente de nulidad de actuaciones, creando cierto vacío normativo³⁰. Ante el mismo, y siempre referido a vías procedimentales diferentes a la utilización de los recursos correspondientes para hacer valer la nulidad de actuaciones, la jurisprudencia había configurado la declaración de nulidad de actuaciones como un proceso atípico amparado en el art. 6.3 CC, que era aplicable para corregir vicios procesales no subsanables ni susceptibles de convalidación a lo largo del procedimiento, siempre que aquellos hubieran provocado grave indefensión a la parte³¹.

2.4. A partir de 1985 y hasta la reforma de 1997

Tras la LOPJ de 1985 la situación cambia radicalmente, pues en dicha norma se reguló por primera vez, de modo completo y sistemático, lo relativo a la nulidad de actuaciones judiciales (arts. 238 a 243 LOPJ), que, con distintas modificaciones aún se halla vigente. Esta ordenación supuso un cambio esencial en nuestro sistema procesal en esta materia, ya que hasta la aprobación de la LOPJ la nulidad procesal no se regulaba más que de modo indirecto, a propósito de su denuncia como motivo de impugnación a través de dos vías: a) la ordinaria, mediante los recursos de apelación y casación, que se considera como ordinario a estos efectos; y, b) la extraordinaria o excepcional, mediante los medios de rescisión de las sentencias firmes, en concreto el recurso de revisión y la audiencia al condenado rebelde. Esta regulación era insuficiente, ya que faltaba un medio excepcional de denuncia de la nulidad frente a resoluciones firmes que procediera con carácter general, y no únicamente en los supuestos específicos previstos para la revisión y la audiencia al condenado rebelde.

Tampoco se regulaban los motivos de nulidad de pleno derecho que debían producir la invalidez del acto procesal afectado o aquellos otros vicios o infracciones que podrían determinar la nulidad procesal, según el criterio judicial de aplicación en cada caso. El único criterio en esta materia se hallaba en los motivos de casación por quebrantamiento de forma previstos en el art. 1693 LECiv de 1881, en los que se distinguía entre: (a) el abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, incompetencia o inadecuación del procedimiento y (b) el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales siempre que se hubiere producido indefensión.

³⁰ De desmesurada reacción ha sido calificada esta decisión por la doctrina (MEGINO FERNÁNDEZ, D., *El incidente de nulidad de actuaciones*, op. cit., págs. 104 y ss.).

³¹ MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M., *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Editorial Colex, 1991, págs. 105 y ss.

La LOPJ reguló la nulidad procesal en los artículos 238 a 243, en los que atendió a las distintas cuestiones que conforman la institución y que, hasta dicho momento, se hallaban carentes de regulación legal; a saber³²:

- a) La inclusión de una relación tasada de causas de nulidad de pleno derecho (art. 238).
- b) El establecimiento de los principios de subsanación y conservación de los actos procesales (art. 242), y, finalmente
- c) Un sistema de denuncia de la nulidad procesal, basado, principalmente, en la utilización de los recursos ordinarios y demás medios de impugnación previstos en la Ley. También se preveía la declaración de oficio de la nulidad por el Juez que estuviere conociendo de las actuaciones, siempre que no hubiere recaído sentencia definitiva.

La regulación de la LOPJ mejoraba de forma notable la materia; sin embargo, se planteaban tres problemas que perjudicaban el correcto tratamiento de la nulidad procesal, a saber³³:

a) El primero referido a la misma limitación de las vías de recurso aptas para denunciar los motivos de nulidad de actuaciones previstos en la LOPJ. Efectivamente, en el sistema de la LECiv de 1881 la casación se hallaba limitada al cumplimiento de determinados requisitos; más aún, no todas las sentencias dictadas en primera instancia eran susceptibles de apelación. De este modo, cerrada la vía procesal ordinaria de denuncia de la nulidad procesal, el único cauce procesal para solicitar la tutela judicial efectiva de los litigantes era el recurso de amparo constitucional, vía procesal que resulta inadecuada para la denuncia ordinaria de defectos o infracciones procesales que deben ser corregidos, preferentemente, mediante los cauces judiciales ordinarios y extraordinarios, quedando el recurso de amparo como una garantía excepcional.

b) El segundo consistía en la ausencia de un procedimiento para denunciar los vicios causantes de nulidad frente a sentencias (o autos) que fueren firmes. Problema sobre el que trataremos más abajo, lugar al que ahora nos remitimos.

c) El tercer y último, que se ha mantenido hasta el momento presente y que tiene una difícil solución, consiste en la derivación hacia el amparo constitucional de impugnaciones de infracción procesal que deben tener solución en la vía del amparo judicial ordinario. Esta consecuencia se produce tanto por la amplitud con la que nuestra Constitución reconoce el acceso al amparo constitucional, como a la ausencia de vías para solicitar el amparo

³² RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., pág. 26.

³³ RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., págs. 27 y ss.

judicial ordinario con base en la violación de derechos fundamentales. Precisamente, a tratar de poner fin a esta grave disfunción que ha producido el colapso del Tribunal Constitucional se ha dirigido la última reforma en la materia de la LO 6/2007, de 24 de mayo, a que nos referiremos posteriormente.

Retomando el tema relativo a la posibilidad del Juez o tribunal para declarar de oficio la nulidad de actuaciones, es posible distinguir, dentro de la Jurisprudencia del TC, al menos, las siguientes etapas:

1) Hasta la Sentencia del TC 110/1988. El problema se plantea en torno a la expresión, entonces vigente “...antes de que hubiere recaído sentencia definitiva...”, contenida en el art. 240.2 LOPJ. La doctrina mayoritaria, viene entendiendo por sentencia definitiva aquella que resuelve o da solución jurídica a las cuestiones objeto de debate, y contra la cual cabe interponer un recurso ordinario o extraordinario (confr. art. 369 LECiv de 1881, entonces vigente, actualmente art. 207.1 LECiv de 2000); en cambio las sentencias firmes son aquellas contra las que no cabe recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario (art. 369 LECiv de 1881, entonces vigente, actualmente art. 207.2 y 3 LECiv de 2000), sin perjuicio de que contra las sentencias firmes se admitan ciertos remedios procesales, como el mal llamado *recurso* de revisión³⁴, o la audiencia al rebelde, etcétera. Remedios procesales a los que se refiere el art. 245.3 LOPJ cuando dice que “...son sentencias firmes aquellas contra las que no quepa recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley...”³⁵.

Pues bien, partiendo de esta diferenciación, se llegó a entender que procedía la declaración de oficio de nulidad de actuaciones hasta que existiera sentencia firme, pero respetando siempre las sentencias definitivas, es decir, una vez existiera sentencia definitiva y antes de que ganare firmeza, se podía declarar de oficio la nulidad de actuaciones de alguna o algunas de ellas, siempre y cuando que tal declaración no afecte a la sentencia definitiva; de este modo, por ejemplo, nulidad de la notificación de sentencia, en cuanto acto procesal de comunicación, y así posibilitar la utilización de los recursos procedentes contra la sentencia definitiva.

2) Sentencia del TC 110/1988. La referida sentencia supuso un hito importante en la interpretación de la materia que nos ocupa, precipitando en la posterior jurisprudencia constitucional, representada por la STC 185/1990, que ya comentaremos posteriormente. La STC 110/1988, de 8 de junio, de la Sala Primera del TC, de la que fue ponente Rubio

³⁴ Decimos mal llamado recurso, pues precisamente procede su interposición contra sentencias firmes, contra las cuales, por definición, no cabe recurso; de este modo, entendemos como más adecuado denominarlo de forma distinta a recurso; por ejemplo, proceso de revisión, remedio procesal, etcétera.

³⁵ Nótese que el citado precepto (el art. 245.3 LOPJ) utiliza implícitamente el término recurso para referirse al de revisión, lo cual como queda apuntado es una clara imprecisión jurídica.

Llorente, se ocupa de un caso en que, dentro de un proceso penal se aprecia, en ejecución de sentencia - y por tanto existiendo ya sentencia definitiva y firme-, la falta de citación de los recurrentes -es decir, los que acudieron en amparo ante el TC- a efectos de recurso de apelación, y detectándose tal vicio en el proceso o fase de ejecución de sentencia, solicitan la nulidad de actuaciones, que es rechazada por el órgano jurisdiccional. La parte postergada acudió al Tribunal Constitucional, vía recurso de amparo, estimándose dicho recurso, a cuyo efecto el TC acude a efectuar una interpretación intrépida y criticada por la doctrina³⁶, en el sentido de entender que sentencia definitiva equivale a sentencia definitivamente ejecutada³⁷, de manera que "...pueda el Juez o Tribunal Sentenciador, mientras no lo ha sido (se entiende ejecutada) de oficio y previa audiencia de las partes, declarar la nulidad de actuaciones de lo necesario para restaurar a las partes en los derechos que garantiza el art. 24 de nuestra Constitución y sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en el art. 11.2 LOPJ..."³⁸. La Sala Segunda del TC no comparte esta tesis³⁹, sino que mantiene la interpretación existente con anterioridad a la STC 110/1988, y a la cual ya nos hemos referido en el apartado precedente.

3) Sentencia Pleno TC 185/1990. Ante tal estado de cosas, el propio TC decidió autoplantearse cuestión de inconstitucionalidad⁴⁰ sobre el art. 240 LOPJ. Se resuelve mediante la Sentencia del Pleno del TC 185/1990, de 15 de noviembre, en la cual el TC declara la constitucionalidad del art. 240 LOPJ y viene a decir que el citado precepto *"...no se opone en este supuesto ni al art. 24, ni al carácter subsidiario del recurso de amparo. Se limita a preservar el principio de inmodificabilidad de oficio de las sentencias una vez firmadas..."* (FJ2). Es decir, se acogió la tesis que mantenía la Sala Segunda del propio TC, abandonando la tesis que sostenía la Sala Primera del mismo Tribunal. De este modo, la Sentencia del Pleno del TC 185/1990 vino a restablecer la interpretación que se hacía hasta el pronunciamiento de 1988, comentado, recuperando la interpretación de la que hemos denominado primera etapa, es decir, posibilitando la declaración de oficio de nulidad de actuaciones hasta que exista sentencia firme, pero

³⁶ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., "Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario de la STC 110/1988", *Revista Jurídica La Ley*, 1989-1, págs. 905 y ss.; GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., "Nulidad de actuaciones y la Constitución", *Revista Jurídica La Ley*, 1992-1, págs. 793 y ss.; GARNICA MARTÍN, J.F., "Nulidad de actuaciones después de sentencia firme", *Revista Justicia*, 1990, Tomo IV, págs. 897 y ss.; entre otros.

³⁷ Dicha interpretación, constituía una discutible consideración del atributo "definitiva", según MEGINO FERNÁNDEZ, D. (*El incidente de nulidad de actuaciones*, op. cit., págs. 115 y ss.), en parecer que compartimos.

³⁸ STC 110/1988, FJ7; esta misma o similar línea, y también por la Sala Primera del TC, se siguió en las SSTC 211, 212 y 213/1989.

³⁹ Confr. STC 22/1989.

⁴⁰ La referida autocuestión (confr. art. 55.2 LOTC) se plantea en las citadas SSTC 211, 212 y 213/1989. Por cierto, fue la primera vez que el TC se planteaba autocuestión de inconstitucionalidad; la cual, además, como se verá, fue desestimada.

respetando siempre la sentencia definitiva, como consecuencia del principio de inmodificabilidad de oficio de las sentencias y demás resoluciones. Así, como mero ejemplo ilustrativo de la afirmación precedente, nulidad en la notificación de la sentencia, en virtud de la cual, al declarar la misma, se anularía también la declaración de firmeza de la sentencia, pero, respetando la sentencia definitiva, posibilitándose la interposición del recurso que procediera contra la indicada sentencia definitiva, y así obtener más tarde, en su caso, en la instancia ulterior, la anulación de aquella misma sentencia definitiva, por la vía adecuada a estos fines⁴¹.

2.5. La reforma de 1997 de la LOPJ

Esta situación es la que se encuentra la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ (BOE 5/12/1997), que, como afirma su Exposición de Motivos, pretendía dejar planteada “...en términos más razonables la cuestión del desarrollo legal del apartado 2 del artículo 53 de la Constitución, acerca de la tutela judicial ordinaria, por cauces preferentes y sumarios de los derechos fundamentales...” pues el legislador consideraba “...apremiante superar la indeseable situación, muchas veces repetida, resultante del tenor literal del apartado 2 del artículo 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en virtud del cual no existe cauce para declarar la nulidad radical de actuaciones por vicio procesal una vez que ‘hubiere recaído sentencia definitiva’...”

Y a tales efectos, “...la Ley opta por establecer un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible...”. Se instaura, de este modo, un nuevo incidente de nulidad de actuaciones que viene a configurarse como una cuarta vía de declaración de tales vicios, y que se regula en los apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ; también se retoca el apartado 2 del citado art. 240 LOPJ, relativo a la declaración de oficio de la nulidad de actuaciones. Pero, como puede comprobarse, continuaba sin desarrollarse el art. 53.2 CE.

En relación con dicha reforma, interesa ahora resaltar lo relativo a la definición del objeto del instaurado incidente de nulidad de actuaciones judiciales, debiendo ser destacado que, de todos los posibles supuestos de nulidad de actuaciones judiciales, tan sólo era posible sustanciar a través del nuevo incidente los dos siguientes:

a) Aquellos que se fundamenten en “...defectos de forma, que hubieran causado indefensión...”, siempre que no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al

⁴¹ En tal sentido es importante la doctrina que se fija en la STC 198/1994, de 4 de julio; en similar sentido, SSTC 271/1994 y 185/1997 y posteriores.

proceso; y, siempre que la sentencia, o en su caso, resolución que pongan término al proceso, “...no sean susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida...”.

b) Aquellos que se funden en la incongruencia del fallo de la sentencia o resolución irrecurrible.

2.6. La reforma de 1999

Dicho incidente excepcional de nulidad de actuaciones judiciales fue retocado mediante la LO 13/1999, de 14 de mayo, de modo que, cuando ni siquiera había transcurrido un año y medio desde la instauración del incidente de nulidad de actuaciones judiciales, mediante la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 05/12/1997), que entró en vigor el día 6 de diciembre de 1997 (confr. disposición final de la indicada LO 5/1997), el Boletín Oficial del Estado nos vuelve a sorprender con una modificación del régimen de nulidad de actuaciones judiciales que afecta tan sólo al indicado incidente de nulidad de actuaciones⁴². La denominada 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, que se publicó en el BOE de 15 de mayo de 1999, y entró en vigor el día 16 de mayo de 1999 (confr. disposición final única de indicada LO 13/1999), nos ofrece una nueva redacción de los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, en que se instauró, como ya hemos indicado, el citado incidente excepcional de nulidad de actuaciones judiciales.

La génesis de tal Ley hay que buscarla en la tramitación parlamentaria de la Proposición de Ley Orgánica de modificación del artículo 19 de la LOPJ⁴³, y, que, tras aquella, pasó a denominarse como 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 Judicial⁴⁴, denominación con la que es promulgada y publicada en el BOE de fecha 15 de mayo de 1999. Dicha reforma, como

⁴² ¿Será el principio de una serie de reformas del incidente de nulidad de actuaciones? Este interrogante nos lo planteábamos en un artículo doctrinal escrito en dichas fechas sobre la ahora comentada reforma (LAMO RUBIO, J. de, “El ‘remozado’ incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, *Revista General de Derecho*, núms. 658-659, 1999) y, como veremos, la realidad respondió afirmativamente a dicho interrogante.

⁴³ Curiosamente, la indicada Proposición de Ley, en su germen inicial, tan sólo se refería a la modificación del citado art. 19 LOPJ, a fin de reconocer “...el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional al denominado Consejo de Hombres Buenos de Murcia...” (BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 159-1, de 24 de febrero de 1998); pero, como viene siendo habitual en los últimos tiempos, en el trámite parlamentario se le fueron añadiendo cuestiones que ninguna relación guardan con el inicial objeto de tal propuesta de cambio legislativo.

⁴⁴ BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 159-11, de 5 de mayo de 1999.

decimos, se limita a introducir determinados retoques técnicos en el incidente de nulidad de actuaciones⁴⁵.

2.7. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000

Una de las novedades especialmente destacadas en la nueva LECiv es la regulación de las normas procesales comunes a todos los procedimientos judiciales, incluyendo la referente a la nulidad de actuaciones. Efectivamente, la LECiv manifestó su vocación de convertirse en la Ley Procesal Común, de aplicación subsidiaria a los procesos que se sustancien en otros órdenes jurisdiccionales (como se explica en su Exposición de Motivos). La voluntad del legislador de que la LECiv sea la ley procesal común precisa del cumplimiento de dos premisas, cuales son: a) la existencia de una norma habilitante, que se halla en el art. 4 LECiv que prevé que la misma tiene carácter supletorio con relación a los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, cuando las leyes que les sean de aplicación no contengan normas específicas; y, b) la regulación en la LECiv de las normas sobre actos procesales que hasta el momento se regulaban, principalmente y desde su aprobación, en la LOPJ; necesidad a la cual también atiende la LECiv⁴⁶.

De otra parte, la Disposición Final 17ª LECiv estableció un régimen transitorio en materia de abstenciones y recusación, nulidad de actuaciones y aclaración y complemento de resoluciones, que preveía que, en tanto no se procediera a reformar la LOPJ en las materias citadas, no serían de aplicación las normas que las regulan en la LECiv. La transitoriedad también afecta a las normas sobre recursos extraordinarios de casación e infracción procesal, en este caso por la falta de norma que atribuya a los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, a tenor de lo previsto en la Disposición Final 16ª LECiv.

La LECiv regula lo relativo al régimen de la nulidad de actuaciones en los artículos 225 a 231, que hay que poner en relación con los artículos 214 y 215 de la misma Ley destinados a ordenar lo relativo a la aclaración, subsanación y complementación de las sentencias y autos defectuosos o incompletos.

Según la doctrina, en dicha Ley la nulidad de actuaciones judiciales se regula con apreciables mejoras técnicas, respecto a las normas que se contenían en la LOPJ –en la regulación vigente al momento de aprobarse la LECiv–; mejoras que atendían a determinados problemas suscitados en esta materia, a saber⁴⁷: a) se habilita la posibilidad de subsanar y complementar sentencias y autos defectuosos o incompletos (art. 215 LECiv); b) se simplifican y concretan las causas de nulidad de pleno derecho de los actos judiciales (art.

⁴⁵ En cuanto al objeto del incidente de nulidad de actuaciones judiciales ahora considerado, ninguna modificación se introduce en la reforma de 1999, en relación con la de 1997.

⁴⁶ RICHARD GONZÁLEZ, m., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., págs. 36 y ss.

⁴⁷ RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., pág. 36.

225 LECiv); c) se restringe el conocimiento de oficio por el tribunal de la nulidad de actuaciones a unos supuestos determinados (art. 227.2 LECiv); d) se suprime la incongruencia como motivo de nulidad de resolución firme (art. 228.1 LECiv); y, e) se regulan los efectos de la estimación del incidente y la posibilidad de imponer multas por temeridad procesal (*in fine* art. 228.2 LECiv).

Pues bien, respecto a la nulidad de actuaciones judiciales, la LECiv reguló tanto las causas de nulidad, como el procedimiento de denuncia y apreciación de oficio, de modo que cabría distinguir entre las normas sobre el procedimiento de nulidad que podrían haber entrado en vigor y el art. 228 LECiv, sobre las causas de nulidad que por su necesario carácter orgánico debiera haberse modificado mediante una Ley Orgánica. Sin embargo, la Disposición Final 17ª no distinguió y procedió a la suspensión de todos los preceptos sobre nulidad (arts. 228 a 230 LECiv), con la excepción del art. 231 LECiv, sobre la conservación de los actos procesales; al tiempo, se declaró en suspenso el art. 214 LECiv sobre aclaración y corrección de resoluciones judiciales.

2.8. La reforma de 2003

No fue hasta la reforma de la LOPJ, operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, cuando el legislador modificó las normas sobre nulidad de la LOPJ, para introducir las mejoras que ya estaban previstas en la LECiv; de este modo, finalmente, se producía una relativa coincidencia entre las normas de la LECiv y de la LOPJ, mediante el mecanismo de reformar la LOPJ para introducir en su regulación las pautas que ya se contenían en la LECiv⁴⁸.

En definitiva, nosotros consideramos, con la mayoría de la doctrina, que se ha cumplido lo establecido en la Disposición final 17ª LECiv, que estableció la no aplicación, entre otros, de los artículos 225 a 230 y 215 LECiv, “...*mientras no se proceda a reformar la LOPJ en las materias que a continuación se citan...*”; si bien, existe doctrina en contra, que considera que sigue sin darse cumplimiento a la Disposición final 17ª LECiv, y por tanto, tan solo está vigente la normativa prevista en la LOPJ⁴⁹.

En la LO 19/2003 no sólo se produjo la adaptación de las normas de la LOPJ⁵⁰, sino que el legislador aprovechó la oportunidad para incorporar una

⁴⁸ Sin embargo, algún sector doctrinal considera que esta no era la intención inicial del legislador, pues si lo que se pretendía era perpetuar la regulación de la LOPJ no era necesario establecer una regulación novedosa en la LECiv que iba a trasladar a la LOPJ después de tres años, pues hubiera resultado suficiente, a ese efectos, con haber modificado directamente la LOPJ al momento de aprobación de la LECiv (RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., págs. 40 y ss.).

⁴⁹ MONTERO AROCA, J. "Evolución conceptual de la nulidad de actuaciones", *La nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones*, op. cit., págs. 120 y ss.

⁵⁰ Incluso se modificó el art. 267.5 LOPJ, para regular lo relativo a la posibilidad de solicitar el complemento de las sentencias o autos donde fueran excluidas de un modo manifiesto declaraciones

nueva clase de nulidad de pleno derecho (la nulidad de las vistas cuando se celebren sin la preceptiva intervención del secretario judicial [art. 238.5ª LOPJ]) y, además, optó por el mantenimiento de la incongruencia en la sentencia como motivo para fundamentar el incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Causa que se había regulado en la LOPJ por la LO 5/1997, ya referida, pero que no se contemplaba en la relación de motivos del art. 228 LECiv, que solo establecía como justificación de la nulidad de dicho incidente, la infracción procesal causante de indefensión.

2.9. La reforma de 2007

La última reforma producida en materia de nulidad de actuaciones se contiene en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional (BOE 25/5/2007)⁵¹; dicha modificación es la sexta que se produce en la referida ley básica del Tribunal Constitucional, tras las operadas por las LL.OO. 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999 y 1/2000.

La Exposición de Motivos menciona a la importancia de las funciones del TC pero, aparte de referirse como accesorias a las cuestiones de modificación del régimen interno y de la organización del propio Tribunal, no puede ocultar que el objeto esencial de la reforma consiste en reordenar la dedicación del Tribunal Constitucional, desbordado por el número creciente de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal, lo que repercute en la lentitud de los procedimientos por la sobrecarga que suponen los recursos de amparo. Y, de este modo, la reforma se centra esencialmente en el aumento de las funciones de las secciones, en la nueva regulación del trámite de admisión del recurso de amparo y en encomendar a los jueces y tribunales ordinarios su papel de protección primera de los derechos fundamentales, *rectius*, de todos los derechos fundamentales, ampliando el cauce del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, exigiéndolo como trámite previo al amparo cuando se solicite con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales del art. 53.2 CE, en lugar de la regulación existente hasta entonces, que limitaba el incidente a los casos de los defectos de forma causantes de indefensión o de incongruencia del fallo.

Con dicha reforma parece que se pretende identificar el incidente excepcional de nulidad de actuaciones con el procedimiento de tutela de amparo judicial ordinario del artículo 53.2 CE, a que nos hemos referido al

oportunamente deducidas; en otras palabras, en supuestos de incongruencia omisiva; todo ello, en regulación pareja con la ya existente en los artículos 214 y 215 LECiv.

⁵¹ La modificación es importante y extensa, afectando a 34 artículos de la LOTC, de los 102 que la integran (exactamente la tercera parte), con una disposición adicional más, cuatro disposiciones transitorias y dos disposiciones finales

principio, pero tendremos ocasión de comprobar que en realidad esa pretensión no se corresponde con la realidad normativa surgida tras dicha reforma⁵².

2.10. Referencia a la Justicia Digital

Los avances tecnológicos han penetrado con fuerza en nuestros Juzgados y Tribunales, también en el ámbito del proceso, adoptándose planes y programas para que el esquema judicial sea fiable, dando lugar a formas ya anunciadas y reguladas en la Ley 18/2011, de 5 de julio, y que la Ley 42/2015, de 5 de octubre, ha venido a desarrollar en aras de la necesaria modernización del sistema, pero siempre respetando las normas procesales. Así pues, la nueva legislación ha de respetar las normas procesales vigentes, siendo preciso una adaptación a las mismas, que no siempre es sencilla tanto por razones tecnológicas como orgánicas que se vienen poniendo de manifiesto, ante la entrada en funcionamiento de la nueva normativa, abundando las críticas, porque una cosa es que se recoja en la Ley, el derecho y la obligación del empleo de tales medios, y otra que los requisitos de validez, la disponibilidad, la compatibilidad de los sistemas, la seguridad, la autenticidad y la integridad de la comunicación y de su contenido y demás requisitos procesales se asuman adecuadamente en el desarrollo práctico de dichas novedades informáticas⁵³. En consecuencia, es preciso no olvidar que la esencia del proceso debido como instrumento para obtener la tutela judicial efectiva a través de las alegaciones de las partes, pruebas, conclusiones, resolución y ejecución de la misma, no ha de considerarse modificado, por muchas reformas informáticas que se implanten.

En definitiva, ante el reto de la digitalización de la justicia, en que actualmente estamos inmersos, no debemos olvidar los principios que tan trabajosamente han venido definiendo el proceso debido, sobre todo ante la posibilidad de que surjan nuevas causas de nulidad de actuaciones judiciales, institución que ha de servir para poner remedio a las posibles vulneraciones del proceso debido, configurando al juez ordinario como garante del mismo.

3. SOBRE LA CONFIGURACIÓN CONCEPTUAL DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES

Para entender el concepto de nulidad de actuaciones que se viene manejando en la doctrina, resulta muy ilustrativo recurrir a un artículo doctrinal, relativamente reciente, de MONTERO AROCA, ya citado, en el que explica y aclara de dónde procede uno de los fundamentales errores en la conceptualización de la nulidad de actuaciones, y que consiste en haber trasladado al ámbito de

⁵² En tal sentido, es concluyente RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., págs. 219 y ss.

⁵³ GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, E., “El proceso electrónico”, *La Ley Penal*, n° 118, 2016, formato digital en laleydigital360.

la nulidad de actuaciones judiciales las categorías existentes a mediados del siglo XX en relación con la nulidad de los contratos civiles. Para una mayor claridad, vamos a recoger textualmente algunas de sus reflexiones; así, MONTERO AROCA explica el origen de ese error del siguiente modo⁵⁴:

“...En 1943 se celebró en Madrid una oposición restringida a cátedra de Derecho Procesal que con el paso del tiempo ha entrado en la mitología de la Universidad española. De esa oposición se habla y se habla, existen versiones con matices muy diferentes y se dicen inexactitudes sin cuento, que es lo que ocurre con los mitos, pues de ellos acaba por no importar la realidad de los hechos. En los mitos lo importante es el escenario, la descripción de los tipos que intervienen y la enseñanza que cada uno obtiene de ellos. La verdad es otra cosa y, realmente, acaba por no importar.

Como es obvio no pretendo ahora rehacer la historia verdadera de aquella oposición, pues no es conveniente ni destruir un mito ni contribuir al mismo, pero sí es necesario volver a ella los ojos porque fue una clara manifestación de la doctrina de la época sobre la nulidad de los actos procesales.

No sé si es sabido -aunque sospecho que no, por lo menos respecto de los ámbitos judiciales-, que durante bastante tiempo las cátedras de Derecho de la Universidad de Madrid, llamada entonces pomposamente Central, se cubrían una vez por concurso de méritos y otra por oposición restringida, y en los dos casos se entiende entre catedráticos. En 1930 la cátedra, entonces aún denominada de Procedimientos Judiciales, se cubrió por concurso resuelto a favor de Francisco Beceña González (nombrado por la RO de 21 de febrero de 1930). Asesinado Beceña en 1936, la cátedra, que en 1932 había pasado a denominarse de Derecho Procesal, quedó vacante y así permaneció unos años, hasta que se convocó, ya en 1943, la oposición restringida. La convocatoria la firmaron Emilio Gómez Orbaneja (en Salamanca), Leonardo Prieto Castro (en Zaragoza), Jaime Guasp Delgado (en Barcelona) y Ángel Enciso Calvo (excedente), enumerados por orden de antigüedad. Los ejercicios los hicieron sólo Prieto y Guasp y es el enfrentamiento que se produjo entre ellos (la llamada trinca) lo que ha hecho que la oposición haya entrado en la mitología de la asignatura.

De esa oposición se han dicho cosas que procedían de meras referencias de tercera o cuarta mano, de modo que se estaba, no ante la prueba testifical, sino ante lo que en tiempos pasados se llamaba fama pública, y que podía hasta confundirse con el rumor. Si hasta hace poco no se disponía de datos ciertos, cosa contraria

⁵⁴ MONTERO AROCA., J. “Evolución conceptual de la nulidad de actuaciones”, op. cit., págs. 117 y ss.

ocurre ahora en que podemos leer las actas de esa oposición. La prueba documental de que ahora se dispone no desvirtúa el mito sino que lo acrecienta, pues desde aquella oposición de 1943-1944 no se recuerda una trinca tan feroz. Desde luego ninguna con contendientes de ese nivel.

Naturalmente no voy a narrar ahora los detalles que han conformado el mito de la trinca. No estoy ahora haciendo historia universitaria. Pero sí hay que decir [...] que, conforme al Reglamento de oposiciones a cátedras de 25 de junio de 1931, el sexto ejercicio consistía en la redacción de un tema monográfico sorteado de entre los propuestos por los miembros del Tribunal. Entre esos temas estaba uno titulado: 'Actos ilícitos procesales' y fue éste el sacado a suerte "por uno de los opositores" y el desarrollado por los dos en la mañana del día 4 de febrero de 1944.

En su exposición Prieto Castro se encaminó por la ilicitud en sentido estricto, empezando por la verdad y la probidad procesales, sin atender a la nulidad propiamente dicha. Entonces estaban más que de moda algunos conceptos que respondían al ambiente totalitario del momento y en ellos incidió Prieto. Por ello simplemente indicaremos que el entonces catedrático de Zaragoza había publicado poco antes un manual, Exposición de Derecho Procesal Civil de España -el mismo que recibió la crítica feroz de Guasp, el cual llegó a decir que contenía más errores que páginas- y que en él sostuvo que la inobservancia de los requisitos formales del acto procesal daba lugar a la inexistencia, a la nulidad absoluta o a la nulidad relativa o anulabilidad.

Por su parte Guasp, catedrático de Barcelona, pero sin ejercicio efectivo -y en la trinca se le objetó que no tenía experiencia docente-, empezó su ejercicio por el principio, es decir por la noción de acto procesal y de acto procesal irregular o antijurídico, para luego distinguir entre acto nulo (cuando el ordenamiento jurídico, atendida la irregularidad, priva al acto de uno o de todos los efectos normales que tiende a producir) y acto ilícito (cuando además de lo anterior añade una consecuencia o efecto, llamada sanción).

Por este camino Guasp sostuvo seguidamente que el concepto general era el de irregularidad, antijuridicidad e, incluso, ilegalidad, y que, derivados de él, estaban las nociones de nulidad e ilicitud, para concluir que la nulidad, a su vez, se desdoblaba en inexistencia del acto, nulidad absoluta y nulidad relativa o anulabilidad.

Está aquí, en los catedráticos Prieto Castro y Guasp, puede que no exactamente el origen, pero sí uno de los puntos de inicio de la doctrina española sobre la nulidad de los actos del proceso. Esa

doctrina se basó en asumir la doctrina civilista sobre la nulidad de los actos jurídicos en general, y esa asunción se hizo sin el menor atisbo crítico. Y no se trató sólo de Prieto Castro y de Guasp, pues toda la doctrina posterior siguió por ese camino. Se trataba de un camino que condujo a la inutilidad...."

En la oposición acabó venciendo Guasp⁵⁵. Dotada una segunda cátedra de Derecho Procesal en Madrid, Prieto Castro la obtuvo por concurso de méritos en 1946.

Terminando el propio MONTERO AROCA por reconocer que *"...como no se trata de criticar sólo lo ajeno, debo empezar por reconocer que todavía en el inicio de los años ochenta del siglo XX, es decir, antes de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, en alguna de las obras generales que firmo como autor único me sumé al error y di algunos pasos por ese camino inútil. También yo empecé distinguiendo entre ineficacia e irregularidad de los actos procesales..."*⁵⁶

De modo que MONTERO AROCA concluye que todo el esquema doctrinal que se había construido trasladando las categorías existentes sobre la nulidad de los contratos en civil, al ámbito de la nulidad de actuaciones judiciales, y que *"...era el común en la doctrina hasta 1985, carecía completamente de apoyo legal. Todo él era una mera elucubración teórica, pues a la hora de atender a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 lo que se encontraba en la misma era:*

- a. *La nulidad que se instaba por la parte por medio de los recursos, bien en la apelación (art. 859), bien en la casación por quebrantamiento de forma (art. 1693).*
- b. *El incidente de nulidad de actuaciones tenía otro sentido; no era*

⁵⁵ MONTERO AROCA continua explicando lo que pasó en la votación, del siguiente literal modo: *"... El tribunal lo componían Ignacio De Casso Romero (catedrático de Derecho Civil desde 1911; instructor de los expedientes de depuración de los profesores de la Universidad en 1939; con bastante obra publicada), presidente; Mauro Miguel Romero (catedrático de Procesal en Valladolid; accedió a la cátedra en 1925, cuando contaba con 52 años de edad; ocupó la cátedra de Gómez Orbajena en Valladolid aprovechando la depuración de éste), secretario; José María Serrano Suárez (catedrático de Procesal en Oviedo; prácticamente ágrafo), Miguel Fenech Navarro (catedrático de Procesal en Granada en 1941 con el apoyo de Prieto Castro) y Pedro Apalategui Ocejo (más conocido con el pseudónimo de Quintus Mucius Scaevola), vocales. De ellos Fenech fue el único que votó a Prieto Castro, como era de esperar, mientras que a Guasp lo votaron de Casso, Miguel Romero y Apalategui, también como era de esperar por afinidades políticas, Serrano Suárez se abstuvo de votar..."* (sic) (MONTERO AROCA., J. "Evolución conceptual de la nulidad de actuaciones", op. cit., págs. 140 y ss.).

⁵⁶ Insistiendo en reconocer que *"...Un ejemplo puede verse en obra por mi dirigida, aunque las páginas del caso no son de mi autoría, obra en la que ya a finales de los años noventa del siglo XX se seguía partiendo de la ineficacia de los actos procesales para añadir que, dentro de la misma, debería distinguirse entre nulidad absoluta y anulabilidad, si bien seguidamente se imputaba a la Ley Orgánica del Poder Judicial ser incompleta, asistemática y generadora de nuevos problemas, especialmente porque en la misma no se descubría tratamiento claro de la anulabilidad..."* (sic) (MONTERO AROCA., J. "Evolución conceptual de la nulidad de actuaciones", op. cit. cit., pág. 121).

un recurso, pues procedía cuando no era posible un verdadero recurso, aunque sí perseguía la reparación de los perjuicios causados por un acto procesal realizado de modo contrario al previsto legalmente (art. 745.1) y fue suprimido en la reforma de 1984.

De esta manera podía constatarse un divorcio completo entre la doctrina, que se basaba en el concepto abstracto de nulidad, siguiendo los pasos de la doctrina civilista, y la legislación. Nada de lo sostenido por aquélla se contenía en ésta. Y de ahí el absurdo al que se llegaba, pues la doctrina daba vueltas en el vacío mientras que la práctica se las arreglaba como podía (es decir, mal)..."⁵⁷

Así explicado, resulta evidenciado que toda la doctrina que ha tratado la nulidad de actuaciones ha seguido -al menos hasta la tesis de MONTERO AROCA, que hemos expuesto y que ha visto la luz en 2008-, consciente o inconscientemente, el esquema definido por el Prof. GUASP DELGADO, en sus oposiciones a Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Central de Madrid⁵⁸; en su día, nosotros también seguimos ese planteamiento en las obras que se publicaron en el periodo de 1994 a 1999 y que se incluyen en esta tesis por compendio de publicaciones.

Ahora, conocida la nueva interpretación⁵⁹, consideramos que la misma puede ser de utilidad para entender la evolución de la nulidad de actuaciones judiciales, sobre todo para explicar el porqué del divorcio existente entre la doctrina y la práctica judicial sobre la materia; también, quizá, para comprender que los actuales procesalistas, surgidos tras la Constitución de 1978, se hayan planteado nuevas soluciones a este viejo problema, sobre todo desde la perspectiva del derecho procesal constitucionalizado.

Para concluir, como afirma MONTERO AROCA, citando a POPPER, hay que recordar que *"...la ciencia avanza a base de ir demostrando que las teorías anteriores no se corresponden con la realidad; cuando no cabe esta posibilidad lo que se hace no es ciencia..."*

⁵⁷ MONTERO AROCA., J. "Evolución conceptual de la nulidad de actuaciones", op. cit. cit., pág. 120.

⁵⁸ También pone de relieve este tema, MEGINO FERNÁNDEZ, que destaca que "...gran parte de la cual, cierto es, recae sobre las sucesivas teorías y concepciones habidas a lo largo de la Historia, tendentes – también las contemporáneas-, y aquí radica el principal inconveniente, a asumir sin esfuerzo adicional de adaptación pautas civilistas en torno a la inexistencia, la nulidad (absoluta y relativa), la anulabilidad y la irregularidad..." (MEGINO FERNÁNDEZ, D., *El incidente de nulidad de actuaciones*, op. cit. págs. 270 y concordantes).

⁵⁹ Si bien, el autor al que se sigue explica que el cambio de postura, en el ámbito procesal se produce con dos obras: "...J. M. Hernández Galilea, *La nueva regulación de la nulidad procesal (El sistema de ineficacia de la LOPJ)*, Oviedo, 1995 (obra que ha pasado desapercibida, atendido su origen y a pesar de sus méritos) y B. Andrés Ciurara, *La invalidez de actuaciones en el proceso civil*, Valencia, 2005....", añadiendo su deuda de gratitud en relación con esta última obra, de la que afirma que fue una tesis doctoral por él dirigida (MONTERO AROCA., J. "Evolución conceptual de la nulidad de actuaciones...", op. cit., págs. 141 y 142).

4. LA NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE NULIDAD DE ACTUACIONES

4.1. Características

Actualmente, la materia relativa a la nulidad de los actos procesales se regula en los artículos 238 al 243 LOPJ; también se contienen normas sobre nulidad procesal, con carácter general, en los artículos 225 a 231 LECiv, que deben entenderse aplicables en todo aquello que no esté expresamente regulado en la LOPJ (como ya hemos explicado). A este respecto, estimamos, como también hemos expuesto, que ya se ha cumplido el mandato que contenía la disposición Final 17ª LECiv al haberse modificado la LOPJ, mediante la LO 19/2003, justamente en las materias objeto de suspensión⁶⁰.

Las normas sobre nulidad de actuaciones judiciales se contienen en los artículos 238 a 243 LOPJ, en regulación que se estructura en tres partes bien diferenciadas:

- La primera se refiere a las causas de nulidad de pleno derecho y a los principios de conservación y subsanación que determinan las consecuencias de la declaración de nulidad (arts. 238, 239, 242 y 243 LOPJ).
- La segunda, a la denuncia y control de oficio de la nulidad de actuaciones mientras no exista sentencia firme (arts. 239 y 240 LOPJ), y,
- La tercera, al incidente excepcional de nulidad de actuaciones judiciales frente a resoluciones que hubieren adquirido firmeza (art. 241 LOPJ).

Otras normas sobre nulidad procesal se contienen en las leyes procesales, entre las cuales se establece, expresamente, la nulidad para la infracción de determinados actos procesales, así como todas las que regulan los distintos medios de impugnación existentes a disposición de las partes para la denuncia de la nulidad procesal.

Bajo tales premisas, el sistema de nulidad procesal que se regula en la LOPJ, complementado por la regulación procesal en materia de procedimientos judiciales, según RICHARD GONZÁLEZ (en parecer doctrinal que compartimos), presenta las siguientes características⁶¹:

1ª) La caracterización de un acto procesal como nulo se determina a partir de un doble examen: a) en primer término, son actos nulos los que la ley designa como tales (art. 238 LOPJ y determinados preceptos que asocian la nulidad simple a la infracción concreta de un determinado acto procesal –por

⁶⁰ Vid apartado 2.8, que antecede.

⁶¹ RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., págs. 44 y ss.

ejemplo, arts. 166 LECiv, 61 LRJS; y, b) además son nulos los actos "...cuando se prescindiera de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión..." (art. 238.3 LOPJ), así como aquellos que adolezcan "...de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión..." (art. 240.1 LOPJ).

2ª) La distinción fundamental en materia de nulidad no se halla tanto en la diferenciación entre motivos de nulidad de pleno derecho y de nulidad simple, sino en la diferencia entre nulidad objetiva de la norma procesal y la nulidad procesal que produce indefensión. La separación entre ambas clases de nulidad radica en la circunstancia de que la nulidad objetiva se resuelve en la comparación entre la norma infringida y la norma que establece la consecuencia de la nulidad para ese concreto vicio; sin embargo, en el caso de la afectación de derechos fundamentales, se debe producir la infracción de la norma y, además, que ésta produzca efectiva indefensión, circunstancia que deberá apreciarse en el caso concreto.

3ª) La nulidad procesal en resoluciones que no hubieren adquirido firmeza es apreciable de oficio o mediante denuncia de parte (art. 240 LOPJ):

a) El tribunal podrá de oficio, previa audiencia de las partes, declarar la nulidad de todas las actuaciones, de un acto procesal concreto o de parte del mismo, con tres límites:

- 1º. No puede procederse a la declaración de nulidad de oficio una vez que se hubiere dictado resolución que ponga fin al proceso (art. 240.2 LOPJ).
- 2º. No se procederá a declarar la nulidad si el acto fuese susceptible de subsanación.
- 3º. No podrá el tribunal decretar de oficio la nulidad de un acto cuando conozca de un recurso, salvo que el vicio afecte a la falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional o hubiere existido violencia o intimidación que afectare al tribunal (art. 240.2.II LOPJ).

b) La denuncia a instancia de parte se producirá mediante los recursos establecidos contra la resolución de que se trate o mediante los medios de impugnación que pueda establecer la Ley procesal (art. 240.1 LOPJ). La denuncia de la nulidad debe referirse al acto que la causó, sin que pueda reservarse la impugnación para un momento posterior. Entre los medios de impugnación a los que se refiere la Ley deben incluirse todo tipo de recursos o incidentes que permitan la denuncia y apreciación del vicio, tal y como sucede, por ejemplo, con el incidente de complemento de sentencias previsto en los arts. 267.5 y 215 LECiv.

4ª) Prevalencia del principio de conservación y subsanación, de modo que, según resulta del principio de subsanación, únicamente se declarará la nulidad de un acto procesal cuando no fuere posible su subsanación (art. 240.2 LOPJ); y, de otra parte, declarado nulo un acto procesal, el principio de conservación determina la validez de los actos sucesivos que fueren independientes del nulo y cuyo contenido hubiese sido el mismo de no haberse producido la nulidad (art. 243 LOPJ).

5ª) La nulidad de una resolución que hubiere alcanzado firmeza únicamente puede ser apreciada por el tribunal mediante impugnación de la parte legítima a través de los remedios excepcionales de impugnación previstos en la Ley: el denominado recurso de revisión, la audiencia al condenado rebelde (o el denominado recurso de anulación en el procedimiento penal abreviado) o el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, que puede interponerse con base en un único motivo fundado en “...cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE...” (art. 241.1 LOPJ), que no hubiera podido denunciarse antes de que la resolución hubiera adquirido firmeza y que no exista ningún otro recurso ordinario ni extraordinario para reparar la vulneración producida.

6ª) El recurso de amparo constitucional procede frente a las resoluciones judiciales que lesionen los derechos fundamentales de los artículos 14 a 29 CE. Entre estos derechos fundamentales adquieren especial importancia los de orden procesal que resultarán lesionados cuando se infrinjan las normas procesales; además de la lesión del derecho fundamental, el acceso al amparo constitucional exige la necesaria existencia de efectiva indefensión, que también es exigida para decretar la nulidad en vía ordinaria (art. 238.2 LOPJ).

De este modo, la función de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el sistema de nulidad procesal es esencial. A este respecto, baste en este punto con señalar la práctica correlación entre la nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 238 LOPJ y la vulneración de los derechos de carácter procesal previstos en el art. 24 CE. Esta equiparación es evidente en la causa 3ª del citado artículo 238 LOPJ, que sanciona con la nulidad de pleno derecho la infracción de las normas esenciales del procedimiento siempre que se hubiere causado indefensión; pero también, indirectamente, en el resto de supuestos que siempre afectarán, de uno u otro modo, a los derechos del art. 24 CE. Así ocurre con la falta de jurisdicción o competencia que afecta al derecho a un Juez predeterminado por la Ley, o la violencia, la falta de intervención de abogado o del Secretario Judicial (actualmente, Letrado de la Administración de Justicia), los cuales afectan al derecho de defensa y de tutela judicial efectiva.

7ª) El recurso de amparo tiene carácter subsidiario y exige el agotamiento de la vía judicial previa. Sobre esta cuestión es preciso recordar que en la práctica forense existe una clara tendencia a privilegiar los vicios de fondo sobre los vicios de forma, de modo que los segundos tienden a quedar superados por la

resolución del asunto en el fondo subsanando, en la medida de lo posible, los vicios de procedimiento. En esta situación, existe una clara ausencia de jurisprudencia ordinaria que permita no sólo el amparo de los litigantes en la defensa de sus derechos fundamentales, sino, también, la correcta sustanciación de los procesos mediante la anulación en casación de las actuaciones viciadas de nulidad y la correspondiente interpretación de las normas realizada por el Tribunal Supremo. Debiéndose tener presente que, en vía de amparo constitucional, no es posible esta función de interpretación de la norma y corrección de las actuaciones de los tribunales ordinarios, ya que lo prohíbe el artículo 54 LOTC⁶².

4.2. Aspecto sustantivo de la nulidad de actuaciones judiciales

Como ya hemos indicado, la regulación de la nulidad de actuaciones efectuada en la LOPJ y posteriores reformas sigue la clasificación doctrinal clásica sobre la ineficacia procesal⁶³; de modo que es posible sintetizar lo relativo al aspecto sustantivo de la nulidad de actuaciones judiciales, según la vigente regulación (arts. 238-243 LOPJ)⁶⁴, del siguiente modo⁶⁵:

A) Nulidad de pleno derecho

Se recoge, en términos generales, en el artículo 238 LOPJ, que literalmente dice⁶⁶:

“...Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1º Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2º Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.

⁶² Dicho artículo 54 LOTC establece que “...cuando la Sala conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de los Jueces y Tribunales limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales...”

⁶³ El concepto de invalidez (especie, a su vez, del género dado por la ineficacia) asoma a modo de categoría imprecisa, ambigua y difícil de deslindar respecto de figuras aledañas (MEGINO FERNÁNDEZ, D., *El incidente de nulidad de actuaciones*, op. cit. págs. 270 y concordantes).

⁶⁴ Sin perjuicio de su coordinación, y, en su caso complementación, con la regulación prevista en los artículos 225 y ss. LECiv.

⁶⁵ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., págs. 89 y ss.

⁶⁶ DIAZ MARTÍNEZ, M., “Análisis de los supuestos en los que procede la nulidad de pleno derecho de los actos procesales”, *Práctica de Tribunales*, núm. 46, 2008, versión digital.

3º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

4º Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la Ley la establezca como preceptiva.

5º Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial.

6º En los demás casos en los que las Leyes procesales así lo establezcan...”

Y, por lo que se refiere al apartado 2º de dicho precepto, el mismo ha de complementarse con lo dispuesto en el artículo 239 LOPJ, que literalmente dice lo siguiente:

“...1. Los tribunales cuya actuación se hubiere producido con intimidación o violencia, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán la formación de causa contra los culpables, poniendo los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal.

2. También se declararán nulos los actos de las partes o de personas que intervengan en el proceso si se acredita que se produjeron bajo intimidación o violencia.

La nulidad de estos actos entrañará la de todos los demás relacionados con él o que pudieren haberse visto condicionados o influidos sustancialmente por el acto nulo...”

La enumeración contemplada en el art. 238 LOPJ es una aparente relación de supuestos tasados que, sin embargo, quiebra como tal al prever la Ley una cláusula general según la cual la nulidad de pleno derecho se producirá respecto a los casos que se establezca en la ley procesal (art. 238.6ª LOPJ); así, podemos citar, entre otros, el art. 137 LECiv, que prevé la nulidad de pleno derecho de las vistas y comparecencias sin la necesaria presencia judicial, el art. 225.1 LECiv, que establece 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, o, el art. 609 de la misma Ley Procesal Civil, que sanciona con nulidad de pleno derecho el embargo realizado sobre bienes inembargables.

Característica común a todos los supuestos de nulidad de pleno derecho será que la nulidad procesal podrá apreciarse de oficio o a instancia de parte.

B) Anulabilidad

La LOPJ no utiliza el término anulabilidad, pero determinado sector doctrinal entiende que tanto la anulabilidad como la nulidad relativa se recogen en el art. 240.1 LOPJ. Los supuestos de anulabilidad serían, naturalmente, los que se recogen bajo la categoría de “...defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión...”⁶⁷.

C) Principio de subsanación de actos procesales defectuosos

Partiendo de entender la subsanación como la posibilidad de que un acto privado de eficacia pueda adquirirla mediante la realización de actos posteriores que se la otorguen, la LOPJ trata de la misma en el artículo 243.4 LOPJ, que establece que “...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”. Precepto que ha de ser puesto en relación con el artículo 243.3 LOPJ que preceptúa que “...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...” A su vez, ambos preceptos han de relacionarse con el artículo 11.3 LOPJ que establece que “...los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes”.

D) Principio de conservación de los actos procesales

La LOPJ, en los apartados 1 y 2 del artículo 243, se refiere al principio de conservación, tanto en relación con los actos posteriores al declarado nulo, como en relación con las partes de un acto, que haya sido declarado nulo en algunos aspectos. Así, el art. 243.1 LOPJ trata de la conservación, en su caso,

⁶⁷ Su carácter de actos procesales anulables viene dada por la doble circunstancia, por un lado, de que no se recogen en el art. 238 como actos nulos de pleno derecho y que además se especifican en el art. 240.1 como categoría distinta a la nulidad de pleno derecho; por otro, que de la redacción del art. 240.1 en relación con el art. 240.2, parece que tan sólo pueden ser declarados nulos si tales vulneraciones son denunciadas por las partes, a través de los correspondientes recursos o demás medios que establezca la Ley, nunca de oficio. Aunque al respecto, cierto sector doctrinal (MARTÍN DE LA LEONA, *La nulidad de actuaciones en el proceso civil. Análisis constitucional de la nulidad en la LOPJ*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1996) entiende que también cabe la declaración de oficio de la nulidad de esos actos, dada la amplitud de la redacción del art. 240.2, cuando se refiere, en su *in fine*, a “...la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular...” En similar sentido se regula en el art. 227.1, en relación con el 227.2 LECiv

de los actos sucesivos e independientes del declarado nulo, estableciendo lo siguiente⁶⁸:

“...1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquel ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad...”

Y, en el artículo 243.2 LOPJ se regulan los efectos de la *nulidad parcial* de un acto, en los siguientes términos:

“...2. La nulidad parcial de un acto no implicará la de las partes del mismo independientes de la declarada nula...”

E) Los actos irregulares

El art. 242 LOPJ se ocupa de los actos irregulares, aún sin citarlos expresamente, preceptuando que *“...las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo”*⁶⁹. Es decir, salvo que se trate de un *término esencial*, la extemporaneidad de un acto no implica su nulidad, sino que constituye una mera irregularidad, pero el acto produce todos sus efectos, de igual modo que si hubiera sido dictado o producido dentro de plazo. Como se observa, la LOPJ, de todas las posibles irregularidades no invalidantes, sólo se refiere al plazo. En definitiva, estamos en presencia de un acto irregular cuando se infringe un requisito formal de escasa entidad susceptible de corrección, o que carece de trascendencia para que el acto logre su finalidad.

4.3. Aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones: remisión

En cuanto al aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones judiciales, y centrado en el estudio de las vías o cauces a través de los cuales hacer valer y, en su caso, declarar la nulidad de actuaciones judiciales, se hace preciso partir del contenido de los vigentes artículos 240 y 241 LOPJ, que se han visto afectados por las modificaciones operadas por las Leyes Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre; 13/1999, de 14 de mayo; 19/2003, de 23 de diciembre y 6/2007, de 24 de mayo, ya analizadas, así como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. De este modo, podemos afirmar⁷⁰ que para hacer valer y, en su

⁶⁸ En similar sentido, artículo 230 LECiv.

⁶⁹ En similar sentido, art. 229 LECiv.

⁷⁰ Como cierre del sistema hasta la entrada en vigor de la reforma de 1997 de la LOPJ, en el ordenamiento jurídico español se encontraba proscrito el incidente autónomo de nulidad de actuaciones, que ya fue suprimido de nuestro ordenamiento procesal civil mediante la nueva redacción dada al párrafo segundo del artículo 742 LECiv1881, por Ley 34/1984, de 6 de agosto, y siendo tal proscripción asumida por la regulación de carácter general aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales contenida en los artículos 238 a 243 LOPJ, ya citados. (LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico*

caso, declarar la nulidad de pleno derecho y los defectos de forma de los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, y siempre que no proceda la subsanación, existen cuatro vías o cauces,⁷¹ a saber:

- 1ª) mediante los recursos legalmente previstos (240.1 LOPJ y 227.1 LECiv);
- 2ª) el incidente *ordinario* de nulidad de actuaciones⁷² (240.2 LOPJ y 227.2 LECiv);
- 3ª) los demás medios que establezcan las leyes procesales (*in fine* del 240.1 LOPJ); y,
- 4ª) a través del incidente *excepcional* de nulidad de actuaciones judiciales, regulado actualmente en el artículo 241 LOPJ. Indicadas vías o cauces merecen ser considerados separadamente, y, en especial, lo relativo al incidente excepcional de nulidad de actuaciones; en similar sentido, art. 228 LECiv.

5. VÍAS O CAUCES PARA DECLARAR LA NULIDAD DE ACTUACIONES

5.1. Primera vía: Los recursos legalmente previstos

La primera vía a través de la cual hacer valer los vicios de nulidad, y en su caso, declarar su existencia, se articula a través de la interposición de los recursos previstos en las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ, en relación con el art. 227.1 LECiv); esto significa que cuando contra la resolución

actual y perspectivas, op. cit., pág. 193 y ss., y LAMO RUBIO, J. de, “Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales”, publicación de separata en *Revista de los Tribunales de Castilla-La Mancha*, Euroius Editorial Jurídica, S.A, Madrid, abril 1997, págs. 1 y ss.).

⁷¹ Hasta la citada LO 5/1997, de 4 de diciembre, la jurisprudencia y doctrina era unánime en el sentido de entender que tan sólo existían tres vías; tras la citada ley, y por lo que se refiere al régimen de nulidad de actuaciones, tras retocar la denominada segunda vía, se ha introducido una cuarta vía, creando un nuevo incidente de nulidad de actuaciones (LAMO RUBIO, J. de, “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al artículo 1º de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Jurídica La Ley*, núms. 4597 y 4598, 3 y 4 de agosto de 1998, págs. 1 y ss., y LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 193).

⁷² En las publicaciones que se compendian en esta Tesis, se venía denominado a esta vía como declaración de oficio, que tuvo sentido hasta la reforma de 1997, dado que hasta entonces tan solo se podía sustanciar el mismo por iniciativa del órgano judicial; ahora bien, dado que tras dicha reforma, el mismo puede ser iniciado tanto de oficio, como a petición de las partes, la denominación inicial pierde parte de su sentido, considerado más adecuada la de incidente *ordinario* de nulidad de actuaciones, que permite la declaración de nulidad de actuaciones antes de que el proceso haya concluido; por oposición al incidente *excepcional* de nulidad de actuaciones (cuarta vía), previsto en el art. 241 LOPJ y concordantes, que exige que exista una resolución que haya puesto fin al proceso (en tal sentido, FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., “El incidente de nulidad de actuaciones” [I] y [II], *Revista Jurídica la Ley*, núm. 9644/2016, enero 2017 y núm. 394/2017, febrero 2017, versión digital).

correspondiente, en la que se entiende que se ha incurrido en uno o más vicios determinantes de nulidad, quepa interponer alguno de los referidos recursos, tanto ordinarios como extraordinarios⁷³, por tal cauce se podrá hacer valer la impugnación basada en alguna o algunas de las causas de nulidad o anulabilidad, y el órgano judicial, al resolver el recurso, deberá pronunciarse sobre tales impugnaciones [principio de prohibición del *non liquet* (art. 1.7 CCiv en relación con el art. 11.3 LOPJ)].

En todo caso, es preciso insistir que la vía constituida por los recursos que procedan contra la resolución de que se trate, se configura como el medio ordinario por antonomasia a través de cual hacer valer, y en su caso, declarar, las posibles nulidades de actuaciones, y así el cauce natural para actuar tales pretensiones han de ser los recursos legalmente establecidos, pues caso de que, existiendo tales recursos, habiéndose ya producido el vicio determinante de nulidad, y teniendo conocimiento del mismo la parte correspondiente, no se hiciera uso de los mismos, dejando transcurrir el plazo establecido al efecto, y luego se pretendiera hacer valer la nulidad de actuaciones por otras vías (señaladamente a través de la declaración de oficio, o acudiendo al nuevo incidente de nulidad de actuaciones), las mismas han de repelerse, sin perjuicio de las facultades de subsanación que, en cada caso, tenga el órgano judicial correspondiente⁷⁴.

En consecuencia, cuando se promueva una nulidad por el cauce del art. 240.2 LOPJ, o bien el incidente excepcional de nulidad de actuaciones previsto en el art. 241 LOPJ y concordantes, habiendo siendo posible interponer contra la resolución cuya nulidad se pretende un recurso ordinario o extraordinario, el órgano jurisdiccional debe rechazar el incidente.

Asimismo, es preciso tener en cuenta que el uso de una vía inadecuada para pretender la nulidad, además del rechazo expresado, puede traducirse en la extemporaneidad del recurso ordinario o extraordinario que, con posterioridad a la notificación del auto que resuelve el incidente de nulidad, se pretenda interponer⁷⁵.

De otra parte, es preciso tener presente que no en toda clase de procedimientos, ni contra todas las resoluciones, proceden los recursos, pues el legislador goza de libertad para configurar el sistema de recursos, en cada caso; y así, puede suceder que determinadas resoluciones no sean

⁷³ Así, por ejemplo: reposición, apelación, reforma, suplica, queja, casación, suplicación, etcétera, según órdenes jurisdiccionales; entendiéndose el término recurso en sentido estricto, como el que tan sólo procede contra sentencias o resoluciones que aún no tienen el carácter de firme.

⁷⁴ Confr. Auto TC 46/1998, de 24 de febrero de 1998. En similar sentido, Auto TSJ de Cataluña (Social) de 23 de junio de 1998. Pont.: Quesada Pérez [AS 1998\3164], que inadmite incidente de nulidad de actuaciones judiciales ex art. 240.3 LOPJ [actual art. 241 LOPJ] contra sentencia susceptible de ser recurrida en casación por unificación de doctrina.

⁷⁵ ATS (Civil) de 4 de mayo de 2016 [Rec. 47/2016], que versa sobre un caso en el que, tras desestimarse la nulidad pretendida al ser posible interponer un recurso de casación contra la sentencia, se inadmite el recurso de casación por extemporáneo.

recurribles⁷⁶. El derecho de acceso a los recursos ha sido ampliamente abordado por el Tribunal Constitucional, que, tratando de precisar el contenido del art. 24.1 CE, ha distinguido entre el derecho de acceso a la jurisdicción, que nace directamente de la Constitución y es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en dicho precepto, y el derecho de acceso a los recursos contra las resoluciones judiciales, que es un derecho de configuración legal que no nace *ex Constitutione* sino de lo que, en cada momento, hayan dispuesto las leyes procesales. El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan salvo en lo penal⁷⁷.

5.2. Segunda vía: El incidente ordinario de nulidad de actuaciones

La segunda vía, a través de la cual hacer valer los vicios de nulidad, y en su caso declararlos, se refiere a la declaración por parte del órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, previa audiencia de las partes, y siempre que no haya recaído resolución que ponga fin al proceso (art. 240.2.I LOPJ, en relación con el art. 227.2 LECiv). Por lo que se refiere a este *iter* es preciso decir que, tras un periodo de vacilación ya superado, en el cual incluso se llegó a interpretar el término sentencia definitiva, que contenía la redacción original del precepto, como equivalente a sentencia definitivamente ejecutada⁷⁸, terminó por ser interpretado por el TC⁷⁹, como equivalente de sentencia firme, pero respetando la sentencia definitiva⁸⁰. En la redacción actual, que procede de la reforma de 2003, se ha sustituido el término “*sentencia definitiva*” por “*resolución que ponga fin al proceso*”, que es más amplio, y comprende tanto sentencias, como otras clases de resoluciones que tengan por efecto poner fin al proceso; en todo caso, esa era la interpretación que, mayoritariamente, en la doctrina y en la praxis judiciales, se venía realizando de dicho precepto.

⁷⁶ Como, p. ej., entre otros, en el proceso laboral en que se limita el acceso a la suplicación en determinados supuestos, en cuyo caso las sentencias del Juzgado de lo Social son irrecurribles [art. 191.2 y concordantes y arts. 126, 137.3, 138.6, 139.1.b), entre otros, todos ellos de la LRJS].

⁷⁷ SSTC 19/1981, 140/1985, 37/1988, y 106/1988, entre otras.

⁷⁸ SSTC 110/1988, 211, 212 y 213 de 1989.

⁷⁹ . Sendas visiones y críticas, sobre la STC 110/1988, se pueden leer en GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario a la S.TC 110/1988”, *Revista Jurídica La Ley*, 1989-1, págs. 905 y ss., y GARNICA MARTÍN, J.F., “Nulidad de actuaciones después de sentencia firme”, *Revista Justicia*, 1990, Tomo IV, págs. 897 y ss.

⁸⁰ Así, p.ej., nulidad en la notificación de la sentencia, en virtud de la cual, al declarar la misma, se anularía también la declaración de firmeza de la sentencia, pero, respetando la sentencia definitiva, se posibilita la interposición del recurso que procediera contra indicada sentencia definitiva, y así obtener más tarde, en su caso, en la instancia ulterior, la anulación de aquella misma sentencia definitiva, por la vía adecuada a estos fines (en tal sentido es importante la doctrina que se fija en la STC 198/1994, de 4 de julio; en similar sentido, SSTC 271/1994 y 185/1997). En tal sentido se pronunció también el Pleno del TC en la citada Sentencia 185/1990, y además en muchas otras en iguales o parecidos términos (SSTC 52/1991, 10/1993; etcétera).

Esta norma tiene por finalidad otorgar potestad al tribunal para poder revisar la sustanciación del proceso y, en su caso y siempre que no puedan subsanarse, decretar la nulidad de los actos procesales afectados por un vicio de nulidad. La norma contiene, más que una facultad, un deber impuesto al tribunal para decretar la nulidad de las actuaciones cuando se hubiere producido una infracción procesal determinante de nulidad⁸¹. A este respecto resulta preciso recordar que la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado no puede entenderse restringida al momento procesal de resolver el litigio en la decisión que le pone término, sino que se extiende con toda evidencia a la tramitación procesal que precede a esa decisión, de modo que la tramitación procesal no es en modo alguno ajena a la función jurisdiccional, pues siempre queda en manos del Juez o Tribunal reconsiderar o reconducir esa tramitación si considera que es necesario para conformar debidamente el debate procesal que culminará en la sentencia, o, en su caso, en la ejecución de lo juzgado⁸².

En consecuencia, pues, podemos resumir diciendo que el incidente ordinario de nulidad de actuaciones judiciales exige la concurrencia de cuatro requisitos: a) Que no haya recaído aún resolución que ponga fin al proceso, en los términos que ya hemos comentado, o resolución de análoga eficacia. b) Que se dé alguno o algunos de los supuestos de hecho del art. 238 LOPJ o del art. 240.1 LOPJ, es decir, que concurren los elementos sustantivos que hagan necesaria esa declaración de nulidad de actuaciones; en cuanto a los supuestos que dan entrada al incidente excepcional de nulidad de actuaciones introducidos en la reforma de 1997 y modificado últimamente por la LO 6/2007 - que comentaremos más adelante-, han de entenderse incluidos en los citados arts. 238 y 240.1 LOPJ, por tanto, es innecesaria su expresa mención, al ser motivos más restrictivos que los expuestos, y reconducibles a algunas de esas categorías. c) Que no proceda la subsanación. d) Que se dé audiencia previa a las partes⁸³.

En cuanto al trámite del incidente ordinario de nulidad de actuaciones, cabe señalar que el mismo no está expresamente desarrollado en la ley; pero, con fundamento en los principios generales del Derecho Procesal y atendiendo a la práctica forense más frecuente, podemos configurar y esquematizar los referidos trámites del siguiente modo: 1º) detectado el posible vicio de nulidad (o anulabilidad) por el órgano judicial, o puesto de manifiesto el mismo por alguna de las partes, se dictará proveído al efecto; 2º) en referida resolución se expresarán con claridad los hechos determinantes del posible vicio de nulidad y su incardinación jurídica, poniéndose así de manifiesto a las partes, a las cuales se les concede la audiencia previa que preceptúa la ley en esa misma resolución; 3º) en relación con tal audiencia previa, la misma puede llevarse a

⁸¹ RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., pág. 93.

⁸² En tal sentido, STS [Sala 3ª; Sec. 1ª] de 8 de mayo de 2015 [RJ 2015\3090].

⁸³ Audiencia previa a las partes que es esencial, y cuya ausencia determina, a su vez, la nulidad de la declaración de nulidad así efectuada; incluso aunque tal nulidad de actuaciones se suscite *ex officio* en la segunda instancia (en tal sentido es clarificadora la STC 10/1993, de 18 de enero).

cabo mediante la citación de las partes a una comparecencia, o bien otorgándoles un breve plazo, para que por escrito aleguen lo que a su derecho convenga, en relación con la cuestión de referencia⁸⁴; 4º) presentadas las alegaciones y/o transcurrido el plazo otorgado, o bien en la otra hipótesis, celebrada la comparecencia, se resolverá la cuestión mediante auto, pues así lo exige el art. 245.1.b) LOPJ⁸⁵; 5º) tras la LO 13/1999, dicho auto es irrecurrible.

En resumen, con la nueva redacción del artículo 240.2 LOPJ, tras la reforma de 1997, parece más acertado considerar esa vía como un incidente ordinario de nulidad de actuaciones judiciales, que entraña una posibilidad de denunciar y, en su caso, declarar, tanto de oficio como a instancia de parte, la nulidad de actuaciones judiciales, hasta que hubiere recaído sentencia definitiva, entendida conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional, o resolución de análoga eficacia, como ya hemos indicado. De modo que ahora, la nota característica de esta vía o cauce procedimental (la denominada segunda vía) no radica en la forma en que se puede acceder a la misma, sino en el límite temporal-procesal que se señala para poder acudir a referido mini-procedimiento de declaración de nulidad de actuaciones judiciales⁸⁶. Planteamiento que se mantuvo con la reforma de 2003, en la que se continúa admitiendo que tal clase de nulidad se pueda solicitar por las partes, y, además, como ya hemos expresado, se suprime la expresión “sentencia definitiva”, y queda tan solo, como momento preclusivo, la de “resolución que ponga término al proceso”, con la interpretación que ya hemos efectuado⁸⁷.

Aclarados estos extremos, es menester añadir que en relación con este cauce o segunda vía, por cuanto afecta al concepto de sentencia definitiva y firme, pero también de aplicación a la que hemos denominado cuarta vía, se suscita la cuestión relativa a la posibilidad de instar nulidad de actuaciones de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional. Al respecto, el propio Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse negando tal posibilidad toda vez que en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no se

⁸⁴ La praxis más frecuente es que tal audiencia se sustancie en trámite escrito; en cuanto al plazo que se concede a las partes para evacuarla, suele ser variable (así, 3, 5, 10 días, etc...), en función de la dificultad del caso, y de los dictados de la prudencia en cada supuesto.

⁸⁵ Nótese que indicado precepto dice que las resoluciones judiciales adoptarán la forma de auto, entre otros supuestos, “...cuando decidan sobre nulidad del procedimiento...”.

⁸⁶ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 211. Para otros autores se trata de un incidente de nulidad de actuaciones *ante Sententiam*; entre otros, ARIAS LOZANO, D., “Nota urgente sobre la resurrección del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Otrosí, publicación del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 134, 2ª época, Madrid, diciembre, 1997, pág. 10.

⁸⁷ Para RICHARD GONZÁLEZ, difiriendo de nuestro planteamiento –con cita expresa de mi trabajo sobre el incidente de nulidad de actuaciones, publicado en *La Ley* en 1998-, se mantiene que dicho término preclusivo alcanza hasta la firma de la sentencia o resolución que ponga término al proceso, y, que, en ningún caso, puede interpretarse –como hago yo-, que el tribunal pueda revisar de oficio, o a instancia de parte, la sentencia o resolución en el periodo que va desde que es dictada hasta que adquiere firmeza, es decir, dentro del periodo de tiempo durante el cual la sentencia puede ser impugnada (primera vía) [op. cit., pág. 96].

prevé ninguna actuación procesal, ni trámite alguno tendente a sustanciar posibles impugnaciones contra sus sentencias, ni cabe que el Tribunal Constitucional cree una tramitación que su Ley Orgánica no contempla, no siendo tampoco de aplicación en relación con las resoluciones del TC lo previsto en la LOPJ⁸⁸.

Tampoco hay que olvidar que la reforma de 2003 introdujo un segundo párrafo en el artículo 240.2 LOPJ que regula el tema relativo a la declaración de la nulidad de oficio con ocasión de conocer el tribunal de un recurso, en los siguientes términos:

“...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...”

De modo que la potestad del tribunal de declarar la nulidad de actuaciones de oficio está limitada en vía de recurso en los términos del expresado art. 240.2.II LOPJ. Dicha norma no precisa de más interpretación que la literal que se desprende de su simple lectura, y que impide a los tribunales que conocieran de un asunto en vía de recurso valorar de oficio sobre la existencia de la nulidad procesal, con excepción de la falta de jurisdicción y competencia o la violencia ejercida sobre el tribunal. Pero nada impide que, en determinados excepcionales supuestos, sobre todo vinculados con la postergación de terceros que debieron ser parte en el proceso, el tribunal declare la nulidad de actuaciones judiciales, en trámite de recurso, aunque ninguno de los recurrentes hubiera planteado la nulidad de la sentencia⁸⁹.

Las consecuencias que se derivan de la aplicación de la excepción prevista en el art. 240.2.II LOPJ son notables, ya que impide que el tribunal superior lleve a cabo un juicio revisorio para el control completo del cumplimiento de la legalidad, quedando el cumplimiento de los principios y normas esenciales del procedimiento al albur de que las partes tengan a bien recurrir los vicios de nulidad producidos en el proceso⁹⁰.

⁸⁸ Auto TC núm. 3/1996, de 15 de enero de 1996.

⁸⁹ Así, la STS (Sala 3ª) de 13 de octubre de 2015 [Rec. 4908/2013] en que se trataba del caso de dos Ayuntamientos que impugnaban la asignación de valor catastral; en sede del recurso, el Tribunal Supremo, de oficio, dictó providencia suscitando a las partes la existencia de una posible nulidad de actuaciones dado que “...en la instancia no fueron cumplidos los trámites necesarios para emplazar a los distintos interesados en el procedimiento, lo que determinaría la indefensión de los interesados, que es un resultado prohibido por el art. 24 de la Constitución...”; nulidad que declaró en la sentencia, partiendo de que, si bien dicha decisión contraviene el tenor literal de los arts. 240.2 de la LOPJ y 227.2 de la LECiv, razona que dichos preceptos, “...leídos en su conjunto, no se refieren a los casos, como el presente, en que es un tercero, ausente del pleito, el que, según el Tribunal, puede ver perjudicado su derecho a la tutela judicial efectiva...”.

⁹⁰ En este sentido, el TC considera constitucional esta norma, razonando que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho prestacional y sólo puede ejercerse por los cauces establecidos por el legislador.

La gravedad de las consecuencias a las que conduce la aplicación de la norma resultan evidentes si se piensa que el tribunal *ad quem* no podrá acordar de oficio la nulidad objetiva cuando observa, en paradigmático ejemplo, que las pruebas no fueron realizadas a presencia del juez de primera instancia, debiendo serlo (art. 238.6 LOPJ en relación con el 137 LECiv), que el litigante no fue asistido de abogado cuando debía intervenir (art. 238.4 LOPJ en relación con el art. 31 LECiv), que la sentencia ha sido dictada por un juez o magistrado que no asistió a la vista (art. 238.4 en relación con los arts. 137 y 194 LECiv); etc.; o, en el proceso penal, defectos tales como tomar declaración a un extranjero sin intérprete, o que se haya procedido estando detenido un ciudadano a registrar su domicilio, sin que hubiera otorgado su consentimiento, entre otros supuestos⁹¹.

En consecuencia, los arts. 240.2 de la LOPJ y 227.2 de la LEC limitan la potestad del tribunal para apreciar la nulidad de oficio en los supuestos de indefensión, dejando a las partes afectadas la decisión de solicitar o no la nulidad, pues no puede sostener que existe indefensión de quien no insta su protección. Pero dado que dicha posibilidad no existe en el caso de terceros, toda vez que los mismos no han tenido oportunidad de ejercitar su defensa, es preciso entender que el límite establecido en los artículos comentados no operará cuando se trata de vicios procesales que generen indefensión en terceros⁹².

En todo caso, es preciso destacar que la Sala Cuarta, en un recurso de casación para unificación de doctrina⁹³, en el que se había acordado la incorporación de determinados documentos en trámite de este recurso, que

Añadiendo que “...el derecho a la tutela judicial efectiva no convierte al juez en garante absoluto del orden procesal y de los derechos fundamentales, imponiéndole el deber de reparar sus vulneraciones de oficio, al margen de los requisitos y procedimientos legalmente establecidos”. No siendo la carga impuesta a la parte de “alegar en vía de recurso la nulidad de actuaciones” constitutiva de “un obstáculo o traba arbitrario (STC 73/2006, de 13 de marzo, F. 2) que implique un riesgo de ineffectividad de la tutela judicial suficientemente relevante para convertir en constitucionalmente inaceptable la opción del legislador». Pues ha de tenerse en cuenta que «la norma se limita a imponer a las partes una carga procesal que no puede considerarse arbitraria ni desproporcionada –puesto que conecta con el deber de diligencia en la actuación de la parte, exigido por nuestra jurisprudencia para otorgar relevancia constitucional a las quejas de indefensión; por todas, SSTC 250/1994, de 19 de septiembre, F. 2; 295/2005, de 21 de noviembre, F. 5; 161/2006, de 22 de mayo, F. 2–, y que no restringe su derecho a la efectividad de la tutela judicial, ni consagra una situación de indefensión, pues no se les priva de la posibilidad de alegar la nulidad eventualmente concurrente y de obtener tutela en fase de recurso” (Autos del TC 8/2006, 33/2006 y 282/2006, entre otros).

⁹¹ RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., págs. 102 y ss.

⁹² En tal sentido, véase, la STS (Sala 3ª) de 13 de octubre de 2015 [Rec. 4908/2013], ya comentada, entre otras; la doctrina también ha entendido que la previsión normativa ahora analizada «no podría evitar que, fuera de las alegaciones que se refieran estrictamente a la casación, se plantee esa solicitud de nulidad y, en ese caso, parece seriamente difícil prohibir al órgano superior en todos los órdenes que no declare la nulidad de pleno derecho» (CORTÉS DOMINGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 366).

⁹³ STS [Sala 4ª] de 20 de diciembre de 2016 [RJ 2016\6191].

suponen la adición de hechos nuevos de influencia decisiva en el pleito de despido por ausencias injustificadas al trabajo durante dos meses tras ser dado de alta médica y, considerando que se cumple el requisito de contradicción (art. 219 LRJS), y por tanto procedería entrar en el examen de la censura jurídica formulada, pero dado que la misma no puede hacerse sin valorar la trascendencia que pudiera tener la modificación de la relación de probanza, y teniendo en cuenta que según reiterada doctrina de la Sala la misma tiene vedada la revisión de los hechos probados, cuestión que carece de interés casacional, soluciona la cuestión a través de la nulidad de la actuaciones. A tal efecto considera⁹⁴ que, “...sin embargo, la tutela judicial efectiva, sobre todo cuando se trata de amparar un derecho fundamental, exige evitar por todos los medios que se produzca indefensión y es evidente que, aunque no haya existido infracción procesal determinante de dicha indefensión, ésta se produce de forma material -no formal- y efectiva para la recurrente en virtud de una circunstancia sobrevenida que no le es imputable -la fecha de la sentencia penal-, lo cual solo puede corregirse decretando ahora la nulidad de actuaciones al amparo del art. 240.2 de la LOPJ, pues la petición de nulidad habrá que entenderla consustancial a la solicitud de la recurrente -tramitada con audiencia de las partes- de que se incorporase a los autos el repetido documento y que dicha incorporación surta los efectos correspondientes, es decir, integrar con su contenido los hechos probados y, acorde con la nueva relación de probanza, obtener la calificación jurídica de nulidad del despido, que le fue negada en la sentencia que ahora es objeto de recurso...”. En definitiva, decreta la nulidad de actuaciones, por el cauce del art. 240.2 LRJS, sin haber existido petición expresa al respecto, pues la considera consustancial a la solicitud de la recurrente -tramitada con audiencia de las partes- para que se incorporase a los autos el repetido documento y que dicha incorporación surta los efectos correspondientes⁹⁵.

5.3. Tercera vía: Demás medios que establezcan las leyes procesales

También cabe denunciar, y en su caso declarar, la nulidad de actuaciones, acudiendo a los demás medios que establezcan las leyes procesales (*in fine* del art. 240.1 LOPJ). En relación con esta tercera vía para declarar la nulidad

⁹⁴ Siguiendo la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2011 [rec. 2408/2008].

⁹⁵ A tal efecto, se termina el razonamiento de la STS comentada, afirmando que “...aplicando la citada doctrina al supuesto examinado procede decretar la nulidad de actuaciones, aunque no haya existido infracción procesal, ya que puede producirse indefensión material del recurrente, en virtud de una circunstancia sobrevenida que no le es imputable -la fecha de la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Alicante, autos 309/2011 y de la resolución de la Dirección Provincial del INSS- lo que determina que se acuerde la nulidad de lo actuado desde el momento en que se dictó la sentencia de instancia por el Juzgado de lo Social, devolviendo los autos para que se repongan las actuaciones a aquel momento procesal y que, integrando los hechos probados con el contenido de la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Alicante, autos 309/2011 y de la resolución de la Dirección Provincial del INSS de 24 de octubre de 2014, se proceda a dictar nueva sentencia de acuerdo con la valoración jurídica que los mismos merezcan al juzgador...” (STS [Sala 4ª] de 20 de diciembre de 2016 [RJ 2016\6191]).

de actuaciones judiciales, y conforme tiene dicho el TC, cuando contra las situaciones de indefensión jurisdiccional, causadas por esos vicios de nulidad, no estén previstos remedios procesales ante los tribunales ordinarios, el único remedio, una vez haya recaído sentencia definitiva y firme, es acudir al recurso de amparo constitucional, cuyo carácter extraordinario y subsidiario predicado por el art. 53. 2 CE, ha declarado el propio TC que no se vulnera por el art. 240.2 LOPJ⁹⁶; doctrina que, en la actualidad, *ha de ser complementada* con la actual regulación del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, previsto en el art. 241 LOPJ, que tras la reforma operada por LO 6/2007 establece, como objeto del mismo “...cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución...”. Ello refuerza el carácter de subsidiariedad del recurso de amparo respecto de comentado incidente excepcional de nulidad de actuaciones, es decir, implica que con carácter previo al recurso de amparo contra resoluciones judiciales, ha de agotarse, con carácter general, la vía del incidente de nulidad del 241 LOPJ.

En relación con esos otros remedios procesales a plantear ante los tribunales ordinarios, la doctrina se encuentra dividida, existiendo incluso opiniones contradictorias⁹⁷. Nos interesa tan sólo llamar la atención sobre que esta tercera vía viene a quedar reducida, en la mayoría de los supuestos, al recurso de amparo constitucional -salvo que proceda audiencia al rebelde⁹⁸, o al mal llamado *recurso* de revisión⁹⁹, al recurso de anulación, previsto en el procedimiento penal abreviado (art. 793 LECrim), etcétera-; lo cual ha ocasionado una desnaturalización del recurso de amparo constitucional, puesta incluso de manifiesto por el entonces Presidente del TS y del CGPJ, en el discurso¹⁰⁰ pronunciado con ocasión de la solemne apertura del año judicial 1994/95, y que forzosamente ha de llevar a la búsqueda de soluciones

⁹⁶ En tal sentido es clarificador el fundamento jurídico cuarto, en especial el *in fine* de la Sentencia Pleno TC 185/1990, citada; en similar sentido: SSTC 52/1991, 130/1992, 131/1992, 196/1992, 221/1993, 315/1993, etcétera.

⁹⁷ Como significativos de tal exposición pueden consultarse: PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, Madrid, 1994, pág. 7. También puede consultarse: BENITO ALONSO, F. “La revocación de sentencias firmes recaídas en procesos viciados de nulidad”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3432, Madrid, 11 de enero de 1994, págs. 1 y ss.

⁹⁸ En relación con la audiencia al rebelde, es de sumo interés tener en cuenta la doctrina establecida recientemente por el TC, que tras la Sentencia 15/1996, de 30 de enero, ha flexibilizado bastante los requisitos para acceder a tal remedio procesal. Un interesante estudio sobre la misma puede verse en GARBERI LLOBREGAT, J., “La nueva (y polémica) doctrina del Tribunal Constitucional sobre el ‘recurso de audiencia al rebelde’ (A propósito de la STC 15/1996, de 30 de enero)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 240, Madrid, 4 de abril de 1996, págs. 1 y ss.

⁹⁹ Decimos mal llamado *recurso* de revisión, como ya hemos razonado, pues precisamente procede su interposición contra sentencias firmes, contra las cuales, por definición, no cabe recurso; por lo que es más adecuado llamarle de forma distinta a recurso, p. ej., remedio procesal, etc.; como se puede comprobar, el art. 245.3 LOPJ incurre en la imprecisión jurídica de referirse -si bien implícitamente- al remedio de la revisión, como un recurso.

¹⁰⁰ SALA SÁNCHEZ, P., “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1994/95, leído el 12 de septiembre de 1994.

superadoras de tal situación, entre las cuales se encuentra el desarrollo del art. 53.2 CE y otros que propone la doctrina.¹⁰¹

En ocasiones se ha suscitado la cuestión sobre la idoneidad de acudir a un posterior juicio declarativo ordinario (en su momento, menor cuantía -art. 484.4 LECiv de 1881-, y actualmente el procedimiento civil ordinario -249.2 LECiv-) para instar la nulidad de algunas o todas actuaciones de otro pleito. Sobre tal posibilidad existe copiosa jurisprudencia, en el sentido de admitir abiertamente la hipótesis de que los terceros al pleito, si se ven envueltos en ejecuciones derivadas del mismo, pueden acudir al cauce procesal de la interposición de otro proceso, cuyo objeto principal sea la petición de la nulidad de las actuaciones que de esa indebida manera les estén afectando, ventilándose el referido pleito autónomo a través del cauce del procedimiento civil ordinario (art. 249.2 LECiv y concordantes), e insistiendo que este cauce tan sólo es válido en relación a los terceros al pleito en que presuntamente se han producido las nulidades que se pretende sean dejadas sin efecto¹⁰². Aunque,

¹⁰¹ Al respecto interesa tener en cuenta la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la LOPJ, que dice... *“En el plazo de seis meses, a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de Ley de desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución Española”*; previsión legislativa que, a la fecha en que estas líneas se escribieron (abril de 1999), habiendo transcurrido, con creces, el plazo previsto, no tenemos noticia de que haya sido llevada a cabo; una interesante propuesta sobre el desarrollo del artículo 53.2 CE es la formulada por SERRERA CONTRERAS., P.L. (*“La protección ordinaria de los derechos fundamentales”*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 173, Madrid, 1994, págs. 1 y ss.). La problemática del recurso de amparo constitucional en relación con la nulidad de actuaciones judiciales será abordada en un posterior epígrafe, lugar al que nos remitimos.

¹⁰² Así, el Tribunal Supremo ha afirmado que *“...esta Sala tiene admitida la posibilidad de que un tercero, que haya sido totalmente ajeno a un procedimiento sumario (no parte en el mismo) y que resulte perjudicado, pueda pedir y obtener, a través del juicio declarativo ordinario correspondiente la nulidad de lo actuado en dicho procedimiento sumario (Sentencia de 8 marzo 1993 [RJ 1993\2052] que, a su vez cita las de 14 noviembre 1990 [RJ 1990\8711], 3 junio 1991 [RJ 1991\4409], 24 y 25 febrero 1992 [RJ 1992\1424 y RJ 1992\1549]). (...)El artículo 132 de la Ley Hipotecaria (...) reserva para el juicio declarativo que corresponda todas las cuestiones que se refieran a la nulidad de actuaciones practicadas en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la misma Ley...” (STS (Sala 1ª) de 27 de julio de 1996. Pont. Sr. Morales Morales [RJ 1996\6405]. “En igual sentido la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 14 noviembre 1990 [RJ 1990\8711], 3 junio 1991 [RJ 1991\4409] y 24 febrero 1992 [RJ 1992\1424]) tiene declarado que la supresión del incidente de nulidad de actuaciones, operada por la Ley 34/1984 no autoriza a sustituirlo por un juicio declarativo sin más, pues, con ello, se conseguiría un efecto contrario al que pretendió el legislador al 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 (el juicio declarativo posterior) tan amplia de oposición. Doctrina que se reitera en la Sentencia de 17 junio 1994 (RJ 1994\6021) al decir que «en los primeros (se refiere a los procesos declarativos) en tanto sean procesos de naturaleza plenaria (sean ordinarios o especiales) no cabe que los que hayan sido partes, fuera de los recursos establecidos, planteen juicios posteriores acerca de nulidades habidas en aquéllos, a diferencia de lo que ocurre en los denominados ‘sumarios’ que, con la amplitud que en cada caso reconocen la ley y la jurisprudencia, pueden conducir a plenarios promovidos por quienes fueron parte en el ‘sumario’, cuyo objeto verse, entre otros, sobre nulidades que no hayan tenido oportunidad de denunciarse por medio de los recursos»...” (STS [Sala 1ª] de 4 de noviembre de 1995. Pont. Sr. González Poveda [RJ 1995\8354]). En similar sentido se pronuncian las SSTs (Sala 1ª) de 19 de julio de 1994. Pont. Sr. Burgos Pérez de Andrade [RJ 1994\7800], y de 17 de mayo de 1997. Ponente Sr. Albacar López [RJ 1997\3882], y las que en ellas se citan. También, en igual sentido, se pronuncian la STSJ Cataluña (Sala Civil y Penal) de 23 de diciembre de 1996. Pont. Sr. Corbal Fernández*

últimamente la jurisprudencia también admite que los terceros al pleito, caso de que consideren que se han producido defectos procesales causantes de indefensión para los mismos, puedan acudir al conducto del art 240.2.II LOPJ ante el tribunal *ad quem*¹⁰³.

Pero tal excepcional vía es inadmisibile, con carácter general, en relación con las partes del proceso en que presumiblemente se han producido las nulidades de actuaciones¹⁰⁴.

5.4. Cuarta vía: El incidente excepcional de nulidad de actuaciones judiciales: remisión

Finalmente, la denominada cuarta vía, a través de la cual denunciar y, en su caso declarar, nulidades de actuaciones judiciales, la constituye el incidente excepcional de nulidad de actuaciones judiciales, instaurado mediante la LO 5/1997, de 4 de diciembre de 1997 y reformado mediante LO 13/1999, de 14 de mayo de 1999, y en la actualidad previsto en el art. 241 LOPJ. Tras la reforma operada por LO 6/2007, establece como objeto del mismo “...*cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución...*”, cuya consideración, dada la importancia de la misma, se aborda, a continuación, de forma separada.

6. EL NUEVO INCIDENTE EXCEPCIONAL DE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES

6.1. Introducción

La reforma introducida por la LO 5/1997 pretendía, como afirma su Exposición de Motivos, dejar planteada “...*en términos más razonables la cuestión del desarrollo legal del apartado 2 del artículo 53 de la Constitución, acerca de la tutela judicial ordinaria, por cauces preferentes y sumarios de los derechos fundamentales...*”; justificando tal Preámbulo de la Ley comentada la reforma que aborda en materia de nulidad de actuaciones judiciales, por “...*los problemas planteados*¹⁰⁵, *las sucesivas posturas del Tribunal Constitucional 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 Tribunal Constitucional, circunstancias que aconsejan vivamente ofrecer aquí solución inmediata al perturbador estado de cosas actual...*”; resultará, así, “...*apremiante superar la indeseable situación, muchas veces*

[RJ 1996\8985] y la del mismo tribunal de fecha 9 de abril de 1997. Pont. Sr. Feliu Llansa [RJ1997\12017].

¹⁰³ Así, la STS (Sala 3ª) de 13 de octubre de 2015 [Rec. 4908/2013], ya comentada.

¹⁰⁴ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 280 y ss.

¹⁰⁵ El texto publicado en el BOE de 5 de diciembre dice literalmente “plantados”, lo que entendemos se trata de una mera errata y quiere decirse “planteados”.

repetida, resultante del tenor literal del apartado 2 del artículo 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en virtud del cual no existe cauce para declarar la nulidad radical de actuaciones por vicio procesal una vez que ‘hubiere recaído sentencia definitiva’...”. Y a tales efectos, “...la Ley opta por establecer un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible...”, así como nulidad de actuaciones fundada en incongruencia del fallo.

Como ya tuvimos ocasión de afirmar¹⁰⁶, “...lo que se pretende es resucitar el incidente de nulidad de actuaciones, con carácter excepcional y arbitrarle como cuarta vía para aquellos supuestos en que las partes carecen de todo otro tipo de recursos para hacer valer la nulidad de actuaciones, y siempre y cuanto se cumplan los requisitos...”, que establece el artículo que comentamos. En esencia, la reforma de 1997 de la LOPJ, en cuanto a la nulidad de actuaciones judiciales se refiere, afecta fundamentalmente al que hemos denominado aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones, en dos cuestiones, a saber: a) se retoca el régimen de la denominada declaración de oficio (segunda vía), en los términos que ya hemos analizado; y, b) se crea una cuarta vía de declaración de nulidad de actuaciones judiciales, el incidente previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ¹⁰⁷. Posteriormente, mediante la LO 13/1999, de 14 de mayo de 1999, ya citada, se retocan ligeramente los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, como ya hemos indicado¹⁰⁸.

El incidente excepcional de nulidad de actuaciones sufre otra reforma mediante la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que adaptó el mismo a la regulación contenida en la LECiv 2000, reubicándolo en el artículo 241 LOPJ –

¹⁰⁶ LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, op. cit., pág. 4, en el que se comentaba el proyecto de reforma de la LOPJ de 1994, que luego daría lugar a la citada Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, que contenía un artículo undécimo en el cual se añadía un apartado 3 al artículo 240 LOPJ; modificación que, finalmente, no prosperó. Es de ver que la reforma que ahora se comenta trae su última causa del proyecto de reforma de la LOPJ que se analizó en aquel trabajo; sobre el indicado Proyecto también puede consultarse el trabajo de PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, op. cit., págs. 1 y ss.

¹⁰⁷ Para ARIAS LOZANO, “...en puridad, la reciente reforma Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, recoge dos incidentes de nulidad: uno, recogido en el artículo 240.2 LOPJ para denuncia de nulidades antes de Sentencia firme y otro, recogido en los números 3 y 4 del mismo artículo, para denuncia después de ella...”, de modo que podrían ser denominados, respectivamente, como incidente de nulidad *ante sententiam*, e incidente de nulidad *post sententiam* (ARIAS LOZANO, D., “Nota urgente sobre la resurrección del incidente de nulidad de actuaciones”, op. cit., pág. 10).

¹⁰⁸ En todo caso, las modificaciones que se establecen en el “retocado” incidente de nulidad de actuaciones judiciales son aplicables a los procesos que concluyan por resolución o sentencia irrecurrible una vez vigente el nuevo texto legal, es decir, a partir del día 16 de mayo de 1999 (confr. disposición final única de la LO 13/1999), y también, y de conformidad con el régimen transitorio establecido en la propia LO 13/1999, resultaba de aplicación a los procesos que hubiesen finalizado por resolución o sentencia irrecurrible dentro del mes anterior a referida fecha de entrada en vigor de la Ley comentada, en cuyo caso el plazo para solicitar la nulidad, establecido en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 240 LOPJ, se contará a partir del día siguiente a dicha entrada en vigor (confr. disposición transitoria única de la LO 13/1999).

donde permanece hasta nuestros días-, y optó por el mantenimiento de la incongruencia en la sentencia como motivo para fundamentar el incidente excepcional de nulidad de actuaciones; motivo que se había regulado en la LOPJ por la LO 5/1997, ya referida, pero que no se contemplaba en la relación de motivos del art. 228 LECiv, que solo establecía como justificación de nulidad de dicho incidente la infracción procesal causante de indefensión.

La última reforma producida en materia de nulidad de actuaciones se contiene en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que modifica la Ley Orgánica 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE 25/5/2007). Esta reforma, con el objeto esencial de reordenar la dedicación del Tribunal Constitucional, desbordado por el número creciente de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal, lo que repercute en la lentitud de los procedimientos por la sobrecarga que suponen los recursos de amparo, pretende con la misma, a la postre, encomendar a los jueces y tribunales ordinarios su papel de protección primera de los derechos fundamentales, de todos los derechos fundamentales, ampliando al efecto el cauce del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 LOPJ, exigiéndolo como trámite previo al amparo cuando se solicite, en principio, con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales del art. 53.2 CE. Trata, pues, el legislador que dicho incidente se convierta en el procedimiento de amparo judicial ordinario a que se refiere el artículo 53.2 CE, como previo al recurso de amparo constitucional. Pero esta pretensión, como acertadamente ha puesto de manifiesto la doctrina¹⁰⁹, no se corresponde con lo que realmente se deriva de la reforma comentada. La bondad o no de esta reforma, a fin de obtener ese resultado, la analizaremos más abajo¹¹⁰, en consideraciones que damos por reproducidas.

A mayor abundamiento, el comentado incidente excepcional de nulidad de actuaciones se regula en el artículo 241 LOPJ, con el siguiente tenor literal¹¹¹:

“1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

¹⁰⁹ RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., págs. 219 y ss.

¹¹⁰ Al tratar de las relaciones entre el recurso de amparo constitucional y el incidente de nulidad de actuaciones judiciales (Capítulo IV de esta Tesis).

¹¹¹ El primer párrafo del apartado 1 procede de la reforma operada por la LO 6/2007, y el resto del precepto de la reforma llevada a cabo por la LO 19/2003, que a su vez es tributaria de las reformas operadas por las LL.OO. 5/1997 y 13/1999, ya citadas.

Será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. 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, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

El juzgado o tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno.

2. 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 se estimen pertinentes.

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. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el juzgado o tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de 90 a 600 euros.

Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno”.

El mencionado incidente de nulidad de actuaciones judiciales, dada la vocación de generalidad de la normativa sobre nulidad de actuaciones, es aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales ordinarios -civil, penal, laboral, contencioso-administrativo y militar-, al igual que el resto de la normativa contenida en los arts. 238 al 243 LOPJ, complementada, en su caso, por la prevista en los artículos 225 a 231 LECiv.

En cambio, se ha suscitado la cuestión relativa a la aplicación de este nuevo incidente de nulidad de actuaciones en relación con autos dictados por el TC. La cuestión ha sido resuelta por el propio TC en el sentido de negar tal aplicación, por cuanto existiendo previsiones explícitas y específicas en la Ley

Orgánica del Tribunal Constitucional “...sobre los recursos procedentes frente a los Autos dictados por este Tribunal (art. 93.2 LOTC), no es posible entrar a debatir siquiera la aplicación de reglas extrañas a la misma. Considerar, a mayor abundamiento, que la aplicación supletoria de las nuevas reglas contenidas en el art. 240 LOPJ puede ampararse en la referencia a la “forma de los actos” contenida en el art. 80 LOTC, carece de fuerza argumental, pues el problema aquí en cuestión no se refiere a forma alguna, sino a los recursos o medios impugnatorios existentes frente a las resoluciones de este Tribunal. Tampoco cabrá esa aplicación por vía de analogía cuando ésta vendría a contradecir el tenor explícito e indubitado de una regla de las contenidas en nuestra Ley Orgánica...”¹¹². Por las mismas razones, tampoco será de aplicación en relación con las sentencias del TC.

6.2 Naturaleza jurídica y características

El incidente excepcional de nulidad de actuaciones judiciales que viene a configurarse como una cuarta vía de declaración de tales vicios de nulidad, se regula actualmente, como ya consta, en el artículo 241 LOPJ, y pretende diferenciarse de las demás vías de acceso a la nulidad de actuaciones en la existencia de sentencia o resolución de análoga eficacia contra las que no procedan ulteriores recursos, así como en determinados vicios de nulidad anteriores o coetáneos a la indicada resolución, pero detectados con posterioridad a la firmeza de la misma.

Las notas características de este incidente, según se configuró en la reforma de 1997, que introdujo el mismo en nuestro ordenamiento jurídico, y en opinión de NARVÁEZ RODRÍGUEZ, se pueden resumir en las siguientes: a) excepcionalidad, como la principal y más característica de esta figura procesal; b) subsidiariedad, entendida en el sentido de que únicamente queda abierta

¹¹² Auto TC 46/1998, de 24 de febrero de 1998. Pues, es “...claro, en primer lugar, que el art. 93.2 LOTC prevé explícitamente que contra los Autos dictados por este Tribunal «sólo procederá, en su caso, el recurso de súplica (...)», como también, en segundo y último, que mediante dicho remedio hubiera sido posible el examen de las alegaciones realizadas por el recurrente en su escrito de solicitud de nulidad. El problema, como también nos recuerda el Abogado del Estado, radica en que tal recurso tiene explícitamente establecido un plazo de interposición de tres días (art. 93.2 segundo inciso LOTC), plazo de sobra transcurrido cuando fue presentada ante este Tribunal la tan reiterada solicitud de nulidad. Siendo, por ello, extemporáneo, no cabe calificar tal solicitud como el recurso de súplica que nuestra Ley Orgánica prevé como único remedio procedente frente a los Autos dictados por este Tribunal, ni proceder al examen de sus argumentos como si de tal recurso de súplica se tratase (...) La exclusividad, por lo demás, de esta vía procesal se impone con suficiente evidencia. La aplicación supletoria, sea de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sea de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a que se refiere el art. 80 LOTC, con independencia de que sea admisible en algún supuesto más allá de los explícitamente mencionados en este último precepto -por razón de analogía y «en la medida en que no vaya contra la Ley Orgánica y sus principios inspiradores» (STC 86/1982, fundamento jurídico 2.º)-, sólo tiene sentido plantearla en ausencia de específica regulación de nuestra propia Ley Orgánica, pues de otro modo más que de supletoriedad estaríamos en presencia de una regulación alternativa a la contenida en la Ley Orgánica que, por mandato constitucional (art. 165 CE), es la única por la que puede regirse el procedimiento a seguir ante este Tribunal...” (Auto TC 46/1998, de 24 de febrero de 1998).

esta vía para aquellos supuestos en que no haya sido posible su denuncia e invocación formal a lo largo del procedimiento; c) complementariedad, por cuanto este incidente nace con la única finalidad de suplir los vacíos normativos de la anterior regulación sobre la materia; y, d) carácter dispositivo, por cuanto se actúa el mismo a instancia de parte¹¹³. En parecidos términos, MORENILLA ATTARD considera que las notas características puede resumirse del siguiente modo: a) se trata de un incidente común a todos los órdenes judiciales; b) tiene carácter excepcional, nota que considera positiva, pues sirve para garantizar la vigencia del principio de seguridad jurídica; y, c) es un presupuesto procesal del recurso de amparo constitucional, cuando el derecho fundamental invocado sea la indefensión en la que se encuentra la parte como consecuencia del acto procesal nulo de pleno derecho¹¹⁴.

En la actualidad, tras la reforma operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, ya comentada, podemos afirmar, siguiendo a RICHARD GONZALEZ, que los presupuestos de este incidente de nulidad son los siguientes¹¹⁵:

1ª) Es excepcional, pues se trata de un remedio procesal que cabe frente a resoluciones que ya han adquirido firmeza; de modo que se excepciona el principio fundamental de la intangibilidad de las resoluciones judiciales, reforzado con la institución de la cosa juzgada que tiene por finalidad garantizar la paz y la seguridad jurídicas como fines esenciales del proceso.

2ª) Es extraordinario, puesto que queda sometido al cumplimiento de requisitos de esta naturaleza, concretamente respecto de los motivos por los que cabe su interposición, que tiene carácter extraordinario y no general, pues como ya hemos expresado, el incidente analizado *únicamente* podrá fundarse en “...cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE...”

Siendo destacable, en este aspecto, la ampliación, al menos aparente, que se ha producido con la reforma de la LO 6/2007, puesto que hasta ese momento los motivos por los que cabía interponer el incidente eran los vicios de forma causantes de indefensión, o la incongruencia.

Las razones de la modificación legal deben hallarse en la voluntad del legislador de favorecer el uso del incidente excepcional de nulidad como último medio del amparo judicial ordinario, previo al amparo constitucional; siendo

¹¹³ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998, pág. 2.
NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1831, Madrid, 1998, pág. 7 y ss.

¹¹⁴ MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según el nuevo artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: consideraciones críticas”, op. cit., pág. 2 y ss.

¹¹⁵ RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., págs. 213 y ss., con cita de la obra de NARVAEZ RODRIGUEZ, ya citada por nosotros.

destacable a tal efecto que, precisamente, la LO 6/2007 tenía por objetos la reforma de la LOTC 2/1979, para introducir una nueva regulación más restrictiva del procedimiento de admisión del recurso de amparo constitucional, y, al mismo tiempo, otorgar a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de actuaciones, mediante la modificación del art. 241.1 LOPJ.

Las consecuencias prácticas de esta modificación del ámbito del incidente no son sin embargo demasiadas, ya que, en realidad, lo que se pretende y ya permitía el incidente son la misma cosa, a saber, atender a la denuncia de la tutela judicial efectiva con indefensión. Motivo que ya existía en la regulación anterior. En cualquier caso, sí que es cierto que la nueva redacción resulta, puede decirse, más “visual” y con mayor efecto si se quiere “estético”. De algún modo puede señalarse que la reforma ha dado un primer paso, podemos decir que fácil, pues se ha limitado a introducir una cláusula de estilo en una norma legal. Pero queda pendiente la real y efectiva reforma del amparo judicial ordinario que supone una regulación de mayor calado, a la que nos referiremos más abajo.

3ª) Es subsidiario, postulado que se manifiesta de dos modos:

- a) Se exige que no haya sido posible denunciar la infracción antes de que hubiera recaído la resolución que puso fin al proceso y que la resolución de la que se pide la nulidad no pueda ser impugnada mediante recurso ordinario o extraordinario, para reparar el vicio de nulidad. Esta nota característica de subsidiariedad pugna con la segunda función que pretende cumplir el incidente excepcional de nulidad, y que se expone a continuación.
- b) Constituye un remedio idóneo y previo a la petición del recurso de amparo ante el TC –dado el objeto del incidente, tras la reforma del 2007-, lo que refuerza el carácter subsidiario del recurso de amparo. El problema que plantea esta atribución consiste en la distinta función que implica con relación a la de remedio excepcional para la denuncia de la nulidad de actuaciones, puesto que la subsidiariedad como impugnación previa al amparo judicial quiere significar que es la vía procesal ordinaria que debe utilizarse antes de acudir al amparo constitucional; función para la que el incidente de nulidad no está diseñado y que, si se generaliza, puede presentar algunos problemas, como veremos a continuación.

6.3. Resoluciones frente a las que procede el incidente de nulidad

El incidente excepcional de nulidad de actuaciones se interpondrá frente a resoluciones judiciales que hubieren adquirido firmeza; éstas pueden ser

sentencias y autos, pero no providencias¹¹⁶. En todo caso, se requiere que hubiere recaído resolución poniendo fin al proceso. Pero la Ley no aclara si el incidente se debe interponer frente a la resolución en la que se hubiere producido o constatado la infracción, o bien en la que puso fin al proceso, asumiendo, de algún modo, las consecuencias de la infracción producida.

Parece razonable pensar que se deberá impugnar la resolución que puso fin al proceso, sin perjuicio de la debida referencia a la resolución en la que se constató la infracción, con las consideraciones oportunas respecto a la justificación de la imposibilidad de pedir la nulidad cuando se produjo el defecto causante de indefensión. Esto es así porque será la resolución que puso fin al proceso la que producirá el perjuicio que se intenta combatir con la interposición del incidente; y, de otra parte, será esa resolución la que se deberá anular en primer lugar, además de las anteriores que no pudieran subsanarse.

6.4. Motivos del incidente. Problemática tras la reforma de 2007

Hasta la reforma operada por la LO 6/2007, de todas los posibles variados supuestos de nulidad de actuaciones judiciales, tan sólo era posible sustanciar a través del nuevo incidente los dos siguientes: a) aquellos que se fundamenten en "...defectos de forma, que hubieran causado indefensión..."; y, b) aquellos que se funden en la incongruencia del fallo de la sentencia o resolución irrecurrible.

Como ya hemos indicado, la novedad de la reforma de 2007 consiste en definir el objeto del incidente de nulidad de actuaciones, que pasa a ser, en principio, cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales del art. 53.2 CE. De este modo, el legislador pretende que dicho incidente se convierta en el procedimiento de amparo judicial ordinario a que se refiere el artículo 53.2 CE, como previo al recurso de amparo constitucional. Pero esta pretensión, como veremos a continuación, no se corresponde con lo que realmente se deriva de la reforma comentada.

En el debate (artificial) sobre el procedimiento de tutela de amparo judicial ordinario del art. 53.2 CE se suele hacer referencia al incidente excepcional de nulidad de actuaciones al que normalmente hace mención el legislador cuando modifica su sustanciación, señalándolo como el procedimiento que sirve a ese fin; así lo hizo en la exposición de motivos de la LO 5/1997, a que ya nos hemos referido, cuando introdujo el citado incidente excepcional de nulidad, y en la LO 6/2007, vuelve a incidir sobre tal cuestión.

La doctrina, partiendo de la distinción entre los derechos fundamentales no procesales y los restantes derechos fundamentales de carácter procesal,

¹¹⁶ En todo caso, cuando la providencia tenga *contenido material de auto*, también será susceptible de interponerse contra la misma el incidente de nulidad.

considera -en opinión que compartimos- que el incidente de nulidad de actuaciones no puede cumplir la función de cauce genérico de protección de los derechos fundamentales¹¹⁷; de modo que, en cuanto a los derechos fundamentales no procesales, ya está regulado, por cuanto, efectivamente, en el proceso civil, sirve a tal fin el procedimiento al que se refiere el artículo 249.1.2º LECiv, a utilizar para las demandas que “...pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente...”, de modo que, en el proceso civil éste es el procedimiento que cumple la función prevista en el artículo 53.2 CE, respecto a cualquier derecho fundamental que se pretenda reclamar en el orden civil.

En el orden penal, la función de protección de los derechos fundamentales se cumple de un modo complejo. En primer lugar, el proceso penal sirve precisamente para garantizar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. A ese fin el Código Penal tipifica los delitos que constituyen una agresión contra los derechos fundamentales de la persona (los delitos contra la vida, la libertad, etc.). En segundo lugar, dentro del proceso cabe señalar que se contraponen dos intereses bien distintos: de una parte los de la víctima y, de otra, los del sometido a proceso penal. Es precisamente al inculcado al que se dirigen otras normas que pretenden garantizar el pleno respeto de los derechos y garantías fundamentales que la Constitución regula a favor de todos los ciudadanos y, especialmente, los sometidos al proceso penal. Entre éstas, la regulación legal de los derechos constitucionales en la LECrim –art. 520-, los límites a la adopción de la prisión provisional, o el procedimiento de *habeas corpus* regulado en la LO 6/1984, que sirve al fin de garantizar el derecho a la libertad personal ante una detención ilegal.

De otra parte, tanto en el proceso laboral como en el contencioso administrativo se contienen regulaciones específicas del procedimiento de tutela de amparo judicial ordinario del art. 53.2 CE; en concreto, la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, regulada en el Capítulo XI del Título II, del Libro II de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (arts. 177 y ss. LRJS), respecto del proceso laboral; y, arts. 114 al 122 LJCA respecto al contencioso administrativo.

Por lo que se refiere a los derechos fundamentales del orden procesal concentrados en el art. 24 CE, la cuestión resulta más compleja, siendo éste el ámbito del artículo 53.2 CE al que se refiere, o pretende referirse, el legislador en la modificación efectuada en el art. 241 LOPJ, con la LO 6/2007. De hecho, la vulneración de derechos fundamentales en el proceso es una alegación recurrente y la que motiva la mayoría de los recursos de amparo ante el TC.

¹¹⁷ RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., págs. 220 y ss., en que efectúa interesantes consideraciones, sobre todo en relación con los órdenes jurisdiccionales civil y penal.

Con la reforma operada por la LO 6/2007 se pretende descargar asuntos del TC, endureciendo el trámite de admisión del recurso de amparo, que, de otra parte, se intenta compensar con una presunta apertura del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, que se pretende sea el cauce ordinario que agote la vía judicial previa del recurso de amparo constitucional. El problema consiste en que el incidente excepcional de nulidad de actuaciones no puede servir a ese fin por atender un problema distinto, que, si bien se refiere a la vulneración de derechos fundamentales, se ciñe a unos supuestos concretos que determinan su regulación. Efectivamente, en ningún caso el incidente de nulidad puede cumplir la función que se le pretende atribuir de garantía genérica de los derechos fundamentales por impedirlo los límites que emanan de su propia regulación; así resulta de su regulación que exige que el vicio no se haya podido denunciar antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que no quepa otro recurso ordinario ni extraordinario. De modo que el incidente, al menos tal y como está regulado, no puede utilizarse como el recurso que agote la vía jurisdiccional antes del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, justamente porque la vía jurisdiccional ya se agotó con la sentencia dictada en apelación, o, caso de no haber existido recurso, con la sentencia firme¹¹⁸.

En consecuencia, la reforma de 2007 no ha supuesto en realidad una modificación de los motivos que pueden dar lugar al incidente de nulidad, que fundamentalmente serán los que se contenían en la anterior redacción, con la diferencia, probablemente, de que los motivos de infracción procesal que causen indefensión son más genéricos. En todo caso, lo definitivo ha de ser que el incidente de nulidad únicamente sirve al fin de denuncia de la infracción procesal que produce un perjuicio a la parte y, concretamente, la afectación de su tutela judicial efectiva en cualquiera de sus variantes con auténtica indefensión¹¹⁹.

Por cuanto antecede, podemos dar por reproducidas las consideraciones que ya efectuábamos en nuestro artículo doctrinal de 1999 -último incluido en el compendio que da lugar a esta Tesis-, en lo que se refiere a defectos de forma causantes de indefensión e incongruencia del fallo, como motivos del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, así como la jurisprudencia allí analizada, a fin de evitar reiteraciones; la experiencia diaria en la jurisdicción social nos enseña que los incidentes de nulidad de actuaciones -al menos los que se suscitan ante los Juzgados de lo Social- siguen estando motivados, en su inmensa mayoría, en defectos de forma causantes de indefensión, sobre todo relacionados con defectos en los actos de comunicación con las partes, que es campo abonado para esta clase de nulidades de actuaciones¹²⁰.

¹¹⁸ RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., págs. 221 y ss.

¹¹⁹ En el mismo sentido, RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., págs. 222 y ss.

¹²⁰ Riegos que se han incrementado en gran medida con la implantación de la denominada Nueva Oficina Judicial (NOJ), y con la Justicia Digital, a que ya nos hemos referido.

No cabe, sin embargo, su utilización con la finalidad de denunciar cualquier clase de infracción procesal, aunque sea de pleno derecho, cuando no se cause indefensión. De ser así, la admisión en un incidente excepcional de una petición de nulidad (por falta de jurisdicción, competencia o infracción del derecho de audiencia) produciría, paradójicamente, indefensión a la parte no denunciante. De este modo, puede decirse que si los motivos de nulidad de pleno derecho estaban pensados más en los tribunales que en las partes, el incidente de nulidad de actuaciones está regulado pensando en los litigantes, o en los que no lo fueron pero a los que afecta la sentencia, para que puedan denunciar las infracciones de nulidad que afecten a su derecho fundamental sin indefensión.

6.5. Competencia

Se atribuye la facultad para conocer del nuevo incidente de nulidad de actuaciones al “...*mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza...*”, en redacción similar a la del proyecto de 1994 y a la mantenida por el texto de la ley desde la reforma de 1997 –con el matiz de suprimir el término “sentencia” y dejar tan solo el de “resolución”, retoque técnico acorde con la reforma del resto del precepto-, por lo que entendemos vigentes las objeciones ya efectuadas en aquella ocasión. Así, se suscita la duda, p. ej., en el caso de que la sentencia o resolución de que se trate sea dictada por la Audiencia Provincial y la causa de nulidad (sobre todo en caso de defectos de forma causantes de indefensión) se hubiera producido ante el órgano judicial *a quo* (Juzgado de Primera Instancia, Juzgado de Instrucción, Juzgado de lo Penal, Juzgado de lo Social, etcétera), pero no hubiera podido ser advertida hasta después de que esa sentencia haya ganado firmeza, ante tal situación, y se trata de aquellos procesos en los cuales la sentencia del órgano *ad quem* es firme por ministerio de ley, ¿qué órgano judicial es el competente¹²¹ para tramitar y resolver el incidente de nulidad de actuaciones?. Si nos atenemos al tenor literal del precepto comentado (art. 241.1.II LOPJ), hemos de concluir que será competente el órgano *ad quem*, pues es el órgano judicial que ha dictado la sentencia firme; solución que no es muy satisfactoria, dado que si la sentencia hubiera ganado firmeza por ser consentida por las partes, al no haberse recurrido, la competencia para conocer del mismo hecho sería del órgano judicial que se pronunció en instancia (el órgano judicial *a quo*). Como ya tuvimos ocasión de manifestar, no parece razonable que una misma clase de asuntos, sobre todo del tipo de los que estamos tratando, que

¹²¹ Se plantea la duda entre sí puede ser la Audiencia Provincial, que es la que ha dictado la sentencia firme, o bien el órgano judicial *a quo*, que ha sido ante el que se ha originado el “defecto de forma que ha producido indefensión...” (LAMO RUBIO, J., de “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones...”, op. cit., pág. 5). Naturalmente, el ejemplo puede también trasladarse a la intervención de otras clases de órganos jurisdiccionales. En similar sentido, utilizando otros ejemplos, se pronuncia ANDRÉS CIURANA, B., “Nulidad de actuaciones y sentencia firme: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 4709, Madrid, 1999, pág. 3.

son cuestiones de orden público, es decir, *ius cogens*, pueda estar atribuido su conocimiento a una u otra clase de órgano judicial, a voluntad indirecta de las partes¹²².

La doctrina estima que la opción legal en este aspecto se justifica en tanto que el vicio de nulidad no debe haberse denunciado durante el proceso, ya que en ese caso no procedería interponer el incidente. Desde este punto de vista es lógico que se atribuya competencia al mismo tribunal que conoció del proceso a fin de que pueda valorar la infracción procesal que se denuncia en ese momento y que hasta entonces no se había puesto de manifiesto por la parte¹²³.

Pero, por otro lado, existen otras razones que fundamentan la inconveniencia de esta atribución de competencia, y la conveniencia de encomendársela a un tribunal superior¹²⁴:

- En primer lugar, la circunstancia obvia de que el tribunal que dictó la sentencia firme de algún modo se halla en la tesitura de revisar su propia actuación; aunque, es cierto que el TC se ha pronunciado al respecto considerando que no cabe recusar al tribunal por ese motivo¹²⁵.
- En segundo lugar, puede pensarse que un tribunal superior, y distinto al que conoció del proceso en el que se dio la infracción procesal determinante de nulidad, se halla en mejor posición para apreciar un vicio de nulidad sobrevenida.
- En tercer lugar, todos estos argumentos ganan fuerza si se piensa no en la denuncia de la infracción procesal sobrevenida, sino en la utilización del incidente de nulidad como medio de impugnación último del amparo judicial ordinario y previo al amparo constitucional. De tal modo, y en este caso, tratándose de infracciones procesales producidas y

¹²² LAMO RUBIO, J., de, “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones...”, op. cit., pág. 5. En cambio, MORENILLA estima que “...es éste uno de los aciertos del legislador, pues nadie mejor que el órgano judicial autor del auto o sentencia irrecurribles para examinar la licitud de la petición, teniendo en cuenta que ya conoce y están a su disposición, no sólo las actuaciones practicadas, sino las particularidades del caso en cuestión...” (sic); pero añade que tal distribución competencial tiene el inconveniente “...de una posible reticencia del órgano judicial a reconocer la nulidad de actuaciones practicadas en un litigio que el mismo resolvió, con lo que el carácter excepcional de este incidente puede ser llevado a sus últimas consecuencias...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según el nuevo artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: consideraciones críticas”, op. cit., pág. 4).

¹²³ RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., pág. 225.

¹²⁴ RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., pág. 225; también a favor de otorgar carácter devolutivo al incidente, confiriendo la competencia para resolver a órgano distinto al que dictó la sentencia, se pronuncia, entre otros, CARRASCO DURAN, M., “El incidente de nulidad de actuaciones: problemas y algunas soluciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2013 [BIB 2013\1055].

¹²⁵ STC 313/2005, de 12 de diciembre.

denunciadas durante el proceso parece conveniente que sea un tribunal superior el que conozca del incidente.

Incluso, algún sector doctrinal considera que la atribución del conocimiento al mismo juez o tribunal que dictó la sentencia firme vicia de inconstitucionalidad el incidente¹²⁶.

6.6. Legitimación

En el nuevo texto legal, derivado en último término del retoque o perfeccionamiento producido mediante la LO 13/1999, de 14 de mayo, se introdujeron algunas modificaciones en relación con la legitimación, de modo que se reconoce expresamente la legitimación a “...*quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo...*”, acogiendo las reivindicaciones de la doctrina en relación con la admisión de legitimación activa de aquellos que, no siendo parte formal, precisamente instan el incidente para intentar ser parte en el pleito o causa principal, por estimar que deben serlo, por afectarles la resolución que, en definitiva, se pueda dictar en el proceso. Redacción que se ha mantenido en las sucesivas reformas, incluida la de 2007.

Como ya tuvimos ocasión de afirmar, en relación con el texto introducido por la LO 5/1997, y en cuanto a la legitimación activa, se establecía que el incidente ahora analizado podría instarse por “*parte legítima*”, y al respecto se suscitaba la cuestión acerca de qué había que entender por tal parte legítima; es decir, sobre si tal expresión se estaba tan sólo refiriendo a las partes en sentido técnico procesal, o también comprendía a los terceros a los que pueda afectar la nulidad que se pretende. A similitud de lo que ya decíamos con ocasión del proyecto de 1994, estimábamos que debería estarse al caso concreto para dar respuesta a esta cuestión, si bien entendíamos que nada impedía, en principio, que pudiera instar este incidente alguien que aparentemente fuera un tercero al proceso, pues, si bien en el momento en el que lo insta no es parte en sentido formal, pero cabe que planteara dicho incidente precisamente porque entendiera que debía ser parte en el concreto proceso de que se trataba y al que no había sido llamado en forma¹²⁷. En todo caso, insistíamos que la admisión de terceros habría de ser restrictiva y analizarse caso a caso¹²⁸. De este modo, en la nueva LO 13/1999 se recoge

¹²⁶ Así, MORENILLA ALLARD, P. y CASTRO MARTÍN, J.L. de, “Sobre la constitucionalidad del art. 241.1.II LOPJ, en cuanto que atribuye la competencia para el conocimiento y resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones al mismo Tribunal que dictó la resolución judicial firme cuya rescisión se postula”, *Diario La Ley*, núm. 7784, Madrid, 26 de enero de 2012; y MORENILLA ALLARD, P., “De nuevo, sobre la constitucionalidad del incidente excepcional de nulidad de actuaciones”, *Diario La Ley*, núm. 8099, Madrid, 6 de junio de 2013.

¹²⁷ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 227 y ss.

¹²⁸ En el mismo sentido se pronunció el CGPJ al afirmar que, “...*sin embargo, es precisamente a los que indebidamente no hayan sido parte a quienes es más necesario dar oportunidad de audiencia y defensa. De ahí que debería decirse “quienes sean o hubieran debido ser parte legítima en el proceso...”*” (“Informe

expresamente la legitimación activa en relación con aquellos que no sean parte formal en el pleito o causa en que se suscita la posible nulidad de actuaciones por el cauce del incidente considerado, pero “...hubieran debido serlo...”, acogiéndose, de este modo, lo que era reivindicado por la doctrina.

En todo caso, para estar legitimado activamente, además de lo que antecede se requiere la presencia de un gravamen, en el sentido de que debe concurrir en el que interponga el incidente un efectivo perjuicio constatado en una situación de indefensión¹²⁹.

Se suscita, en cambio, la cuestión acerca de si también quienes hubieran debido ser partes en el pleito o causa de referencia pueden tener legitimación pasiva en el incidente de nulidad ahora considerado. Nada dice la norma reguladora del citado incidente, ni la versión de 1997 ni en las posteriores reformas del incidente. Pero una interpretación sistemática nos conduce a considerar que, a pesar del silencio legal, también, en su caso, gozarán de legitimación pasiva aquellos que sin ser parte formal hubieran debido serlo y no insten ellos el incidente de nulidad.

6.7. Intervención del Ministerio Fiscal en el incidente de nulidad de actuaciones

Partiendo de que el legislador de 2007 ha pretendido que el incidente de nulidad de actuaciones judiciales fuera un remedio de necesaria utilización para poder acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional, la doctrina se planteó la necesidad de que en el mismo interviniera el Ministerio Fiscal¹³⁰. En relación

sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, aprobado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 12 de agosto de 1996, *Estudios, informes y dictámenes*, CGPJ, Madrid, 1997, pág. 35). En similar sentido NARVÁEZ afirma que por partes, a los efectos de este incidente de nulidad de actuaciones, ha de tenerse tanto las comparecidas en el proceso, como también “...aquellas otras que tuvieren un interés legítimo en la cuestión de fondo que haya sido resuelta, aun cuando formalmente no hubieren comparecido en el mismo...” (NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, op. cit., pág. 2). También MORENILLA, tras examinar el iter legislativo, se inclina por entender que por ‘parte legítima’ debe entenderse “...el sujeto titular del derecho fundamental vulnerado (indefensión) por la actuación procesal, con independencia de si era o no ‘parte procesal’ en el litigio...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según el nuevo artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: consideraciones críticas...”, op. cit., pág. 3).

¹²⁹ Pues el fundamento de la posibilidad otorgada para la impugnación de una sentencia firme no es directamente la protección del orden público, sino el amparo del ciudadano que considera que se han vulnerado sus derechos fundamentales y se le ha causado indefensión (RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., pág. 224).

¹³⁰ ARAGÓN REYES, M., “El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo. La función del Ministerio Fiscal”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, págs. 371-380; en similar sentido, CARRASCO DURÁN, M., “El incidente de nulidad de actuaciones, tras la Ley Orgánica 6/2007”, “Parte Primera. Los problemas procesales en el amparo reformado”, en *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional: (el camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España)*, MORALES ARROYO, J.M., Dir., Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, págs. 11 y ss.

con esta cuestión es preciso recordar la Circular 2/2013, de 11 de enero, de intervención del Ministerio Fiscal en el incidente de nulidad de actuaciones, en la que, partiendo de que *"... el incidente de nulidad de actuaciones sirve para reparar aquellas lesiones de cualquier derecho fundamental que no puedan serlo a través de los recursos ordinarios o extraordinarios previstos por la ley. Su función en materia de tutela de derechos es, por tanto, la misma, en el ámbito de aplicación que le otorga el art. 241.1 LOPJ, que la realizada como consecuencia de la interposición de un recurso ordinario o extraordinario y como tal debe ser atendida por los órganos judiciales..."* (apartado 5 de la indicada Circular), y demás consideraciones que en la misma se efectúan, se establecen las siguientes consideraciones:

1. El Ministerio Fiscal carece de legitimación para promover el incidente de nulidad previsto en el art. 241.1 LOPJ cuando ni ha sido ni ha debido ser parte en el proceso subyacente.
2. Los Fiscales deberán intervenir siempre que se les dé traslado para que informen en un incidente de nulidad sobre violación de derechos fundamentales promovido por parte legítima, aunque no hayan sido partes en el proceso subyacente.
3. En los procesos sin intervención del Fiscal en los que se promueva el incidente y se dé traslado al Ministerio Público, el informe habrá de versar exclusivamente sobre lo relativo a la lesión de derechos fundamentales, evitando abordar cuestiones carentes de relevancia constitucional.
4. En los procesos en los que el Ministerio Fiscal ha sido parte o hubiera debido serlo, el mismo estará legitimado para su promoción e intervendrá en el incidente de nulidad de actuaciones aunque no haya sido el promotor.
5. Los Fiscales deberán prestar especial atención a la resolución de estos remedios procesales, en ejercicio de sus funciones de defensa de los derechos de los ciudadanos.
6. Los Fiscales habrán de motivar suficientemente sus dictámenes, incluido el de inadmisión.
7. En ningún caso será admisible un informe formulario que postule, sin motivación, la mera inadmisión o desestimación del incidente, ni la mera remisión al recurso de amparo constitucional.
8. Si la lesión de derechos fundamentales que se denuncia ha tenido lugar antes de la sentencia y ha habido posibilidad de alegarla y de ser resuelta con anterioridad, los Fiscales deberán advertirlo así,

motivadamente, para que la nulidad de actuaciones pueda ser rechazada a *limine*, neutralizando estrategias procesales dilatorias o, simplemente, actuaciones erróneas.

9. En todo caso, los Fiscales promoverán una interpretación en el sentido más favorable para permitir la tutela de los derechos fundamentales en fase jurisdiccional, oponiéndose a que la providencia de inadmisión sea utilizada para resolver sobre el fondo.
10. Los Fiscales Superiores y Fiscales Jefes designarán, de entre los miembros de la plantilla, a un Fiscal encargado de coordinar el despacho de los incidentes de nulidad previstos en el art. 241 LOPJ, con las facultades que, conforme a su autonomía organizativa, se estimen oportunas.
11. En los casos en los que una Fiscalía territorial pretenda promover el incidente de nulidad previsto en el art. 241 LOPJ, con carácter previo y por conducto del Fiscal Jefe o del Fiscal coordinador de la materia, habrá de evacuar consulta con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

6.8. Plazo

Establece el segundo inciso del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 241 LOPJ 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...”*¹³¹.

Como ya afirmamos en relación con el proyecto de reforma de 1994, parece prudente el establecimiento del plazo de veinte días¹³², que han de entenderse procesales, es decir hábiles. También poníamos de manifiesto que el segundo de los criterios de cómputo, es decir, el que se establece en relación con la fecha en que la parte legítima tuvo conocimiento del defecto de forma causante de indefensión, podía suscitar problemas de prueba de tal conocimiento.

Ahora, en el texto que comentamos, se establece una prevención en evitación de esos problemas, y entendemos que también para ofrecer más seguridad jurídica¹³³ a las sentencias y demás resoluciones susceptibles de

¹³¹ Por lo que se refiere al plazo para entablar el incidente de nulidad de actuaciones judiciales ahora considerado, no se ha introducido novedad reseñable desde la creación del mismo en 1997.

¹³² Plazo que parece tomado, miméticamente, del existente para interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en el momento de dicha reforma (confr. art. 44 LOTC, entonces vigente); tras la reforma operada por la LO 6/2007, dicho plazo es de 30 días (actual art. 44 LOTC).

¹³³ En estos supuestos y en relación con la proyectada reforma de 1994, PÉREZ-CRUZ MARTÍN se pronunció a favor del establecimiento de *“...un plazo de prescripción (a semejanza del establecido en el art. 1800 LECiv) a partir de la fecha de la notificación de la sentencia que impidiera prolongar “sine die” la incertidumbre frente a cualquier resolución firme...”* (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.,

cuestionarse a través del incidente excepcional de nulidad, por cuanto se establece que en esos supuestos -es decir, cuando se pretenda computar el plazo desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión-, en ningún caso puede *“...solicitarse la nulidad después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución...”*; se trata de un límite de carácter temporal absoluto que pretende poner coto a posibles situaciones indeseadas de “debilitamiento” de la firmeza de determinadas sentencias y resoluciones de análoga eficacia¹³⁴. En todo caso, como pone de relieve, acertadamente, la doctrina, lo relativo a los plazos para instar el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales es una de las cuestiones que más problemática práctica generará¹³⁵.

En relación con los indicados plazos, y en concreto acerca de la problemática del cómputo de los mismos, sobre todo de la determinación del *dies a quo*, el Tribunal Supremo estima que *“...de este precepto se infiere que la facultad de promover el incidente se sujeta en principio a un breve plazo de veinte días, con el fin de reducir al mínimo la inseguridad jurídica dimanante del entredicho que para las sentencias firmes supone la posibilidad de solicitar su nulidad, el cual se computa desde la notificación de la sentencia o resolución a la parte que promueve el incidente. La Ley Orgánica, no obstante, establece que ‘en todo caso’, el plazo se computará ‘desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión’, pero añadiendo que ‘en este último supuesto’ (esto es, cuando el plazo se compute desde que se tuvo conocimiento del defecto y no desde la notificación), no podrá solicitarse la nulidad de actuaciones «después de transcurridos cinco años desde la notificación de la*

“Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, 1994, pág. 12). En similar sentido, VERGE GRAU comentando el proyecto de Ley que ha dado lugar a la Ley Orgánica ahora comentada, en el cual no se contenía la previsión de ese límite absoluto de los cinco años desde la notificación de la sentencia, afirmaba que *“... si se concede el incidente de nulidad después de sentencia firme, que puede presentarse en el plazo de veinte días desde que la parte ‘tuvo conocimiento del defecto’, se va a permitir, tanto a las partes personadas como a los ausentes (involuntarios o rebeldes) mantener, indefinidamente, la precariedad de una sentencia firme, perpetuando la inseguridad jurídica ad libitum...”* (VERGE GRAU, J., “¿Un nuevo incidente de nulidad?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 259, 1996, pág. 1 y ss.).

¹³⁴ Estima el CGPJ que, *“...probablemente el mayor de los inconvenientes que tiene el incidente de nulidad contra sentencias firmes y en general cualquier procedimiento rescisorio de los actualmente previstos en las leyes procesales, como el de revisión o la audiencia al demandado rebelde (...) proceda de la configuración del plazo para promover los mismos...”*; y así, en relación con el incidente de nulidad de actuaciones, afirma que aun siendo cierto que *“...los defectos de audiencia, por definición, difícilmente pueden sujetarse a un plazo general e incondicionado, salvo que se recurra a una presunción legal de conocimiento por medios siempre artificiosos de notificación, como la publicación en diarios oficiales, origen de un sinnúmero de situaciones patológicas en la actualidad...”*, también es cierto que *“... no puede dejarse a una circunstancia puramente aleatoria la obtención de la certeza y seguridad jurídica que están en la base del instituto de la cosa juzgada, puesto que siempre puede quedar un posible perjudicado al margen del proceso y de la resolución final del mismo...”* (“Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOPJ”, op. cit., págs. 37 y ss.).

¹³⁵ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “La reforma del art. 240 de la LOPJ: Luces y sombras”, *Tribunales de Justicia*, 1998-2, págs. 141 y ss.; GÓMEZ CINTAS, M^a del M., “La nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997”, *Revista Secretarios Judiciales*, núm. 9, 1998, págs. 8 y ss.; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, op. cit., págs. 19 y ss.

sentencia o resolución».(...) La correcta interpretación del inciso que acaba de citarse lleva a entender que sólo en el supuesto de no haberse producido la notificación de la sentencia -mediante la cual se viene en conocimiento del defecto producido si no se ha conocido antes- el plazo se computará a partir del momento en que se tuvo conocimiento del defecto causante de la indefensión, pero que en este supuesto no podrá solicitarse la nulidad de actuaciones «después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución». Este plazo de cinco años debe considerarse como un plazo de caducidad establecido por razones de seguridad jurídica ligadas a la efectividad de la cosa juzgada y al carácter extraordinario de este incidente semejante al que se establece para el ejercicio de otras acciones de rescisión de sentencia judiciales firmes, como ocurre con la audiencia al rebelde (artículos 776 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil/1881) y con el recurso de revisión (artículo 1800 de la Ley de Enjuiciamiento Civil/1881), con la diferencia de que en los supuestos citados la Ley de Enjuiciamiento Civil establece como inicio del cómputo del plazo de caducidad la publicación de la sentencia, mientras que la Ley Orgánica del Poder Judicial sustituye este momento formal por el de la notificación de la misma, por la cual debe entenderse la última notificación que se haya llevado a cabo a las partes o interesados. El plazo de caducidad de cinco años, pues, rige para los interesados que pretendan acogerse a este incidente de nulidad de actuaciones posterior a la sentencia por haber tenido conocimiento del defecto por un medio ajeno a la notificación, y no para aquellos a los que haya sido notificada la sentencia -como pretende la parte que promueve este incidente-, pues sería contradictorio prever el supuesto de que el defecto haya sido conocido sin notificación de la sentencia al interesado y subordinar al propio tiempo la aplicación del plazo de caducidad de cinco años -establecido para «este último supuesto»- al hecho -propio del supuesto regulado por la ley en un anterior inciso- de que la sentencia haya sido notificada al peticionario...»¹³⁶.

En todo caso, cuando la cuestión relativa a la presentación fuera de plazo del incidente de nulidad de actuaciones sea alegada por alguna de las partes del incidente, el órgano judicial ha de dar expresa respuesta a la misma, pues es obvio que si la Ley fija un plazo para llevar a efecto actuaciones judiciales, dejar transcurrir esos plazos conlleva el decaimiento del derecho a suscitar este tipo de cuestiones; de no hacerlo, podrá generar la propia nulidad del incidente de nulidad¹³⁷.

¹³⁶ Auto TS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 14 de mayo de 1998. Pont.: Xiol Rios [RJ 1998\5772], que si bien está referido a la LECiv 1881, consideramos que resulta de aplicación, *mutatis mutandi* a la LECiv.

¹³⁷ STC 204/2009, de 23 de noviembre de 2009. De modo que el juez resolvió sobre la nulidad sin dar contestación a una lógica alegación del actor efectuada al dársele traslado del escrito de la parte demandada instando el incidente de nulidad de actuación del art. 241 LOPJ, pero el juez civil declaró la nulidad sin haber resuelto sobre un tema fundamental como era que al demandado se le podía haber pasado el plazo para instar la nulidad contándolo desde el momento en el que tuvo conocimiento por el banco de la existencia de un embargo por procedimiento judicial. Por ello, en la STC 204/2009, de 23 de noviembre, se afirma que “...el silencio de la resolución judicial sobre la cuestión planteada es absoluto y contrasta con la exposición de los antecedentes de hecho en los que se hace constar que la cuestión del vencimiento del plazo de veinte días para promover el incidente de nulidad de actuaciones fue el motivo

6.9. Tramitación

En el proyecto de 1994 nada se establecía en relación con la tramitación a dar al incidente que entonces se pretendía establecer; ante lo cual se suscitaba, precisamente, la duda acerca de cuál sería el trámite a seguir¹³⁸. En cambio, en el nuevo incidente excepcional de nulidad introducido en la reforma de 1997 se dedica, precisamente, el apartado 4 del nuevo artículo 240 LOPJ a regular, sucintamente, tal aspecto; en la ordenación actual, derivada de la reforma de 2003, dicho trámite se regula en el párrafo tercero del apartado 1 y en el apartado 2 del art. 241 LOPJ.

La petición de nulidad que se pretenda sustanciar por el cauce del nuevo incidente deberá formularse mediante escrito, pues así se establece expresamente en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 241 LOPJ, cuando dice que quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo “...podrán pedir por escrito...”, y también se refiere al mismo el apartado 2 del citado artículo. A dicho escrito pueden acompañarse los documentos que se estimen conducentes a acreditar lo que se alegue (“...para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde...”, dice el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 241 LOPJ), y copia para las restantes partes, tanto del escrito como de los documentos.

En cuanto a la postulación, a falta de norma expresa en los preceptos comentados, estimamos que ha de regirse por las normas generales aplicables al procedimiento en que se hubiere suscitado el incidente de nulidad¹³⁹.

principal de oposición esgrimido por el actor...”. En definitiva, tratándose de una alegación principal y autónoma, entiende el TC que requería de una respuesta específica y previa. Y, en la medida en que el Auto del Juzgado obvia esta respuesta, incurre en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Además, este silencio causó al demandante de amparo una situación de indefensión material, pues, de haberse apreciado su alegación, la nulidad de actuaciones planteada por la otra parte procesal hubiera sido desestimada (MAGRO SERVET, V, “Alegación de la nulidad de actuaciones en el plazo de veinte días desde que se tuvo conocimiento de la causa. Necesidad de que el tribunal motive esta alegación. STC 204/2009, de 23 de noviembre”, *Práctica de Tribunales*, núm. 82, 2011, versión digital).

¹³⁸ Así, nosotros nos inclinábamos por entender que la tramitación a dar sería la de los incidentes de la LECiv (LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones...”, op. cit., pág. 5); para PÉREZ-CRUZ MARTÍN la tramitación podría “...acomodarse a un procedimiento declarativo abreviado, muy parecido al actual verbal...” (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto...” op. cit., pág. 13). Ahora, en el texto aprobado en la reforma de 1997 se evita esa indeseada indeterminación, al fijar expresamente un trámite a seguir.

¹³⁹ Para NARVÁEZ RODRÍGUEZ, desde la consideración de que el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales es, en realidad un “...verdadero procedimiento autónomo de tutela judicial de amparo, concibiéndose como un medio procesal de rescisión de resoluciones definitivas no recurribles...”, en el que “...se pretende garantizar nada menos que el derecho fundamental a la tutela judicial y, por consiguiente, de naturaleza y alcance constitucional, la asistencia de letrado y la representación por procurador debe ser preceptiva...” (“El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, op. cit., pág. 7 y 26). Otros autores estiman que la solución será distinta según se estime que el incidente es una prolongación del proceso previo, en cuyo caso la reglas de postulación y defensa serán las que rijan en materia de recurso, o si se considera que se trata de

Presentado el escrito y, en su caso, los correspondientes documentos, así como copias de todo ello, pidiendo la nulidad de actuaciones por alguno de los motivos del incidente, el órgano judicial competente procederá a decidir sobre si admite o no a trámite tal pretensión; al respecto, pueden darse varias hipótesis:

A) Inadmisión

En el caso de que no se trate de un supuesto de nulidad de actuaciones de los que dan entrada a este incidente, o bien que haya transcurrido el plazo para solicitar la incoación del mismo, procederá inadmitir a trámite el escrito, pues así se deriva tanto del párrafo tercero del apartado 1 del artículo 241 LOPJ, como del carácter restrictivo del nuevo incidente de nulidad. Inadmisión que se producirá mediante providencia, contra la que no procede recurso alguno, según establece el precepto comentado.

Una novedad importante, introducida por la LO 13/1999 y mantenida en las posteriores reformas, viene constituida por la expresa declaración de irrecurribilidad de la resolución que inadmite a trámite el incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Irrecurribilidad que se proclama cuando se afirma que “...contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno” (art. 241.1.III LOPJ vigente)¹⁴⁰, resolviendo, de este modo, una de las dudas que se suscitaban con la anterior regulación.

B) Subsanción

Caso de no presentarse copias con el escrito y documentos acompañados, y si *prima facie* procede la admisión del escrito, sería menester, con carácter previo, el requerimiento a la parte para que, en el breve plazo que se le señale, las aporte, con apercibimiento de que caso contrario serán expedidas a su costa, dictando al efecto la correspondiente resolución¹⁴¹.

C) Admisión y posteriores trámites

un proceso autónomo, en cuyo caso la postulación y defensa se regirá por la regla general vigente en el orden jurisdiccional de que se trate (GÓMEZ CINTAS, M^a del M., “La nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997”, op. cit., pág. 11).

¹⁴⁰ Redacción que, con alguna ligera modificación, mantiene la esencia del *in fine* del art. 240.3.II LOPJ, según redacción dada por la LO 13/1999.

¹⁴¹ Las reformas posteriores a la LO 13/1999 continúan sin hacer mención a este supuesto de subsanción, pero estimamos que el mismo ha de mantenerse vigente, por las mismas razones arriba expuestas; aunque actualmente, con la Justicia Digital y los traslados a través de LexNet o dirección electrónica habilitada (Ley 18/2011), este ha pasado a ser un tema menor, dado que generalmente el incidente se sustancia cuando las partes ya están personadas y con representación procesal.

Y finalmente, en aquellos supuestos en que se cubran los requisitos establecidos, ya detallados, se procederá a admitir a trámite la petición formulada. Nada se dice sobre la forma que ha de adoptar esta decisión; al respecto, entendemos que se aplicarán las normas generales [art. 245.1.a) LOPJ], y en consecuencia se tratará de una providencia. En la referida resolución admitiendo a trámite el incidente de nulidad de actuaciones, junto con la decisión de admisión a trámite se acordará además dar traslado a las demás partes, por un plazo común de cinco días, para que puedan “...formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que estimen pertinentes...” (art. 241.2.I, *in fine* LOPJ). En el supuesto de admisión a trámite del escrito e incoación del incidente de nulidad se suscitan varias cuestiones¹⁴²:

1ª) Una primera es la relativa a si el incidente ha de sustanciarse en los autos principales o bien ha de formarse pieza separada. Al respecto nada se dice expresamente en el comentado precepto. Ante el silencio legal, y teniendo en cuenta el espíritu de simplicidad que inspira el incidente analizado, así como la que es práctica generalizada en relación con el incidente ordinario de nulidad, a que da lugar el art. 240.2 LOPJ, ya comentado, y las reglas sobre la suspensión de la ejecución y eficacia de las resoluciones atacadas en el incidente como sospechosas de nulidad, así como los criterios establecidos en la LECiv de 1881 –que era la vigente en el momento de instaurarse el incidente estudiado-, para la formación de pieza separada en los incidentes (confr. arts. 744 a 746 LEC), nos inclinamos por entender que no será precisa la formación de pieza separada. Deberá sustanciarse en los autos principales cuando se acuerde la suspensión de la eficacia y ejecución de la resolución atacada; en cambio, será precisa la formación de pieza separada cuando no se acceda a la suspensión de tal resolución¹⁴³.

2ª) De otra parte, se suscita la cuestión sobre si el incidente de nulidad admite otros tipos de prueba distintos a la documental a que se refiere el artículo 241.2.I LOPJ. Al respecto nada dice el precepto comentado. En cambio, al referirse expresamente a los documentos parece querer excluir el resto de pruebas, como lo evidencia el hecho de que no se dispone nada acerca de apertura de periodo probatorio alguno. Entendemos que, dada la simplicidad que se pretende imprimir al incidente de nulidad estudiado, no serán admisibles otras pruebas que las consistentes en documentos tendentes

¹⁴² La reforma del incidente de nulidad de actuaciones judiciales, operada mediante la LO 13/1999, tampoco aborda ninguna de las posibles cuestiones que se suscitan en la tramitación del mismo, por lo que continúan siendo válidas las reflexiones que sobre indicada cuestión ya hemos realizado y ahora reiteramos y actualizamos (LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 232 y ss.); el tema tampoco se aborda en las posteriores reformas a que nos hemos referido.

¹⁴³ Similares consecuencias procede extraer a la luz del art. 137 LRJCA98, al que ya nos hemos referido en un pasaje anterior de este epígrafe.

a acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde (art. 241.2 LOPJ)¹⁴⁴. No admitiéndose otra clase de pruebas, y no existiendo propiamente periodo probatorio, carece, por tanto, también de sentido la existencia de fase conclusiva del incidente, a la cual tampoco se refiere el precepto estudiado.

3ª) También se suscita la duda relativa a la posible suspensión de la resolución objeto del incidente de nulidad de actuaciones, sobre la que trataremos a continuación.

6.10. Posible suspensión de la resolución objeto del incidente

En el supuesto de admisión a trámite del escrito e incoación del incidente de nulidad, como hemos indicado, se suscitan varias cuestiones, entre ellas, la relativa a la eficacia suspensiva o no de la sentencia o resolución a la que se achaca el vicio de nulidad. Al respecto, el propio artículo 241.2.I LOPJ establece la regla general de que la admisión a trámite del escrito en que se pida la nulidad que venimos comentando, “...no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles...”. Regla general que encuentra su excepción en aquellos supuestos en que caso de no suspender tal ejecución y eficacia “...el incidente pudiera perder su finalidad...”, en cuyo supuesto deberá decretarse la suspensión.

Nada se establece al respecto sobre el trámite a dar a tal artículo de suspensión. Entendemos que, dada la simplicidad que se pretende imprimir al nuevo incidente de nulidad, y en cuanto hace a la cuestión de la suspensión de la sentencia o resolución tildada de alguno de los vicios determinantes de nulidad que son objeto del mismo, deberá interesarse por la parte promotora del incidente. A tal efecto podrá efectuarse en el mismo escrito incoatorio, mediante el correspondiente otrosí, y de tal pretensión deberá darse traslado al resto de partes, en un breve plazo (2 o 3 días), o incluso por el mismo plazo que el traslado principal, con independencia del traslado sobre la cuestión principal, resolviéndose mediante auto, contra el que cabra plantear los recursos ordinarios que procedan contra los autos en el procedimiento en que se adopte tal decisión¹⁴⁵.

¹⁴⁴ En contra de este parecer se pronuncia SAINZ DE ROBLES que afirma que “...el procedimiento parece admitir sólo la prueba documental. Quizá no se ha caído en la cuenta de que esta limitación probatoria puede desencadenar nuevas indefensiones. Sospecho y espero que, contando con la potestad general del juez para rechazar pruebas impertinentes, superfluas o inoportunas, la práctica excluirá esta restricción probatoria...” (SAINZ DE ROBLES, F.C., “La nulidad de actuaciones. Tribulaciones, muerte y resurrección de una cuestión maldita”, *Tapia. Revista para el mundo del Derecho*, Madrid, enero-febrero, 1998, pág. 6); también a favor de admitir otras clases de pruebas, distintas a la documental, se muestra URBANO CASTILLO, E. de, (“Sobre la nulidad *post sententiam*”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 20 de julio de 1998, pág. 16).

¹⁴⁵ Solución a la que llegamos, partiendo de que no se prevé expresamente la irrecurribilidad de dicha resolución, y la prevista para la providencia de inadmisión y el auto de decisión sobre el fondo de las cuestiones suscitadas en el incidente de nulidad, al ser algo excepcional, ha de interpretarse restrictivamente, no siendo legítimo extender la misma a la resolución analizada, pues atienden a distintas finalidades.

Se suscita, también, la cuestión acerca de si el órgano judicial puede, de oficio, y en su caso, previa audiencia de las partes, acordar la suspensión de la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurrible¹⁴⁶. En la práctica forense, se viene observando que nada impide adoptar de oficio dicha decisión, para conjurar el perjuicio que la posible falta de suspensión pueda acarrear para el caso de que la falta de suspensión pudiera hacer perder su finalidad al incidente, que es, en definitiva, la esencia de esta decisión.

En todo caso, parece prudente entender que, en la práctica forense, la regla que pretende ser general acabará siendo la excepción, y que dados los parámetros¹⁴⁷ que se establecen en el precepto comentado para acordar la suspensión, la excepción acabará haciéndose regla general, pues es difícil imaginar supuestos en que la no suspensión de la ejecución y eficacia de las resoluciones sospechosas de nulidad no frustre la finalidad del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, dada su esencia.

Para MORENILLA, *“...el silencio de la ley, teniendo en cuenta la semejanza entre la regulación de la medida cautelar del art. 240 y la realizada por el Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su art. 56, podrá suplirse con la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional sobre este último precepto, extrayendo de la misma los criterios a seguir de cara a la admisión o no de la suspensión solicitada por el denunciante...”*¹⁴⁸. En similar sentido se pronuncia

¹⁴⁶ A favor, claramente, de tal hipótesis, se muestra NARVÁEZ RODRÍGUEZ (“El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, op. cit., pág. 23). En contra de tal posibilidad, GÓMEZ CINTAS, M^a del M., “La nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997”, op. cit., pág. 14.

¹⁴⁷ Cuando escribimos por primera vez sobre este tema (1998) decíamos que se echaba de menos, para evitar la utilización del incidente con efectos dilatorios o similares, la falta de previsión de algún tipo de cautela o caución a adoptar a cargo de quien inste la suspensión de la ejecución de la resolución firme, en los supuestos en que se acuerde la misma, a similitud, p. ej., de lo que se prevé, para el caso de interposición de recursos durante la ejecución forzosa, en el artículo 569 del Proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, y citábamos, cómo en similar sentido se pronuncia el Auto TS (Sala 4^a) de 24 de septiembre de 1998. Pont.: Campos Alonso [RJ 1998\9288]. Actualmente, en el orden jurisdiccional social, tras la LRJS, hemos de tener presente que la suspensión de la ejecución se regula en los artículos 244 y 245, que no prevén expresamente la necesidad de prestar caución alguna, y, de otra parte, que si bien no se refiere expresamente al supuesto ahora contemplado, el art. 79.1 LRJS, al regular las medidas cautelares se remite a la regulación de la LEC, pero exime de prestar fianza o cautela alguna a los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social y a los Sindicatos; y, como decimos, si bien no se refiere al mismo supuesto de suspensión de la ejecución de una resolución judicial, nada impide su aplicación a la misma, en ese aspecto, al existir la necesaria identidad de razón, en orden a la exención de fianza o cautela a los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social y a los Sindicatos.

¹⁴⁸ Y de este modo, indica que *“...es doctrina reiterada de ese Tribunal que la suspensión de resoluciones judiciales firmes tienen ‘carácter excepcional’, de aplicación ‘restrictiva’, siendo, por tanto, ‘la regla general la de no suspender la ejecución de tales resoluciones’ habida cuenta que supone de por sí una cierta perturbación del interés general, consistente en mantener su eficacia...”*; recayendo sobre el solicitante tanto la carga de la alegación (petición fundada de la suspensión a instancia de parte), como el *onus probandi* de acreditar ‘suficientemente’ el ‘perjuicio irreparable’ (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según el nuevo artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: consideraciones críticas”, op. cit., pág. 5, con cita de varios Autos del TC, entre otros el Auto TC

NARVÁEZ, quien resume la indicada jurisprudencia, distinguiendo como aspectos más relevantes los siguientes: a) el TC, con carácter general, suele suspender en aquellos casos en que el contenido del fallo suponga una restricción del derecho a la libertad personal (pena privativa de libertad o de derechos), teniendo en cuenta la gravedad y naturaleza del hecho enjuiciado, el bien jurídico protegido, la trascendencia social, la duración de la pena y el tiempo que reste de cumplimiento de la misma; b) también suele suspender la ejecución en aquellas resoluciones que afecten a otros bienes o derechos de difícil o imposible restitución a su estado anterior; y, c) en cuanto a las resoluciones de contenido económico, el TC es contrario a la suspensión, salvo que la parte obligada a su cumplimiento acredite que el mismo pudiera acarrearle perjuicios irreparables¹⁴⁹.

De otra parte, la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA98), al establecer en el art. 137 que “...todas las cuestiones incidentales que se susciten en el proceso, se sustanciarán en pieza separada y sin suspender el curso de los autos...”, parece romper con la posibilidad de suspensión que brinda en artículo 241.2 LOPJ objeto de comentario. A pesar de los términos del precepto de la LRJCA98, entendemos que, dada la nota de generalidad que en la regulación que de la materia se contiene en LOPJ, ha de estarse a lo establecido en la misma¹⁵⁰.

6.11. Resolución

El incidente de nulidad de actuaciones que se establece en artículo 241 LOPJ concluye, bien cuando contestan las restantes partes al traslado conferido, o bien cuando dejan transcurrir, las que no contesten, el plazo concedido, con lo que habrá precluido su oportunidad procesal de hacerlo. En cualquiera de esos supuestos, ha de tenerse por concluido el incidente, dictando al efecto diligencia de ordenación por el Letrado de la Administración de Justicia (antes Secretario Judicial), en la que así se acuerde y además se disponga que pasen los autos al Juez o Magistrado Ponente -según se trate de

419/1997, de 22 de diciembre de 1997 (caso ‘Filesa’), que contiene una síntesis de la doctrina existente en dicha fecha, sobre el particular).

¹⁴⁹ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, op. cit., pág. 24 y ss.; con cita de abundantes autos del TC.

¹⁵⁰ El art. 137 LRJCA98 se integra dentro del Capítulo III del Título VI que trata sobre “*disposiciones comunes a los Títulos IV y V*”, llevando por epígrafe aquel capítulo precisamente el de “*incidentes e invalidez de actos procesales*”, pero, a pesar de la pretensión de tal epígrafe, el indicado Capítulo tan sólo contiene el art. 137 ya comentado y el 138 que se refiere exclusivamente a la subsanación de los actos procesales, en regulación ya comentada en el anterior capítulo de esta obra y que, en esencia, asume la línea jurisprudencial existente acerca de la subsanación de los actos procesales; en definitiva, la LRJCA98 no contiene una regulación general sobre la ineficacia de los actos procesales, sino que tan sólo trata fragmentariamente sobre el tema.

órgano judicial unipersonal o colegiado-, para dictar la resolución que ponga término al citado incidente, que ha de adoptar la forma de auto¹⁵¹.

Nótese que mediante el auto que pone término al nuevo incidente de nulidad de actuaciones puede incluso decretarse la nulidad de una sentencia firme, o resolución de análoga eficacia que hubiera puesto fin al correspondiente proceso de declaración. De este modo se configura este incidente excepcional de nulidad de actuaciones como una especie de remedio contra sentencias firmes, y constituye una excepción al principio de inmodificabilidad de las sentencias, consagrado en el artículo 267.1 LOPJ.

En todo caso, en la resolución del procedimiento instado es preciso partir de dos consideraciones básicas¹⁵²:

Primera.- Que el incidente excepcional de nulidad de actuaciones es un remedio procesal de carácter extraordinario que permite a los órganos judiciales subsanar ellos mismos aquellos defectos que supongan una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de dichos órganos, en relación con los vicios formales causantes de indefensión.

¹⁵¹ La jurisprudencia surgida tras la instauración de este nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, en cuanto a la forma de la resolución que lo pone término, y dada la inicial falta de previsión expresa sobre el particular, tanto cuando el incidente es estimado como cuando es desestimado, se inclina mayoritariamente por el auto; y así, mediante Auto del TS (Sala 2ª) de 3 de abril de 1998 (Pont.: Soto Nieto) se resuelve incidente de nulidad de actuaciones, estimando el mismo y decretando la nulidad de la sentencia del propio Tribunal Supremo, al estimar un defecto de forma causante de indefensión, cual fue tener por no comparecidos, en el recurso de casación, a abogado y procurador que en realidad sí comparecieron [RJ 1998\2970]; mediante Auto del TS (Sala 2ª) de 28 de mayo de 1998 (Pont.: Martínez-Pereda Rodríguez) se estima incidente de nulidad de actuaciones, decretando la nulidad de la propia sentencia del Tribunal Supremo, por defecto de forma causante de indefensión, dado que la Audiencia Provincial correspondiente, después del auto por el que tenía por preparado el recurso de casación no emplazó a la acusación particular [RJ 1998\5008]; mediante Auto del TS (Sala 5ª) de 5 de octubre de 1998 (Pont.: Pérez Esteban) se resuelve, desestimando, incidente de nulidad de actuaciones contra sentencia de referida Sala [RJ 1998\8428]; mediante Auto del TS (Sala 3ª, Sección 3ª) de 28 de octubre de 1998 (Pont.: González y González) se desestima petición de nulidad de actuaciones judiciales al amparo del art. 240.3 LOPJ [RJ 1998\8894]; por Auto del TS (Sala 1ª) de 22 de septiembre de 1998 (Pont.: Morales Morales) se desestima recurso de queja contra auto de la respectiva Audiencia Provincial, desestimatorio de incidente de nulidad de actuaciones planteado con posterioridad a haber recaído sentencia definitiva en segunda instancia [RJ 1998\6848]; por Auto del TS (Sala 3ª, Sección 2ª) de 2 de julio de 1998 (Pont.: Rodríguez Arribas) se desestima incidente de nulidad de actuaciones contra Sentencia del TS, que a su vez revocaba otra de un Tribunal Superior de Justicia [RJ 1998\6338]; mediante Auto del TS (Sala 3ª, Sección 2ª) de 30 de noviembre de 1998 (Pont.: Rodríguez Arribas) se desestima incidente de nulidad de actuaciones contra Sentencia del TS [RJ 1998\9375]; por Auto del TS (Sala 3ª, Sección 1ª) de 3 de noviembre de 1998 (Pont.: Cáncer Lalande) se desestima incidente de nulidad de actuaciones contra Sentencia del TS [RJ 1998\9368]; también, mediante Auto del TS (Sala 5ª) de 22 de junio de 1998 (Pont.: Bermúdez de la Fuente) se inadmite incidente de nulidad de actuaciones judiciales, por no haber agotado las posibilidades que ofrece el art. 267 LOPJ [RJ 1998\7243]. El tema quedó resuelto, normativamente, tras la reforma de 2003.

¹⁵² Así lo ha recordado reiteradamente la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (así, entre otros, AATS 13/03/2012 (R. 147/2010); 19/02/2013 (PROV 2013, 94809) (R. 3370/2011); 15/07/2013 (PROV 2013, 304388) (R. 84/2011) ; 22/10/2013 (PROV 2013, 370691) (R. 2164/2012) ; y 23/04/2014 (PROV 2014, 147692) (R. 4401/2011), entre otras.

Segunda.- Que el art. 11.2 LOPJ contempla la obligación de los Juzgados y Tribunales de “rechazar fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”.

El legislador, consciente del elevado coste procesal que la nulidad comporta, en cuanto que contraría los principios de celeridad y economía procesal, recuerda al intérprete jurídico (art. 241 LOPJ) que “...no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones...”. Esta configuración del incidente de nulidad se refuerza, con la finalidad de evitar situaciones fraudulentas, mediante las reglas que establecen, como norma general, la no suspensión de la ejecución, la condena en costas en caso de desestimación o la imposición de multas, cuando la interposición se considera temeraria. En la misma dirección apunta el establecimiento de unas reglas simples para la tramitación procedimental y la delimitación del objeto del incidente.

Como ya hemos dicho, el texto legalmente vigente asume esta tesis jurisprudencial, pues establece con claridad que la resolución que ponga término al incidente de nulidad, entrando en el fondo del mismo, ha de adoptar la forma de auto. Dicha resolución puede tener el siguiente contenido alternativo:

- a) 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.
- b) Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el juzgado o tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de 90 a 600 euros.

En la redacción vigente tras la reforma de 1999, en cuanto a la resolución que pone término al incidente de nulidad de actuaciones, tampoco nada se expresaba, en el precepto comentado, acerca de lo relativo a las costas del incidente. Al respecto, nosotros considerábamos que, a falta de previsión expresa, habría que estar a lo que en el procedimiento correspondiente del que trae su causa el incidente se estableciera en relación con el abono de las costas de los incidentes que en el mismo se generasen; y, en caso de que nada se señalase al respecto, debería estarse a las normas generales que rigieran en indicado procedimiento, o, en último término, al principio general del vencimiento (art. 523 LECiv de 1881, que era la vigente en dicha fecha)¹⁵³.

¹⁵³ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, tras analizar la cuestión relativa a las costas, y ofrecer, al menos, tres soluciones, se inclina por estimar que “...debe aplicarse analógicamente el sistema prevenido en el art. 95, apartado 1º y 2º de la LOTC...”, es decir, estima que ha de seguirse el criterio que se establece para el proceso constitucional de amparo, que es con carácter general gratuito, sin perjuicio de que en los casos

Ahora, en la redacción vigente –procedente de la reforma de 2003-, queda claro que, en caso de desestimación de la pretensión de nulidad, rige el criterio de vencimiento objetivo para la imposición de las costas, que era el criterio que nosotros propugnábamos tras la reforma de 1999; e, incluso, caso de apreciarse temeridad, el tribunal podrá imponer, además, una multa que va de 90 a 600 euros.

6.12. Régimen de recursos

Constituye importante novedad, introducida por la LO 13/1999 –y mantenida en las posteriores reformas-, la declaración de irrecurribilidad de la resolución que pone fin al incidente. De este modo, actualmente el art. 241.2.III LOPJ establece que “...*contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno...*”, resolviéndose, así, también las dudas que la anterior regulación sobre la materia estaba generando.

Precisamente, en el texto introducido por la LO 5/1997 no se establecía nada expresamente sobre el régimen de recursos admisibles contra la resolución que pusiera fin al nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. En cambio, en el proyecto de reforma de 1994 se establecía expresamente la irrecurribilidad de tal resolución; y en similar sentido aparecía en el proyecto¹⁵⁴ de 1996, que dio lugar a la reforma de 1997. Pero en el *iter* legislativo se suprimió tal previsión de irrecurribilidad y, en cambio, nada se estableció sobre el particular. Ante el silencio legal, y partiendo también de que nada se expresaba sobre la forma de tal resolución, que por tanto debía ser la de auto [art. 245.1.b) LOPJ]¹⁵⁵, entendíamos que contra dicho auto podrían interponerse los recursos ordinarios que procediera contra los autos en el procedimiento concreto en que se dicte el mismo¹⁵⁶. La opinión mayoritaria en la doctrina, aún sin fundamentar expresamente, afirmaba que la resolución que pusiera término al comentado incidente era irrecurrible¹⁵⁷.

de mantenimiento de posiciones infundadas, temeridad o mala fe apreciadas por el órgano jurisdiccional, pueda imponerse la condena en costas; postura que se sustenta, en último término, en la consideración que hace el autor del nuevo incidente como un verdadero proceso de amparo judicial autónomo y diferente de aquel del que trae causa (“El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, op. cit., pág. 27).

¹⁵⁴ Que expresamente decía que “...*el juez o tribunal [...] dictará la resolución que proceda, que no será susceptible de recurso alguno...*” (Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 13-1, de 18 de septiembre de 1996).

¹⁵⁵ Nótese que indicado precepto dice que las resoluciones judiciales adoptarán la forma de auto, entre otros supuestos, “...*cuando decidan sobre nulidad del procedimiento...*”.

¹⁵⁶ LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente nulidad de actuaciones judiciales”, op. cit., pág. 5. En cambio, con la regulación que se contenía en la reforma del 1997, al no existir previsión legal alguna, parecía más acertado mantener la tesis de admisibilidad del régimen de recursos que procedan en el concreto procedimiento de que se trate contra los autos.

¹⁵⁷ Incluso se llegaba a afirmar que “...*la resolución que decide el incidente de nulidad de actuaciones (...) tampoco es susceptible de ser objeto, de nuevo, del incidente de nulidad...*” (MORENILLA

Ahora, con el texto introducido por la LO 13/1999, se resuelven las dudas interpretativas, al establecer tajantemente el carácter de irrecurrible de la resolución final sobre el incidente (*in fine* del art. 240.4 LOPJ, según dicha LO 13/1999, asumido en el actual 241.2.III LOPJ, tras la reforma de 2003), retomando el sentido que se expresaba en el Proyecto de Ley Orgánica de 1996, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, ya citado, que dio lugar a la LO 5/1997. Con el proyecto de reforma de 1994 mantuvimos que la previsión de irrecurribilidad parecía “...*acertada para aquellos supuestos en que se acceda a la nulidad de actuaciones, pues contra la nueva sentencia que se dicte, una vez repuestas las actuaciones, sí que podrá interponer el correspondiente recurso; pero, en cambio, parece poco acertada tal inimpugnabilidad en aquellos supuestos en que se desestime la pretensión, pues tal como está regulado el tema, ahí acaba el incidente, entendemos que quizá podría articularse que contra la resolución que desestime el incidente pueda interponerse el mismo recurso que estuviera previsto contra la sentencia en esa concreta clase de procedimiento, donde supuestamente se hubiera producido la nulidad de actuaciones, si bien dicho recurso debería ser admisible en un sólo efecto...*”¹⁵⁸. Parecer que continuamos manteniendo con el texto introducido por la Reforma de 1999, ahora analizada, al tratarse de supuestos y situaciones similares.

7. NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA

En relación con la nulidad de actuaciones por defectos de forma causantes de indefensión ocurridos en ejecución de sentencia, cuestión entroncada con el objeto del incidente de nulidad de actuaciones judiciales, continúan vigentes las objeciones que ya efectuáramos en su momento, y que iniciamos cuando en 1994 comentamos el intento de reforma del régimen de declaración de la

ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según...”, op. cit., pág. 5); para ARIAS LOZANO, que también parte de la irrecurribilidad de tal resolución, será posible un nuevo incidente de nulidad de actuaciones tan sólo “...*impensable caso de que en el seno del propio incidente se cometiesen precisamente vicios de los que dan lugar al incidente...*” (ARIAS LOZANO, D., “Nota urgente sobre la resurrección del incidente de nulidad de actuaciones”, op. cit., pág. 13, nota 16). NARVÁEZ RODRÍGUEZ, partiendo de la naturaleza sumaria y preferente de este procedimiento, *estima* “...*que la resolución final que se dicte no será susceptible de recurso, pues de lo contrario estaríamos ante una nueva repetición del proceso que, además, no generaría nada más que una dilación indebida del procedimiento...*” (“El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, op. cit., pág. 28). A favor de admitir “...los recursos ordinarios frente a las sentencias que dicte este tipo de órgano judicial (*sic*)...” se pronuncia GÓMEZ CINTAS, M^a del M., “La nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997”, op. cit., pág. 13.

¹⁵⁸ LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente nulidad de actuaciones judiciales”, op. cit., págs. 1 y ss. La referencia que se contiene a la sentencia, como forma de la resolución que pone término al incidente, en relación con la pretendida reforma de 1994, lo es pues dicho Proyecto de Ley preveía expresamente que tal resolución adoptará la forma de sentencia.

nulidad de actuaciones judiciales¹⁵⁹. La razón viene dada por cuanto con la expresión “...siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso...”, se introduce una limitación temporal que conduce a tener que entender que se está refiriendo tan sólo a los procesos declarativos (o según otros sectores doctrinales fase declarativa del proceso), y por tanto, siguen vigentes los interrogantes que venimos efectuado sobre dicha cuestión: ¿qué tratamiento ha de darse a aquellos supuestos de hecho que sean encuadrables en el objeto definido, pero que sucedan una vez exista sentencia firme o se está ejecutando, es decir, nos encontramos en el proceso de ejecución (o fase de ejecución, según otros sectores doctrinales), y los posibles defectos de forma, producidos en ejecución, que han causado indefensión no afectan a la sentencia o resolución firme, que puso término al proceso declarativo?. ¿Podrá, en estos casos, admitirse el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, o bien deberá ser inadmitido y remitir a las partes a la procelosa vía del recurso de amparo...?.

Es esta una cuestión bastante trascendental, pues son relativamente frecuentes los supuestos de nulidad de actuaciones que se plantean en el proceso de ejecución¹⁶⁰ (o fase de ejecución de sentencia) por hechos posteriores al momento de la firmeza de la sentencia y que no afectan al principio de inmodificabilidad de las sentencias, y para los cuales, no procediendo alguno de los recursos articulados por las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ), debería acudir¹⁶¹, en principio, al recurso de amparo, pues no tienen tampoco cabida en el nuevo incidente de nulidad de actuaciones¹⁶².

¹⁵⁹ LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, op. cit., págs. 1 y ss.

¹⁶⁰ Un interesante estudio sobre un importante aspecto de esa nulidad de actuaciones en ejecución de sentencia, puede consultarse en ROBLEDÓ VILLAR, A., “Sobre la nulidad de actuaciones en el apremio de bienes inmuebles por práctica defectuosa de actos de comunicación”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1997, Tomo I, pág. 2035 y ss.

¹⁶¹ LAMO RUBIO, J. de., “Nulidad de actuaciones y ejecución de sentencia”, *ponencia inédita*, expuesta en el curso sobre *Fe Pública y Nulidad de actuaciones*, organizado por el Servicio de Formación de la Secretaría General de Justicia, y que tuvo lugar en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, durante los días 12 al 14 de diciembre de 1994, en Madrid. En aquella ponencia analizábamos en profundidad estas cuestiones; a la vista de la jurisprudencia allí expuesta, tanto del TC como del TS, podemos llegar a las siguientes conclusiones: A) Se aprecia una tendencia evolutiva en la jurisprudencia del TC, que pretende flexibilizar la aparentemente encorsetada interpretación que se verificó en la Sentencia 185/1990; flexibilización que nos parece muy adecuada y que supone un esfuerzo en esa reinterpretación del Ordenamiento Jurídico a la que el propio TC animó a los operadores jurídicos en indicada Sentencia. B) Quizá sea preciso añadir que esa flexibilización parte del discernimiento entre aquellos supuestos de nulidad de actuaciones que afectan de forma directa a la sentencia y aquellos otros supuestos que afectan de forma directa a otra clase de resoluciones distintas a sentencia, sin resultar éstas afectadas; discriminación que es muy importante, y además adecuada a la diferente consideración que el ordenamiento jurídico confiere a esas dos grandes categorías de resoluciones judiciales. C) Y además, esta tendencia jurisprudencial nos puede ofrecer determinadas claves, e incluso soluciones, para afrontar aquellos supuestos de nulidad de actuaciones que, presentados en ejecución de sentencia, para nada afectan a la sentencia, preservando en todo caso el principio de inmodificabilidad de oficio de las sentencias una vez firmadas. Entendemos, pues, que esta jurisprudencia ofrece al intérprete múltiples vías de solución del, a veces, acuciante problema de la nulidad de actuaciones, sobre todo de oficio. D) Pero en todo caso, lo deseable sería que se clarificara la situación legislativa sobre la materia, sin que todas las

En la práctica forense, en estos supuestos, cuando esos vicios de nulidad de actuaciones no es posible articularlos a través de los recursos ordinarios previstos en las leyes procesales, y siempre y cuando que los mismos no afecten a la sentencia que se ejecuta, se está reinterpreto el art. 240.2 LOPJ, y permitiendo, incluso de oficio, sustanciar el que hemos denominado incidente ordinario de nulidad de actuaciones. No obstante, solo y exclusivamente, como decimos, en relación con los vicios procesales determinantes de nulidad de actuaciones (causantes de indefensión) y en la medida en que la nulidad que pudiera declararse no afecte a la santidad de la cosa juzgada, representada por la sentencia firme que se ejecuta.

8. EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES Y EL PROCESO SOCIAL

8.1. Consideraciones previas

Tras la publicación del Libro sobre Nulidad de Actuaciones Judiciales¹⁶³, que constituye la primera obra incluida en esta Tesis por compendio de publicaciones, como ya he indicado¹⁶⁴, tuve ocasión de profundizar en algunos aspectos que no habían sido abordados de forma específica en la monografía, como fue el relativo al incidente de nulidad de actuaciones judiciales y el proceso laboral, en relación con el cual publiqué el último de los artículos que se incluyen en el compendio de publicaciones de la presente¹⁶⁵, y que tiene su origen en una ponencia impartida por quien suscribe en el CEJ. En aquella época me encontraba destinado en un Juzgado de lo Social, como Secretario Judicial titular (actualmente denominados Letrados de la Administración de Justicia), y mi inquietud por la investigación confluyó con la experiencia que me proporcionaba el desempeño de dicho cargo.

soluciones necesarias de esta clase de problemas pasen, precisamente, por el pretendido desarrollo del art. 53.2 de la Constitución.

¹⁶² Seguimos considerando que estas sucesivas reformas hubieran sido una buena ocasión para dar también adecuada solución a esa rica problemática que plantean las nulidades de actuaciones en ejecución de sentencia y por hechos posteriores a la firmeza de la sentencia. Entendemos que, a pesar de dichas reformas, sigue sin darse respuesta adecuada a esa cuestión, y como ya nos preguntábamos en nuestro monografía publicada en 1998 (LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., págs. 255 y ss.). ¿Tendremos que esperar a que algún día se instaure una quinta vía...?.

¹⁶³ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998.

¹⁶⁴ Más en detalle, en los Capítulos I y II de esta Tesis, a los que me remito.

¹⁶⁵ LAMO RUBIO, J. de, “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales: su incidencia en el proceso laboral”, *Cuestiones actuales del proceso laboral, Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración, Madrid, 1999, Tomo III-1999, págs. 875-946.

Al poco tiempo, como ya tuve ocasión de explicar en la primera parte de esta Tesis -cuando abordé lo relativo a la unidad temática-, ingresé en la Carrera Judicial, con la categoría de Magistrado, por el turno de juristas de reconocida competencia, tras superar las pruebas selectivas convocadas al efecto, desempeñando el cargo de Magistrado titular varios años en Juzgados de lo Penal, antes de venir destinado en 2006 al Juzgado de lo Social nº 1 de León, donde actualmente me encuentro.

Fruto de dichas inquietudes investigadoras y de la experiencia en la Administración de Justicia son, entre otras, mis obras sobre el tema ahora elegido para esta Tesis por compendio de publicaciones: **nulidad de actuaciones judiciales y proceso social**. Ahora, cuando han transcurrido más de dieciocho años desde entonces, y el incidente ha sido varias veces reformado, parece conveniente su consideración desde la perspectiva del proceso laboral, con esas actualizaciones, así como las derivadas de la consecuente evolución doctrinal y jurisprudencial, y todo ello tamizado por el incremento de experiencia profesional en el ámbito de la Administración de Justicia de quien esto escribe.

8.2. Nulidad de actuaciones en el orden social

La experiencia diaria en la jurisdicción social nos enseña que los incidentes de nulidad de actuaciones siguen estando motivados, en su inmensa mayoría, en defectos de forma causantes de indefensión, sobre todo relacionados con defectos en los actos de comunicación con las partes, que es campo abonado para esta clase de nulidades de actuaciones, de modo que, en principio, podemos dar por reproducidas las consideraciones que ya efectuábamos en nuestro artículo doctrinal de 1999 -penúltimo incluido en el compendio que da lugar a esta Tesis-, y las que hemos efectuado más arriba, al tratar el incidente excepcional de nulidad, con carácter general, a fin de evitar reiteraciones.

Si bien, la doctrina¹⁶⁶ se ha encargado de resaltar otras situaciones significativas, a título ejemplificador, que en el proceso laboral pueden dar lugar a nulidad de actuaciones; así, por ejemplo, la falta de capacidad de alguna de las partes; en el proceso de despido, la alegación y prueba de cuestiones no incorporadas a la carta de despido¹⁶⁷, de modo que la empresa no puede, so pena de causar auténtica indefensión al trabajador y lesionar el principio de igualdad de partes –vulneraciones que el tribunal no puede amparar (conf. art.

¹⁶⁶ TASCÓN LOPEZ, R., “Las vías para remediar la nulidad de las actuaciones procesales en el Orden Social de la Jurisdicción”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 86, Sevilla, 2006, págs. 49 y ss.

¹⁶⁷ Con cita de FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “Fijación de los hechos en el proceso de despido disciplinario: nulidad de actuaciones por alegación y prueba de hechos no aducidos en la carta de despido”, AAVV (GÁRATE CASTRO, J., Coord.): *Cuestiones actuales de despido disciplinario: estudios ofrecidos al Prof. Manuel Alonso Olea con motivo de su investidura como doctor honoris causa de la Universidad de Santiago de Compostela*, Universidad de Santiago de Compostela, 1997, págs. 173 y ss.

11 LOPJ y concordantes)-, suplir en el momento de la práctica de la prueba, lo que debió haber cumplido en el momento de confección y notificación de la carta de despido¹⁶⁸; la ampliación de la demanda a cuestiones no sometidas previamente a conciliación, cuando la misma es preceptiva¹⁶⁹; la inadmisión de una prueba procedente o admisión de una que no le era cuando, en el primer caso, haya imposibilitado la acreditación de hechos fundamentales y, en el segundo, los haya permitido en contra de quien trató de hacer valer su impertinencia¹⁷⁰; y, por último, falta de motivación suficiente de la sentencia o insuficiencia de los hechos probados¹⁷¹.

Por su parte, la jurisprudencia social ha abordado múltiples supuestos de nulidad de actuaciones, pudiéndose identificar, sin ánimo exhaustivo, las siguientes situaciones¹⁷²:

a) En relación con la competencia objetiva, funcional y/o territorial, que es controlable de oficio y su apreciación determinara la nulidad de la sentencia, o, en su caso auto, dictado en suplicación si dicho recurso de admitió indebidamente¹⁷³.

b) El ejercicio de acciones declarativas carentes de interés directo, actual y concreto, entraña falta de acción y determina la nulidad de actuaciones¹⁷⁴.

c) La acumulación indebida de acciones determina la nulidad de actuaciones¹⁷⁵.

d) La falta de litisconsorcio pasivo necesario y su apreciación de oficio¹⁷⁶; pudiendo ser apreciada dicha falta también en trámite de recurso, genera nulidad de actuaciones¹⁷⁷.

e) La omisión del razonamiento del juzgador sobre la admisión o rechazo de una prueba determina la nulidad de actuaciones¹⁷⁸.

¹⁶⁸ SSTs [Sala 4ª] de 17 de diciembre de 1985, 11 de marzo de 1986, 20 de octubre de 1987 y 3 de octubre de 1988, entre otras)

¹⁶⁹ Con cita de MARTÍN BRAÑAS, C., "Nulidad de actuaciones: ampliación de demanda sobre hechos no conciliados previamente", *Tribunales de Justicia*, núms. 8-9, Madrid, 1999, págs. 813 y ss.

¹⁷⁰ Con cita de MARTÍN BRAÑAS, C., "Nulidad de actuaciones: inadmisión de prueba testifical", *Tribunales de Justicia*, núm. 3, 1999, págs. 371 y ss.

¹⁷¹ Con cita de MARTÍN BRAÑAS, C., "Nulidad de actuaciones: hechos probados insuficientes y falta de motivación", *Tribunales de Justicia*, núm. 5, 1999, págs. 493 y ss.

¹⁷² MARTÍNEZ MOYA, J., "El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso laboral", *La nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones*, CGPJ, 2008, págs. 152 y ss.

¹⁷³ STS [Sala 4ª] de 5 de marzo de 2008 [RJ 2008\7624].

¹⁷⁴ STS [Sala 4ª] de 6 de marzo de 2007 [RJ 2007\3478].

¹⁷⁵ STS [Sala 4ª] de 11 de octubre de 2007 [RJ 2008\189].

¹⁷⁶ STS [Sala 4ª] de 30 de enero de 2008 [RJ 2008\2777].

¹⁷⁷ STS [Sala 4ª] de 19 de abril de 2005 [RJ 2005\5057].

¹⁷⁸ STS [Sala 4ª] de 20 de septiembre de 2005 [RJ 2005\7299].

f) En relación con la falta de intervención del Ministerio Fiscal en los procesos en que resulta preceptiva (procesos de tutela de derechos fundamentales, etc.), determinara la nulidad, siempre y cuando se haya pedido en tiempo oportuno y ante su falta de intervención se haya formulado protesta en tiempo y forma¹⁷⁹.

g) La insuficiencia de hechos probados determina la nulidad, ya que carecen de eficacia los consignados en los fundamentos de derecho, cuando no vengan acompañados de su fundamentación¹⁸⁰; es nula la sentencia, por motivación insuficiente¹⁸¹; también se ha declarado nula la sentencia cuando sus fundamentos son contradictorios con el fallo¹⁸², y, en el caso de hechos probados insuficientes al omitir los datos necesarios para resolver el fondo del asunto¹⁸³.

h) Es nulo el auto de aclaración de sentencia mediante el que se altera el pronunciamiento de fondo¹⁸⁴, partiendo del derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales como dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁸⁵.

De otra parte, es preciso recordar que el proceso laboral o social se ha construido desde sus primeras manifestaciones sobre una serie de principios informadores que han tratado de hacerlo más accesible a los interesados, más rápido y sencillo en su desenvolvimiento, y más eficaz en la resolución de los problemas propios de la relación de trabajo, atendiendo sobre todo a las necesidades de tutela del trabajador. Uno de dichos principios es el denominado principio equilibrador o de búsqueda de la igualdad material. La situación de desigualdad material que existe entre empresarios y trabajadores tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la especial relación jurídica que los vincula. Por ello, se ha trasladado el propósito tuitivo o equilibrador de circunstancias sociales al ámbito del propio proceso, para remover obstáculos procesales que el trabajador podría tener por su condición de tal, de modo que no tenga mayores inconvenientes que el empresario para litigar contra él.

La legislación procesal social siempre se ha referido a la necesidad de compensar la posición de debilidad que con frecuencia ocupa el trabajador, tanto en su relación de trabajo como en el contexto de las correspondientes disputas, y por tal razón ha incorporado a su articulado técnicas variadas para alcanzar un mayor grado de igualdad real entre las partes. A tal fin se dirigen, por ejemplo, las reglas sobre competencia territorial, las que se ocupan del

¹⁷⁹ STS [Sala 4ª (Sala General)] de 19 de abril de 2005 [RJ 2005\5057].

¹⁸⁰ STS [Sala 4ª] de 12 de julio de 2005 [RJ 2005\7328].

¹⁸¹ STS [Sala 4ª] de 3 de junio de 2003 [RJ 2005\4893].

¹⁸² STS [Sala 4ª] de 3 de octubre de 2001 [RJ 2002\1412].

¹⁸³ STS [Sala 4ª] de 22 de julio de 2004 [RJ 2004\4919].

¹⁸⁴ SSTs [Sala 4ª] de 7 de marzo de 1996 [RJ 1996\1976] y de 26 de mayo de 2000 [2000\5888].

¹⁸⁵ SSTC 140/2001, de 18 de junio, 216/2001, de 29 de octubre, 187/2002, de 14 de octubre, 190/2004, de 2 de noviembre y 162/2006, de 22 de mayo, entre otras.

beneficio de justicia gratuita, las que regulan las posibilidades de recurso, o las que se ocupan de ciertas modalidades procesales, como el proceso de oficio o el de tutela de los derechos fundamentales.

Por otro lado, las garantías que se desprenden del derecho a la tutela judicial efectiva y a la no indefensión, según han sido interpretadas por la jurisprudencia constitucional, han propiciado dos líneas de regulación: primero, la supresión del llamado formalismo enervante, que se refleja, por ejemplo, en las posibilidades de subsanación de las deficiencias advertidas en los trámites procesales, acompañadas muchas veces de las correspondientes obligaciones del órgano judicial de hacer a las partes las advertencias oportunas, tanto en la demanda como en los eventuales recursos (arts. 81 y 199 LRJS, por ejemplo), segundo, la introducción de mayores posibilidades de intervención de las partes en la toma de determinadas decisiones por parte del órgano judicial, como la que da traslado de la prueba documental presentada por la parte contraria (art. 94.1 LRJS) o la que procede a la apertura de diligencias finales (art. 88.1 LRJS)¹⁸⁶

La apertura de un trámite para subsanación, conforme al art. 81 y concordantes LRJS, que no es mera facultad sino obligación legal, responde a una finalidad razonable y necesaria, ya que por un incumplimiento o irregularidad meramente formal, que no absoluta, no debe impedirse el acceso al proceso. La brevedad del plazo para hacerlo se justifica por el principio de celeridad que es propio del proceso laboral. Dicha obligación legal corresponde en primer término al Letrado de la Administración de Justicia, sin perjuicio de la intervención del Juez o Tribunal, pues es preciso recordar que *"...la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado no puede entenderse restringida al momento procesal de resolver el litigio en la decisión que le pone término, sino que se extiende con toda evidencia a la tramitación procesal que precede a esa decisión, de modo que la tramitación procesal no es en modo alguno ajena a la función jurisdiccional, pues siempre queda en manos del Juez o Tribunal reconsiderar o reconducir esa tramitación si considera que es necesario para conformar debidamente el debate procesal que culminará en la sentencia, o, en su caso, en la ejecución de lo juzgado..."*¹⁸⁷.

En definitiva, la práctica diaria enseña que este carácter subsanador, informador del proceso social, bien entendido y practicado por jueces y tribunales, y, en su caso, por los letrados de la administración de justicia, sin duda contribuye a evitar la producción de múltiples situaciones que podrían terminar siendo objeto de incidentes de nulidad de actuaciones.

¹⁸⁶ AAVV, "Jurisdicción Social: Principios informadores del proceso laboral", en *Aranzadi Social*, versión informática [DOC 2003\243].

¹⁸⁷ En tal sentido, STS [Sala 3ª; Sec. 1ª] de 8 de mayo de 2015 [RJ 2015\3090].

8.3. El objeto del incidente de nulidad

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha insistido en que *"...el incidente de nulidad no constituye el cauce procesal adecuado para proceder a un nuevo examen que permita declarar la nulidad de la resolución litigiosa, en cuanto, bajo el cauce formal de un incidente de nulidad, lo que se pretende realmente es establecer, unilateralmente, una nueva y distinta valoración jurídica a la realizada por la Sala de casación..."*¹⁸⁸. De modo que, cuando la parte instante del incidente lo que pretende realmente es la reiteración de los motivos y argumentos que fueron desestimados al solicitar aclaración de sentencia, procede su desestimación¹⁸⁹.

En todo caso, la Sala Cuarta ha reiterado que no procede acordar la nulidad del auto de inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina, basado formalmente en el art. 24 CE, pero en el que, en realidad, se insiste en la cuestión de fondo¹⁹⁰; o, en lo relativo a la falta de idoneidad de la sentencia contradictoria a efectos de admisibilidad del recurso de casación para unificación de doctrina¹⁹¹.

¹⁸⁸ Entre otros muchos, AATS [Sala 4ª] de 8 de octubre de 2009 [rcud 2215/2008], y de 19 de marzo de 2014 [rcud 3287/2012].

¹⁸⁹ Auto TS [Sala 4ª] de 9 enero 2017 [JUR 2017\47288].

¹⁹⁰ Por todos, Auto TS [Sala 4ª] de 21 marzo 2017 [JUR 2017\80307]. En dicho auto se razona al efecto lo siguiente: *"...Debe señalarse por lo tanto, que lo que en realidad la parte está pretendiendo ahora es reiterar lo que ya expuso en el recurso de casación para la unificación de doctrina, sin que tampoco se haya vulnerado derecho fundamental alguno -el promotor invoca el art. 24 CE-, puesto que la tutela judicial efectiva consiste en el derecho de los litigantes a obtener una resolución motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes [entre muchas otras, SSTC 262/2006, de 11/Septiembre (RTC 2006, 262) , FJ 5; y 74/2007, de 16/Abril (RTC 2007, 74) , FJ 3], que también puede ser satisfecha con una decisión de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (SSTC 63/1999, de 26/Abril (RTC 1999, 63) , FJ 2 ; 19/2006, de 30/Enero (RTC 2006, 19) , FJ 2; 247/2006, de 24/Julio (RTC 2006, 247) , FJ 5; 330/2006, de 20/Noviembre (RTC 2006, 330) FJ 2; y 52/2007, de 12/Marzo (RTC 2007, 52) , FJ 2). Causas de inadmisión que ciertamente no pueden ser arbitrarias y que los jueces han de interpretar sin excesos formalistas, procurando su subsanación (STC 12/2003, de 28/Enero (RTC 2003, 12)), pero sin que el criterio antiformalista conduzca a prescindir de los requisitos establecidos por las Leyes que ordenan el proceso y los recursos en garantía de los derechos de todas las partes (SSTC 17/1985, de 09/Febrero (RTC 1985, 17) , FJ 3; 157/1989, de 5/Octubre (RTC 1989, 157) , FJ 2; 64/1992, de 29/Abril (RTC 1992, 64) , FJ 3; y 203/2004, de 16/Noviembre (RTC 2004, 203) , FJ 2), por lo que las decisiones judiciales de cierre del proceso son constitucionalmente asumibles cuando respondan a una interpretación de las normas legales de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental (SSTC 39/1999, de 22/Marzo (RTC 1999, 39) , FJ 3; 259/2000, de 30/Octubre (RTC 2000, 259) , FJ 2; y 126/2004, de 19/Julio (RTC 2004, 126) FJ 3).- Y esto es lo que ha ocurrido en el presente supuesto, en que la inadmisión se apreció teniendo en cuenta que no se cumplían las exigencias de los arts. 219, 221 y 224 en relación con el art. 207 LRJS..."*

¹⁹¹ Auto TS [Sala 4ª] de 8 de julio de 2015 [JUR 2015\231325]. A tal efecto, afirma la Sala Cuarta que *"...el Auto impugnado no adolece, pues, de defecto alguno ni vulnera derechos fundamentales. Cuestión diferente es que los razonamientos de nuestra resolución no coincidan con las opiniones de la parte recurrente; pero sobre esta discrepancia nada habría que decir en un trámite excepcional, cual sería, de resultar adecuado, el incidente de nulidad de actuaciones. Lo que la recurrente pretende realmente ahora, a través de esta inadecuada vía procesal, es la reiteración de motivos y argumentos que fracasaron ya en la tramitación ordinaria del propio recurso de casación para la unificación de doctrina.*

En relación con el objeto del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, un supuesto singular en el que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha considerado que procede denegar el mismo, lo constituye la aplicación por la sentencia cuya nulidad se pretende de la novedosa doctrina jurisprudencial del momento en el que se dicta, al no existir un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, considerando el TS que no puede, por ello, apreciarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima¹⁹².

(Auto de 2/7/2014, RCUUD 1730/13 y 18/11/2014, RCUUD 2223/2013, entre los más recientes). 3.- Tal y como se indica en nuestro auto de 28/10/2014, RCUUD 3069/2013, resolviendo el incidente planteado por la empresa ahora recurrente y en asunto prácticamente idéntico al actual "Lo hasta ahora expuesto hace lucir con nitidez que es la propia recurrente la que se ha situado en posición procesal que ha impedido un pronunciamiento sobre el fondo, al obviar que el recurso de casación para unificación de doctrina no sólo se trata de un recurso extraordinario, sino excepcional, y en el que los motivos de inadmisión apreciados por la Sala no son objeto de subsanación porque así lo ha querido el legislador. Por lo tanto, no está de más recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende exclusivamente el derecho de los litigantes a obtener una resolución motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, pero esta resolución también puede ser de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (recientes, SSTC 117/2009, de 18/Mayo, FJ 3; 42/2010, de 26/Julio, FJ 3; y 217/2009, de 14/Diciembre, FJ 3); como efectivamente se hizo en el Auto recurrido"...".

¹⁹² Auto TS [Sala 4ª] de Auto de 2 noviembre 2015 [RJ 2015\6385]. Al efecto, razona el TS lo siguiente "...C) Consideraciones del Tribunal.1. Como se ha expuesto, nuestra sentencia de 9 de marzo se cuida de exponer los motivos que conducen a resolver el litigio en términos diversos a los acogidos por nuestra precedente doctrina. De hecho, no hay en el escrito instando la nulidad protesta acerca de una posible desigualdad en la aplicación de la ley, de un cambio arbitrario de solución o de falta de motivación...- 2. Conviene recordar también que estamos ante un supuesto bien diverso del que surge cuando un asunto ya llevado a los tribunales es normado (retroactivamente) para alterar su previsible solución. En tal caso sí puede considerarse que hay una vulneración del derecho al proceso debido (tutela judicial efectiva) por parte de la ley retroactiva (STEDH 14 enero 2014 (TEDH 2014, 3), Montalto).-En el caso del Ayuntamiento de Los Barrios se trata de que la jurisprudencia ha variado, no las normas. El canon de irretroactividad desfavorable exigible a las leyes resulta, por tanto, inaplicable. Ello con independencia de que en las relaciones inter privados (como las derivadas de los contratos laborales) esa calificación atinente a perjuicios o beneficios cambia drásticamente en función del sujeto que contemplemos.- De ahí que el escrito promotor de la nulidad acierte cuando abandona la perspectiva de la retroactividad y se centra en la de la seguridad jurídica, aunque pueda utilizarse de manera impropia o laxa el concepto de retroactividad del cambio de criterio jurisprudencial.-3. La invocación de la STC 7/2015 (RTC 2015, 7) es tan comprensible como inadecuada para afrontar el presente caso. Aquí no concurren las excepcionales circunstancias apreciadas en el asunto resuelto por la STC 7/2015, de 22 de enero (RTC 2015, 7). En el supuesto referencial la parte, con notoria diligencia, procedió a complementar el escrito de preparación de un recurso procesal inicialmente presentado para ajustarlo al nuevo criterio jurisprudencial tan pronto como tuvo conocimiento de ello, conducta procesal que el Tribunal Supremo no ponderó, lesionando así el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE.-En el caso examinado por la STC 7/2015, de 22 enero (RTC 2015, 7), la propia jurisprudencia es la que altera los términos en que ha de desarrollarse la conducta procesal; el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) está pronunciándose sobre cómo hay que actuar ante él mismo y por eso sus decisiones pueden ser matizadas (admitir, inadmitir, permitir subsanación). En el presente caso, por el contrario, se está examinando una conducta (extinguir cerca de cien contratos de trabajo) llevada a cabo por el Ayuntamiento empleador respecto de su plantilla laboral. Es evidente que el papel del Tribunal en este caso no puede equipararse pues la conducta enjuiciada se desarrolló en terreno completamente ajeno a la actuación procesal.- El modo de subsanar lo que estuvo mal hecho (con arreglo a la nueva doctrina), en nuestro caso, no puede consistir en reiterar una actuación procesal, mientras que en el supuesto de la sentencia constitucional aducida sí cabe esa vía.- 4. Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que

Tampoco es cauce adecuado el incidente de nulidad de actuaciones para volver a plantear el tema relativo a si concurre o no el requisito de afectación general a los efectos de acceso a la suplicación¹⁹³.

En todo caso, el Tribunal Supremo (Sala Cuarta) ha insistido en el necesario respeto al carácter subsidiario del incidente de nulidad de actuaciones, en el sentido de que su carácter excepcional impide que este se formule sobre la base de denuncias que pudieron realizarse antes de poner fin del proceso (arts. 241.1 LOPJ y 228.1 LEC)¹⁹⁴. En esa línea es preciso recordar que el incidente

las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante (STEDH de 18 de diciembre de 2008 (PROV 2008, 385335) , caso Unédic contra Francia , § 74). La evolución de la doctrina jurisprudencial no es en sí opuesta a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes (STEDH de 14 de enero de 2010 (PROV 2010, 7169), caso Atanasovski contra la ex República Yugoslava de Macedonia, § 38).- 5. La STC 72/2015, de 14 abril (RTC 2015, 72), pone de relieve que en el sistema de civil law en que se desenvuelve la labor jurisprudencial encomendada al Tribunal Supremo español, la jurisprudencia no es, propiamente, fuente del Derecho -las Sentencias no crean la norma-, por lo que no son miméticamente trasladables las reglas que se proyectan sobre el régimen de aplicación de las leyes. A diferencia del sistema del common law, en el que el precedente actúa como una norma y el overruling, o cambio de precedente, innova el ordenamiento jurídico, con lo que es posible limitar la retroactividad de la decisión judicial, en el Derecho continental los tribunales no están vinculados por la regla del prospective overruling , rigiendo, por el contrario, el retrospective overruling (sin perjuicio de la excepción que, por disposición legal, establezca el efecto exclusivamente prospectivo de la Sentencia, como así se prevé en el art. 100.7 LJCA en el recurso de casación en interés de ley).- Hace mucho tiempo que nuestra doctrina constitucional explicó cómo la Sentencia que introduce un cambio jurisprudencial «hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice» (STC 95/1993, de 22 de marzo [RTC 1993, 95]).- Dicho abiertamente: no existe la vulneración de principios y valores constitucionales que el Ayuntamiento de Los Barrios reprocha a nuestra sentencia. Al aplicar (igual que en supuestos anteriores y posteriores) la doctrina jurisprudencial del momento en que se resuelve lo que ha hecho la STS de 9 de marzo (RJ 2015, 2005) es seguir las exigencias del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento....”

¹⁹³ Auto TS [Sala 4ª] de Auto de 8 de octubre 2015 [JUR 2015\283820]. Afirmándose en dicho auto que “...resulta evidente que, a la vista de esta normativa reguladora del incidente de nulidad de actuaciones, el ahora promovido no puede merecer una favorable acogida.-Lo que pretende la parte es obtener un examen valorativo de la pertinencia o no de su pretensión, pero ello requeriría obviar las exigencias legales de acceso a suplicación. Y como tiene dicho esta Sala, entre otras, en su sentencia de 23-9-14 (Rec 66/14), que repasa la doctrina jurisprudencial y constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y la interpretación de las exigencias legales de acceso a los recursos, y aunque procede de un recurso de casación ordinaria, su doctrina puede servir a estos mismos efectos, en el bien entendido que en ella se recuerda que atenta contra este derecho fundamental impedir el acceso a un determinado recurso por causas no razonables o arbitrarias, o por una interpretación o aplicación rigorista, literal, no acorde con los fines de la norma legal que autorice el recurso -- SSTC 3/1983 , 113/1988 , 4/1995 y 135/1998 --, pero que, de otro lado, el principio pro actione no opera con igual intensidad en el acceso al recurso que en el acceso a la jurisdicción (STC 37/1995), pues el acceso a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación (SSTC 211/1996 y 258/2000). Y no puede la parte pretender que esta Sala obvie las exigencias legales de acceso a suplicación apreciando la concurrencia de una afectación general que ya ha sido rechazada para supuestos idénticos al presente....”

¹⁹⁴ Auto TS (Sala 4º) de 18 junio 2015 [JUR 2015\191280]. En dicho auto se razona que “...el incidente debe ser desestimado (...), porque pudiendo denunciar los derechos supuestamente vulnerados en la fase previa de alegaciones abierta frente a la providencia de inadmisión de 4 de julio de 2014, la mercantil

de nulidad no suspende el plazo para preparar el recurso de casación¹⁹⁵; de otra parte, se ha declarado judicialmente que no es resolución hábil de contraste en el recurso de casación para unificación de doctrina invocar una resolución dictada en incidente de nulidad de actuaciones¹⁹⁶.

A la postre, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo considera que la demanda de error judicial ha de ser subsidiaria del incidente de nulidad de actuaciones, en la medida en que exige que antes de acudir a proceso de error judicial, se intente el incidente de nulidad, si se dan los presupuestos del mismo¹⁹⁷; en similar sentido se ha pronunciado en relación con el mal denominado recurso de revisión¹⁹⁸, en un asunto anterior a la vigencia de la LRJS¹⁹⁹, con doctrina que, precisamente, ha sido asumida por ésta (art. 236.1.III LRJS).

promotora del incidente no lo hizo. Por eso, el planteamiento del incidente se realiza con incumplimiento del requisito de subsidiariedad establecido expresamente en el párrafo primero de los arts. 228 LEC y 241.1 LOPJ, que está directamente ordenado a garantizar la excepcionalidad del mismo, en el sentido de que cabe su promoción "siempre que [la vulneración del derecho fundamental] no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso".- Como señala el ATS (Sala I) 05/04/2011 (R. 1185/2010), "la mencionada excepcionalidad con que se configura el incidente de nulidad de actuaciones regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial pese a la ampliación de los motivos para fundar su solicitud, conlleva un riguroso examen de los presupuestos a los que el referido precepto condiciona su admisibilidad e impone la perfecta delimitación de su ámbito, en evitación de que se articule una vía de impugnación alternativa al margen de los recursos ordinarios que procedan, o que se habilite un nuevo cauce impugnatorio". De acuerdo con lo anterior la promotora del incidente no puede solicitar ahora la nulidad de una resolución que consintió previamente, al no realizar alegación alguna contra la providencia de inadmisión de 4 de julio de 2014, debiendo por ello rechazarse su solicitud....".

¹⁹⁵ Auto TS [Sala 4ª] de 1 de abril de 2003 [RJ 2003\4943].

¹⁹⁶ STS [Sala 4ª] de 11 de octubre de 2005 [RJ 2005\8255].

¹⁹⁷ STS [Sala 4ª] de 26 de mayo de 2015 [RJ 2015\4279]. Así se lee en dicho Auto lo siguiente: "...La doctrina jurisprudencial de las distintas Salas de este Tribunal Supremo ha sido también muy matizada en el punto que ahora estudiamos, aunque se aprecia en las resoluciones más recientes un progresivo afianzamiento de la tesis que propugna la necesidad de promover la nulidad de actuaciones antes de acudir al cauce del error judicial [...]- En posteriores sentencias de 24 de abril de 2013 (RJ 2013, 4606) (demanda de error judicial nº 10/2011), 16 de mayo de 2013 (RJ 2013, 4616) (demanda de error judicial nº 17/2010) y 30 de mayo de 2013 (RJ 2013, 4622) (demanda de error judicial nº 12/2011), la Sala se remite expresamente a la precitada sentencia de 27 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7610) para llegar a la misma conclusión.- Más aún, una sentencia muy reciente de la misma Sala, de 9 de julio de 2013 (RJ 2013, 5529) (recurso de casación nº 13/2011) ha consolidado y sistematizado este planteamiento, concluyendo que, efectivamente, el incidente de nulidad de actuaciones ha de ser agotado con carácter previo a la formulación de la demanda de error judicial [...] Partiendo, pues, de la base de que la parte demandante de error judicial no promovió incidente de nulidad de actuaciones frente a las resoluciones a las que imputa ese error, sólo cabe concluir, por las razones expuestas, que ha quedado incumplido el requisito, exigido por el art. 293.1.f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial , de haberse agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento para que proceda la declaración de error; lo que determina la desestimación de la presente demanda...".

¹⁹⁸ Auto TS [Sala 4ª] de 4 de junio de 2012 [RJ 2012\9577].

¹⁹⁹ Al efecto, se indica en el auto, que "... es de admitir la objeción formulada en la contestación a la demanda de revisión acerca de la falta de agotamiento del trámite de incidente de nulidad de actuaciones con arreglo a las previsiones del artículo 241 de la L.O.P.J. , sin que sea de aplicación, pese a invocarlo la demanda, el artículo 236 de la L.J.S., vigente en la fecha de hoy pero no así en la fecha de interposición de la demanda de revisión, con arreglo a la Disposición-Final Séptima de la Ley 36/2011 de 10 de octubre...".

Es preciso insistir, dando por reproducidas las consideraciones que ya hemos efectuado -en la parte general de esta exposición- al tratar sobre las novedades introducidas por la LO 6/2007, en la delimitación del objeto del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, que el mismo sigue careciendo de las características de preferencia y sumariedad a las que alude el art. 53.2 CE²⁰⁰.

Finalmente, las relaciones entre el incidente excepcional de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo, serán analizadas en un posterior capítulo, al que nos remitimos²⁰¹.

8.4. La tramitación a seguir

En cuanto al trámite a dar al incidente de nulidad de actuaciones, y partiendo de las peculiaridades del proceso laboral, sobre todo de la forma de resolver los incidentes en ejecución de sentencia, para lo cual se establece el incidente general regulado en el art. 238 LRJS (anterior 236 LPL), suscitábamos en nuestro artículo doctrinal de 1999 la cuestión relativa a si el trámite adecuado sería en formato escrito, como se establecía en el art. 240 LOPJ (actual art. 241 LOPJ), o bien resultaría de aplicación la comparecencia prevista en el art. 236 LPL (actual art. 238 LRJS), toda vez que, al menos por lo que se refiere a los vicios consistentes en defectos de forma determinantes de nulidad, no serán detectados, con carácter general, hasta ejecución de sentencia.

Nos remitimos a lo dicho en aquel momento, recordando que considerábamos que el trámite adecuado a dar al incidente de nulidad de actuaciones judiciales, previsto en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ (actual artículo 241 LOPJ), era el diseñado en dicho precepto, de aplicación también al proceso laboral. Por tanto, no procedía utilizar el cauce del entonces art. 236 LPL (actual art. 238 LRJS), fundamentalmente por las siguientes razones:

a) Dada la vocación de generalidad que inspira la regulación relativa a la nulidad de actuaciones judiciales, sobre la cual ya hemos argumentado suficientemente a lo largo de esta exposición.

b) El art. 240.3 y 4 LOPJ (actual art. 241 LPJ), aunque escasa y quizá mejorable, contiene una regulación del trámite a dar al incidente allí contemplado; regulación que ha de aplicarse, toda vez que el procedimiento es indisponible para las partes y para el órgano judicial.

²⁰⁰ En similar sentido, RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., págs. 252 y ss., CARRASCO DURÁN, M., "El incidente de nulidad de actuaciones, tras la Ley Orgánica 6/2007", "Parte Primera. Los problemas procesales en el amparo reformado", op. cit., págs. 22 y ss.; y, MARTÍNEZ MOYA, J., "El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso laboral", op. cit., pág. 176, entre otros.

MARTÍNEZ MOYA, J., "El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso laboral", op. cit., pág. 176.

²⁰¹ El Capítulo IV. Recurso de amparo constitucional y nulidad de actuaciones judiciales.

c) A mayor abundamiento, procederá decir que el art. 236 LPL (actual art. 238 LRJS) regula un incidente general, si bien de carácter declarativo, pero inserto en la ejecución de sentencia, y en cambio el incidente excepcional de nulidad de actuaciones judiciales ahora considerado, aunque quizá la mayoría de las veces -sobre todo cuando se trate de defectos de forma de carácter invalidante- se suscite en ejecución de sentencia, no tiene por qué necesariamente ocurrir siempre en tal momento procesal, sobre todo cuando se funde en incongruencia del fallo, en cuyo caso, en la mayoría de los supuestos, aún no se habrá incoado la correspondiente ejecución de sentencia.

d) Finalmente, la tesis que sustentamos, por cuanto propugna que el trámite a dar al incidente de nulidad de actuaciones siempre sea el mismo, con independencia del momento procesal en que se plantee y del orden jurisdiccional en que se suscite, ofrece mayores dosis de seguridad jurídica que cualquier otra fórmula particularizadora que se pueda imaginar.

También afirmábamos que la jurisprudencia del orden jurisdiccional social ha tenido ocasión de tratar lo relativo al trámite a dar a tal incidente de nulidad de actuaciones judiciales, y se ha inclinado claramente por seguir los trámites previstos en su día en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ y actualmente en el art. 241.2 LOPJ. Así ocurre, por ejemplo, en un auto²⁰² que estimando recurso de súplica, acuerda admitir a trámite el incidente de nulidad de actuaciones judiciales, fundado en incongruencia del fallo, y a tal efecto acuerda dar "...traslado a la otra parte, recurrida en casación (...) para que dentro del plazo de cinco días pueda formular por escrito sus alegaciones; y con relación a la suspensión de la ejecución que se solicita, el aval constituido a que se refiere el fundamento tercero de la Sentencia garantiza su cumplimiento, por lo que la petición de suspensión que se contiene en el otrosí debe ser igualmente acordada; todo ello sin perjuicio de que en su día, oída la parte contraria, pase lo actuado al Ministerio Fiscal para que emita dictamen sobre la nulidad de actuaciones solicitada..."²⁰³.

²⁰² Auto TS (Sala 4ª) de 24 de septiembre de 1998. Pont.: Campos Alonso [RJ 1998\9288], mediante el que se estima un recurso de súplica contra providencia de 24 de junio de 1998, de la Sala 4ª del TS, que inadmitía solicitud de nulidad de actuaciones judiciales, por estimar que contra la Sentencia del TS (Sala 4ª) de 13 de febrero de 1998 [RJ 1998\1806].

²⁰³ En cuanto al pase al Ministerio Fiscal para informe, y dado que el mismo no fue parte en el proceso principal -que versaba sobre despido- aunque nada se fundamente en el auto comentado, trae su causa de lo establecido en el art. 223.1 LPL, pues el asunto principal del cual dimana el incidente de nulidad de actuaciones era un recurso de casación para unificación de la doctrina, que fue resuelto, como se ha indicado, por Sentencia del TS (Sala 4ª) de 13 de febrero de 1998. Pont.: Campos Alonso [RJ 1998\1806]. Como veremos más abajo, en la actualidad sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el incidente de nulidad de actuaciones, es preciso tener presente la Circular FGE 2/2013, de 21 de enero, *Circular 2/2013, de 11 de enero*, en la que, se parte de que "... el incidente de nulidad de actuaciones sirve para reparar aquellas lesiones de cualquier derecho fundamental que no puedan serlo a través de los recursos ordinarios o extraordinarios previstos por la ley. Su función en materia de tutela de derechos es, por tanto, la misma, en el ámbito de aplicación que le otorga el art. 241.1 LOPJ, que la realizada como consecuencia de la interposición de un recurso ordinario o extraordinario y como tal debe ser atendida

En todo caso, es preciso resaltar que en la práctica también se admite el trámite por el cauce del art. 238 LRJS, sobre todo si la nulidad de actuaciones se promueve en fase de ejecución de sentencia²⁰⁴.

8.5. Otros aspectos de la actual regulación

En relación con las restantes cuestiones que pueden surgir en relación con el incidente de nulidad de actuaciones judiciales, es decir, lo relativo al plazo²⁰⁵, competencia²⁰⁶, legitimación²⁰⁷, suspensión de la ejecución de la resolución recurrida²⁰⁸, resolución²⁰⁹, recursos, etcétera, seguimos considerando -al igual que hicimos en nuestros trabajos que ahora se compendian- que, con carácter

por los órganos judiciales...” y se establecen determinadas conclusiones a que ya nos hemos referido (apartado 6.7 de este mismo Capítulo).

²⁰⁴ MARTÍNEZ MOYA, J., "El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso laboral", op. cit., pág. 178.

²⁰⁵ La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha inadmitido un incidente de nulidad de actuaciones por preclusión, cuando aparece probado que los defectos de forma que se estiman causantes de la indefensión, pudieron ser denunciados en su momento y no se hizo, en atención al carácter excepcional con que se configura el mismo en el art. 241 LOPJ (Auto TS [Sala 4ª] de 4 de diciembre de 2007 [RJ 2008\1200]); de modo que la excepcionalidad del incidente de nulidad impone previamente, con carácter general, en la jurisdicción social, la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina; y, en consecuencia, el incidente de nulidad no suspende el plazo para preparar el recurso de casación (Auto TS [Sala 4ª] de 1 de abril de 2003 [RJ 2003\4943]) (MARTÍNEZ MOYA, J., "El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso laboral", op. cit., pág. 179).

²⁰⁶ Sobre el tema de la competencia para conocer del incidente, cierto sector doctrinal considera que la atribución del conocimiento al mismo juez o tribunal que dictó la sentencia firme, vicia de inconstitucionalidad el incidente, así, MORENILLA ALLARD, P. y CASTRO MARTÍN, J.L. de, "Sobre la constitucionalidad del art. 241.1.II LOPJ, en cuanto que atribuye la competencia para el conocimiento y resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones al mismo Tribunal que dictó la resolución judicial firme cuya rescisión se postula", op. cit., versión digital; y, MORENILLA ALLARD, P., "De nuevo, sobre la constitucionalidad del incidente excepcional de nulidad de actuaciones", op. cit., versión digital; también a favor de otorgar carácter devolutivo al incidente, confirmando la competencia para resolver a órgano distinto al que dictó la sentencia, se pronuncia, entre otros, CARRASCO DURAN, M., "El incidente de nulidad de actuaciones: problemas y algunas soluciones", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2013, edición digital [BIB 2013\1055].

²⁰⁷ En relación con la legitimación, deberá tenerse presente que en el proceso laboral se favorece, articulando y regulando expresamente, la intervención de terceros en el proceso de ejecución, de modo que cuando "...aleguen un derecho o interés legítimo y personal que pudiera resultar afectado por la ejecución que se trata de llevar a cabo, tendrán derecho a intervenir en condiciones de igualdad con las partes en los actos que les afecten..." (art. 238 LPL). Un análisis de la rica problemática que suscita este precepto (art. 238 LPL), en SALINAS MOLINA, F., "Las comparecencias en la ejecución. Cambio de partes e intervención de terceros. Tercerías de dominio y de mejor derecho", en *La Ejecución en el Proceso Laboral*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997, págs. 170 y ss. Consideraciones que resultan de aplicación también en la actualidad en relación con el art. 240 LRJS, sucesor del comentado art. 238 LPL.

²⁰⁸ A favor de la tesis que nosotros mantenemos de exigir algún tipo de afianzamiento para decretar tal suspensión se ha pronunciado la Sala 4ª del Tribunal Supremo, Auto TS (Sala 4ª) de 24 de septiembre de 1998. Pont.: Campos Alonso [RJ 1998\9288].

²⁰⁹ Apartándose de la línea jurisprudencial, ya expuesta, que se muestra favorable a la utilización del auto para resolver el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, con independencia de que su sentido sea estimatorio o desestimatorio, es posible citar la STSJ (Social) de la Comunidad Valenciana, de 21 de julio de 1998. Pont.: Cots Díaz [AS 1998\1993].

general, son de aplicación los criterios ya indicados al tratar acerca del nuevo incidente de nulidad, dada la nota de generalidad de tal normativa, como ya se ha indicado, motivo que nos excusa de ofrecer mayores detalles, pues la remisión a lo ya analizado se estima suficientemente ilustrativa. Tan solo efectuaremos tres anotaciones: una sobre el tema de la competencia para conocer del incidente, la otra sobre la resolución que pone fin al incidente y la irrecurribilidad de la misma, y finalmente sobre el régimen de costas, y en su caso, multa por temeridad, del incidente.

8.5.1. Sobre la competencia

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha declarado su falta de competencia para conocer de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones en el que se insta la nulidad de actos emanados de un Juzgado de lo Social, por considerar que la misma corresponde a éste²¹⁰; en similar sentido, cuando ha estimado que corresponde la competencia a una Sala de lo Social de Tribunal Superior de Justicia²¹¹.

8.5.2. Sobre la resolución que pone fin al incidente

²¹⁰ Auto TS [Sala 4ª] de 17 de enero de 2017 [JUR 2017\39449]. Razonando al efecto lo siguiente: “...en definitiva, los actos que se pretenden impugnar por medio del incidente emanan del Juzgado de lo Social lo que priva de la necesaria competencia a este Tribunal para resolver acerca del mismo. La competencia funcional para conocer del incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por la demandante en estos autos, en relación con la sentencia del Juzgado de lo Social no corresponde a esta Sala IV sino al órgano judicial que dictó la sentencia que se pretende anular, como ya tuvimos ocasión de señalar en ocasión similar en el auto de 11 de octubre de 2000 (rec. 187/2000), 31/10/2001 (rec 2953/99). Tal y como se indica en el Rec 2953/99, se trata de la última actuación procesal que cabe a la parte. Previamente, y así lo impone el número 1 del art 241 LOPJ, deberá intentar la nulidad "por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales". Si lo consigue así, es evidente que el defecto queda subsanado por la sentencia del Tribunal que resuelve el recurso y estima la petición de la parte. Mas si el recurso es desestimado es obvio que la sentencia que alcanza firmeza o estos efectos no es la del Tribunal "ad quem" que rechaza el recurso sino la del órgano "a quo" que en virtud de tal desestimación queda firme. El Tribunal "ad quem" solo será competente para conocer del posible incidente que se pueda plantear si el defecto procesal se imputa a una actuación suya o a su propia sentencia. Porque en definitiva lo que pretende el precepto es que sea el mismo órgano que produce el acto o dicta la sentencia causante de indefensión el que resuelva el incidente cuando no prosperan "los recursos interpuestos para reparar la indefensión sufrida"...”.

²¹¹ Auto TS [Sala 4ª] de 9 de diciembre de 2014 [JUR 2016\34083]. A tal efecto, se razona lo siguiente: “...el hecho es que el incidente se promueve ante un órgano que no ha adoptado ninguna de las decisiones o meros actos procesales, como es el contenido de un sobre recibido, frente a los que se dirige, obviando así lo dispuesto en el artículo al establecer en su N° Primero que "Será competente para conocer de este incidente el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza". Y en iguales términos se pronuncia el artículo 228 de la L.E.C. Los actos que se pretende impugnar por medio del incidente emana de la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid lo que priva de la necesaria competencia a este Tribunal para resolver acerca del mismo, sin que haya de entrar a conocer ni siquiera de su extemporaneidad pues para ello sería necesario que ostentara la competencia acerca del incidente, incluidos los requisitos para su tramitación...”.

En relación con la resolución que pone fin al incidente, constituye importante novedad, como ya hemos analizado, introducida por la LO 13/1999 –y mantenida en las posteriores reformas–, la declaración de irrecurribilidad de la resolución que pone fin al incidente. De este modo, actualmente el art. 241.2.III LOPJ establece que “...*contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno*”, resolviéndose, al tiempo, también las dudas que la anterior regulación sobre la materia estaba generando. Nótese que mediante el auto que pone término al nuevo incidente de nulidad de actuaciones puede incluso decretarse la nulidad de una sentencia firme, o resolución de análoga eficacia que hubiera puesto fin al correspondiente proceso de declaración; por tanto, se configura este incidente de nulidad de actuaciones como una especie de remedio contra sentencias firmes, y constituye una excepción al principio de inmodificabilidad de las sentencias, consagrado en el artículo 267.1 LOPJ.

8.5.3. Sobre el régimen de imposición de costas

Finalmente, queda claro que, en caso de desestimación de la pretensión de nulidad, rige con carácter general el criterio de vencimiento objetivo para la imposición de las costas, que era el criterio que nosotros propugnábamos tras la reforma de 1999; si bien que en el proceso laboral dicho pronunciamiento ha de matizarse teniendo presente los principios que rigen la materia, en especial la no imposición de costas al trabajador o beneficiario de la Seguridad Social (art. 21.5 LRJS), salvo supuestos de temeridad o mala fe²¹²; y, en similar sentido las Entidades Gestoras de Seguridad Social y al Servicio Público Estatal de Empleo²¹³. En caso de apreciarse temeridad, el tribunal podrá imponer una multa que va de 90 a 600 euros.

9. JUSTICIA DIGITAL Y PROCESO SOCIAL

Ya nos hemos referido a la apuesta decidida, por parte del Estado, por la denominada digitalización de la justicia, a través de la introducción de las nuevas tecnologías en el proceso, en general, iniciada por la Ley 18/2011, de 5 de julio y potenciada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, en aras de obtener la necesaria modernización del sistema²¹⁴; asimismo, resaltábamos que no

²¹² Siendo preciso recordar que en el orden social se les reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los trabajadores y a los beneficiarios de la Seguridad Social y a los funcionarios y personal estatutario, sin otro requisito adicional (art. 21.5 LRJS); en similar sentido, STSJ Asturias de 16 de noviembre de 2007 [JUR 2008\76703], entre otras.

²¹³ Pues el *beneficio de justicia gratuita* alcanza a las entidades gestoras de Seguridad Social y al Servicio Público Estatal de Empleo, que se rigen asimismo por la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas (DF 1^a), aunque es posible su condena en costas cuando se aprecie temeridad o mala fe.

²¹⁴ Implantación, no exenta de constructivas críticas; así, en la Reunión de Presidentes de Audiencias Provinciales celebrada en León, del 14 al 16 de junio de 2017, en relación con este tema, se alcanzaron las siguientes conclusiones: “...*La implantación de las nuevas tecnologías en la Administración de*

debemos olvidar los principios que tan trabajosamente han venido definiendo el proceso debido, sobre todo ante la posibilidad de que surjan nuevas causas de nulidad de actuaciones judiciales, institución que ha de servir para poner remedio a las posibles vulneraciones del proceso debido, configurando al juez ordinario como garante del mismo²¹⁵.

Pues bien, la práctica diaria en la jurisdicción social nos conduce a detectar algún posible desajuste en esa digitalización de la justicia que puede generar nulidades de actuaciones con perjuicio, sobre todo, para el trabajador. Exponemos a continuación dos de ellos, que consideramos de suma importancia y utilidad en la aplicación de la justicia digital social.

9.1. El principio de subsanación y el proceso digital social

Para mejor comprensión del tema propuesto, nos parece conveniente referirnos a una resolución judicial en que se abordó el tema. Se trata de un Auto de fecha 31 de enero de 2017, dictado por el Juzgado de lo Social núm. 1 de León, resolviendo recurso de revisión contra un Decreto de la Letrada de la Admón de Justicia del SCOP-Social que había inadmitido la formalización del recurso de suplicación.

Justicia tiene nuestro incondicional apoyo y debe ser desarrollada con la mayor celeridad.- La oficina judicial y los medios técnicos e informáticos tienen como fin primordial en relación al ejercicio de la función judicial, contribuir a su mejora y optimización.- El Expediente Judicial Electrónico (en adelante EJE) se ha de entender cómo un medio y nunca como un fin en sí mismo y, si bien constituye una herramienta fundamental para el trabajo de los jueces y magistrados, su implantación, que no es uniforme en todo el territorio nacional, está dando lugar a graves problemas a los que se les debe dar una solución urgente.- Por tal motivo se formulan las siguientes propuestas: Primera.- Sería deseable que en todo el territorio nacional hubiera una sola aplicación de gestión procesal y un único modelo de Expediente Judicial Electrónico pero ante la actual situación de diversidad de aplicaciones y modelos del EJE solicitamos que el CGPJ adopte las iniciativas necesarias para que los distintos sistemas no sólo sean compatibles sino que respondan a unas características similares.- Segunda.-Solicitamos del CGPJ que refuerce su liderazgo en este proceso instando a todas las Administraciones Públicas competentes a desarrollar con la mayor urgencia un Expediente Judicial Electrónico de calidad, realizando las necesarias inversiones en medios humanos y materiales.- Tercera.- Solicitamos que el CGPJ establezca condiciones mínimas que debe tener una aplicación judicial para que se pueda prescindir de los expedientes en soporte papel. Entendemos que las condiciones mínimas que deben cumplirse son, al menos, las siguientes: a) La aplicación informática debe tener un índice electrónico tal y como dispone la Ley 18/2011 (art.26.3). b) La aplicación debe tener visor de documentos, un buscador potente e hipervínculos.- c) Los magistrados/as deben disponer de doble pantalla o herramienta similar así como un ordenador portátil para el trabajo fuera de la sede judicial.- d) Los magistrados/as deben disponer de acceso remoto a la aplicación informática fuera de la sede judicial...- Cuarta.- Hasta que no se den las condiciones anteriores se deberán dar las instrucciones oportunas para que los expedientes se envíen a otros órganos judiciales en soporte papel.- Quinta.- Se deberá garantizar por las administraciones públicas competentes el apoyo técnico suficiente y en tiempo razonable para resolver los problemas e incidencias que surjan en cada momento...” (publicadas en la web del CGPJ, www.poderjudicial.es).

²¹⁵ Epígrafe 2.10 de esta misma exposición, al que nos remitimos.

El supuesto de hecho se explica en dicho auto, y consistía en que "...la parte recurrente presentó escrito de interposición de recurso de suplicación por la plataforma Lexnet, el último día de plazo, y vio rechazado el mismo por haber incurrido en un error en el año del procedimiento, dado que puso '2006', en vez de "2016", que era el correcto. Dicho escrito fue rechazado por el Servicio Común correspondiente de la NOJ-León, con el siguiente mensaje: '*Enviado Rechazado el 21/12/2016 09:20 [9343] El procedimiento de destino no existe*' (sic). No consta en autos que de dicho rechazo se haya informado por los funcionarios correspondientes a la Letrada de la Admón de Justicia Scop-Social, y tampoco consta que de dicho rechazo se diera cuenta a este Magistrado. Tampoco consta qué funcionario ha escrito el citado mensaje '*Enviado Rechazado el 21/12/2016 09:20 [9343] El procedimiento de destino no existe*' (sic)...."

El recurso fue estimado, en los siguiente términos: "...Se estima el recurso de revisión, interpuesto mediante escrito de fecha 19 de enero de 2017, por el Letrado de la empresa demandada, contra el Decreto de 12 de enero de 2017 dictado por la Letrada de la Admón de Justicia del SCOP-Social, que se revoca en su integridad, y, en consecuencia con lo razonado en este auto, y en su lugar se acuerda conceder a dicha parte el plazo de cinco días hábiles para subsanar la errata material padecida y enviar nuevamente por Lexnet el escrito de interposición de recurso de suplicación, *que se tendrá como presentado con efectos del 20 de diciembre de 2016 antes de las 15:00 horas*; y, tras ello, por el Scop-Social se continuará el trámite conforme a Derecho, partiendo de referidas declaraciones...."

La esencia de la fundamentación jurídica, para llegar a dicha consecuencia, se contiene en los siguientes párrafos²¹⁶:

²¹⁶ Si bien, con carácter previo, se realizan una serie de consideraciones generales, a saber: "...3. Así las cosas, hemos de tener presente que los avances tecnológicos han penetrado con fuerza en nuestros Juzgados y Tribunales, también en el ámbito del proceso, adoptándose planes y programas para que el esquema judicial sea fiable, dando lugar a formas ya anunciadas y reguladas en la Ley 18/2011, de 5 de julio, y que la Ley 42/2015, de 5 de octubre, ha venido a desarrollar en aras a la necesaria modernización del sistema, pero *siempre respetando las normas procesales*. La nueva legislación ha de respetar las normas procesales vigentes, siendo preciso una adaptación a las mismas, que no siempre es sencilla tanto por razones tecnológicas como orgánicas que se vienen poniendo de manifiesto, ante la entrada en funcionamiento de la nueva normativa, *abundando las críticas*, porque una cosa es que se recoja en la ley, el derecho y la obligación del empleo de tales medios y otra que *los requisitos de validez, la disponibilidad, la compatibilidad de los sistemas, la seguridad, la autenticidad y la integridad de la comunicación y de su contenido y demás requisitos procesales, se asuman adecuadamente en el desarrollo práctico de dichas novedades informáticas*. - En definitiva, es preciso no olvidar que la esencia del *proceso debido* como instrumento para obtener la tutela judicial efectiva a través de las alegaciones de las partes, pruebas, conclusiones, resolución y ejecución de la misma, no ha de considerarse modificado, por muchas reformas informáticas que se implanten. De modo que, ante el reto de la *digitalización de la justicia*, en que actualmente estamos inmersos, no debemos olvidar los principios que tan trabajosamente han venido definiendo *el proceso debido*, sobre todo ante la posibilidad de que surjan nuevas causas de nulidad de actuaciones judiciales, institución que ha de servir para poner remedio a las posibles vulneraciones del proceso debido, configurando al juez ordinario como garante del mismo.- 4. De otra parte, es preciso recordar que el proceso laboral se ha construido desde sus primeras manifestaciones sobre una serie de *principios informadores* que han tratado de hacerlo más accesible a los

“...5. Partiendo de lo que antecede, vamos a dar concreta respuesta a las cuestiones planteadas; para ello, y en relación con el *Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia, y en concreto el art. 17.5 del mismo*, que se invoca en el escrito de impugnación del recurso, es preciso recordar que conforme al art. 6 LOPJ, el Juez tan solo está vinculado a la CE y la Ley, debiendo *inaplicar* los reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la CE y a la Ley y al principio de jerarquía normativa; y, por lo que se refiere al denominado *"Protocolo de actuación, reglas y criterios básicos para la presentación de escrito, iniciadores y de trámite, documentos y traslado de copias a través del sistema informático de telecomunicaciones Lexnet"*, que se afirma en dicho escrito de impugnación que ha sido hecho público por la Sra. Secretaria Coordinadora de León, resulta que si los Jueces y Tribunales no están vinculados a los reglamentos contrarios a la CE y la Ley, menos aún lo están a los protocolos o manuales, cualquiera que sea su título, si con ellos se vulnera la CE o la Ley, *pues dichos protocolos ni siquiera tienen naturaleza normativa*.

Pues bien, ni el art. 195.2, ni el 230.5 LRJS han sido derogados, ni modificados, por la respectivas reformas en materia de Nuevas Tecnologías de la Información aplicadas a la Administración de Justicia; y dichos preceptos que tiene rango de Ley Formal, como es bien conocido por los laboristas, cristalizan en materia de recurso de suplicación, el denominados carácter subsanador de la jurisdicción social, a que ya nos hemos referido; por tanto dichos preceptos son de preferente aplicación frente a una norma reglamentaria, como es el RD1065/2015, de 27 de noviembre, y, con mayor razón frente a un “Protocolo...”, que como ya hemos dicho, carece de carácter normativo; y, teniendo presente que el mero error en el año del número de un procedimiento (poner 2006, en vez de 2016), como ha sucedido en el presente caso, es *defecto procesal*

interesados, más rápido y sencillo en su desenvolvimiento, y más eficaz en la resolución de los problemas propios de la relación de trabajo, atendiendo sobre todo a las necesidades de tutela del trabajador. - En cuanto a las garantías que se desprenden del derecho a la *tutela judicial efectiva y a la no indefensión*, según han sido interpretadas por la jurisprudencia constitucional [...]...” (destaca) “...la supresión del llamado *formalismo enervante*, que se refleja, por ejemplo, en las posibilidades de *subsanación* de las deficiencias advertidas en los trámites procesales, acompañadas muchas veces de las correspondientes obligaciones del órgano judicial de hacer a las partes las advertencias oportunas, tanto en la demanda como en los eventuales recursos (arts. 81, 195.2, 199 y 230.5 LRJS, por ejemplo).- De este modo, conforme al art. 81 y concordantes LRJS, la apertura de un *trámite para subsanación*, que no es mera facultad sino *obligación* legal, responde a una finalidad razonable y necesaria, ya que por un incumplimiento o irregularidad meramente formal, que no absoluta, no debe impedirse el acceso al proceso; la brevedad del plazo para hacerlo se justifica por el principio de celeridad que es propio del proceso laboral. Dicha obligación legal corresponde en primer término al Letrado de la Administración de Justicia, sin perjuicio de la intervención del Juez o Tribunal, pues es preciso recordar que la *potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado no puede entenderse restringida al momento procesal de resolver el litigio en la decisión que le pone término, sino que se extiende con toda evidencia a la tramitación procesal que precede a esa decisión, de modo que la tramitación procesal no es en modo alguno ajena a la función jurisdiccional, pues siempre queda en manos del Juez o Tribunal reconsiderar o reconducir esa tramitación si considera que es necesario para conformar debidamente el debate procesal que culminará en la sentencia, o, en su caso, en la ejecución de lo juzgado* (en tal sentido, STS [Sala 3ª; Sec. 1ª] de 8 de mayo de 2015 [RJ 2015\3090]).

eminentemente subsanable, encuadrable en el *in fine* del apartado d) del apartado 5, del art. 230 LRJS, al que se remite el art. 195.2 de la misma Ley, y dado que en el presente caso, por la LAJ del Scop-Social se ha omitido el preceptivo trámite de subsanación –sin que conste que se le haya informado, por el funcionario correspondiente, del rechazo del escrito de interposición del recurso de suplicación, por incurrir en dicho leve error identificativo-, antes de dictar el Decreto ahora impugnado, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), puesto en relación con los artículos 195.2, 230.5 y concordantes LRJS, ya citados, nos conduce a la estimación de recurso de revisión en los términos que se detallan en la parte dispositiva de este auto....”

En definitiva, lo que no puede generar la aplicación de la denominada Justicia Digital son situaciones con clara vulneración de preceptos de preceptiva aplicación, como son las relativas a las posibilidades subsanadoras previstas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (arts. 81, 195.2, 199, 230.5, entre otros), pues ello sería tanto como vulnerar frontalmente el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

9.2. La “sede judicial electrónica” y las empresas desaparecidas

La problemática de las notificaciones a través de la denominada “sede judicial electrónica” y los derechos de los trabajadores, en el caso de empresas desaparecidas, es una cuestión de mayor enjundia que la anterior, si cabe²¹⁷.

La Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, junto con el denominado sistema LexNet, de utilización por profesionales de la justicia (Procuradores, Abogados, Graduados Sociales, etc.), crea la denominada “sede judicial electrónica” (arts. 9 y ss. y concordantes), destinada a ser utilizada por los ciudadanos y las personas jurídicas en sus relaciones con la Administración de Justicia, y por ésta en las relaciones con aquéllas.

Mediante el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNet, se desarrolla, entre otras cuestiones, la denominada “sede judicial electrónica”. El artículo 11 se refiere a las comunicaciones y notificaciones por canales electrónicos, estableciendo que los órganos y oficinas judiciales y fiscales realizarán los actos de comunicación con las partes procesales y, en su caso, con los terceros intervinientes, mediante los siguientes canales electrónicos:

²¹⁷ LAMO RUBIO, J. de, “La ‘sede judicial electrónica’ y los derechos del trabajador en caso de empresas desaparecidas”, *Diario La Ley*, núm. 9037, de 8 de septiembre de 2017, Wolters Kluwer, *versión electrónica*.

a) El sistema LexNet, si se trata, en su caso, de otros órganos y oficinas judiciales y fiscales, cuando las partes intervinientes en el proceso estén representadas por profesionales de la justicia y así lo permitan las normas procesales y cuando los destinatarios de los actos de comunicación sean las Administraciones y organismos públicos y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

b) La sede judicial electrónica.
[....]

Será de aplicación a los actos de comunicación realizados a través de la sede judicial electrónica lo dispuesto en el artículo 162.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Todos estos medios deberán cumplir los requisitos de autenticidad, integridad, temporalidad y resguardo acreditativo en los procesos de envío y recepción

Por lo que se refiere a la sede judicial electrónica, conforme la art. 20 del citado RD, los ciudadanos que no siendo preceptiva su representación o asistencia por profesionales de la justicia, opten por relacionarse con la Administración de Justicia por medios electrónicos o vengan obligados a ello por ley o reglamento presentarán los escritos, demandas, solicitudes y documentos en los formatos y con las características que se describen en el Anexo IV, a los órganos y oficinas judiciales y fiscales a través de la sede judicial electrónica, salvo que utilicen el Servicio Compartido de Gestión de Notificaciones Electrónicas y la Carpeta Ciudadana provistos por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas si los medios tecnológicos lo permiten.

De otra parte, el art. 22.2 establece que *“...La dirección electrónica habilitada tendrá vigencia indefinida, excepto en los supuestos que sea solicitada su revocación por su titular, por fallecimiento de la persona física, extinción de la personalidad jurídica o disolución de la entidad sin personalidad, por resolución judicial que así lo ordene, o por el transcurso de cinco años sin ser utilizada para realizar acto de comunicación....”*

El Real Decreto comentado entró en vigor para los órganos y oficinas judiciales y fiscales y para los profesionales de la justicia el día 1 de enero de 2016; y, para los ciudadanos que no estén representados o asistidos por profesionales de la justicia y opten por el uso de los medios electrónicos para comunicarse con la Administración de la Justicia y para aquéllos que vengan obligados a ello conforme a las leyes o reglamentos entró en vigor el 1 de enero de 2017.

Además de los profesionales que se relacionan con la Administración de Justicia (Procuradores, Abogados, Graduados Sociales, etc.), conforme al art.

273.3 LECiv, según redacción dada por la Ley 42/2015, en todo caso, estarán obligados a intervenir a través de medios electrónicos con la Administración de Justicia, al menos, los siguientes sujetos:

- a) Las personas jurídicas.
- b) Las entidades sin personalidad jurídica.
- c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria para los trámites y actuaciones que realicen con la Administración de Justicia en ejercicio de dicha actividad profesional.
- d) Los notarios y registradores.
- e) Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia.
- f) Los funcionarios de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen por razón de su cargo.

Finalmente, el citado art. 162 LECiv, tras la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, establece lo siguiente²¹⁸:

“...Artículo 162. Actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares.

1. Cuando las oficinas judiciales y las partes o los destinatarios de los actos de comunicación estén obligados a enviarlos y recibirlos por medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de otra clase semejante, que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la emisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron, o cuando los destinatarios opten por estos medios, los actos de comunicación se efectuarán por aquellos, con el resguardo acreditativo de su recepción que proceda.

Los profesionales y destinatarios obligados a utilizar estos medios, así como los que opten por los mismos, deberán comunicar a las oficinas judiciales el hecho de disponer de los medios antes indicados y la dirección electrónica habilitada a tal efecto.

Asimismo se constituirá en el Ministerio de Justicia un registro accesible electrónicamente de los medios indicados y las direcciones correspondientes a los organismos públicos y profesionales obligados a su utilización.

2. En cualquiera de los supuestos a los que se refiere este artículo, cuando constando la correcta remisión del acto de comunicación por dichos medios técnicos, salvo los practicados a través de los servicios

²¹⁸ Precepto al que se remite el art. 56.5 LRJS, que establece que “...cuando la comunicación tenga lugar utilizando medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de otra clase semejante, se realizará conforme a lo establecido en el art. 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, transcurrieran tres días sin que el destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la comunicación ha sido efectuada legalmente desplegando plenamente sus efectos.

Se exceptuarán aquellos supuestos en los que el destinatario justifique la falta de acceso al sistema de notificaciones durante ese periodo. Si la falta de acceso se debiera a causas técnicas y éstas persistiesen en el momento de ponerlas en conocimiento, el acto de comunicación se practicará mediante entrega de copia de la resolución. En cualquier caso, la notificación se entenderá válidamente recibida en el momento en que conste la posibilidad de acceso al sistema. No obstante, caso de producirse el acceso transcurrido dicho plazo pero antes de efectuada la comunicación mediante entrega, se entenderá válidamente realizada la comunicación en la fecha que conste en el resguardo acreditativo de su recepción.

No se practicarán actos de comunicación a los profesionales por vía electrónica durante los días del mes de agosto, salvo que sean hábiles para las actuaciones que corresponda.

3. Cuando la autenticidad de resoluciones, documentos, dictámenes o informes presentados o transmitidos por los medios a que se refiere el apartado anterior sólo pudiera ser reconocida o verificada mediante su examen directo o por otros procedimientos, podrán, no obstante, ser presentados en soporte electrónico mediante imágenes digitalizadas de los mismos, en la forma prevista en los artículos 267 y 268 de esta Ley, si bien, en caso de que alguna de las partes, el tribunal en los procesos de familia, incapacidad o filiación, o el Ministerio Fiscal, así lo solicitasen, habrán de aportarse aquéllos en su soporte papel original, en el plazo o momento procesal que a tal efecto se señale...”

Pues bien, partiendo de este estado de cosas, resulta que a partir del 1 de enero de 2017, todas las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica, y quienes les representen, están obligados a relacionarse con la Administración de Justicia a través de la denominada “sede judicial electrónica” (art. 273.3 LECiv, en relación con 162 LECiv, ambos según redacción dada por la Ley 42/2015 y normativa concordante); y, dado que la mayoría de las empresas suelen ser personas jurídicas, resulta que desde los órganos judiciales se les están notificando todas las resoluciones a través de dicha sede electrónica, incluida la citación a juicio; de modo que, conforme al art. 162.2 LECiv, constando la correcta remisión del acto de comunicación por dichos medios técnicos, que en definitiva es un buzón de correo electrónico, sin necesidad de que la empresa haya abierto el correo, ni retirado el mismo, en principio, si transcurren los plazos previstos en dicho precepto²¹⁹, ha de entenderse que la empresa está citada a juicio.

²¹⁹ De modo que, cuando haya constancia de la correcta remisión del acto de comunicación y transcurran tres días hábiles sin que el destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la comunicación ha sido efectuada con plenos efectos procesales. En este caso los plazos para desarrollar actuaciones impugnatorias comenzarán a computarse desde el día siguiente al tercero, todos ellos hábiles

El problema surge cuando se trata de empresas desaparecidas, lo cual es frecuente en la jurisdicción social, y más en tiempos de crisis, pues el art. 22.2 Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, citado, establece que *“...la dirección electrónica habilitada tendrá vigencia indefinida, excepto en los supuestos que sea solicitada su revocación por su titular, por fallecimiento de la persona física, extinción de la personalidad jurídica o disolución de la entidad sin personalidad, por resolución judicial que así lo ordene, o por el transcurso de cinco años sin ser utilizada para realizar acto de comunicación alguno....”*

Evidentemente, la previsión de los cinco años sin utilizar la misma, además de ser excesivamente dilatada, es difícil que se produzca si resulta que es el propio órgano judicial el que continúa utilizando dicha dirección electrónica para enviar comunicaciones a la empresa; la única solución para evitarlo es que la empresa desaparecida, antes o al tiempo de abandonar el tráfico jurídico, diera de baja (revocase) la misma; pero la experiencia en la jurisdicción social, desde la vigencia de esta “sede judicial electrónica”, es que las empresas desaparecidas, como mucho se acuerdan de darse de baja en TGSS y en Hacienda, para evitar que se les deriven responsabilidades pecuniarias, pero dejan vigente la dirección electrónica, y continúan recibiendo citaciones y notificaciones procesales, en principio, con los efectos previstos en el comentado art. 162 LECiv y normativa concordante.

Llegado el día del juicio, la práctica diaria evidencia que comparece la parte actora y no lo hace la empresa, pues estando desaparecida, de lo último que se ha preocupado es de abrir el buzón de correo electrónico vinculado a la sede judicial electrónica; desde luego, el Fogasa no comparece, pues nadie la ha citado, dado que formalmente, la empresa está citada, según hemos explicado. Se celebra el juicio y, generalmente, recaerá sentencia condenatoria para la empresa.

Una vez firme esa sentencia, y agotada la ejecución, al estar desaparecida la empresa, se terminará por declarar la insolvencia (art. 276 LRJS y concordantes), y al trabajador la única vía que le resta es acudir ante el Fogasa en reclamación de las correspondientes prestaciones a cargo del mismo; para entonces, el Fogasa habrá tenido conocimiento por primera vez de la reclamación y de la situación de desaparecida de la empresa, en el trámite previo a la declaración de insolvencia, del citado art. 276.1 LRJS²²⁰.

(art. 162.2 LECiv, interpretado por Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2016, publicado en web CCPJ, www.poderjudicial.es).

²²⁰ En este momento, es la primera vez que el Fogasa tiene conocimiento oficial de la sentencia, que ya se está ejecutando, y, por tanto, estamos en presencia de una sentencia firme; de modo que la única acción rescisoria de la sentencia que le queda es acudir al incidente excepcional de nulidad de actuaciones, previsto en el art. 241 LOPJ, dentro de los 20 días hábiles siguientes a dicho conocimiento, pues si bien formalmente es un tercero en ese proceso -dado que no ha sido parte en el mismo-, en la medida en que debió de ser parte en el mismo, conforme al art. 23.2 LRJS y concordantes, tiene plena legitimación para instar el citado incidente de nulidad de actuaciones (art. 241.1.I LOPJ).

Ahora bien, todo este camino ha sido estéril para el trabajador, pues en el mismo, si la situación de desaparecida de la empresa es anterior a su citación a juicio, se ha vulnerado el art. 23.2 LRJS (en relación con el art. 33 ET y normativa concordante), que impone al Letrado de la Admón de Justicia la preceptiva citación a juicio del Fogasa; de modo que la falta de citación del mismo, siendo preceptiva, genera una clara nulidad de actuaciones²²¹; que como ya hemos indicado, se sustanciará a través del incidente excepcional de nulidad de actuaciones judiciales, previsto en el art. 241 LOPJ, con la consiguiente suspensión de la ejecución, a fin de evitar que la declaración de nulidad, que en su caso pueda adoptarse, sea ineficaz, pues las probabilidades de que el incidente prospere son rayanas en la certeza. Si finalmente se declara la nulidad, la misma ha de retrotraerse al momento de citación a juicio, para llamar a la empresa, en su caso, a través de citación edictal (art. 59 LRJS) y al Fogasa; y, vuelta a empezar.

En consecuencia, se está ocasionando un grave perjuicio para el trabajador, como mínimo por el retraso que ello va a suponer para el cobro de las prestaciones a cargo del Fogasa²²², por una actuación obligada por Ley para el Letrado de la Admón de Justicia y por una inadecuada utilización de la sede judicial electrónica, en cuya actuación el único que no puede hacer nada para remediarlo es el propio trabajador, que finalmente es el que resulta perjudicado. Increíble, pero cierto.

Podemos concluir afirmando que la percepción que se obtiene es que el legislador de la denominada Justicia Digital, parece que no ha tenido muy en cuenta las especialidades propias del proceso laboral.

Como se ha podido comprobar, el orden jurisdiccional social tiene unas peculiaridades propias que hacen difícilmente trasladable al mismo, de forma acrítica, las reglas procesales civiles, como es el caso, del art. 162.2 LECiv. Por tanto, una posible solución pasa por la modificación del art. 56.5 LRJS²²³, a fin de establecer que en caso de citación a juicio de empresas, con carácter previo a la utilización de la “sede judicial electrónica”, se deberá comprobar, a través del Punto Neutro Judicial o soporte informático similar, si la empresa continúa o no de alta el TGSS y/o en la AEAT, de modo que si no está de alta en alguno de dichos registros, se establezca la presunción de empresa desaparecida, con el régimen previsto en el art. 23.2 LRJS, que implica la preceptiva llamada a juicio del Fogasa y, de otra parte, que la citación de la empresa a juicio se

²²¹ SSTs (Sala 4ª) de 11 julio 1989 [RJ\1989\5448], de 15 junio 1988 [RJ 1988\5392], de 12 abril 1988 [RJ 1988\2948], de 17 junio 1986 [RJ 1986\3662] y de 15 julio 1985 [RJ 1985\3767], entre otras, en supuesto de no llamada a juicio al Fogasa en caso de empresas insolventes; y, STSJ [Sala Social] de 6 de octubre de 2014 [JUR 2014\286423], en un supuesto de no llamada a juicio en caso de empresa en concurso, en un incidente concursal.

²²² Sin perjuicio de una posible prescripción o cualquier otro efecto negativo en relación con el derecho sustantivo que el trabajador ha reclamado judicialmente.

²²³ Que es el precepto de la LRJS que, como ya hemos indicado, se remite en este tema a lo dispuesto en el art. 162 LECiv, de forma acrítica.

realice por medios distintos de la “sede judicial electrónica”, que no podrá utilizarse en dichos supuestos²²⁴.

²²⁴ Mientras no se opere dicha reforma legislativa, una buena práctica procesal, por parte de los Letrados de la Admón de Justicia, responsables de la regularidad de la citación a juicio, podría ser la de aplicar esta propuesta o cualquier otra de similar finalidad, como actuación procesal prudente para conjurar posibles nulidades de actuaciones.

IV. RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL Y NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES

Antes de la LO 6/2007, ya comentada, el recurso de amparo se había convertido prácticamente en una instancia más de los procesos jurisdiccionales y representaba cerca del 98% de la actividad del Tribunal Constitucional, absorbiendo en similar porcentaje sus recursos materiales y humanos. Por ello, el problema del recurso de amparo trasciende a los demás procesos constitucionales, al impedir que el TC pueda desarrollar correctamente sus funciones. De modo que existía unanimidad en la doctrina en el sentido de que el recurso de amparo se había convertido en un gravísimo problema de la justicia constitucional que requería una reforma urgente para permitir su adecuado funcionamiento²²⁵.

Tanto la doctrina como el propio Órgano afectado habían venido expresando la necesidad de acometer reformas en el funcionamiento del Tribunal Constitucional, con el fin de evitar el colapso. Así, en el año 1998 se presentó una propuesta de reforma de la LOTC; proyecto que, sin embargo, no llegó a culminar en un cambio legislativo. Finalmente, en noviembre de 2005 el Gobierno presentó a las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica para la modificación de la LOTC²²⁶ que ha dado lugar a la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, que venimos comentando. En ella se recogen muchas de las propuestas que se formulaban en el proyecto de 1998; propuestas que en su gran mayoría eran muy razonables y sensatas para mejorar el funcionamiento y la eficiencia de la justicia constitucional.

Mención especial merece la problemática de la articulación del recurso de amparo constitucional con los demás medios que establezcan las leyes, así como con la que hemos denominado cuarta vía -el incidente excepcional de nulidad de actuaciones-, a efectos de posibilitar el tratamiento procesal de la ineficacia procesal. Al respecto es preciso partir de que el recurso de amparo constitucional se configura como uno de los remedios procesales que integran la denominada *tercera vía* a través de la cual hacer valer, y en su caso declarar, nulidades de actuaciones judiciales; de modo que uno de los mayores problemas que suscita esta situación es la derivación hacia el amparo constitucional de demandas o pretensiones de nulidad de actuaciones que, como consecuencia de la inexistencia de otras vías o cauces, producen la

²²⁵ En igual sentido vid., por ejemplo, VIVER I PI-SUNYER, C., “Diagnóstico para una reforma” [págs. 35 y ss.] y ARAGÓN REYES, M., “Problemas del recurso de amparo” [págs. 155 y ss.], ambos trabajos en *La reforma del recurso de amparo*, (PÉREZ TREMPES, P, Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Comentario al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hecho público en septiembre de 2005”, en *La reforma de la justicia constitucional*, Elcano, Pamplona, 2006, págs. 35-63; Vid. También, GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Sobre la proyectada reforma del Tribunal Constitucional y del recurso de amparo”, *La Ley*, núm. 6413, Madrid, 2 de febrero de 2006, pág. 1.

²²⁶ BOCG de 25 de noviembre de 2005. Serie A, núm. 60-1.

perversa consecuencia de convertir lo que ha de ser un remedio subsidiario, como es el caso del recurso de amparo constitucional (confr. art. 53.2 CE), en un recurso directo y generalizado²²⁷. En alguna medida, si bien reducida, pretendió paliar esta situación, como también hemos expuesto, el nuevo incidente de nulidad de actuaciones instaurado por la LO 5/1997, ya analizado; y, más en concreto, lo ha pretendido la reforma operada por la LO 6/2007, a que ya nos hemos referido, pero tampoco se consiguen resolver los múltiples problemas que la situación actual presenta.

El tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones, y más concretamente el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, se ha asociado tradicionalmente al desarrollo legislativo del artículo 53.2 CE, que puso de manifiesto la Exposición de Motivos de la LO 5/1997, de reforma LOPJ, que instauró el indicado incidente excepcional, volviendo a incidir el legislador en esa idea en la última reforma operada por la LO 6/2007, también ya comentada.

Si bien es cierto que el incidente excepcional de nulidad de actuaciones puede servir como último remedio judicial ordinario para el amparo judicial de los *derechos fundamentales del orden procesal*, como ya hemos indicado, pero, como ha resaltado RICHARD GONZÁLEZ, "...es más cierto que esa función tiene escasa transcendencia cuantitativa, ya que paradójicamente, el desarrollo legal del art. 53.2 CE resulta ser importante para los derechos fundamentales de carácter material (honor, intimidad, libertad ideológica, huelga, reunión, asociación, igualdad, etc...), pero no para los derechos fundamentales de *carácter procesal*. Esto es así por la diferencia existente en su origen y el modo en el que se pueden vulnerar y determina que sea distinto el tratamiento que debe darse a la denuncia de su vulneración, Los derechos fundamentales de contenido material se originan fuera del proceso que se inicia, precisamente, para solicitar la protección de los tribunales de justicia ante la violación del derecho, mientras que la violación de los segundos, los derechos fundamentales de carácter procesal del art. 24 CE, se originan en el mismo proceso con independencia de su origen y contenido..."²²⁸.

De este modo, ya al poco de comenzar su andadura la reforma 2007 del incidente de nulidad de actuaciones, se evidenció jurisprudencialmente²²⁹ que continuaban siendo insuficientes los mecanismos procesales para depurar las infracciones procesales con relevancia constitucional en el mismo seno de la jurisdicción ordinaria, pues el citado incidente, además, presenta perfiles poco precisos tras dicha reforma, si bien clarificados por vía interpretativa en el sentido de que solo se debe plantear el incidente cuando la cuestión no ha

²²⁷ SALA SÁNCHEZ, P., "La posición constitucional del Tribunal Supremo", discurso de apertura solemne del año judicial 1995/96, pronunciado el 14 de septiembre de 1995.

²²⁸ RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., pág. 252.

²²⁹ Auto TC 275/2009, de 1 de diciembre y Autos TS [Sala 3ª] de 12 y 19 de mayo de 2010, entre otros.

podido ser planteada y resuelta en el proceso, y no así cuando el juez o tribunal ya se pronunció sobre la cuestión planteada²³⁰.

Hasta la STC 216/2013, de 19 de diciembre, el máximo intérprete de la Constitución venía exigiendo reiteradamente que se interpusiera el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, como requisito previo al recurso de amparo, resaltando el carácter subsidiario de éste, que se había intentado potenciar con la LO 6/2007, comentada²³¹, incluso en los supuestos²³² de inadmisión de casación social unificadora por falta de contradicción, cuando se impute la lesión a la sentencia de suplicación²³³.

Pero la citada STC [Pleno] 216/2013, de 19 de septiembre ha revisado su doctrina relativa a la exigencia del incidente de nulidad de actuaciones como requisito previo al recurso de amparo y declara que no será necesaria la interposición de dicho incidente cuando el objeto del proceso consista en el estudio de la lesión directa del derecho fundamental que se considera vulnerado, consecuencia de la revocación de las sentencias de las instancias previas, considerando que en tales situaciones, el incidente de nulidad de actuaciones “resulta materialmente inútil” pues comporta pedir a un órgano judicial que ha estudiado, analizado y decidido una cuestión que se retracte y cambie su decisión, y ello con argumentos semejantes a los ya empleados. De este modo, el TC modifica la doctrina anterior²³⁴ limitando así el alcance que, al incidente excepcional de nulidad de actuaciones tras su configuración por la LO 6/2007, de 24 de mayo, le había otorgado la interpretación contenida en pronunciamientos previos²³⁵.

²³⁰ SOSPEDRA NAVAS, F.J., “Los requisitos procesales del recurso de amparo: el incidente excepcional de nulidad de actuaciones y la especial transcendencia constitucional”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 39, 2015, pág. 168.

²³¹ SSTC 39/2003, de 27 de febrero, 163/2003, de 29 de septiembre, 83/2004, de 10 de mayo y 265/2006, de 11 de septiembre, entre otras y Auto TC 200/2010, de 21 de diciembre.

²³² STC 169/2013, de 7 de octubre.

²³³ La Sala Cuarta se había hecho eco de esta doctrina, así había afirmado que “...*el plazo no puede entenderse suspendido o interrumpido por la errónea interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que dicho Órgano ha inadmitido recientemente, tal y como el propio solicitante informa. En efecto, el incidente es subsidiario respecto al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, constituyendo un remedio idóneo y previo a la petición de amparo constitucional (STC 237/2006). Además, dado que la admisión del recurso de amparo, a partir de la LO 6/2007, queda subordinada a que el recurso tenga "especial transcendencia constitucional" (LOT, art. 50), el incidente de nulidad de actuaciones ha quedado como única vía para la reparación de lesiones de derechos fundamentales que no hayan podido ser recurridas antes de recaer la resolución o sentencia que ponga fin al proceso con carácter de fuerza juzgada y que no gocen de dicha transcendencia constitucional (TC 43/2010, TC 107/2011, TC 153/2012 y 2/2013)...*” (Auto TS [Sala 4ª] de 18 noviembre 2014 [JUR 2015\28431], entre otras resoluciones).

²³⁴ ATC 200/2010, de 21 de diciembre, que queda modificado por la comentada STC [Pleno].

²³⁵ GÓRRIZ GÓMEZ, B., “Modificación de la doctrina constitucional sobre la necesidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo (STC 216/2013, de 13 de diciembre)”, *Diario La Ley*, núm. 8275, 20 de marzo de 2014, versión digital; CARRETERO SÁNCHEZ, S., “Acerca de la nulidad de actuaciones y su complicada clarificación constitucional”, en *Diario La Ley*, núm. 8275, 11 de abril de 2014, versión digital; y, BARBER BURUSCO, S., “La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el incidente de nulidad de actuaciones”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 880/2014, Editorial Aranzadi, SAU, versión digital [BIB 2014\589].

En todo caso, es preciso insistir en que, a partir de la LO 6/2007, el incidente de nulidad de actuaciones ha visto transformada su función en el sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, pero esa importancia no se deriva tanto de la ampliación de los derechos que tutela, como de la restricción operada en el acceso al recurso de amparo; sin embargo, lo anterior contrasta con la parquedad y la inadecuación de su regulación, que lastran en gran medida el logro de sus objetivos, llegando a opinar CARRASCO DURÁN que la regulación del incidente de nulidad de actuaciones parece un “querer y no poder”²³⁶, e insistiendo en que queda pendiente la cuestión del desarrollo más idóneo del procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios previsto en el art. 53.2 CE, a cuyo efecto formula algunas soluciones²³⁷.

Como conclusión, diremos que compartimos el citado planteamiento en el sentido de que el incidente de nulidad de actuaciones no satisface plenamente las exigencias previstas en el art. 53.2 CE en relación con el referido procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios.

Para finalizar este apartado -y por su carácter clarificador-, consideramos de interés transcribir y analizar críticamente algunos pasajes de la Memoria del Tribunal Constitucional referida a 2016²³⁸, en relación con la actividad del mismo en torno al recurso de amparo²³⁹:

“...Se mantuvo la habitual preponderancia de los recursos de amparo: 6.685, lo que representó el 98,69 por 100 de los asuntos de nuevo ingreso. La inmensa mayoría de estos nuevos recursos de amparo fue promovida por particulares: 6.624, de los cuales 5.786 fueron interpuestos por personas físicas y otros 838 por personas jurídicas de Derecho privado. Los entes públicos formularon 61 demandas de amparo. Ni el Defensor del Pueblo ni el Ministerio Fiscal interpusieron recurso alguno...”

“...Con respecto a su origen, persistió el predominio habitual de los recursos de amparo planteados en relación con resoluciones del orden jurisdiccional penal: 3.169, el 47,04 por 100 (porcentaje que se eleva al 52,23 por 100 si se suman las 323 demandas de amparo

²³⁶ CARRASCO DURÁN, M., “El incidente de nulidad de actuaciones, tras la Ley Orgánica 6/2007”, “Parte Primera. Los problemas procesales en el amparo reformado”, op. cit., págs. 21 y ss.

²³⁷ CARRASCO DURÁN, M., “El incidente de nulidad de actuaciones, tras la Ley Orgánica 6/2007”, “Parte Primera. Los problemas procesales en el amparo reformado”, op. cit., pág. 22 y ss.; en similar sentido, RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, op. cit., págs. 252 y ss.; y, MARTÍNEZ MOYA, J., “El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso laboral”, op. cit., pág. 176.

²³⁸ Última publicada -a la fecha de conclusión de esta Tesis-, en la página web del propio TC (www.tribunalconstitucional.es), que fue presentada por el Presidente del TC a S.M. El Rey el 24 de julio de 2017 (según resulta de la misma fuente, nota de prensa 51/2017).

²³⁹ Tribunal Constitucional, *Memoria 2016*, versión pdf, en www.tribunalconstitucional.es, págs. 39 y ss.

procedentes de vigilancia penitenciaria), un número notablemente inferior al de recursos de amparo en materia penal promovidos en 2015, cuando se alcanzaron los 3.485. En 2016 continuó el ligero descenso de amparos procedentes del orden jurisdiccional contencioso-administrativo: 1.659 frente a 1.898 en 2015 (en términos porcentuales eso representó una disminución del 26,35 por 100 del total de amparos al 24,82 por 100) y decreció igualmente el número de recursos de amparo procedentes de las jurisdicciones civil, que pasaron de 1.184 (16,43 por 100) en 2015 a 1.086 (16,25 por 100), y militar, con apenas 16, un 0,24 por 100 (33 en 2015: 0,45 por 100). Por el contrario, se incrementaron muy ligeramente los recursos de amparo procedentes de la jurisdicción social (409 en 2015: 5,67 por 100; 412 en 2016: 6,16 por 100). Fueron nueve los recursos de amparo frente a actos parlamentarios promovidos por el cauce del art. 42 LOTC, lo que representó un 0,13 por 100 del total...”

“...Casi un tercio de los recursos de amparo se interpusieron después de que se hubiera dictado una sentencia o auto por el Tribunal Supremo (2.064, un 30,88 por 100 de los nuevos recursos de amparo). Los demás recursos de amparo procedieron de litigios y causas resueltos por otros órganos jurisdiccionales, entre los que numéricamente destacan las Audiencias Provinciales (2.276, un 34,05 por 100), los Tribunales Superiores de Justicia (1.055, el 15,78 por 100) y los Juzgados unipersonales de los distintos órdenes jurisdiccionales (1.019, el 15,24 por 100). Se promovió un recurso de amparo frente a una resolución del Tribunal Militar Central y ninguno respecto de resoluciones de los Tribunales Militares Territoriales. La mayoría de los recursos de amparo tuvieron por objeto resoluciones judiciales dictadas en segunda instancia o en grado de suplicación (2.777, el 41,54 por 100); seguidos por aquellos otros interpuestos frente a resoluciones dictadas en grado de casación o revisión, que alcanzaron la cifra de 2.072 (30,99 por 100). Por último, en 1.726 recursos de amparo se impugnaban resoluciones dictadas en primera o única instancia (25,82 por 100)...”

“...En 4.957 de los recursos se solicitaba el amparo para una o varias de las garantías procesales proclamadas en el artículo 24 de la Constitución (lo que significa que estos derechos fueron invocados en el 74,15 por 100 de las demandas de amparo). El derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución fue invocado en 877 demandas de amparo (13,11 por 100 de los recursos de amparo). Los demás derechos fundamentales y libertades públicas fueron alegados en 1.689 demandas de amparo (25,26 por 100 de los recursos de amparo de nuevo ingreso)...”

“...El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 de la Constitución fue invocado en 4.889 demandas de amparo constitucional (73,13 por 100). De las garantías procesales del art. 24.2 CE destacan, por la frecuencia de su invocación, los derechos a la presunción de inocencia, invocado en 1.015 demandas (15,19 por 100), a un proceso con todas las garantías, alegado en 544 ocasiones (8,13 por 100 de demandas) y los derechos a la defensa y a la asistencia letrada (259 demandas de amparo, un 3,87 por 100) y a la prueba pertinente para la defensa (220, un 3,29 por 100)...”²⁴⁰

“...Por su parte, las Salas y Secciones admitieron a trámite 67 recursos de amparo y dictaron dos autos y 7.026 providencias de inadmisión. Como ya se ha indicado en su momento, siete providencias de inadmisión, todas ellas de la Sala Segunda, fueron revocadas al estimarse los correspondientes recursos de súplica promovidos por el Ministerio Fiscal. De modo que del total de decisiones sobre admisión adoptadas a lo largo del año en materia de amparo (7.088, cifra que arroja la suma de las providencias de admisión, autos y providencias de inadmisión), solo el 0,95 por 100 dio lugar a la tramitación de los recursos para su posterior resolución por sentencia y el restante 99,05 por 100 supuso la inadmisión del recurso...”²⁴¹

“...En cuanto a las causas de inadmisión, los datos muestran el predominio de la causa relativa a la insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional (1.656 recursos de amparo, es decir, el 39,15 por 100), seguida a gran distancia de la relativa a la falta de justificación de la especial trascendencia constitucional (677 demandas, el 16 por 100 de las inadmitidas) y la falta de especial trascendencia constitucional (662, el 15,65 por 100), la falta de agotamiento de la vía judicial previa (397, el 9,39 por 100) y la falta de subsanación de defectos procesales (340, el 8,04 por 100). La extemporaneidad fue determinante de la in-admisión de 179 recursos (4,23 por 100), la inexistencia de lesión del derecho fundamental invocada de otros 169 (4 por 100). En 107 providencias se dieron varios motivos para la inadmisión (2,53 por 100) y en 19 se constató la falta de denuncia tempestiva de la vulneración del derecho fundamental (0,45 por 100). En 24 providencias de inadmisión se citaron otros motivos distintos de los anteriores (0,57 por 100)...”²⁴²

²⁴⁰ Tribunal Constitucional, *Memoria 2016*, op. cit., pág. 41.

²⁴¹ Tribunal Constitucional, *Memoria 2016*, op. cit., pág. 45.

²⁴² Tribunal Constitucional, *Memoria 2016*, op. cit., pág. 46.

La lectura de estos pasajes de la Memoria TC 2016 y el cotejo de los cuadros que aparecen al final de la misma²⁴³, confirma varias de las cuestiones a las que venimos refiriéndonos, a saber: a) los recursos de amparo, que alcanzaron un total de 6.685, suponen la inmensa mayoría de la actividad del TC, en concreto el 98,69 por 100 de los asuntos de nuevo ingreso; b) la mayoría de ellos se interpusieron contra resoluciones o actuaciones judiciales, en concreto 6.665, lo que supone el 99,70% del total; c) de ellos, corresponden tan solo a la jurisdicción social 412 asuntos, que es tan sólo un 6,18% y evidencia lo ya afirmado en torno a la poca incidencia de vulneración de derechos fundamentales en dicha jurisdicción; d) de todos los recursos de amparo interpuestos (6.685), tan solo se admitieron a trámite 67, es decir, el 1,00%; y, e) las fundamentales causas de inadmisión fueron la insuficiente justificación de la especial transcendencia constitucional (39,15 % de las inadmisiones), la falta de justificación de la especial transcendencia constitucional de la demanda (16,00 %), la falta de especial transcendencia constitucional de la demanda (15,65 %) y la falta de agotamiento de todos los recursos en la vía judicial previa (el 9,39 %).

Finalmente, si comparamos la entrada de recursos de amparo desde el 2000 al 2016 -a través de las correspondientes Memorias del TC-, se evidencia la siguiente evolución:

Año	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
R. Amparo	6.762	6.786	7.285	7.721	7.814	9.476	11.471	9.840

Año	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
R. Amparo	10.279	10.792	8.947	7.098	7.205	7.376	7.663	7.203	6.685

De donde podemos inferir que en la media del volumen de entrada de los años 2008 a 2010, comparada con la media de los años 2011 a 2016, se aprecia un descenso en torno al 30%, para estancarse el nivel de entrada a partir del 2011 y hasta 2015, con algún pequeño incremento, en torno a los 7.200 recursos de amparo, de los que finalmente se admiten en torno a 80 o 90 anuales en el segundo periodo considerado, por una media de 120 en el primer periodo; y, en 2016, se aprecia otra ligera bajada (7,19%), descendiendo también el número de recursos amparo admitidos a trámite, que fueron 67, un uno por ciento de los presentados. Parece que, en el indicado descenso en el ingreso de recursos de amparo, sin duda tendrá que ver la incidencia de la LO 6/2007; con todo, lo sorprendente es que en el periodo de 2000 a 2007 se aprecia que la media del volumen de recursos de amparo ingresados es muy similar al que se evidencia en el periodo 2011 a 2016, una vez estabilizado el posible efecto de la reforma de 2007.

²⁴³ Tribunal Constitucional, *Memoria 2016*, op. cit., págs. 251 y ss.

En definitiva, se puede concluir, de una parte, que la reforma de 2007 apenas ha surtido el efecto pretendido sobre el volumen de entrada de recursos de amparo; de otra parte, si en el número de asuntos que finalmente admite el TC y concluye por sentencia no se aprecian cambios significativos en los periodos considerados, la consecuencia es que la disminución de asuntos que llegan a sentencia tiene su razón de ser en aspectos distintos a la existencia del incidente excepcional de nulidad de actuaciones como pretendida vía previa al recurso de amparo.

V. CONCLUSIONES

Las publicaciones que dan origen a la presente Tesis Doctoral giran en torno a la NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES Y EL PROCESO SOCIAL, tema en relación con el cual consideramos acreditada la necesaria unidad y coherencia exigida, no en vano persiguen analizar la evolución normativa y jurisprudencial existente al respecto sin dejar de realizar una revisión crítica, detectando sus bondades y defectos con el fin último de formular propuestas de mejora. En la presente Tesis por compendio de publicaciones, además de reproducir íntegramente dichas publicaciones -como resulta obligado por la normativa de la Universidad de León en relación con la elaboración de Tesis Doctorales por referida modalidad-, hemos procurado efectuar la exposición de la aportación de la investigación científica personal sobre una materia siempre de actualidad, como es la propuesta, unida o tamizada por la experiencia propia del ejercicio de las profesiones de Letrado de la Administración de Justicia y de Magistrado, durante más de treinta años.

Como conclusiones fundamentales, podemos establecer las siguientes:

Primera.- Uno de los principales errores en la conceptualización de la nulidad de actuaciones consistió en haber trasladado al ámbito de la nulidad de actuaciones judiciales las categorías existentes a mediados del siglo XX en relación con la nulidad de los contratos en el orden civil. Siendo este el tratamiento común en la doctrina hasta la LOPJ de 1985, carecía completamente de apoyo legal, de modo que todo él era una mera elucubración teórica, lo cual puede servir para explicar la razón del divorcio existente entre la doctrina y la práctica judicial sobre la materia; y, también, para comprender que los actuales procesalistas -surgidos tras la Constitucional de 1978-, se hayan planteado nuevas soluciones a este viejo problema, sobre todo desde la perspectiva del derecho procesal constitucionalizado.

Segunda.- Resuelta evidente la trascendencia constitucional del tema de la nulidad de actuaciones judiciales por la incidencia que puede tener en relación con la tutela de los derechos fundamentales. La referida tutela corresponde, ante todo, a los tribunales ordinarios; sin embargo, dada la carencia de satisfacción por la jurisdicción ordinaria, resta al ciudadano acudir al Tribunal Constitucional, a través del proceso de amparo constitucional, que se configura bajo la nota de subsidiariedad, no pocas veces desbordada.

Tercera.- Desde esa perspectiva, se entiende la importancia de las relaciones entre el recurso de amparo y el incidente de nulidad de actuaciones judiciales, que como hemos expuesto -tanto en los trabajos publicados que dan lugar a esta Tesis por compendio de publicaciones, como en la actualización que hemos efectuado en esta memoria-, continúan sin estar resueltas en todos

sus extremos, generando no pocas parcelas de inseguridad jurídica, que se consideran indeseables en materia tan sensible como la relativa a la tutela de los derechos fundamentales.

Cuarta.- Procede insistir en que, a pesar de las múltiples reformas legislativas que se han sucedido en la materia objeto de estudio, se continúa evidenciando un insatisfactorio desarrollo legislativo del art. 53.2 CE, en relación con los derechos fundamentales de carácter procesal, en atención a que en ningún caso el incidente de nulidad puede cumplir la función que se le pretende atribuir de garantía genérica de los derechos fundamentales por impedirlo los límites que emanan de su propia regulación, que exige que el vicio no se haya podido denunciar antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que no quepa otro recurso ordinario ni extraordinario. De modo que el incidente, al menos tal y como está regulado, no puede utilizarse como el recurso que agote la vía jurisdiccional antes del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, justamente porque la vía jurisdiccional ya se agotó con la sentencia dictada en apelación, o, caso de no haber existido recurso, con la sentencia firme.

Esta falta de un desarrollo legislativo pleno del art. 53.2 CE, sobre todo en relación con los citados derechos fundamentales de carácter procesal, está ocasionando un defecto estructural de tutela en sede jurisdiccional ordinaria en materia de derechos y libertades fundamentales, con el consiguiente incremento de la carga procesal que ha de soportar el Tribunal Constitucional. Genera, por ende, una inadecuada proliferación de recursos de amparo, con una tendencia desnaturalizadora del mismo y ocasiona no pocas fricciones entre el TC y los tribunales ordinarios; dando lugar, además, a importantes repercusiones negativas sobre otras competencias y funciones del Máximo Intérprete de la Constitución.

Quinta.- En todo caso, partiendo de la distinción entre los derechos fundamentales no procesales y los restantes derechos fundamentales de carácter procesal, resulta que el incidente de nulidad de actuaciones no puede cumplir la función de cauce genérico de protección de los derechos fundamentales; de modo que, en cuanto a los derechos fundamentales no procesales en todos los órdenes jurisdiccionales existen procedimientos adecuados para articular dicha tutela; así: en el orden civil, el artículo 249.1.2º LECiv; en el contencioso administrativo, los artículos 114 al 122 LJCA; siendo un poco más compleja la función de protección de los derechos fundamentales no procesales en el orden penal, pero existiendo igualmente, por cuanto el proceso penal sirve precisamente para garantizar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

Sexta.- En cuanto al orden jurisdiccional social se refiere, el desarrollo del art. 53.2 CE, en relación con los derechos fundamentales no procesales, se considera satisfactorio en sede legislativa, en concreto en atención a la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas,

regulada en el Capítulo XI del Título II, del Libro II de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (arts. 177 y ss. LRJS); también lo es su aplicación práctica por Juzgados y Tribunales.

Ese adecuado desarrollo legislativo tiene su máximo exponente en la LRJS de 2011, que abrió el proceso de tutela de derechos fundamentales en el orden social a todos los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de invocación en el ámbito de la relación laboral (art. 177), atrayendo hacia el orden jurisdiccional social las pretensiones formuladas -en dicha materia-, contra terceros vinculados al empresario [arts. 2.f) y 2.e), en relación con el 177.4 y concordantes], estableciendo el carácter urgente, sumario y preferente de dicha modalidad procesal (art. 179.1 y 2), con preceptiva intervención del Ministerio Fiscal (art. 177.3), articulando un eficaz sistema de medidas cautelares (art. 180), dando respuesta individualizada a materia tan sensible como el acoso laboral (art. 180.4 y concordantes), manteniendo el principio de inversión de la carga de la prueba (art. 181.2), y permitiendo la acumulación de la tutela resarcitoria o indemnizatoria (art. 183), a las tradicionales tutelas declarativa y cesatoria existentes en materia de vulneración de derechos fundamentales (art. 182).

Séptima.- Tanto en relación con dicha modalidad procesal, como con el proceso laboral en general, es necesario destacar la importancia de los principios que inspiran el orden jurisdiccional social (inmediación, oralidad, concentración, celeridad, carácter subsanador, etc.), para mitigar las posibles nulidades de actuaciones judiciales. De hecho, al menos desde 1991, los órganos jurisdiccionales del orden social son los que menor número de recursos de amparo provocan, pasando así a convertirse en el más respetuoso con nuestra Constitución, lo cual ha sido debido, no sólo al buen hacer de los Magistrados y Secretarios Judiciales (actualmente Letrados de la Administración de Justicia) de lo Social, del personal auxiliar y colaborador, sino también a la puesta en aplicación de unas buenas normas procesales, en su momento la LPL 1990, posteriormente la LPL 1995, y en la actualidad la LRJS 2011.

Octava.- No obstante, en los tiempos actuales, esa buena marcha de la jurisdicción social se ha visto afectada, desde el punto de vista negativo, por múltiples factores, como la crisis económica, que ha incrementado enormemente el nivel de asuntos a resolver sin la correlativa creación de órganos judiciales, la atribución de nuevas competencias al orden social como consecuencia de la LRJS, la incidencia de la denominada Nueva Oficina Judicial (NOJ), o del expediente judicial electrónico (Justicia Digital), entre otros. Elementos que consideramos que en ningún caso han de afectar al proceso debido, del cual los máximos garantes han de ser los Jueces y Tribunales, por evidentes exigencias constitucionales, si bien la práctica demuestra lo contrario.

Novena.- En la implantación de la que venimos denominado Justicia Digital en el orden social se aprecian fallos estructurales básicos, pues con carácter general la misma se remite al desarrollo implementado en el orden civil, obviando la normativa específica social, lo cual está generando disfunciones, al menos, en materia de la vigencia del principio de subsanación y el funcionamiento cuasi automatizado de Lexnet, así como importantes problemas en materia de postergación de derechos de los trabajadores e intervención del Fogasa, en el caso de empresas desaparecidas y utilización de la denominada “sede judicial electrónica”, como hemos tenido ocasión de exponer.

Referidas disfunciones, generadoras de posibles nulidades de actuaciones, exigen una urgente reforma normativa, para clarificar la situación y restablecer la vigencia del principio de subsanación -de honda tradición en el orden jurisdiccional social- y los derechos de los trabajadores, que se han visto negativamente afectados –permítase la reiteración- por la implantación de la Justicia Digital en el orden jurisdiccional social.

Décima.- En una futura reforma legislativa, sería conveniente que se clarificase normativamente que el incidente excepcional de nulidad de actuaciones no cumple los fines del procedimiento del art. 53.2 CE en materia de derechos fundamentales procesales y que, finalmente, se regulase dicho procedimiento de forma autónoma y desligada de la materia propia de las nulidades de actuaciones judiciales, pues, insistimos, que si bien en el actual estado del ordenamiento jurídico existe regulación normativa suficiente para la tutela de los derechos fundamentales no procesales, en cambio, sigue sin llevarse a cabo un pleno desarrollo del art. 53.2 CE, dado que no existe el adecuado procedimiento de tutela de los derechos fundamentales procesales, al no cumplir satisfactoriamente dicha finalidad el incidente excepcional de nulidad de actuaciones.

Finalmente, sería deseable que esa futura modificación normativa pudiera dar adecuada respuesta a otro de los fines de la reforma del 2007, es decir, la reducción del número de recursos de amparo, que no se ha visto satisfecho; en definitiva, el indicado desarrollo pleno del artículo 53.2 CE implicaría que el legislador reconozca la función plena de los tribunales ordinarios como garantes de todos los derechos fundamentales, sin perjuicio de la función que, en materia de recurso de amparo corresponde al Tribunal Constitucional, cuyo carácter subsidiario se vería de este modo reforzado y con ello se avanzaría además en el objetivo de reducir el elevado número de recursos que bajo esta modalidad recibe dicho Tribunal.

En todo caso, siempre conviene recordar que *"...la ciencia avanza a base de ir demostrando que las teorías anteriores no se corresponden con la realidad; cuando no cabe esta posibilidad lo que se hace no es ciencia..."* (MONTERO AROCA, citando a POPPER).

*

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA²⁴⁴

- ANDRÉS CIURANA, B., “Nulidad de actuaciones y sentencia firme: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 28 de mayo de 1998”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 4709, Madrid, 11 de enero de 1999.
- ARAGÓN REYES, M., “El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo. Función del Ministerio Fiscal”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, UNED, Madrid, 2011.
- ARIAS LOZANO, D., “Nota urgente sobre la resurrección del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Otrosí, publicación del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 134-2ª época, Madrid, diciembre, 1997.
- BARBER BURUSCO, S., “La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el incidente de nulidad de actuaciones”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 880/2014, Editorial Aranzadi, SAU, versión digital [BIB 2014\589].
- BENITO ALONSO, F. “La revocación de sentencias firmes recaídas en procesos viciados de nulidad”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3432, Madrid, 11 de enero de 1994.
- CARRASCO DURÁN, M., “El incidente de nulidad de actuaciones: problemas y algunas soluciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2013, Editorial Aranzadi, SLU, edición digital [BIB 2013\1055].
- CARRASCO DURAN, M., “El incidente de nulidad de actuaciones, tras la ley orgánica 6/2007”, “Parte Primera. Los problemas procesales en el amparo reformado”, en *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional: (el camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España)*, José María Morales Arroyo (director) Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.
- CARRETERO SÁNCHEZ, S., “Acerca de la nulidad de actuaciones y su complicada clarificación constitucional”, *Diario La Ley*, núm. 8275, Sección Tribuna, Editorial La Ley, Madrid, 11 de abril de 2014.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

²⁴⁴ A continuación se recoge la bibliografía citada en la Memoria que antecede, de elaboración necesaria en la modalidad de Tesis por compendio de publicaciones, como es ésta; en los correspondientes Anexos, se recogen las obras que se compendian, en su caso, con la correspondiente bibliografía al final de las mismas, que aparece en la publicación original; y, por último, tras esos Anexos en capítulo aparte se incluye la Bibliografía General sobre nulidad de actuaciones judiciales, actualizada a la fecha de cierre de esta Tesis.

- DIAZ MARTÍNEZ, M., “Análisis de los supuestos en los que procede la nulidad de pleno derecho de los actos procesales”, *Práctica de Tribunales*, núm. 46, Sección Estudios, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, Febrero 2008.
- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “La reforma del art. 240 de la LOPJ: Luces y sombras”, *Revista Tribunales de Justicia*, Madrid, núm. 2, 1998.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “Fijación de los hechos en el proceso de despido disciplinario: nulidad de actuaciones por alegación y prueba de hechos no aducidos en la carta de despido”, AAVV (GÁRATE CASTRO, J., Coord.): *Cuestiones actuales de despido disciplinario: estudios ofrecidos al Prof. Manuel Alonso Olea con motivo de su investidura como doctor honoris causa de la Universidad de Santiago de Compostela*, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Comentario al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica del tribunal Constitucional, hecho público en septiembre de 2005”, en *La reforma de la justicia constitucional*, Elcano, Pamplona, 2006.
- FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., “El incidente de nulidad de actuaciones” (I) y (II), *Revista Jurídica la Ley*, núm. 9644/2016, enero 2017 y núm. 394/2017, Madrid, febrero 2017.
- GABALDÓN LÓPEZ, J., “Nulidad de actuaciones procesales y recurso de amparo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- GARBERI LLOBREGAT, J., “La nueva (y polémica) doctrina del Tribunal Constitucional sobre el ‘recurso de audiencia al rebelde’ (A propósito de la STC 15/1996, de 30 de enero)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 240, Madrid, 4 de abril de 1996.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Sobre la proyectada reforma del Tribunal Constitucional y del recurso de amparo”, *Diario La Ley*, núm. 6413, Madrid, 2 de febrero de 2006.
- GARNICA MARTÍN, J.F., “Nulidad de actuaciones después de sentencia firme”, en *Revista Justicia*, 1990, Tomo IV, Barcelona, 1990.
- GIMENO SENDRA, V., “El derecho a un proceso laboral con todas las garantías”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, CGPJ, Madrid, 1996.
- GIMENO SENDRA, V., “Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho Procesal Europeo”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 4734, Madrid, 1999.
- GÓMEZ CINTAS, M^a del M., “La nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997”, *Revista Secretarios Judiciales*, núm. 9, La Ley-Actualidad, Madrid, octubre de 1998.

- GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, E., “El proceso electrónico”, *La Ley Penal*, nº 118, Sección *Derecho Procesal Penal*, enero-febrero 2016, Editorial La Ley, versión digital en *laleydigital* 360.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario a la STC 110/1988”, en *Revista La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1989.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Nulidad de actuaciones y la Constitución”, *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1992.
- HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., *La nueva regulación de la nulidad procesal (El sistema de ineficacia de la LOPJ)*, Oviedo, 1995.
- LAMO RUBIO, J. de. “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, Madrid, 10 de febrero de 1994.
- LAMO RUBIO, J. de, “Nulidad de actuaciones y ejecución de sentencia”, *ponencia inédita*, expuesta en el curso sobre *Fe Pública y Nulidad de actuaciones*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 12 al 14 de diciembre de 1994.
- LAMO RUBIO, J. de, “Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales”, publicación de separata en *Revista de los Tribunales de Castilla-La Mancha*, Editorial Euroius, Madrid, abril, 1997.
- LAMO RUBIO, J. de, “Nulidad de actuaciones judiciales y sistema de recursos. Estudio sistemático en relación con el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ponencia expuesta en el curso sobre *El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 30 de marzo a 1 de abril de 1998.
- LAMO RUBIO, J. de, “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al artículo 1º de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 3 y 4 de agosto de 1998.
- LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998.
- LAMO RUBIO, J. de, “El ‘remozado’ incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al art. 2º de la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, de modificación de los artículos 19 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista General de Derecho*, Valencia, julio-agosto, 1999.
- LAMO RUBIO, J. de, “Aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones judiciales: vías o cauces. Especial referencia al nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales introducido mediante Ley Orgánica 5/1997, de reforma de la LOPJ”, *Nulidad de actuaciones: presente y futuro*, *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999, Tomo III-1999.

- LAMO RUBIO, J. de, “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales: su incidencia en el proceso laboral”, *Cuestiones actuales del proceso laboral, Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999, Tomo III-1999.
- LAMO RUBIO, J. de, “La ‘sede judicial electrónica’ y los derechos del trabajador en caso de empresas desaparecidas”, *Diario La Ley*, núm. 9037, de 8 de septiembre de 2017, Wolters Kluwer, *versión electrónica*.
- MAGRO SERVET, V, “Alegación de la nulidad de actuaciones en el plazo de veinte días desde que se tuvo conocimiento de la causa. Necesidad de que el tribunal motive esta alegación. STC 204/2009, de 23 de noviembre”, *Práctica de Tribunales*, núm. 82, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, mayo 2011.
- MARTÍN BRAÑAS, C., “Nulidad de actuaciones: inadmisión de prueba testifical”, *Tribunales de Justicia*, núm. 3, Madrid, 1999.
- MARTÍN BRAÑAS, C., “Nulidad de actuaciones: hechos probados insuficientes y falta de motivación”, *Tribunales de Justicia*, núm. 5, Madrid, 1999.
- MARTÍN BRAÑAS, C., “Nulidad de actuaciones: ampliación de demanda sobre hechos no conciliados previamente”, *Tribunales de Justicia*, núms. 8-9, Madrid, 1999.
- MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Editorial Colex, Madrid, 1991.
- MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M., *La nulidad de actuaciones en el proceso civil. Análisis constitucional de la nulidad en la LOPJ*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ MOYA, J., “El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso laboral”, *La nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones, Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 57, CGPJ, Madrid, 2008.
- MEGINO FERNÁNDEZ, D., *El incidente de nulidad de actuaciones*, Editorial Juruá, Lisboa, 2010.
- MONTERO AROCA., J. “Evolución conceptual de la nulidad de actuaciones”, *La nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones*, CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 57, 2008.
- MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según el nuevo artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: consideraciones críticas”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 12 de marzo de 1998.
- MORENILLA ALLARD, P. y CASTRO MARTÍN, J.L. de, “Sobre la constitucionalidad del art. 241.1.II LOPJ, en cuanto que atribuye la competencia para el conocimiento y resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones al mismo Tribunal que dictó la resolución judicial firme cuya rescisión se postula”, *Diario La Ley*, núm. 7784, Sección Doctrina, Editorial La Ley, Madrid, 26 de enero de 2012.

- MORENO CATENA, V, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1831, Madrid, 15 de octubre de 1998.
- PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, Madrid, 1994.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Ed. Thomson Aranzadi, S.A., Pamplona, 2008.
- ROBLEDO VILLAR, A., “Sobre la nulidad de actuaciones en el apremio de bienes inmuebles por práctica defectuosa de actos de comunicación”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 1997.
- SAINZ DE ROBLES, F.C., “La nulidad de actuaciones. Tribulaciones, muerte y resurrección de una cuestión maldita”, *Tapia. Revista para el mundo del Derecho*, Madrid, enero-febrero, 1998.
- SALA SÁNCHEZ, P., “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1994/95, Madrid, septiembre de 1994.
- SALA SÁNCHEZ, P., “El TS como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes del Derecho”, discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1995/96, Madrid, septiembre de 1995.
- SALINAS MOLINA, F., “Las comparecencias en la ejecución. Cambio de partes e intervención de terceros. Tercerías de dominio y de mejor derecho”, *La Ejecución en el Proceso Laboral*, Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997.
- SERRERA CONTRERAS, P.L., “La protección ordinaria de los derechos fundamentales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 173, Madrid, 17 de noviembre de 1994.
- SOSPEDRA NAVAS, F.J., “Los requisitos procesales del recurso de amparo: el incidente excepcional de nulidad de actuaciones y la especial transcendencia constitucional”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 39, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2015.

TASCÓN LÓPEZ, R. "Las vías para remediar la nulidad de las actuaciones procesales en el orden social de la jurisdicción", *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 86, Sevilla, 2006.

URBANO CASTRILLO, E. de, "Sobre la nulidad *post sententiam*", *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 20 de julio de 1998.

VERGE GRAU, J., *La Nulidad de actuaciones*, Editorial Bosch, Barcelona, 1987.

VERGE GRAU, J., "La nulidad procesal después de sentencia", *Cuadernos de Derecho Judicial, sobre La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.

VERGE GRAU, J., "¿Un nuevo incidente de nulidad?", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 259, Madrid, 5 de septiembre de 1996.

VIVER I PI-SUNYER, C., "Diagnóstico para una reforma", *La reforma del recurso de amparo*, (PÉREZ TREMPES, P., Coord.), Valencia, 2004.

ANEXOS

COPIA COMPLETA DE LOS TRABAJOS YA PUBLICADOS QUE SE INCLUYEN EN EL COMPENDIO

De conformidad con la normativa de la Universidad de León, en materia de Tesis Doctorales por compendio de publicaciones, se copian a continuación los trabajos que integran la misma, **todos ellos ya publicados, de la autoría exclusiva del autor de esta Tesis**, y con expresión de la Editorial o Revista en que se publicaron, así como los demás datos usuales para facilitar la identificación de los mismos.

Se incluyen un (1) Libro, y ocho (8) artículos doctrinales, que cumplen dichos requisitos, y en relación con los cuales ya hemos justificado la necesaria unidad temática, que, en definitiva, da sentido a la presente tesis y que gira en torno a la Nulidad de Actuaciones Judiciales y el Proceso Laboral.

ANEXO I:

Libro publicado, de autoría exclusiva

NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL Y PERSPECTIVAS, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, con 327 páginas; ISBN 84-930083-3-8.

Jaime de Lamo Rubio

**Nulidad de actuaciones
judiciales. Régimen jurídico actual
y perspectivas**

**EDICIONES
REVISTA GENERAL DE DERECHO**

Autor:
JAIME DE LAMO RUBIO
Secretario Judicial

NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES
RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL
Y PERSPECTIVAS

Valencia, 1998

A Elle, y a nuestra hija, Irene

ÍNDICE

Abreviaturas

Capítulo 1. Aproximación a la nulidad de actuaciones judiciales

1. Planteamiento
2. Evolución reciente de la normativa sobre nulidad de actuaciones judiciales
 - 2.1. Situación hasta 1984
 - 2.2. Desde 1984 hasta 1985
 - 2.3. Situación a partir de 1985
 - 2.3.1. Hasta la Sentencia del TC 110/1988
 - 2.3.2. Sentencia del TC 110/1988
 - 2.3.3. Sentencia Pleno TC 185/1990 y evolución posterior
 - 2.4. Reforma de 1997 de la LOPJ

Capítulo 2. Eficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales

1. El proceso y los actos procesales: eficacia procesal
 - 1.1. Aproximación al proceso
 - 1.2. Concepto de acto procesal
 - 1.3.1. Actos del órgano judicial
 - 1.3.2. Actos de parte
 - 1.3.3. Actos de terceros
 - 1.4. Actos procesales del Juez
 - 1.4.1. Acuerdos
 - 1.4.2. Providencias
 - 1.4.3. Autos
 - 1.4.4. Sentencias
 - 1.5. Actos procesales del Secretario Judicial
 - 1.6. Notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos
 - 1.6.1. Notificaciones en sentido estricto
 - A) Notificaciones en el orden jurisdiccional civil
 - B) Notificaciones en el orden jurisdiccional penal
 - C) Notificaciones en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo
 - D) Notificaciones en el orden jurisdiccional laboral
 - 1.6.2. Citaciones
 - A) Citaciones en el orden jurisdiccional civil
 - B) Citaciones en el orden jurisdiccional penal
 - 1.6.3. Emplazamientos
 - 1.6.4. Requerimientos

- 1.6.5. Disposiciones comunes a las notificaciones en general
- 1.7. Actos de comunicación con otros órganos judiciales y con autoridades
 - 1.7.1. Normas generales
 - 1.7.2. Clasificación
 - 1.7.3. Exhortos
 - A) Exhortos en el orden jurisdiccional civil
 - B) Exhortos en el orden jurisdiccional penal
 - 1.7.4. Oficios y mandamientos
 - A) En el orden jurisdiccional civil
 - B) En el orden jurisdiccional penal
 - 1.7.5. Cooperación jurisdiccional internacional
 - A) Cooperación activa
 - B) Cooperación pasiva
- 1.8. Influencia del tiempo en las actuaciones procesales
 - 1.8.1. Términos y plazos
 - 1.8.2. Cómputo de plazos
 - A) En general
 - B) Cómputo de los plazos señalados por días
 - C) Cómputo de los plazos señalados por meses o años
 - 1.8.3. Referencia a la preclusión
 - A) En el orden jurisdiccional civil
 - B) En el orden jurisdiccional penal
 - C) En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo
 - 1.8.4. Días y horas hábiles para la práctica de las actuaciones judiciales
 - 1.8.5. Audiencia pública y otras cuestiones relacionadas
- 1.9. Publicidad del proceso
- 1.10. Otras cuestiones de interés
 - 1.10.1. Constitución de los órganos judiciales
 - 1.10.2. Otros principios reguladores de las actuaciones judiciales
- 1.11. Para concluir
- 2. Ineficacia procesal. Aproximación doctrinal
 - 2.1. Inexistencia
 - 2.2. Nulidad absoluta
 - 2.3. Nulidad relativa
 - 2.4. Anulabilidad
 - 2.5. Irregularidad

Capítulo 3. Regulación actual de la nulidad de actuaciones judiciales: aspecto sustantivo

- 1. Bloque normativo
- 2. Nulidad de pleno derecho
 - 2.1. Manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional
 - 2.1.1. Falta de jurisdicción
 - 2.1.2. Falta de competencia objetiva o funcional
 - 2.2. Actos realizados bajo violencia o intimidación racional y fundada en un mal inminente y grave
 - 2.3. Actos realizados prescindiendo total y absolutamente de las normas

esenciales del procedimiento establecido por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión

2.3.1. Aproximación al concepto de indefensión

2.3.2. Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley (...) siempre que efectivamente se haya producido indefensión

2.3.3. Actos procesales con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión

A) Principio de audiencia

B) Principio de asistencia

C) Principio de defensa

2.3.4. Casuística jurisprudencial sobre el art. 238.3 LOPJ

3. Anulabilidad

4. Subsanción de actos procesales defectuosos

5. Principio de conservación de los actos procesales

6. Tratamiento procesal de los actos irregulares

Capítulo 4. Regulación actual de la nulidad de actuaciones judiciales: aspecto procedimental

1. Planteamiento

2. Primera vía: Los recursos legalmente previstos

3. Segunda vía: Declaración de oficio

4. Tercera vía: Demás medios que establezcan las leyes procesales

5. Cuarta vía: El incidente de nulidad de actuaciones creado por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ

5.1. Introducción

5.2. Objeto

5.2.1. Defectos de forma causantes de nulidad de actuaciones

5.2.2. Nulidad de actuaciones fundada en incongruencia del fallo

5.3. Competencia

5.4. Legitimación

5.5. Plazo

5.6. Tramitación

5.7. Resolución

5.8. Régimen de recursos

6. Recurso de amparo constitucional y nulidad de actuaciones judiciales

Capítulo 5. Especial consideración de la nulidad de actuaciones en ejecución de sentencia

1. Ideas generales sobre ejecución de sentencia

1.1. Aproximación conceptual

1.2. Naturaleza jurídica

1.3. Principios que rigen la ejecución

1.3.1. Principio de legalidad

1.3.2. Principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes

- 1.3.3. Principio de efectividad
- 1.3.4. Principio de identidad entre lo ejecutado y lo resuelto
- 1.3.5. Principio de celeridad
- 2. Nulidad de actuaciones judiciales y ejecución de sentencia
 - 2.1. Planteamiento
 - 2.2. Tratamiento doctrinal de la nulidad de actuaciones de oficio en ejecución de sentencia
 - 2.2.1. Posturas favorables
 - 2.2.2. Otras posturas doctrinales
 - 2.3. Tratamiento jurisprudencial de la nulidad de actuaciones de oficio en ejecución de sentencia
 - 2.3.1. Sentencia Pleno TC 185/1990, de 15 de noviembre
 - 2.3.2. Sentencia Pleno TC 245/1991, de 16 de diciembre
 - 2.3.3. Sentencia TC 221/1993, de 30 de junio y otras similares
 - 2.3.4. Sentencia TC 247/1993, de 19 de julio
 - 2.3.5. Sentencia TC 198/1994, de 4 de julio
 - 2.3.6. Sentencia Sala Primera Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1993 y similares
 - 2.3.7. Otras sentencias y resoluciones judiciales de interés
 - 2.3.8. A modo de recapitulación
- 3. Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones de oficio en ejecución de sentencia: conclusiones
 - 3.1. Planteamiento
 - 3.2. En relación con las partes del respectivo proceso
 - 3.2.1. Vicios determinantes de nulidad de actuaciones puestos de manifiesto o descubiertos en ejecución de sentencia y que afectan a la sentencia
 - 3.2.2. Vicios determinantes de nulidad de actuaciones detectados en ejecución de sentencia, pero producidos después de sentencia definitiva y con anterioridad a sentencia firme (firmeza) y que no afectan a la sentencia
 - 3.2.3. Vicios determinantes de nulidad de actuaciones producidos en ejecución de sentencia y que no afectan a la sentencia firme
 - 3.2.4. Vicios determinantes de nulidad de actuaciones producidos en ejecución de sentencia, pero dentro de los denominados "incidentes de integración de título ilíquido"
 - 3.3. En relación con los terceros ajenos al juicio o pleito

Capítulo 6. Perspectivas de futuro: El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil

- 1. Introducción
- 2. Recientes intentos de reforma
 - 2.1. El Proyecto de 1994 sobre introducción de un apartado tercero en el art. 240 LOPJ
 - 2.2. El Proyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo de 1995
 - 2.3. El Proyecto de Ley, adicional al anterior, de reforma de la LOPJ

3. El desarrollo del art. 53.2. de la Constitución
4. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998
 - 4.1. Consideración general sobre el Anteproyecto de Ley
 - 4.2. Novedades del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de nulidad de actuaciones judiciales
 - 4.2.1. En general
 - 4.2.2. Nulidad de pleno derecho
 - 4.2.3. Anulabilidad
 - 4.2.4. Subsanción
 - 4.2.5. Conservación de los actos procesales
 - 4.2.6. Actos irregulares
 - 4.3. Aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones
 - 4.3.1. En general
 - 4.3.2. Modificaciones en relación con la tercera vía: Especial consideración de la audiencia al rebelde y de la revisión de sentencias firmes
 - 4.3.3. En relación con la cuarta vía
 - 4.4. Balance crítico

Bibliografía

Abreviaturas

AN	= Audiencia Nacional
Admón	= Administración
AJA	= Revista Actualidad Jurídica Aranzadi
ALEC	= Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998
AP	= Audiencia Provincial
APE	= Revista Actualidad Penal
Art.	= Artículo
ARLOPJ	= Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOPJ
ATC	= Auto del Tribunal Constitucional
BICGPJ	= Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial
BIMJ	= Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BOCCGG	= Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	= Boletín Oficial del Estado
CC	= Código Civil
CdC	= Código de Comercio
CDJ	= Cuadernos de Derecho Judicial
CE	= Constitución Española
Cit.	= Citado/a
CGPJ	= Consejo General del Poder Judicial
Confr.	= Confróntese
CP	= Código Penal
CP 1995	= Código Penal de 1995
CP 1973	= Código Penal de 1973
DGRN	= Dirección General de Registros y Notariado
Ed.	= Edición
ET	= Estatuto de los Trabajadores
Excmo.	= Excelentísimo
FD	= Fundamento de Derecho
FGE	= Fiscalía General del Estado
FJ	= Fundamento Jurídico
Ilmo.	= Ilustrísimo
JCA	= Jurisdicción Contencioso- Administrativa

JGCA	= Juzgado Contencioso-Administrativo
JI	= Juzgado de Instrucción
JP	= Juzgado de lo Penal
JPaz	= Juzgado de Paz
JPI	= Juzgado de Primera Instancia
JPII	= Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
JVP	= Juzgado de Vigilancia Penitenciaria
JS	= Juzgado de lo Social
Jurisp.	= Jurisprudencia
L	= Ley
LA LEY	= Revista Jurídica La Ley
LAU	= Ley de Arrendamientos Urbanos
LAR	= Ley de Arrendamientos Rústicos
LECiv	= Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrIm	= Ley de Enjuiciamiento Criminal
LMURP	= Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 1992
LO	= Ley Orgánica
LOPJ	= Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTG	= Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPL	= Ley de Procedimiento Laboral
LRJCA56	= Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956
LRJCA98	= Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998
MF	= Ministerio Fiscal
Núm.	= Número
NPD	= Nulidad de Pleno Derecho
Op. cit.	= Obra citada
P.	= Ponente
Pág.	= Página
Págs.	= Páginas
PLEC	= Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998
PJ	= Revista Poder Judicial
Pont.	= Ponente
PRLOPJ	= Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOPJ
RAJ	= Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
RD	= Real Decreto
RD-L	= Real Decreto-Ley
RDLg	= Real Decreto Legislativo
Ref.	= Referencia
RGD	= Revista General de Derecho
RGID	= Revista General Informática de Derecho
RJ	= Razonamiento Jurídico

ROCSJ	= Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales
RTC	= Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional
Rvta.	= Revista
S	= Sentencia
SAP	= Sentencia de Audiencia Provincial
SS	= Sentencias
Ss.	= siguientes
Sgte.	= Siguientes
Secc.	= Sección
Sr.	= Señor
STC	= Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTC	= Sentencias del Tribunal Constitucional
STS	= Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	= Sentencias del Tribunal supremo
T	= Tomo
TAPIA	= Revista Jurídica Tapia. Publicación para el mundo del Derecho
TC	= Tribunal Constitucional
TEDH	= Tribunal Europeo de Derecho Humanos
TS	= Tribunal Supremo
TSJ	= Tribunal Superior de Justicia
Vid.	= Ver, véase
Vol.	= Volumen

Capítulo 1

Aproximación a la nulidad de actuaciones judiciales

1. Planteamiento

La nulidad de actuaciones judiciales cobra especial importancia desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales, por la incidencia que puede tener en ella; referida tutela corresponde, ante todo, a los tribunales ordinarios, pero dada la carencia de satisfacción de la misma por la jurisdicción ordinaria, resta al ciudadano acudir al Tribunal Constitucional, a través del proceso de amparo constitucional, que se configura bajo la nota de subsidiaridad del mismo, no pocas veces desbordada; ahora bien, la falta de desarrollo legislativo pleno del art. 53.2 CE, está ocasionando un defecto estructural de tutela en sede jurisdiccional ordinaria en materia de derechos y libertades fundamentales, con el consiguiente incremento de la carga procesal que ha de soportar el TC, generando una inadecuada proliferación de recursos de amparo, con una tendencia desnaturalizadora del mismo y ocasionando no pocas fricciones entre el TC y los tribunales ordinarios¹; generando, además, importantes repercusiones negativas sobre otras competencias y funciones del TC; y así, el propio TC ha afirmado que “...la insuficiencia de desarrollo legislativo del art. 53.2 CE, al no posibilitar, mediante un recurso jurisdiccional previo y sumario, ni mediante la adecuación a la Constitución de las normas procesales, la corrección de esas vulneraciones, convierte (...) el amparo constitucional en un recurso subsidiario pero también común y general de última instancia respecto de todas las vulneraciones en procesos ordinarios que causen indefensión cuando haya recaído sentencia firme. De este modo, la falta de amparo, que sea realmente previo y sumario, ante los Tribunales ordinarios, que hace revertir...” al

¹ Ya en el año 1994, el Presidente del TS y del CGPJ, en el discurso pronunciado con ocasión de la solemne apertura del año judicial 1994-95, leído el 12 de septiembre de 1994, y versando, precisamente, sobre: “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, mostraba su preocupación sobre las fricciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional en indicada materia, y, tras analizar minuciosamente la falta de desarrollo legislativo del art. 53.2 CE y las consecuencias que de tal estado de cosas se derivaban, aportaba interesantes soluciones, a las que nos referiremos en posteriores capítulos de esta obra.

Tribunal Constitucional, “...toda la masa de recursos fundados en aquellos motivos, puede en definitiva repercutir en perjuicio de los particulares afectados al introducir en todo caso una instancia jurisdiccional más para la satisfacción de sus demandas...” (STC 185/1990, de 15 de noviembre). Situación que, en cierta medida, ha intentado ser paliada mediante la reciente Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ (BOE 5/12/1997), a través de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de un nuevo incidente de nulidad de actuaciones tras sentencia firme, superando, en cierta medida los estrechos límites del hasta entonces vigente art. 240.2 LOPJ ², pero que, como veremos, a lo largo de esta obra, tampoco supone solución definitiva a los problemas de delimitación de funciones entre la jurisdicción constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales.

La práctica forense diaria nos enseña que la nulidad de actuaciones judiciales es uno de aquellos temas jurídicos de constante actualidad, generando muchas, variadas y enriquecedoras cuestiones, de modo que indicado tema ha sido tratado ampliamente por la doctrina científica, y también por la jurisprudencia, tanto por parte del TC como por parte de los Juzgados y Tribunales ordinarios; tratamiento que ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia sobre la materia, sobre todo por parte del TC; jurisprudencia que ha sido vacilante, evolutiva y en ocasiones contradictoria, pero siempre interesante de analizar; a su consideración, así como a la emanada del Tribunal Supremo y de otros órganos jurisdiccionales nos dedicaremos en el lugar correspondiente de la presente obra. El tema de la nulidad de actuaciones judiciales ofrece al estudioso de la materia múltiples posibilidades de tratamiento, y así, la doctrina, como ya hemos dejado apuntado, ha dedicado numerosos estudios, unos con afán de tratar el tema en su totalidad, y otros tendentes a analizar determinados aspectos de la nulidad de actuaciones. Entre estos últimos enfoques los hay que se dedican a estudiar la nulidad de actuaciones en su proyección en los diversos órdenes jurisdiccionales: civil, penal, laboral, contencioso- administrativo, etcétera; o aquellos otros que pretenden estudiar aspectos más concretos, sobre todo al hilo de resoluciones judiciales o bien sentencias emanadas del Tribunal Constitucional. Dentro de esas amplias posibilidades que ofrece referido tema, se ha considerado oportuno, efectuar un estudio sintético sobre el actual estado del régimen de la nulidad de actuaciones, analizado a la luz de la jurisprudencia más reciente y considerando la doctrina existente sobre el tema, con un enfoque esencialmente práctico, por cuanto se ha tenido en cuenta la enriquecedora experiencia que la práctica forense aporta sobre esta materia; concluyendo con el estudio y consideración de la perspectivas de futura regulación de la nulidad de actuaciones judiciales.

² Y es que, desde la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, y sobre todo tras el art. 240 de referida ley, y suprimido el incidente de nulidad de actuaciones, tras la reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, operada por la Ley 34/1984, de 6 de Agosto (confr. art. 742.II LECiv), y a la luz de la Sentencia del Pleno TC 185/1990, de 15 de noviembre, y posteriores, resultaba que, en principio, no procedía declarar nulidad de actuaciones judiciales de oficio una vez existiera sentencia firme, con las consecuencias de todo orden que tal previsión legal generaba, como tendremos ocasión de ir analizando. Situación, a la que como indicamos, ha intentado dar respuesta la citada LO 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la LOPJ, si bien, como tendremos ocasión de ir analizando, tampoco se ofrece solución a todos los problemas que, desde la perspectiva procedimental, suscitan la nulidad de actuaciones judiciales.

2. Evolución reciente de la normativa sobre nulidad de actuaciones judiciales

Interesa, siquiera esquemáticamente, dejar ahora esbozada la evolución del marco normativo actual sobre la nulidad de actuaciones judiciales, para así posibilitar, en su momento, la deseada profundización en dicha materia. Y de esta manera, es posible distinguir las etapas que se expondrán, que gravitan fundamentalmente sobre el aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones.

2.1. Situación hasta 1984

En el art. 745 LECiv se recogía el denominado *incidente de nulidad de actuaciones*, que tenía carácter suspensivo. La Jurisprudencia calificó este incidente como un recurso extraordinario, al que sólo podía acudir cuando, previamente se habían agotado los recursos ordinarios, y no se hubiera obtenido la subsanación del vicio o su declaración de nulidad; incidente que sólo podía plantearse cuando se encontraba pendiente el proceso y del cual podían hacer uso tan sólo aquellos que fueran parte en el proceso, debiéndose respetar, en todo caso, la santidad de la cosa juzgada (SSTS 12 de julio de 1915, 6 de julio de 1917, 21 de febrero de 1941, 21 de febrero de 1942, 12 de diciembre de 1950, etcétera) y sin posibilidad de acudir a un proceso declarativo posterior, una vez fenecido el pleito en que se hubieren producido las nulidades (SSTS 1 de julio de 1904, 12 diciembre de 1950)³. La utilización de referido incidente de nulidad de actuaciones dio lugar a no pocos abusos, que desembocaron en dilaciones y otras disfunciones en la tramitación de los procesos, lo cual hizo que el legislador de 1984 (Ley 34/1984, de 6 de agosto) suprimiera dicho incidente, para evitar esas nocivas consecuencias para el proceso.

2.2. Desde 1984 hasta 1985

En el año 1984 se aprueba la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que reforma con carácter urgente la LECiv; dando nueva regulación a la materia tratada, y en concreto el art. 742.II LECiv viene a *suprimir* el incidente de nulidad de actuaciones, creando cierto vacío normativo. Ante el mismo, y siempre referido a vías procedimentales diferentes a la utilización de los recursos correspondientes, para hacer valer la nulidad de actuaciones, la jurisprudencia había configurado la declaración de nulidad de actuaciones como un *proceso atípico* amparado en el art. 6.3 del Código Civil, que era aplicable para corregir vicios procesales no subsanables ni susceptibles de convalidación a lo largo del procedimiento, siempre que aquellos hubieran provocado grave indefensión a la parte⁴.

³ GABALDÓN LÓPEZ, J. “Nulidad de actuaciones procesales y recurso de amparo”, en *Cuadernos de Derecho Judicial sobre La Nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 281.

⁴ MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Editorial Colex, 1991, págs. 105 y ss.

2.3. Situación a partir de 1985

Tras la LOPJ de 1985 la situación cambia, pues se da a la materia una *regulación específica* (arts. 238-243 LOPJ) de la cual nos ocuparemos en extenso en un próximo capítulo. Ahora nos interesa, sobre todo, la consideración del art. 240 LOPJ; pues bien, en relación con la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de actuaciones, hemos de afirmar que admite varias etapas dentro de la consideración jurisprudencial que del mismo ha efectuado el TC, y así, podemos distinguir las siguientes:

2.3.1. Hasta la Sentencia del TC 110/1988

El problema se plantea en torno a la expresión “...antes de que hubiere recaído sentencia definitiva...”, contenida en el art. 240.2 LOPJ. La doctrina mayoritaria (GUASP, GÓMEZ ORBANEJA, GÓMEZ DE LIAÑO, etcétera), viene entendiendo por sentencia definitiva aquella que resuelve o da solución jurídica a las cuestiones objeto de debate, y contra la cual cabe interponer un recurso ordinario o extraordinario (confr. art. 369 LECiv); en cambio las sentencias firmes son aquellas contra las que no cabe recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario (art. 369 LECiv), sin perjuicio de que contra las sentencias firmes se admitan ciertos remedios procesales, como el mal llamado *recurso* de revisión⁵, o la audiencia al rebelde, etcétera; remedios procesales a los que se refiere el art. 245.3 LOPJ cuando dice que “*Son sentencias firmes aquellas contra las que no quepa recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley*”⁶. Pues bien, partiendo de esta diferenciación, se llegó a entender que procedía la declaración de oficio de nulidad de actuaciones, hasta que existiera sentencia firme, pero respetando siempre las sentencias definitivas; es decir, una vez existiera sentencia definitiva y antes de que ganare firmeza, se podía declarar de oficio la nulidad de actuaciones de alguna o algunas de ellas, siempre y cuando que tal declaración no afecte a la sentencia definitiva; así, por ejemplo, nulidad de la notificación de sentencia, en cuanto acto procesal de comunicación, y así posibilitar la utilización de los recursos procedentes contra la sentencia definitiva.

2.3.2. Sentencia del TC 110/1988

Elegimos esta sentencia, pues la misma supuso un hito importante en la interpretación de la materia que nos ocupa, precipitando en la posterior STC 185/1990, que ya comentaremos. La STC 110/1988, de 8 de junio, de la Sala Primera del TC, de la que fue ponente Rubio Llorente, se ocupa de un caso en que, dentro de un proceso penal se aprecia, en ejecución de sentencia⁷, la falta de citación de los recurrentes⁸ a efectos de recurso de apelación, y detectándose tal vicio en el proceso o fase de ejecución de sentencia, solicitan la nulidad de actuaciones, que es rechazada por el órgano

⁵ Decimos mal llamado *recurso*, pues, precisamente procede su interposición contra sentencias firmes, contra las cuales, por definición, no cabe recurso; de este modo, entendemos como más adecuado denominarlo de forma distinta a recurso, por ejemplo: *proceso* de revisión, *remedio procesal*, etcétera.

⁶ Nótese que el citado precepto (el art. 245.3 LOPJ) utiliza implícitamente el término *recurso* para referirse al de revisión, lo cual como queda apuntado es una clara imprecisión jurídica.

⁷ Y por tanto, existiendo ya sentencia definitiva y firme.

⁸ Se refiere a los que acudieron en amparo ante el Tribunal Constitucional.

jurisdiccional; referida parte acudió al Tribunal Constitucional, vía recurso de amparo, estimándose dicho recurso, a cuyo efecto el TC acude a efectuar una interpretación intrépida y criticada por la doctrina⁹, en el sentido de entender que *sentencia definitiva* equivale a *sentencia definitivamente ejecutada*, de manera que “...pueda el Juez o Tribunal Sentenciador, mientras no lo ha sido (*se entiende ejecutada*) de oficio y previa audiencia de las partes, declarar la nulidad de actuaciones de lo necesario para restaurar a las partes en los derechos que garantiza el art. 24 de nuestra Constitución y sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en el art. 11.2 LOPJ...” (STC 110/1988, FJ7)¹⁰. La Sala Segunda del TC no comparte esta tesis (confr. STC 22/1989), sino que mantiene la tesis existente con anterioridad a la STC 110/1988, y a la cual ya nos hemos referido en el apartado precedente.

2.3.3. Sentencia Pleno TC 185/1990

Ante tal estado de cosas el propio TC decidió autoplantearse cuestión de inconstitucionalidad¹¹ sobre el art. 240 LOPJ. Se resuelve mediante la Sentencia del Pleno del TC 185/1990, de 15 de noviembre, en la cual el TC declara la constitucionalidad del art. 240 LOPJ y viene a decir que el citado precepto “...no se opone en este supuesto ni al art. 24, ni al carácter subsidiario del recurso de amparo. Se limita a preservar el principio de inmodificabilidad de oficio de las sentencias una vez firmadas...” (FJ2). Es decir, se acogió la tesis que mantenía la Sala Segunda del propio TC, abandonando la tesis que sostenía la Sala Primera del mismo Tribunal. Volveremos sobre el estudio de esta importante sentencia, en amplitud, en posteriores capítulos. Naturalmente, esta jurisprudencia ha evolucionado posteriormente, pero de momento, sirvan estas notas acerca estos tres momentos que hemos considerado más importantes dentro de la evolución de la jurisprudencia del TC sobre la materia; sin perjuicio de que, al hilo de las cuestiones que tratemos, iremos haciendo referencia a esa jurisprudencia, sobre todo la posterior a la STC 185/1990, de 15 de noviembre.

2.4. Reforma de 1997 de la LOPJ

Esta situación es la que se encuentra la reciente Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ (BOE 5/12/1997), que, como afirma su exposición de motivos, pretende dejar planteada “...en términos más razonables la cuestión del desarrollo legal del apartado 2 del artículo 53 de la Constitución, acerca de la tutela judicial ordinaria, por cauces preferentes y sumarios de los derechos fundamentales...” pues el legislador considera “...apremiante superar la indeseable situación, muchas

⁹ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario de la STC 110/1988”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1989-1, págs. 905 y ss.; GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Nulidad de actuaciones y la Constitución”, *Revista Jurídica La Ley*, 1992-1, págs. 793 y ss.; GARNICA MARTÍN, J.F., “Nulidad de actuaciones después de sentencia firme”, en *Revista Justicia*, 1990, Tomo IV, págs. 897 y ss.; entre otros.

¹⁰ Esta misma o similar línea, y también por la Sala Primera del TC, se siguió en las SSTC 211, 212 y 213/1989.

¹¹ Referida autocuestión se plantea en las citadas SSTC 211, 212 y 213/1989; por cierto, fue la primera y única vez que el TC se ha planteado, hasta la actualidad (1998) autocuestión de inconstitucionalidad; y además, como se verá, la desestimó.

veces repetida, resultante del tenor literal del apartado 2 del artículo 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en virtud del cual no existe cauce para declarar la nulidad radical de actuaciones por vicio procesal una vez que ‘hubiere recaído sentencia definitiva’...” Y a tales efectos, “...la Ley opta por establecer un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible...”; instaurándose un *nuevo incidente de nulidad de actuaciones* que viene a configurarse como una cuarta vía de declaración de tales vicios, y que se regula en los apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ; y también se retoca el apartado 2 del citado art. 240 LOPJ¹². Pero, continua sin desarrollarse el art. 53.2 CE.

¹² Trataremos en detalle sobre esta importante reforma en un capítulo posterior de esta misma obra.

Capítulo 2

Eficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales

1. El proceso y los actos procesales: eficacia procesal

1.1. Aproximación al proceso

Para abordar el tema de la nulidad de actuaciones judiciales o, en términos más generales, el de la ineficacia de los actos procesales se hace preciso partir de la consideración, siquiera brevemente, del instrumento en el cual o en torno al cual se generan los actos procesales; estamos refiriéndonos al *proceso* que, en una aproximación intuitiva al mismo, puede ser considerado como el conjunto de actos coordinados hacia un fin común, siendo el instrumento que tiene el Poder Judicial para resolver los conflictos que se puedan plantear ante los órganos del mismo, en decir, ante los Juzgados y Tribunales; como instrumento tendente a resolver conflictos, el proceso se inscribe dentro de la denominada “*heterocomposición*”, por cuanto la resolución del conflicto se encomienda a un tercero imparcial, situado por encima de las partes, que impone tal solución: el Juzgado o Tribunal¹³. Profundizando en la idea de proceso, el

¹³ El proceso presupone la existencia de un conflicto previo; y la jurisdicción o *iusdicere*, parte también de la existencia de ese conflicto, actuándose la misma, por los Juzgados y Tribunales que la integran, a través del proceso, y de este modo éste es un instrumento de la Jurisdicción. Pero los métodos de resolución de conflictos son varios, y así es posible hablar de *autotutela*, consistente en la solución coactiva del conflicto por la parte más fuerte o que ocupa en él una situación hegemónica; es una fórmula de solución de conflictos propia de las sociedades primitivas; otra fórmula de resolución de conflictos es la *autocomposición*, que se caracteriza por que son también las propias partes las que ponen fin al conflicto, pero lo hacen a través del acuerdo de voluntades o del voluntario sacrificio o resignación de una de ellas (p.ej., la renuncia o el desistimiento); también es posible la intervención de un tercero para resolver ese conflicto con técnica autocompositiva, a través de la mediación o conciliación, pero en estos supuestos, el tercero no impone la solución del conflicto, sino que ejercita sus buenos oficios en punto a obtener la autocomposición del litigio, actuando el tercero *inter partes* y no *supra partes*; finalmente, la *heterocomposición*, como fórmula de resolución de conflictos, se caracteriza por la intervención de un tercero al conflicto, que es el llamado a resolverle; el tercero, que puede ser persona individual o colectiva, se sitúa *supra partes*; las fórmulas de heterocomposición típicas son el arbitraje y el proceso, en los que el árbitro y el Juez imponen, en virtud de su autoridad dimanante, bien de un contrato de arbitraje previamente suscrito por las partes, bien de la potestad jurisdiccional, la solución definitiva e irrevocable

mismo ha sido definido como “...el conjunto de derechos constitucionales de incidencia procesal, posibilidades, obligaciones y cargas, que asisten a los sujetos procesales como consecuencia del ejercicio del derecho de acción y de la interposición de la pretensión, cuya realización, a través de los oportunos actos procesales, origina la aparición de sucesivas situaciones procesales, informadas por el principio de contradicción, desde las que las partes examinan sus expectativas de una sentencia favorable que ponga fin al conflicto mediante la satisfacción definitiva de sus respectivas pretensiones y resistencias”¹⁴.

El proceso, por tanto, presupone la existencia de la *Jurisdicción*, pudiendo ser definida la misma como “...el Poder Judicial, integrado por Jueces y Magistrados, a quienes, por su independencia y sumisión a la Ley y al Derecho, la soberanía nacional ha otorgado en exclusiva la potestad jurisdiccional y, en consecuencia, expresamente les ha legitimado para la resolución jurídica, motivada, definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales, para la protección de los derechos subjetivos, el control de la legalidad y la complementación del ordenamiento jurídico”¹⁵; y de este modo, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se atribuye en exclusiva a Juzgados y Tribunales (art. 117.3 CE), los cuales, por tanto, tienen el monopolio de tal potestad. De otra parte, corresponde a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, definir los límites de la jurisdicción española, y así lo establece en el art. 21 y siguientes, en virtud de los cuales se ha indicado que si bien desde el punto de vista material la jurisdicción española no tiene límites de conocimiento, en cambio sí que está limitada desde el punto de vista territorial por el juego de la conexiones territoriales, es decir por los denominados fueros, entendidos como la vinculación de un litigio a un determinado territorio (art. 22 y ss. LOPJ), y de este modo es posible determinar en cada momento si un litigio concreto corresponde ser conocido por los órganos jurisdiccionales españoles o ha de ser conocido por los órganos jurisdiccionales extranjeros¹⁶.

Pero esa Jurisdicción, que ejercen los Juzgados y Tribunales españoles, parte de la existencia de una pluralidad de órganos jurisdiccionales coexistiendo distintas clases, y dentro de cada clase múltiples órganos; así, es posible, dentro de la Jurisdicción española distinguir entre el Tribunal Supremo -y dentro del mismo las respectivas Salas-, la Audiencia Nacional -a su vez compuestos de diversas Salas-, los Tribunales Superiores de Justicia -también integrados por varias Salas-, las Audiencias Provinciales, el Tribunal del Jurado, el Juzgado Central de lo Penal, los Juzgados Centrales de Instrucción, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, los Juzgados de lo Penal, los Juzgados de lo Social, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, los Juzgados de Instrucción, los Juzgados de Primera Instancia, los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, los Juzgados de Menores, los Juzgados de

a las partes en litigio (GIMENO SENDRA, V., en la obra colectiva, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 17 y ss.).

¹⁴ GIMENO SENDRA, V., en la obra colectiva, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 225 y ss.

¹⁵ GIMENO SENDRA, V., en la obra colectiva, *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pág. 29.

¹⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en la obra colectiva, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 129 y ss.

Paz (arts. 53 y ss. LOPJ); tal configuración exige acudir a otros criterios para atribuir el conocimiento del concreto asunto a un determinado órgano jurisdiccional; ante esta necesidad nace el concepto de *competencia*, de modo que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde a los Juzgados y Tribunales según las normas de competencia que las leyes establezcan; de este modo, la competencia viene a ser el conjunto de procesos en que un tribunal puede ejercer, conforme a la ley, su jurisdicción (GÓMEZ ORBANEJA). Pero, aún es preciso matizar más, y así dado que en la organización judicial española existen una diversidad de tribunales integrantes de cada uno de los respectivos órdenes jurisdiccionales, que existen también distintos grados de jurisdicción, y que además existen pluralidad de órganos judiciales idénticos, se hace necesario acudir a los conceptos de competencia objetiva, funcional y territorial; y así, en función bien de criterios cualitativos o cuantitativos, u otra clase de criterios, la ley atribuye el conocimiento en primera instancia - y a veces única- de un determinado asunto a una clase de órganos jurisdiccionales: se trata de la denominada *competencia objetiva*; ahora bien, al existir diversas fases en un proceso y varios grados de jurisdicción, es preciso determinar qué órgano está llamado a resolver de los posibles incidentes que se promuevan, de los recursos devolutivos, etcétera, partiendo de la determinación del órgano jurisdiccional que ha de conocer en primera instancia del asunto, y así deberá acudirse a la denominada *competencia funcional*, para determinar tal cuestiones; pero, al existir múltiples procesos que cumplen las anteriores condiciones para conocer de los asuntos, será preciso concretar más, y así se hace necesario acudir a la denominada *competencia territorial*¹⁷; y, finalmente, dentro del mismo territorio, de la misma clase de órganos jurisdiccionales y de la misma clase de procesos, la determinación del órgano judicial que ha de conocer del concreto asunto, se deberá efectuar atendiendo a las *normas de reparto*.

Determinado, pues, el concreto órgano judicial que ha de conocer del asunto que le ha sido sometido, tal conocimiento ha de sustanciarse a través del proceso, y dentro del proceso, tienen un papel de máxima importancia los *actos procesales*, como *motor* del mismo; en todo caso, no sólo los actos procesales y su regularidad son objeto de posibles causa de ineficacia del proceso, sino que la misma puede proyectarse sobre otros aspectos del proceso, como son los relativos a la jurisdicción, la competencia, la regular constitución del órgano jurisdiccional, etcétera; pero, de todos los posibles frentes en que puede actuar la ineficacia procesal, el más importante es el de los actos procesales y su comunicación; por ello, para abordar el estudio de la ineficacia procesal, se hace preciso prestar especial y previa atención a la teoría de los actos procesales y a su problemática¹⁸.

1.2. Concepto de acto procesal

La doctrina tradicional entiende por actos procesales los que realizan las partes y el Tribunal para preparar, iniciar, impulsar y terminar el proceso, logrando el fin que se

¹⁷ MORENO CATENA, V., en la obra colectiva, *Derecho Procesal. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 24 y ss.

¹⁸ Sin perjuicio de tratar, en un posterior capítulo, también sobre las demás posibles causas de ineficacia del proceso, al hilo del estudio de la regulación contenida en la LOPJ.

proponen (PRIETO CASTRO). Estima VERGE GRAU que para determinar si existe o no acto procesal es preciso recurrir a un doble criterio ontológico: a) si el acto reúne los requisitos que la Ley procesal considera esenciales para ser el que pretende ser (demanda, sentencia, embargo, etcétera); y, b) si es un acto del proceso, o sea, si se realiza dentro del proceso¹⁹. CORTÉS DOMINGUEZ, partiendo del concepto generalmente aceptado por la doctrina, del acto procesal como aquél que desarrolla unos efectos primarios, directos y específicos, legalmente previstos, en la constitución, desarrollo y fin del proceso, realiza al mismo tiempo dos observaciones: primera, que siendo el proceso ese conjunto de actos que lo conforman, no puede ser distinto al propio acto procesal, y entiende que desde este punto de vista parecería mucho más acertado afirmar que acto procesal es no sólo aquel que conforma el proceso, sino también aquel que hace posible una relación o una situación procesal en cuanto que de todo acto procesal inevitablemente se tiene que deducir un derecho, una carga, una facultad, etc., procesales; y, segunda, que no todo acto que produce efectos procesales puede considerarse un acto procesal (y cita como ejemplo el acto de otorgamiento de poder a procuradores)²⁰. Matiza, finalmente, el citado autor, que el hecho de que un acto configure el proceso y que produzca efectos procesales no significa que igualmente no pueda producir efectos extraprocesales [cita como ejemplo la demanda, que produce efectos materiales como, interrupción de la prescripción (art. 1945 CC), constituir en mora al deudor (art. 1100 CC), etcétera...].

En resumen, podemos conceptualizar los *actos procesales* como aquellos que desarrollan sus efectos, de acuerdo con la legalidad vigente, en la constitución, desarrollo y fin del proceso, sin perjuicio de que, ocasionalmente, puedan también desarrollar otros efectos en ámbitos ajenos al proceso, y sin que sea exclusivo de los actos procesales la producción de efectos procesales, toda vez que existen actos que no son estrictamente procesales y producen efectos de carácter procesal.

1.3. Clases de actos procesales

Tradicionalmente los actos procesales se han clasificado en atención a varios criterios; el más aceptado es el que podríamos denominar *criterio subjetivo*, es decir, atendiendo al sujeto del que emanan; y así es posible distinguir entre actos del órgano judicial, actos de parte y actos de terceros.

1.3.1. Actos del órgano judicial

Son aquellos que provienen del órgano judicial; dentro de ellos podemos distinguir los siguientes: a) actos del Juez o Tribunal, entre los cuales cabe citar los siguientes: sentencias, autos, providencias, acuerdos; b) actos del Secretario Judicial, así, se pueden citar: propuestas de resolución (de auto o de providencia), diligencias de ordenación, actas, diligencias, notas, comunicaciones, notificaciones, etcétera; c) actos del Agente, entre los que es posible citar: ejecución material de los embargos, lanzamientos,

¹⁹ VERGE GRAU, J. *La Nulidad de actuaciones*. Editorial Bosch, 1987, pág. 46.

²⁰ CORTÉS DOMINGUEZ, V., en la obra colectiva, *Introducción al Derecho Procesal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 236 y sigs.

etcétera, en los procesos en que se requieran, así como notificaciones, citaciones, y demás actos de comunicación, cuando procedan.

1.3.2. Actos de parte

Son los que provienen de las partes, físicas o jurídicas, que integran las posiciones de demandante, demandado, acusación particular, acusado, etcétera, dentro del respectivo proceso; así, por ejemplo: demanda, contestación a la demanda, petición de prueba, escrito de conclusiones provisionales, escritos de recurso, etcétera. También han sido, a su vez, clasificados en cuatro categorías: peticiones, alegaciones, actos de prueba y conclusiones.

1.3.3. Actos de terceros

Son aquellos realizados por personas, sean físicas o jurídicas, ajenas a la relación jurídico-procesal, es decir, los actos de terceras personas que intervienen o pueden intervenir en el proceso; así, testigos, peritos, etcétera.

Además del criterio subjetivo, existen otros para clasificar los actos procesales; entre estos otros destaca el *criterio funcional*, en virtud del cual es posible distinguir entre actos de iniciación, actos de ordenación y actos de ejecución. En todo caso, en términos generales, en la exposición de los actos procesales, seguiremos el criterio subjetivo, y dentro del mismo prestaremos, ahora, especial atención a los actos procesales del Juez o Tribunal y a los actos procesales del Secretario Judicial, a los actos de comunicación tanto con las partes como con los terceros, así como la comunicación con otros órganos judiciales y autoridades, a los términos y plazos, a la publicidad del proceso, y a otras cuestiones de interés a los efectos de la ineficacia procesal, siguiendo, en líneas generales, el interesante trabajo de ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA, que han tenido el mérito de sistematizar y clarificar lo que denominan *derecho orgánico procesal* ²¹.

1.4. Actos procesales del Juez

Como actos procesales del Juez o Tribunal destacan los acuerdos, providencias, autos y sentencias. Siendo preciso destacar que si bien las providencias, autos y sentencias tiene carácter jurisdiccional, en cambio los acuerdos tienen naturaleza gubernativa.

1.4.1. Acuerdos

Como hemos indicado, se trata de resoluciones de órganos judiciales que no revistan carácter jurisdiccional, y de este modo lo son las decisiones adoptadas por los Tribunales cuando no estén constituidos en Sala de Justicia, las de las Salas de Gobierno, y las de los Jueces y Presidentes, cuando resuelvan asuntos gubernativos (art. 244.1 LOPJ). La misma denominación se dará a las advertencias y correcciones que

²¹ ESCUDERO MORATALLA, F.J. y FRIGOLA VALLINA, J., “El derecho orgánico procesal analizado bajo el prisma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y otras disposiciones complementarias”, *Revista General de Derecho*, Valencia, julio-agosto 1997, págs. 8671 y ss.

recaigan sobre personas que estén sujetas a la jurisdicción disciplinaria del Juzgado o Tribunal, bien se impongan en las sentencias o en otros actos judiciales (art. 244.2 LOPJ).

1.4.2. Providencias

Las resoluciones de Jueces y Tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominan *providencias* cuando su objeto y finalidad sea la *ordenación material del proceso* [art. 245.1.a) LOPJ]. La fórmula de las providencias se limitará a lo siguiente: a) la determinación de lo mandado y del Juez o Tribunal que las disponga; b) no necesitan ser motivadas, aunque pueden serlo sucintamente, sin sujeción a requisito alguno, cuando se estime conveniente; c) lugar y fecha en que se acuerdan; d) firma o rúbrica del Juez o Presidente y la firma del Secretario dando fe (art. 248.1 LOPJ).

1.4.3. Autos

Los autos también son resoluciones de carácter jurisdiccional que por su transcendencia procedimental tiene por objeto: a) los recursos contra providencias y cuestiones incidentales; b) los presupuestos procesales; c) la nulidad del procedimiento; d) los supuestos en los que a tenor de las leyes de enjuiciamiento, la resolución deba revestir esta forma [art. 245.1.b) LOPJ]. En relación con su forma y contenido, los autos serán siempre fundados o motivados, y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva, debiendo ser firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten (art. 248.2 LOPJ)²².

²² Se ha suscitado la duda sobre si los autos han de ser o no firmados por el Secretario Judicial, tema que ha tenido, incluso, proyección jurisprudencial, y así se ha afirmado que "... no es pacífico que, tras la Ley Orgánica del Poder Judicial -que deroga cuantas leyes anteriores se opongan a sus mandatos-, los autos deban de ser suscritos por el secretario desde el momento que el artículo 248 de la referida Ley sólo exige la firma del mismo en las providencias, mientras que para los autos dispuso el legislador, con acierto o sin él, que los mismos «serán firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten»; así, en materia de firmas, el legislador ha equiparado los autos a las sentencias por más que pueda serle censurado el que no haya tenido en cuenta que estas últimas se publican bajo la fe del secretario, lo cual, por cierto, ha determinado a algún sector de la práctica judicial a publicar también los autos. Es decir, la firma del secretario en los autos no viene expresamente exigida por el legislador existiendo en la práctica judicial tres posiciones: una sigue arrastrando la situación anterior, firmando los autos tanto el titular del órgano jurisdiccional como el depositario de la fe pública judicial; otra, que aplica literalmente el artículo 248 LOPJ de modo que los autos sólo los firma el Juez o Magistrado; y, por último, otro sector, ya citado anteriormente, integra el citado artículo 248 con el indiscutido hecho de que el Secretario es el único depositario de la fe pública judicial por lo que los autos los firma sólo el Juez o Magistrado pero luego los mismos son publicados bajo la fe del Secretario como si de una sentencia se tratara. Cualquiera que sea la posición que se quiera adoptar en este tema lo cierto es que estamos tratando del cumplimiento de una formalidad que ya no viene expresamente exigida por el legislador (...) por ello, aunque no venga autenticada por el notario judicial, no existiendo dudas sobre la autenticidad de la firma del Juez que autoriza los autos de detención, el defecto de firma denunciado, en el mejor de los casos para los apelantes, no pasaría de ser una mera irregularidad procesal sin más relevancia efectiva..." (SAP Huesca, de 10 de septiembre de 1994, ponente Sr.: Gutiérrez Celma); también el CGPJ tuvo oportunidad de tratar sobre la cuestión, y así, afirmó que si bien el art. 248.2 LOPJ establece el requisito de la firma del Juez, "...no excluye otras intervenciones...", pero, en todo caso, concluyo entendiendo que, por tratarse de cuestión jurisdiccional, no le correspondía al CGPJ dar instrucciones sobre la interpretación de citado precepto ("Nota informativa sobre aplicación del artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial", de 7 de enero de 1986, *Dictámenes y Criterios Gubernativos del Consejo General del Poder Judicial*, CGPJ,

1.4.4. Sentencias

A) **Concepto.** Las sentencias son las resoluciones de carácter jurisdiccional que deciden definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso, o cuando, según las leyes procesales, deban revestir esta forma. (art. 245 LOPJ)²³.

B) **Requisitos.** Como requisitos de *carácter subjetivo* destaca la necesidad de que la sentencia sea dictada por el Juez o Tribunal competente. Y como *requisitos objetivos*, es posible distinguir: a) en el orden civil, donde se establece que las sentencias han de ser claras, precisas y congruentes con la demanda y con las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que estas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate (art. 359 LECiv, en relación con el 372 y 360 de la misma ley); y, b) en el orden penal que no se utiliza la expresión “congruencia”, pero su sustancia es igualmente de aplicación: el Juez o Tribunal no puede dictar sus fallos más que dentro de los límites que marca la acusación y amoldándose a los hechos que la misma declara probados (art.142 LECrim).

C) **Estructura y formación.** En cuanto a la *estructura*, las sentencias se formulan expresando: 1.º) El *encabezamiento*, que de ordinario contendrá lo siguiente: el lugar, fecha y Juez o Tribunal que las pronuncie; los nombres, domicilio y profesión de las partes contendientes, y el carácter con que litiguen; los nombres de sus abogados y procuradores; el objeto del pleito; deben expresar también, en su caso, el nombre del Magistrado Ponente. 2.º) Los *antecedentes de hecho*, donde, en párrafos separados y numerados se consignarán con la mayor precisión posible, las pretensión de las partes y los hechos en que los funden, que hubiesen sido alegados oportunamente. 3.º) Los *hechos probados*, cuya expresión no procederá en todos los casos, sino tan sólo en aquellos que se estime preceptivo, desde la perspectiva de la congruencia interna de la sentencia, o por exigencia expresa de la ley²⁴. 4.º) Los *fundamentos de derecho*, en

Madrid, 1991, págs. 101 y ss.); para ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA “...conforme a la LOPJ, serán firmados por el Juez o Magistrados que los dicten, y es dudoso tenga que autenticarlos el Secretario judicial ante el silencio legal (artículo 248. 2 de la LOPJ). Sin embargo, de acuerdo con la LECiv., las actuaciones judiciales, «siempre» deberán ser autorizadas por el funcionario competente encargado de la fe pública o de certificarlos, es decir, se deduce que el Secretario Judicial ha de firmar los mismos...” (*op. cit.*, pág. 8676).

²³ La sentencia, en el orden civil, es el acto del órgano judicial en que éste emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo, y en consecuencia, actúa o se niega a aplicar dicha pretensión, satisfaciéndola en el primer caso. En el orden penal, la sentencia es el pronunciamiento que sobre la base de las pruebas practicadas en el juicio oral, las razones expuestas por la acusación y la defensa y manifestaciones de los propios procesados, absuelve o condena a éstos por el delito principal y los conexos, y por las faltas incidentales o no incidentales -según clases de procesos- de que se haya conocido en la causa, resolviendo también en caso de condena, de todas aquellas cuestiones referentes a la responsabilidad civil y demás consecuencias jurídicas del ilícito penal que se hayan planteado y sido objeto del juicio.

²⁴ Nótese que el art. 248.3 LOPJ al regular la forma de la sentencia y cuanto se refiere a los hechos probados, dice “...hechos probados, *en su caso*...”; y así, incluso en el orden jurisdiccional penal, donde, en principio, con carácter general, han de consignarse los hechos probados, existen supuestos en que entendemos que no es preceptivo hacerlo, así p.ej., en caso de sentencias absolutorias por retirada de

donde se apreciarán los puntos de derecho fijados por las partes, dando las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo que haya de dictarse y citando las leyes y doctrinas aplicables al caso. 5.º) Y, finalmente, *el fallo*, en términos claros, precisos y congruentes con las demandas y demás pretensiones deducidas, en tiempo y forma, en el pleito o causa, condenando o absolviendo al demandado, y, en su caso, al acusado, y decidiendo todos los puntos litigiosos objeto del debate. Las sentencias, se firman por el Juez o por todos los Magistrados no impedidos, dentro del plazo fijado para dictarlas (art. 248.3 LOPJ, en relación con los arts. 372 LECiv, 142 LECrim y concordantes). La regla general, en relación con las sentencias, es que sean escritas, pero podrán dictarse de viva voz cuando así lo autorice la ley (artículo 245.2 de la LOPJ). Las denominadas sentencias “in voce”, o dictadas de viva voz, se refieren al hecho de que el Juez dicta la sentencia durante la celebración de otro acto procesal, ordinariamente el juicio oral o verbal, al término del cual, sin interrupción del acto, y sin recoger los autos para elaborar la misma con posterioridad, acomoda su contenido en la propia acta del juicio²⁵. Finalmente, las sentencias, así como los votos particulares que se hayan formulado, una vez extendidas y firmadas, se guardarán para tener debida constancia, ordenándose correlativamente por fechas en el Libro de sentencias, que se llevará, bajo la custodia del Secretario Judicial, y han de ser publicadas por el Ponente, en los Tribunales colegiados, o por el Juez, en los Juzgados, dando fe el Secretario Judicial, el cual, llevará certificación de dichas resoluciones a los autos (art. 265 y 266 LOPJ).

En relación con la *formación* de la sentencia es preciso distinguir entre sentencias dictadas por órgano judicial unipersonal y por órgano judicial colegiado, regulándose los trámites de su formación, con más detalle para el caso de los órganos judiciales colegiados, dada la complejidad ínsita de la integración de la voluntad del órgano (arts. 253 a 264 LOPJ)²⁶.

1.5. Actos procesales del Secretario Judicial

Siguiendo a ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA, podemos afirmar que “...los actos encomendados al Secretario Judicial son muy variados, lo que

acusación, en las que, al regir en nuestro sistema procesal penal el principio acusatorio, es preceptiva tal sentencia absolutoria, pues desde la perspectiva del principio de la *non reformatio in peius*, en caso de que alguna de las partes recurriera tal sentencia, no es posible empeorar, por el órgano judicial que conozca del recurso, su situación jurídica, pues *tantum appellatum quanto devolutum* (confr. art. 902 LECrim); y por otra parte, es bastante absurdo que el que hubiere obtenido una sentencia absolutoria la recurra, pero aunque lo hiciere y se admitiere el recurso, el órgano judicial *ad quem* no puede modificar, válidamente, la sentencia absolutoria adoptada por el órgano judicial *a quo*; y en cuanto a las partes acusadoras se refiere, las mismas carecerían de legitimación para recurrir, toda vez que se les ha otorgado lo que pedían, pues la consecuencia jurídica de la retirada de las acusaciones no es otra que la sentencia absolutoria, por imperativos del principio acusatorio, ya citado.

²⁵ Así se reconoce, en el ámbito penal, dentro del denominado Procedimiento Penal Abreviado (art. 794.2 LECrim), y en el Procedimiento Laboral (art. 50 LPL); sin perjuicio de la ulterior redacción de la sentencia de conformidad con la normas reguladoras de su forma y estructura.

²⁶ Un estudio sistemático de la materia puede verse en ESCUDERO MORATALLA, F.J. y FRIGOLA VALLINA, J., “El derecho orgánico procesal analizado bajo el prisma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y otras disposiciones complementarias”, *Revista General de Derecho*, Valencia, Julio-Agosto 1997, págs. 8679 y ss.

determina la dificultad de su clasificación, y que por otra parte, no puedan reducirse a actas, diligencias y notas, que se refieren a la forma y no al contenido, aunque se adicionen copias certificadas o testimonios y los actos de comunicación (art. 279 LOPJ)...”²⁷ Referidos autores analizan los actos procesales del Secretario Judicial, con una sistemática que, por su acierto, compartimos; y así, diferencian los siguientes grupos²⁸ :

A) *Actos de documentación*, consistentes en hacer constar por escrito la realización de los actos procesales, al tiempo que los dota de autenticidad, al llevar implícita la fe pública, de tal manera que haya de tenerse por cierto lo que consta en el documento mientras no se demuestre lo contrario. Como principio general, “...las actuaciones judiciales deberán ser autorizadas, bajo pena de nulidad, por el funcionario público a quien corresponde dar fe o certificar del acto...” (art. 249 LECiv.). Y, como manifestaciones más importantes, se encuentran las actas, las copias certificadas, los testimonios, la autorización de la publicación de las sentencias, etcétera (art. 279 LOPJ). Además, el Secretario Judicial es el único funcionario competente para dar fe con plenitud de efectos de las actuaciones judiciales y le corresponde la facultad de documentación, ostentando el carácter de autoridad. De ahí que pueda conferirse la representación en juicio mediante comparecencia ante el Secretario Judicial del Juzgado o Tribunal que conozca del asunto y que sus actos, por la plenitud de la fe pública, no necesiten de la intervención adicional de testigos (art. 281. 2 LOPJ).

B) *Actos de mediación* son los que recogen la actuación del Secretario Judicial como órgano de enlace entre las partes y el Juez o Tribunal, con dos funciones básicas: la dación de cuenta y la comunicación. Mediante la dación de cuenta, realiza los actos de comunicación de los escritos y actuaciones de las partes o terceros al Juez o Tribunal, lo que supone un estudio previo de los mismos y en su caso, la elaboración de la propuesta de resolución. En concreto, debe dar cuenta a la Sala, al ponente o al Juez, en cada caso, de los escritos y documentos presentados en el mismo día de su presentación o al siguiente día hábil, así como de las actas que autoricen fuera de la presencia judicial y del transcurso de los plazos procesales (art. 283 y ss. LOPJ). Mediante la comunicación, realiza los actos de comunicación de las resoluciones del Juez o Tribunal y de sus propias diligencias de ordenación a las partes, como son las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos (art. 270 y ss. LOPJ).

C) *Actos de impulso procesal*, mediante los cuales el Secretario Judicial impulsa el proceso para que continúe de oficio el curso ordenado por la ley, a través de las diligencias de ordenación (art. 288 LOPJ), o coopera en el mismo sentido, dando cuenta al Juez o Tribunal del transcurso de los términos procesales (confr. art. 237 LOPJ, en

²⁷ La LOPJ, en un intento de dar un concepto y sistematizar los actos procesales del Secretario Judicial, dispone en el artículo 280 lo siguiente: “1. Las actas tienen por objeto dejar constancia de la realización de un acto procesal o de un hecho con trascendencia procesal.- 2. Las diligencias podrán ser de constancia, de ordenación, de comunicación o de ejecución.- 3. Las notas podrán ser de referencia, de resumen de los autos y de examen del trámite a que se refieran”.

²⁸ ESCUDERO MORATALLA, F.J. y FRIGOLA VALLINA, J., “El derecho orgánico procesal analizado bajo el prisma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y otras disposiciones complementarias”, *Revista General de Derecho*, Valencia, julio-agosto 1997, págs. 8680 y ss.

cuanto que consagra el denominado *impulso de oficio*, en relación con el art. 285 LOPJ, así como el art. 7 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales de 1988, en adelante ROCSJ).

D) *Actos de conservación y custodia* de procesos, expedientes y documentos que se encuentren a su cargo; o, en otros términos, le corresponde la llevanza de los libros y el archivo y conservación de las actuaciones judiciales (artículo 6 ROCSJ).

E) *Actos en materia de costas*, que se atribuyen al Secretario Judicial con inclusión de las minutas de honorarios de Abogados, cuentas de suplidos de Procurador y regulación de honorarios de profesionales y peritos sujetos a Arancel.

F) *Actos propiamente judiciales*, puesto que se les encomiendan funciones decisorias, que se manifiestan en resoluciones denominadas diligencias de ordenación y propuestas de resoluciones judiciales. *Las diligencias de ordenación*, disponen la *ordenación formal del proceso* e impulso del procedimiento en los distintos trámites, de conformidad con las leyes procesales, limitándose a la expresión de lo que dispongan, el lugar y fecha y la firma del Secretario Judicial (art. 288 LOPJ). Las diligencias de ordenación son revisables por el Juez o el Ponente, de oficio o a instancia de parte, en los casos y en la forma previstos en las leyes procesales (art. 289 LOPJ). *Las propuestas de resolución* por su parte, se convierten en auténticas resoluciones al firmar el “conforme” el Juez o Presidente, en las de providencias, o el Juez o los Magistrados que componen la Sala, en las de autos. Las propuestas deben revestir la forma de providencia o auto, incluidos los autos definitivos en asuntos de jurisdicción voluntaria, mientras no se suscite contienda, con excepción de las providencias revisorias de las diligencias de ordenación y los autos que decidan cuestiones incidentales o resuelvan recursos, de procesamiento o los limitativos de derechos (art. 290 LOPJ). En cuanto a la forma, deben observar la establecida para la resolución de que se trate y las suscribirá el Secretario Judicial proponente.

G) *Otros actos: los acuerdos del Secretario Judicial*. Especial mención merece la nueva facultad atribuida al Secretario Judicial, por el Reglamento del Consejo General del Poder Judicial, número 5/1995, de 7 de junio de 1995, de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Procesales, de dictar acuerdos como función propia²⁹.

1.6. Notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos

Siguiendo a ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA, es posible definir la notificación, en sentido amplio, como “el acto formal del Juzgado o Tribunal destinado a comunicar o poner en conocimiento de las partes, o de cualquier persona a la que se refieran, una resolución judicial o un escrito de parte, en cumplimiento del mandato contenido en una resolución- sentencia, auto, providencia, diligencia de

²⁹ Un estudio en detalle del mismo puede consultarse en la obra de los mismos autores: ESCUDERO MORATALLA, F.J. y FRIGOLA VALLINA, J., “La nueva facultad atribuida al Secretario Judicial de dictar acuerdos en materia de derecho de acceso de los interesados a libros, archivos y registros judiciales (art. 4 Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales)”, *Revista General de Derecho*, Valencia, abril 1996.

ordenación, etcétera-, de tal manera que, por y desde la notificación, se producen los efectos del acto comunicado”. En esta definición, se engloban los cuatro actos de comunicación: además de la notificación en sentido estricto, la citación, el emplazamiento y el requerimiento. Su regulación se encuentra, principalmente, en la LOPJ (arts. 270 a 272), en la LECiv (arts. 260 a 283), en la LECrim (arts. 166 a 182), y LPL (arts. 53 a 62) donde se regulan las notificaciones y las especialidades, en relación con ellas, de las citaciones, emplazamientos y requerimientos, así como sus peculiaridades cuando hayan de practicarse en estrados.

1.6.1. Notificaciones en sentido estricto

La notificación en sentido estricto se puede definir como el acto de comunicación puro, que consiste en poner en conocimiento de las partes o de cualquier persona a quien se refiera, una resolución judicial, con indicación de los recursos que, en su caso, procedan. En su regulación legal, se pueden diferenciar las normas relativas a los actos a notificar, funcionario notificante, destinatario de la notificación y el lugar y forma de practicarla, siendo, a su vez, diversa la regulación contenida en atención al respectivo orden jurisdiccional. En todo caso, es preciso tener en cuenta que conforme al art. 248.4 LOPJ, “...al notificarse la resolución a las partes se indicará si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello”, siendo de resaltar que la denominada indicación de recursos no forma parte de la parte decisoria de la correspondiente resolución, sino que se integra en la notificación de la misma, como ha resaltado la Jurisprudencia, que ha matizado que los errores u omisiones en tal indicación de recursos puede ser salvados por el propio interesado³⁰.

A) Notificaciones en el orden jurisdiccional civil

A) Los *actos a notificar* son las diligencias de ordenación, providencias, autos y sentencias. Las propuestas de providencia y de auto, en principio no son notificables, pues sólo se notifican en aquellos casos en que no hubieren sido asumidas con el correspondiente conforme por el Juez o Presidente o Ponente (art. 246 LOPJ)³¹.

³⁰ Así, se ha afirmado que “...la llamada instrucción de recursos no forma parte del *decisum de la sentencia* (SSTC 175/1985 y 155/1991) y por tanto no supone una decisión que cierre el paso al recurso ni que fije de manera definitiva las condiciones en que deba interponerse. Además, hay que distinguir las situaciones creadas por la mera omisión de la indicación de recursos contra una resolución concreta, de aquellas otras en las que se da una instrucción o información errónea que induzca a error al litigante (SSTC 50/1987, 107/1987 y 376/1993), pues la omisión en una resolución de los recursos utilizables - como información prescrita legalmente- no impide en modo alguno la posibilidad de recurrir, en tanto en cuanto esta falta no vincula a la parte ni es obstáculo para que pudiera efectivamente recurrir (SSTC 145/1986, 50/1987), como así lo hizo en el presente caso, toda vez que los defectos u omisiones en la instrucción de los recursos pueden ser salvados por el propio interesado.- Por otra parte, la advertencia de los recursos procedentes no afecta a cuál sea el procedimiento para la tramitación de los mismos que es, en realidad, lo debatido en este caso.- No puede, por tanto, apreciarse la lesión denunciada del art. 24.1 CE, por cuanto aquella omisión no impidió la efectiva interposición del recurso de apelación frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia..” (STC 70/1996, de 24 de abril de 1996. Pont. Sr. García-Mon y González Regueral)

³¹ En los demás casos, cuando se suscribe el correspondiente conforme - lo cual, en la práctica sucede en la inmensa mayoría de los casos, prácticamente en todos ellos-, entonces dejan de ser propuestas, para ser

B) Son *destinatarios* de la notificación, todos aquellos que sean parte en el juicio y, cuando así se mande, las personas a quienes se refiera la resolución y aquellas otras a quienes puedan deparar perjuicio.

C) El *tiempo* para la práctica de la notificación es el mismo día de la fecha o publicación de la resolución que se notifica y, no siendo posible, el día siguiente hábil; pero, si por circunstancias excepcionales no es posible notificar una sentencia en el plazo expresado, se podrá dilatar su notificación por el tiempo indispensable, sin que en ningún caso pueda exceder de tres días (art. 260.III LECiv).

D) Por el *lugar y forma* en que han de practicarse las notificaciones, existen diferencias fundamentales en cuanto a la regulación legal, entre las que destacan las siguientes: a) *En la Secretaría o local destinado al efecto en el Juzgado o Tribunal* que haya dictado la resolución, si allí acuden, con ese fin, los interesados o el Procurador que, en su caso, les represente en autos. En las poblaciones en que existan varios Juzgados y el conjunto de actividad judicial lo justifique, podrá establecerse un *servicio común* dependiente del Decanato para la práctica de las notificaciones que deban hacerse por aquéllos. También puede establecerse un local de notificaciones común a los varios Juzgados y Tribunales de la misma población, aunque sean de distinto orden jurisdiccional; en cuyo supuesto, el Colegio de Procuradores organizará un servicio para recibir las notificaciones que no hayan podido hacerse en aquel local común por incomparecencia del Procurador que deba ser notificado. La recepción de la notificación por este servicio producirá plenos efectos³²; b) *por correo certificado con acuse de recibo*, dando fe el Secretario Judicial en los autos del contenido del sobre remitido y uniendo a ellos el acuse de recibo. La notificación por correo se entenderá hecha en la fecha en que el destinatario o alguna de las personas con las que puede entenderse la notificación por cédula hagan constar su recepción en el acuse de recibo. Si lo aconsejan circunstancias particulares o exigencias de mayor celeridad, puede practicarse la notificación por el servicio de telégrafos o por cualquier medio idóneo de comunicación adoptándose las medidas oportunas para asegurar la recepción del acto comunicado, dejando constancia en autos. En relación con estas clases de notificaciones, existen determinadas excepciones en que la misma debe efectuarse en forma ordinaria³³; c) *en*

la resolución a la que han dado lugar a través de ese proceso de producción de la misma; es decir, pasan a ser providencias o autos; o dicho de otra forma, las providencias y autos pueden adoptarse por dos vías diferentes: a) a través de la preceptiva propuesta, en los casos legalmente establecidos (confr. art. 289 y ss. LOPJ); y, b) de forma directa; pero en ambos casos, la resolución final será bien una providencia o un auto, que es la resolución a notificar.

³² En todos estos casos, la notificación se practicará por el Secretario Judicial u Oficial habilitado, leyendo íntegramente la resolución a la persona a quien se haga, dándole en el acto copia literal de ella firmada por el funcionario notificante, aunque no la pida, con expresión del negocio a que se refiera e indicación de si la resolución notificada es o no firme y, si no lo es, del recurso que proceda, órgano ante el que debe interponerse y plazo para ello; todo lo cual se hará constar en la diligencia que se extienda en los autos, la cual será firmada por el funcionario notificante y por la persona a quien se haga; pero, si no sabe, no puede o no quiere firmar, no es necesaria la intervención de testigo o testigos, debido a la plenitud de la fe pública del Secretario Judicial y con la que actúa el Oficial habilitado, en lógica correlación con la asunción por éste de todas las responsabilidades que puedan derivar del acto.

³³ Como excepciones que requieren la práctica de la notificación en forma ordinaria son destacables las siguientes: 1.ª) Que no se reciba el acuse de recibo dentro de los quince días siguientes a la remisión, o

el domicilio, que habrán de designar los interesados en el primer escrito que presenten, cuando no concurren a la Secretaría o local para recibir la notificación; o en el domicilio del Procurador, si tampoco concurre éste, siendo de su cuenta personal el aumento de gastos que ocasione la diligencia, sin que pueda cargarlos a su poderdante. En el supuesto de encontrarse el interesado en su domicilio, se practica la notificación por el Secretario Judicial u Oficial habilitado en la forma que hemos visto para las que se hacen en Secretaría o local destinado al efecto; pero, si a la primera diligencia en busca no es hallado en su domicilio, cualquiera que sea la causa y el tiempo de la ausencia, se hará la notificación por cédula en el mismo acto y sin necesidad de mandato judicial³⁴. Es preciso distinguir la cédula a entregar para el destinatario y la diligencia para acreditarlo en autos³⁵; d) *mediante edictos*, pues cuando no conste el domicilio de la persona que deba ser notificada, o por haber mudado de habitación se ignore su paradero, se consignará por diligencia, y el juez mandará que se haga la notificación fijando la cédula en el sitio público de costumbre, y se inserte en el “Boletín Oficial” de la provincia, pudiendo acordar que también se publique en “Boletín Oficial del Estado», pero sólo si se estima necesario; la forma de la cédula en este caso es similar a la del apartado anterior; e) *en estrados* declarado o constituido en rebeldía a un litigante; se trata de notificaciones «ficticias» y una vez constituido en rebeldía, todas las notificaciones de harán en estrados leyendo la resolución en audiencia pública, y firmarán la diligencia el Secretario sin necesidad de testigos adicionales (art. 281.2 LOPJ), pues a pesar de que el art. 282 LECiv continúa refiriéndose a la presencia de dos testigos, dicha previsión ha de entenderse superada por la regulación contenida en la LOPJ, en virtud del principio de modernidad legislativa. Finalmente, se contienen determinadas normas en relación con los funcionarios que incurran en morosidad en la práctica de las notificaciones³⁶.

resulte negativa la comunicación, en que se practicará en la forma ordinaria (en el domicilio del destinatario), salvo si se hubiera dado por enterado personalmente; 2.ª) que su destinatario sea o deba ser parte en el juicio o en cualquiera de sus instancias y dependa de la comunicación su personación en las actuaciones; 3.ª) que se trate de requerimiento (que se practica en la misma forma que las notificaciones, pero no puede hacerse por correo certificado, dado que, de conformidad con el art. 276 LECiv, el requerimiento permite que el interesado de respuesta al mismo, que deberá consignarse sucintamente en la diligencia); 4.ª) que lo disponga la ley; 5.ª) que lo acuerde el juzgado por estimarlo conveniente o aconsejarlo las circunstancias que concurren.

³⁴ Se trata de una *notificación personal en cascada*, siguiendo el orden establecido en el precepto comentado (art. 268 LECiv).

³⁵ La *cédula de notificación* para el destinatario, contendrá: 1.º) La expresión de la naturaleza y objeto del pleito o negocio, y los nombres y apellidos de los litigantes; 2.º) copia literal de la providencia o resolución que haya de notificarse; 3.º) el nombre de la persona a quien deba hacerse la notificación, con indicación del motivo por el que se hace en esta forma; 4.º) expresión de la hora en que haya sido buscada y no hallada en su domicilio dicha persona, así como la fecha y la firma del funcionario notificante; 5.º) la indicación de si la resolución notificada es o no firme y, si no lo es, del recurso que proceda, órgano ante el que debe interponerse y plazo para ello. La *diligencia a extender* en los autos ha de acreditar: 1.º) El nombre, estado y ocupación, así como su relación con la persona que deba ser notificada, de la persona que recibe la cédula, que ha de ser el pariente más cercano, familiar o criado, mayor de catorce años, que se encuentre en el domicilio del que deba ser notificado, y si no se encuentra a nadie en él, el vecino más próximo que sea habido; 2.º) la obligación que tiene, y le hará saber el funcionario notificante, de entregar la cédula al destinatario así que regrese a su domicilio, o de darle aviso si sabe su paradero, o multa de 25 a 100 pesetas.

³⁶ Así, el art. 280 LECiv establece que los funcionarios que incurran en morosidad en materia de notificaciones o que falten a alguna de las formalidades establecidas, serán corregidos disciplinariamente

B) Notificaciones en el orden jurisdiccional penal

Los citados autores sistematizan el régimen jurídico de notificaciones en el orden jurisdiccional penal del siguiente modo:

A) Notificación personal en los estrados del Juzgado o Tribunal: a) se practican por el Secretario Judicial u Oficial; b) lectura íntegra y entrega de copia literal de la resolución; c) por diligencia; d) firman el Secretario Judicial u Oficial habilitado y el interesado.

B) Notificación personal en el domicilio: a) Cédula extendida por el Secretario Judicial y que contendrá lo siguiente: a') expresión del objeto de la causa y los nombres y apellidos de los que en ella fueran parte; b') copia literal de la resolución que se hubiere de notificar; c') nombre y apellidos de la persona o personas que han de ser notificadas; d') el lugar y la fecha en que la resolución se expidiere; e') la firma del Secretario Judicial; b) la cédula será entregada al Agente Judicial, que sacará y autorizará con su firma tantas copias como personas hayan de ser notificadas; c) el *Agente* se desplazará al domicilio del interesado y le hará la notificación, que consistirá en la lectura íntegra de la resolución judicial y entrega de copia de la cédula, extendiéndose la correspondiente diligencia al pie de la cédula original; d) en la diligencia se hará constar el día y hora de la entrega, y será firmada por la persona a quien ésta se hiciera y el funcionario que practique la notificación. Si la persona a quien se hace la notificación no supiere o no pudiere firmar, lo hará otra a su ruego, y si no quisiere firmarán dos testigos buscados al efecto³⁷, los cuales no podrán negarse a ello, bajo prevención de multa de 25 a 100 pesetas³⁸.

C) Notificación por cédula cuando no fuera hallado en su domicilio: a) Se entregara la copia de la cédula al pariente, familiar o criado mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio. Si no hubiere nadie, se hará la entrega a uno de los vecinos más próximos³⁹; b) en la diligencia de entrega se hará constar la obligación del que recibiere la copia de la cédula de entregarla al interesado tan pronto regrese a su domicilio, bajo prevención de multa de 25 a 200 pesetas⁴⁰.

por el Juez o Tribunal de quien dependan con una multa de 50 a 200 pesetas y serán, además, responsables de cuantos perjuicios y gastos se hayan ocasionado por su culpa. Se trata de un supuesto de *responsabilidad disciplinaria intraprocesal*, que tras la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, de reforma de la LOPJ, ha de entenderse derogado, pues indicada reforma pretendió extraer de las leyes procesales la denominada responsabilidad disciplinaria intraprocesal.

³⁷ Nótese que aquí se mantiene la necesidad de los dos testigos, toda vez que se trata de una notificación que realiza el Agente Judicial, al cual no le resulta de aplicación del art. 281.2 LOPJ, ya comentado.

³⁸ Referida cuantía fue revisada por última vez mediante Ley de 14 de abril de 1955 (BOE 15/04/1955), por la que se modificó la base económica de algunos artículos de la LECrim, entre ellos el art. 171 en que se recoge la comentada multa; se trata de una cuantía ridícula, en los tiempos actuales (1998), pues su valor es insignificante, y carece de poder coercitivo alguno.

³⁹ Se regula aquí otro supuesto de lo que hemos denominado como *notificación personal en cascada*.

⁴⁰ Se trata de una cuantía cuya última revisión se produjo mediante Ley de 14 de abril de 1955 (BOE 15/04/1955), por la que se modificó la base económica de algunos artículos de la LECrim; se trata, igual

D) *Notificación a través de sistemas técnicos de comunicación*: a) Cuando el Juez lo estime conveniente: por correo certificado con acuse de recibo, dando fe el Secretario Judicial en los autos del contenido del sobre remitido; b) este procedimiento no será de aplicación y deberán notificarse personalmente al procesado o imputado y/o a su procurador, por el Secretario Judicial u Oficial habilitado, las siguientes resoluciones: a') notificación de sentencias; b') autos de procesamiento, libertad o prisión, incomunicación y su alzamiento, conclusión de sumario. En relación con la notificación del auto elevando la detención a prisión, se contiene una norma específica que preceptúa que se hará saber al preso el derecho que le asiste para pedir, de palabra o por escrito, la reposición del auto, consignándose en la notificación la manifestación que hiciere.

E) *Notificación a Procurador*: a) En Secretaría o en el local destinado al efecto; b) excepto (notificaciones, citaciones y emplazamientos), cuando: a') las que disponga expresamente la Ley que deben hacerse a los interesados en persona; b') las citaciones que tengan por objeto la comparecencia obligatoria de los interesados.

F) *Notificación edictal*, en supuestos de domicilio no conocido: a) Si el que haya de ser notificado no tuviera domicilio conocido, el Juez dará órdenes para su búsqueda. Si no fuere hallado, se mandará insertar la cédula en el "Boletín Oficial" de la provincia de su última residencia, y en el "Boletín Oficial del Estado" si se considera necesario.

C) Notificaciones en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo

La novísima Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE 14/07/1998), en adelante LRJCA98, no contiene norma específica alguna acerca de las notificaciones, y por consiguiente ha de acudir a la regulación contenida en la LECiv, dada la supletoriedad general de la ley procesal civil en relación con la reguladora de la jurisdicción contencioso administrativo (confr. disposición final 1ª de LRJCA98)⁴¹.

D) Notificaciones en el orden jurisdiccional laboral

De conformidad con la Disposición Adicional 1.ª LPL, en lo no previsto en la misma regirá como supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil, de donde resulta que, existiendo normativa específica sobre la materia en la LPL, ha de estarse a la regulación contenida en la LECiv, con las siguientes modificaciones: a) En la sede del Juzgado; b) correo certificado con acuse de recibo; c) telegrama u otros sistema idóneos de comunicación; d) por cédula, cuando no sea hallado en su domicilio: pariente, familiar, criado mayor

que en el caso anteriormente comentado, de una cuantía ridícula, en los tiempos actuales (1998), pues su valor es insignificante, y carece de poder coercitivo alguno.

⁴¹ Deberá tenerse en cuenta que la LRJCA98 entrará en vigor a los cinco meses de su publicación (confr. disposición final 3ª LRJCA98), y habiéndose producido la publicación en el BOE del día 14 de julio de 1998, tal entrada en vigor se producirá el *día 15 de diciembre de 1998*, a tenor de la interpretación jurisprudencial [confr. STS (Sala 3ª) de 21 de diciembre de 1987 y las que se citan en la misma] sobre el art. 5 CC, que establece que el cómputo del plazo fijado en meses se hará "de fecha a fecha" (confr., a título orientativo, la Circular 1/1996 de la Fiscalía General del Estado, de 23 de febrero de 1996, que trato, entre otras muchas cuestiones, sobre el momento de entrada en vigor del Código Penal de 1995).

de 16 años o vecino, multa de 2.000 a 20 000 pesetas; e) edictos y “Boletín Oficial” de la provincia o “Boletín Oficial del Estado”.

1.6.2. Citaciones

Por citación ha de entenderse la convocatoria por un Juzgado o Tribunal, con señalamiento de lugar, día y hora en que deba comparecer el citado, siendo, en general, aplicable a las mismas la regulación de las notificaciones en sentido estricto, con algunas matizaciones que se expondrán a continuación. Las citaciones se practican siempre por cédula, que será entregada al que deba ser citado, en lugar de la copia de la providencia, acreditándolo en autos mediante diligencia. Debe diferenciarse la citación de los que sean o deban ser parte en el juicio, y la citación de los testigos, peritos y demás que no sean parte, y también atendiendo a los distintos órdenes jurisdiccionales.

A) Citación en el orden jurisdiccional civil

A) *Citación a las partes.* A su vez es posible distinguir: 1.º) *Citación en su domicilio:* a) Se practica por el Secretario Judicial y Oficial habilitado; b) se le entregará al interesado una cédula conteniendo: a’) expresión del Juez o Tribunal que haya dictado la resolución, la fecha de ésta y el negocio en que haya recaído; b’) el nombre y apellidos de la persona a quien se haga la citación; c’) el objeto de la citación y la parte que la haya solicitado; d’) el sitio, día y hora en que deba comparecer el citado; e’) la prevención de que, si no comparece le parará el perjuicio a que haya lugar en derecho; y, f’) concluirá con la expresión del lugar, fecha y firma del Secretario Judicial. En el caso de que sea obligatoria la comparecencia, se le hará esta prevención, y si por no haber comparecido fuera necesaria segunda citación, se le prevendrá en ella que, si no comparece ni alega causa justa que se lo impida, podrá incoarse, contra el mismo, causa penal por el delito de desobediencia grave a la Autoridad. Cuando no sea hallado en su domicilio se procederá igual que en las notificaciones civiles. 2.º) *Citación en la Secretaría del Juzgado o Tribunal.* Se efectuará mediante entrega de cédula. 3.º) *Citación por medio de Procurador:* a) Se practicarán con el Procurador las citaciones que hayan de practicarse a su poderdante, salvo cuando la ley ordene expresamente que se hagan en la persona del propio interesado (tanto citaciones como emplazamientos); b) en virtud de la reforma procesal de 1992, operada mediante Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, las citaciones y emplazamientos de los que deban ser parte en el juicio, y estuvieren personados por medio de Procurador, se harán por medio de éstos; y, en el caso de que, permitiéndolo así la ley, las partes estén representadas por Abogado, las citaciones y emplazamientos a las partes se realizarán a través de dicho letrado. 4.º) *Segunda citación para la práctica de “confesión judicial”:* Habrá de contener, como especialidad, apercibimiento de que podrá ser tenido por confeso en la sentencia definitiva. 5.º) *Por correo certificado con acuse de recibo.* Transcurridos quince días sin recibir el acuse de recibo cumplimentado o recibido negativamente, se practicará la citación en la forma ordinaria, salvo que el citado se haya dado por enterado personalmente por otro medio; este sistema no será de aplicación cuando la ley ordene que la citación se haga personalmente (art. 261 LECiv).

B) *Citación a los que no sean parte*. La citación a testigos, peritos y demás personas que no sean parte en el juicio, puede practicarse a instancia de parte o, en su caso, de oficio, y se hará por correo certificado con acuse de recibo, dando fe el Secretario Judicial en los autos del contenido del sobre remitido y uniéndose a ellos el acuse de recibo. Y así es posible distinguir: a) *a instancia de parte*, en cuyo caso la parte al proponer la prueba hará constar que no es necesaria citación judicial, ya que comparecerán a declarar el día y hora que se señale, es decir, la parte proponente se compromete a que los testigos o peritos comparecerán; b) *de oficio*, que es posible sistematizar del siguiente modo: a') Se hará por correo certificado con acuse de recibo, dando fe el Secretario Judicial en los autos del contenido del sobre remitido y uniéndose a ellos el acuse de recibo; b') la citación se entenderá practicada en la fecha en que el destinatario haga constar su recepción en el acuse de recibo; c') sólo en el supuesto de que el Juez o Tribunal lo estime conveniente se practicará la citación a estas personas por medio de un Agente Judicial; a cuyo fin, el Secretario Judicial extenderá la cédula por duplicado y el Agente entregará un ejemplar al citado, el cual firmará su recibo en otro ejemplar, que se unirá a los autos; d') respecto de los testigos, si residen dentro del partido judicial, debe hacerse la prevención de poder ser conducidos por la fuerza pública⁴².

B) Citaciones en el orden jurisdiccional penal

Las citaciones en el proceso penal siguen, en general, las mismas reglas que en el orden jurisdiccional civil, pero presentan las siguientes particularidades: a) La prevención de que, en caso de no concurrir al llamamiento judicial, se le podrá imponer una multa de 5.000 a 25.000 pesetas, y, se podrá incoar causa penal contra ellos por presunto delito del art. 463 CP 1995, a cuyo efecto deberán ser expresamente advertidos sobre si existe o no preso preventivo en la causa de que se trate⁴³; b) en Secretaría, la

⁴² Así lo establece el art. 643 LECiv, que preceptúa que “*Los testigos que, residiendo dentro del partido judicial, rehusaren presentarse voluntariamente a declarar, serán citados por cédula con dos días de anticipación por lo menos al señalado para su examen, si lo solicitare la parte interesada.- Contra el testigo inobediente sin justa causa, acordará el Juez, también a instancia de parte, los apremios que estime conducentes para obligarle a comparecer, incluso el de ser conducido por la fuerza pública*”

⁴³ El art. 463 CP 1995 preceptúa lo siguiente: “*Artículo 463.- 1. El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un Juzgado o Tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral, será castigado con la pena de arresto de doce a dieciocho fines de semana y multa de seis a nueve meses. En la pena de multa de seis a nueve meses incurrirá el que, habiendo sido advertido lo hiciere por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.- 2. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se le impondrá la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.-3. Si la suspensión tuviere lugar, en el caso del apartado 1 de este artículo, como consecuencia de la incomparecencia del Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario Judicial, se impondrá la pena de arresto de dieciocho a veinticuatro fines de semana, multa de seis a doce meses de inhabilitación especial por tiempo de dos a cuatro años.*”; en relación con el Juicio de Faltas, evidentemente, nunca sería de aplicación en la modalidad de proceso criminal con preso preventivo, dado que en el Juicio de Faltas no cabe adoptar tal medida cautelar personal; y en cuanto a la otra modalidad, entendemos que tampoco sería de aplicación dado que el mismo se refiere a “causa criminal”, y que es tradición en nuestro derecho el hacer equivaler tal expresión con causa penal por delito, y desde la perspectiva del principio de intervención mínima del Derecho penal, mantenemos que el citado artículo 463 no se aplica a los Juicios de Faltas (LAMO

citación se practicará por el Secretario Judicial u Oficial habilitado, y si la citación se hace en el domicilio del interesado, el Secretario Judicial entregará, la correspondiente cédula, al Agente Judicial, y éste, para practicar la diligencia, sacará tantas copias como personas hayan de ser citadas, a las cuales se les entregará; en tal caso, la diligencia de citación se extenderá en la cédula original, que al ser devuelta se unirá a los autos; c) cuando el órgano judicial así lo acuerde, las citaciones podrán hacerse por correo certificado con acuse de recibo, en la forma indicada respecto a las citaciones en el procedimiento civil, hechas por el mismo medio y con los mismos efectos en cuanto al momento en que se entienden practicadas; d) las citaciones, durante la instrucción del sumario, o en las diligencias previas, pueden hacerse también de simple palabra y hasta por teléfono, dando fe el Secretario Judicial; e) puede habilitarse a los agentes de la policía para practicar las diligencias de citación verbal o escrita (art. 431 LECrim); y, f) los testigos y peritos serán citados donde fueren habidos.

1.6.3. Emplazamientos

El emplazamiento consiste en la convocatoria por un Juzgado o Tribunal para comparecer en el plazo que se señale ante un órgano jurisdiccional. Puede definirse como el acto procesal por medio del cual el funcionario competente, en cumplimiento de un mandato judicial, hace saber a una de las partes en el proceso, o a todas, que por el Juez se les ha concedido un plazo determinado para que durante el mismo puedan realizar una determinada actividad procesal. Pueden hacerse a una sola de las partes (para personarse en juicio o para contestar a la demanda), o a ambas partes (para formular alegaciones). Y pueden hacerse para comparecer ante el propio órgano, o bien, para comparecer ante otro órgano judicial distinto.

El régimen jurídico de los emplazamientos es similar en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, y puede ser sistematizado del siguiente modo: a) Se hacen siempre mediante cédula que se entregará a quien deba ser emplazado, en lugar de la copia de la resolución, lo cual se hará constar en la diligencia que se extienda; b) la cédula es similar a la de citación, pero en vez de indicar lugar, día y hora, se expresará el plazo dentro del cual debe comparecer el emplazado y el Juzgado o Tribunal ante el que debe hacerlo; c) los emplazamientos siempre se hacen a quienes son o deben ser parte, y los practican: a') el Secretario Judicial u oficial habilitado, en los procesos civiles; y, b') en los procesos penales, en Secretaría las hará el Secretario Judicial u Oficial, y fuera de la Secretaría, los practicará el Agente, que sacará, de la cédula, tantas copias como personas hayan de ser emplazadas; en tal caso, las diligencias de emplazamiento se extenderán en la cédula original, que al ser devuelta se unirá a los autos; d) no pueden efectuarse por Procurador aquellos emplazamientos que la ley establece que han de practicarse en la persona del interesado y que, aunque la LECiv, admite el emplazamiento por correo certificado con acuse de recibo, lo excluye cuando se refiera a persona que sea o deba ser parte en el proceso o en cualquiera de sus instancias, y cuando de la comunicación dependa su personación en las actuaciones.

1.6.4. Requerimientos

RUBIO, J. de., "El Juicio de Faltas y el Código Penal de 1995", *Revista Secretarios Judiciales*, nº 2, La Ley-Actualidad, Madrid, febrero de 1998, pág. 21).

Se puede definir el requerimiento como un acto de intimación que se hace a una persona para que entregue, haga o deje de hacer alguna cosa. Los requerimientos se practican notificando al requerido, en la forma prevenida, la providencia en que se mande, expresando el funcionario notificante en la diligencia haberle hecho el requerimiento en ella ordenado, en la que se admitirá la respuesta que dé el requerido⁴⁴, consignándola sucintamente (art. 276 LECiv), razón por la cual no puede hacerse por correo, siendo válidas las restantes variantes vistas para las notificaciones; normalmente se hacen al interesado en su domicilio o a través de Procurador.

En cuanto a su régimen jurídico, destaca que no se contiene en la Ley Procesal Penal regulación expresa sobre esta materia, por lo que en la práctica se siguen las reglas de los requerimientos en materia civil. No obstante lo anterior, en el proceso penal, se prevén las denominadas requisitorias para llamar y buscar: a) al sujeto pasivo del proceso penal que al ir a notificarle cualquier resolución, se hubiere ausentado de su domicilio, ignorándose su paradero o no tuviera domicilio conocido; b) al que se hubiera fugado del establecimiento en que se hallare detenido o preso; c) al que, hallándose en libertad provisional, dejare de concurrir a la presencia judicial el día que le esté señalado o cuando sea llamado (art. 835 y ss. LECrim).

1.6.5. Disposiciones comunes a las notificaciones en general

Se completa la regulación de los actos de comunicaciones con disposiciones que afectan a algunos de ellos, así como a las denominadas notificaciones en estrados, y a la posible ineficacia de las notificaciones; tales normas pueden sintetizarse así:

A) Como normas comunes a las notificaciones, citaciones y emplazamientos, se encuentran las siguientes: a) La que establece que no se admitirá ni consignará respuesta alguna del interesado, a no ser que se hubiere mandado en la providencia; b) la de que serán nulas las que no se practiquen con arreglo a las disposiciones legales; pero, cuando la persona notificada, citada o emplazada se hubiere dado por enterada en el juicio, surtirá desde entonces la diligencia todos sus efectos, como si se hubiese hecho con arreglo a las disposiciones legales, sin que por ello quede relevado el funcionario de la corrección disciplinaria.

B) Las citaciones y emplazamientos de los que, siendo parte en el juicio, estén representados por Procurador o, cuando la Ley lo autorice, por Abogado, se harán por medio del representante procesal (art. 271 LECiv); pero se exceptúan los emplazamientos, citaciones y requerimientos que la ley disponga expresamente se practiquen directamente a los mismos interesados en persona (art. 6 LECiv).

⁴⁴ Nótese que en los requerimientos son, en principio, los únicos actos de comunicación en que se admite respuesta o constatación expresa de las manifestaciones o expresiones que la parte requerida quiera hacer constar; el art. 276.I LECiv, *a sensu contrario*, admite excepcionalmente, la consignación de respuesta en las demás clases de comunicaciones (notificaciones, citaciones y emplazamientos), si así se ha acordado en la correspondiente providencia o resolución.

C) Cuando sea declarado o se constituya en rebeldía un litigante, por no haber comparecido en juicio después de emplazado o citado en forma, no se volverá a practicar diligencia alguna en su busca, sino que todas las providencias que en adelante recaigan en el pleito, y cuantos emplazamientos y citaciones deban hacerse, se notificarán y ejecutarán en los estrados del Juzgado o Tribunal⁴⁵.

1.7. Actos de comunicación con otros órganos judiciales y con autoridades

1.7.1. Normas generales

Por actos de comunicación también se entienden los efectuados por un Juzgado o Tribunal y dirigidos a otro órgano judicial, autoridades o funcionarios de distinto orden, por los que se recaba su colaboración en la tramitación de un asunto determinado. La forma de dichos actos es escrita. La cooperación judicial se encuentra regulada en la LOPJ (arts. 273 a 279) y en la LECiv (arts. 284 a 300), teniendo incidencia en esta materia el Reglamento CGPJ 5/1995, de 7 de junio de 1995, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, normativa que puede ser sistematizada del siguiente modo: a) Los Jueces y Tribunales deben cooperar entre sí en el ejercicio de la función jurisdiccional; b) deberá recabarse la cooperación jurisdiccional cuando haya de practicarse una diligencia fuera de la circunscripción del Juzgado o Tribunal que la hubiere ordenado o cuando ésta fuere de la específica competencia de otro Juzgado o Tribunal; no obstante lo anterior, podrán practicarse diligencias de instrucción o prueba en lugar no comprendido en territorio de su jurisdicción cuando así lo autorice expresamente la Ley; c) el Juzgado o Tribunal que solicite la cooperación jurisdiccional para la práctica de toda clase de diligencias, habrá de motivar suficientemente su decisión valorando las circunstancias de complejidad, dificultad o repercusión concurrentes en la actuación a practicar, así como la aptitud y posibilidades del órgano solicitante y de aquel cuyo auxilio se pida; d) salvo cuando así lo autorice expresamente la Ley, o cuando la actuación a realizar fuere de la específica competencia de otro Juzgado o Tribunal, no se acudirá al auxilio judicial para la práctica de diligencias que deban llevarse a efecto en la misma población en que tenga su sede el órgano que las hubiere ordenado; e) los Juzgados o Tribunales demandarán el auxilio judicial para la práctica de diligencias o actuaciones procesales concretas y determinadas, pero sin que el contenido de la petición de auxilio pueda suponer en ningún caso la atribución al

⁴⁵ Ahora bien, en cuanto a la práctica de estos actos de comunicación, difiere según se trate de providencias o autos y sentencias: a) En el supuesto de *providencias*, su notificación, y las citaciones y emplazamientos, se ejecutarán en los estrados del Juzgado o Tribunal, salvo que otra cosa se prevenga. Las notificaciones de las providencias, citaciones y emplazamientos se harán leyendo la providencia que deba notificarse, o en la que se haya mandado hacer la citación o emplazamiento, en la audiencia pública del Juez o Tribunal que la haya dictado, sin necesidad de la presencia de testigos, pero se hará constar en autos por diligencia del funcionario notificante; b) en el caso de *autos y sentencias* también se notificarán en estrados; pero sus cédulas de notificación, así como las cédulas de citaciones y emplazamientos que se hagan en ellos, se publicarán además como edictos en la puerta del local donde celebren sus audiencias los Jueces y Tribunales, acreditándolo también mediante diligencia. Pero, la sentencia que se pronuncie en el juicio seguido en rebeldía será notificada personalmente al litigante rebelde, cuando pueda ser habido, si así lo solicita la parte contraria; y solamente, si no lo solicita, se practicará mediante edicto, con inserción del encabezamiento y parte dispositiva, con la firma del Juez que la haya dictado, en el “Boletín Oficial” de la provincia y, cuando las circunstancias del caso lo exijan, a juicio del Juez, en el “Boletín Oficial del Estado” (art.769 LECiv).

órgano requerido de funciones procesales que excedan del ámbito propio de la cooperación judicial; f) la cooperación jurisdiccional habrá de recabarse y prestarse por los órganos correspondientes al mismo grado y orden jurisdiccional que el solicitante de auxilio, a no ser que en la localidad donde haya de tener lugar la diligencia solicitada no existan órganos de tal categoría o que la actuación a practicar corresponda a la competencia específica de otro Juzgado o Tribunal; g) en todo caso se requiere que concurra causa que justifique la cooperación, se excluyen de su objeto las diligencias que hayan de practicarse en la población donde tenga su sede el órgano que las ordene y debe evitarse que sobre los Juzgados de Paz recaiga por vía de auxilio jurisdiccional la práctica de actuaciones procesales que desborden las posibilidades de su organización y medios; en todo caso, los respectivos Presidentes de quien dependa el órgano exhortado resolverán “...en vía gubernativa cuantas cuestiones se les sometan relativas al alcance del deber de auxilio judicial o a la adecuación a las exigencias legales y reglamentarias de las peticiones dirigidas a órganos de su ámbito y sobre cuyo cumplimiento exista controversia o incertidumbre” (arts. 64, 67 y 68 Reglamento CGPJ 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales); h) la petición de cooperación, cualquiera que sea el Juzgado o Tribunal a quien se dirija, se efectuará siempre directamente, sin dar lugar a traslados ni reproducciones a través de órganos intermedios. Es decir, la cooperación es directa.

1.7.2. Clasificación

Los actos de comunicación entre órganos judiciales se articulan a través del *exhorto*, también denominado *despacho de cooperación jurisdiccional*. Estos actos, más que de comunicación, son propiamente de auxilio judicial o de cooperación jurisdiccional. La cooperación jurisdiccional internacional, se solicitará a través de las “comisiones rogatorias”. Las comunicaciones de los Jueces y Tribunales con autoridades y funcionarios pertenecientes a un orden distinto al judicial, pueden efectuarse a través de los “oficios”, o a través de “exposiciones”. Cuando la comunicación se dirija a un Notario, Agente de la Policía Judicial, Agente Judicial, Registrador, revestirán la forma de “mandamientos”.

1.7.3 Exhortos

A) Exhortos en el orden jurisdiccional civil

Tras la reforma procesal de 1984, se ha configurado, en el orden civil, la comunicación entre los órganos jurisdiccionales atendiendo al deber de mutuo auxilio y en un plano de igualdad, mediante la generalización del exhorto y la eliminación del suplicatorio y de la carta-orden ⁴⁶. La LECiv, establece que los Jueces y Tribunales están obligados a prestarse recíproco auxilio en las actuaciones y diligencias que habiendo sido ordenadas por uno, requieran, para su práctica, la colaboración de otro. Esta obligación afecta tanto a las actuaciones a realizar fuera de la circunscripción del

⁴⁶ Con anterioridad a la reforma de la LECiv de 6 de agosto de 1984, se establecía lo siguiente: a) Cuando el acto de comunicación iba dirigido a un Tribunal o Juzgado de igual clase se llamaba *exhorto*; b) cuando iba dirigido a uno de clase inferior se llamaba *carta-orden*; c) cuando iba dirigido a uno de clase superior se llamaba *suplicatorio*.

Juzgado o Tribunal, como a las que hayan de efectuarse fuera de su sede, si hay causa que lo justifique. La normativa contenida en la LECiv debe completarse con lo previsto en la LOPJ y en el Reglamento CGPJ 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales⁴⁷.

B) Exhortos en el orden jurisdiccional penal

La normativa básica se recoge en los artículos 183 y siguientes de la LECrim⁴⁸, en regulación que actualmente han de entenderse superada por la prevista en la LOPJ y en el citado Reglamento CGPJ 5/1995, siendo por tanto similar el régimen jurídico al analizado en relación con el orden jurisdiccional civil, si bien se mantienen las siguientes peculiaridades: a) Se cursan siempre de oficio; b) los gastos que originen

⁴⁷ A tenor de lo establecido en la LOPJ, LECiv y Reglamento CGPJ 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, y siguiendo a ESCUDERO y FRIGOLA puede sistematizarse el régimen aplicable del siguiente modo: A) *Órgano a quien han de dirigirse los exhortos*. Los exhortos se han de dirigir al órgano jurisdiccional de grado igual al exhortante; en su defecto, al inferior en grado más próximo, salvo que el contenido de las actuaciones determine la intervención de otro distinto. B) *Contenido y forma*. En el órgano exhortante se libra el exhorto, que habrá de contener: a) La designación del órgano judicial exhortante; b) la designación del órgano judicial exhortado; c) las actuaciones que se interesan; d) el término o plazo en que habrán de practicarse las mismas. Generalmente los exhortos se dirigirán por escrito, pero en casos de «urgente práctica», la petición puede formularse por télex (Fax), telégrafo o teléfono, o cualquier otro medio con tal de que se efectúe bajo la fe del Secretario Judicial, sin perjuicio de confirmarla en despacho ordinario en el mismo día o en el siguiente. C) *Cumplimiento de los exhortos*. La remisión del exhorto puede efectuarse: a) Directamente al órgano exhortado, que debe acusar recibo; b) por conducto personal de la parte a quien interese su cumplimiento y bajo su responsabilidad para que cuide de su tramitación, sin necesidad de poder alguno. En la resolución en que se acuerde librar el exhorto podrá designarse, a instancia de parte, persona o personas para que intervengan en su diligenciamiento, también sin necesidad de poder, con expresión del alcance de la intervención y del plazo para su comparecencia ante el órgano exhortado, así como si su incomparecencia determina o no la caducidad del exhorto. El órgano judicial que reciba el exhorto, dispondrá lo necesario para su cumplimiento y lo devolverá directamente al exhortante una vez cumplimentado, salvo que se haya hecho designación de personas para la tramitación, en cuyo caso se les entregará para que, bajo su responsabilidad, procedan a su devolución en un plazo máximo de 48 horas. D) *Gastos*. Los gastos se satisfarán por la parte a cuya instancia se libre el exhorto en el plazo de ocho días a partir de que reciba la cuenta de los mismos, siendo obligado el pago, en otro caso, por la vía de apremio. E) *Exhortos no cumplimentados o remitidos a órgano diferente del que deba prestar el auxilio*. En el caso de exhorto no cumplimentado dentro del tiempo previsto en el mismo, será recordado su cumplimiento de oficio o a instancia de parte interesada y, de continuar en la misma situación, se pondrá el hecho en conocimiento del superior inmediato del órgano que deba cumplimentar el despacho para que adopte las medidas pertinentes a su cumplimiento. En el supuesto de exhorto remitido a órgano judicial diferente del que deba prestar el auxilio, el que reciba el exhorto lo enviará directamente al que deba prestar el auxilio, dando cuenta de su remisión al exhortante. F) *Notificación para el cumplimiento de los exhortos*. Las resoluciones que recaigan en el cumplimiento del exhorto se notificarán al portador sólo en dos supuestos: a) Cuando el exhorto prevenga que se practique alguna diligencia con su citación, intervención o concurrencia; b) cuando sea necesario requerirle para que proporcione datos o noticias precisas para el cumplimiento del exhorto. En el supuesto de que así lo haya solicitado el exhortante, se le comunicará el resultado por télex, telégrafo, teléfono o cualquier otro medio, bajo la fe del Secretario Judicial.

⁴⁸ Preceptos que establecen, en términos generales, el siguiente régimen: Cuando una diligencia judicial hubiere de ser ejecutada por un Juez o Tribunal distinto del que la haya ordenado, éste encomendará su cumplimiento por medio de suplicatorio, exhorto o carta-orden. *Suplicatorio*: Se empleará esta forma cuando se dirija a un Juez o Tribunal superior en grado. *Exhortos*: Cuando se dirija a un Juez o Tribunal de igual grado. *Carta-orden*: Cuando se dirija a un Juez o Tribunal subordinado suyo.

quedan pendientes hasta que recaiga sentencia y, una vez firme, se efectuó, en su caso, la tasación de costas.

1.7.4. Oficios y mandamientos

A) En el orden jurisdiccional civil

Los mandamientos, oficios y exposiciones se cursarán, para su cumplimiento, directamente por el Juez o Tribunal que los hubiere librado. Podrán en su caso utilizarse los medios de comunicación (télex, telégrafo, teléfono u otros medios bajo la fe del Secretario). El destinatario acusará recibo inmediatamente⁴⁹. Es posible diferenciar entre: A) *Mandamiento*, que se utilizará para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier diligencia judicial cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad, Mercantiles, de Buques, de ventas a plazos de bienes muebles, Notarios, Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores Colegiados de Comercio o Agentes de Juzgado o Tribunal; y, B) *oficios o exposiciones*, que se utilizarán cuando los Jueces y Tribunales tengan que dirigirse a autoridades y funcionarios, utilizando una u otra forma de comunicación, según el caso lo requiera.

B) En el orden jurisdiccional penal

Los *mandamientos* se utilizarán cuando se dirijan a Notarios, Registradores: Agente Judicial y Agentes de la Policía Judicial. Los *oficios* se tramitan igual que en materia civil. Las *exposiciones* se utilizan para comunicarse con las Cortes o con los Ministros.

1.7.5. Cooperación jurisdiccional internacional

Las *comisiones rogatorias* constituyen la forma usual en la cooperación judicial internacional, pudiendo distinguir entre cooperación activa y pasiva, según que sea España la que solicite tal cooperación de otros países, o bien le sea solicitada a algún órgano judicial español tal cooperación jurisdiccional internacional

A) Cooperación activa

Las peticiones de cooperación internacional serán remitidas por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia, al Ministerio de Justicia, el cual las hará llegar a las Autoridades competentes del Estado requerido, bien por la vía consular o diplomática o bien directamente si así lo prevén los Tratados Internacionales (artículo 276 LOPJ). Para la práctica de actuaciones que impliquen el desplazamiento al extranjero de Jueces, Magistrados y funcionarios de la Administración de Justicia, es necesaria autorización de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (artículo 73 del Reglamento CGPJ 5/1995, antes citado).

⁴⁹ La parte a cuya instancia se libren queda obligada a satisfacer los gastos que se originen por su cumplimiento en idénticos términos que para los exhortos.

B) Cooperación pasiva

Los Juzgados y Tribunales españoles prestarán a las Autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los Tratados y Convenios internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, en razón de reciprocidad, cuya determinación corresponderá al Gobierno a través del Ministerio de Justicia. En el supuesto de existir Tratado o Convenio internacional, bien sea multilateral o bilateral, será preciso estar a los términos del mismo. Cuando no exista tal instrumento internacional, rige el principio de reciprocidad, en cuyo caso, si se acredita la existencia de reciprocidad o se ofrece ésta por la Autoridad Judicial extranjera, la prestación de cooperación sólo será denegada por los Jueces o Tribunales españoles, en alguno de los siguientes supuestos: a) Cuando el proceso del que dimana la solicitud de cooperación sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción española; b) cuando el contenido del acto a realizar no corresponda a las atribuciones de la Autoridad Judicial española requerida. En tal caso, ésta remitirá la solicitud a la competente, informando de ello al requirente; c) cuando la comunicación en que se solicite no reúna los requisitos de autenticidad suficiente o se halle redactada en idioma que no sea el castellano; y, d) cuando el objeto de la cooperación solicitada sea manifiestamente contrario al orden público español.

1.8. Influencia del tiempo en las actuaciones procesales

1.8.1. Términos y plazos

El derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas tiene rango de derecho fundamental (confr. art. 24.2 CE). Para que estas dilaciones no se produzcan se ha considerado siempre al *tiempo* como un requisito de los actos procesales, en el sentido de que las actuaciones judiciales no sólo han de realizarse cumpliendo los requisitos y formalidades establecidos por las leyes, sino que han de practicarse en el momento marcado para ello. Los actos constitutivos de la relación jurídico-procesal se concatenan en el tiempo, desde su constitución hasta su desenlace. Así, cada acto está condicionado por el anterior y determina, a su vez, al siguiente, de forma que habrán de realizarse, inexcusablemente, en el momento procesal adecuado. Dicho momento se establece en nuestro sistema procesal mediante el mecanismo de los términos y los plazos⁵⁰. El artículo 301 de la LECiv previene que las actuaciones y diligencias judiciales se practicarán dentro de los términos señalados para cada una de ellas, entendiéndose, cuando no se fije término, que han de practicarse sin dilación⁵¹.

⁵⁰ Aunque la LECiv no distingue entre término y plazo, puede decirse que: a) *Término* es el momento concreto en el cual se ha de practicar una determinada actuación procesal; se fija señalando el día y la hora en que el acto procesal ha de realizarse (ejemplo: cuando se cita al testigo y a las partes para la práctica de la declaración, o cuando se fije -señalamientos- día y hora para la celebración de una vista, comparecencia o audiencia); y, b) *plazo* es el periodo de tiempo concedido a las partes o al órgano judicial para realizar un acto procesal, los cuales pueden clasificarse en propios e impropios.

⁵¹ Tradicionalmente se distinguió entre términos prorrogables e improrrogables, pero a partir de la reforma procesal civil operada por Ley 34/1984, de 6 de agosto de 1984, se establece, en el art. 306 LECiv, que los plazos señalados en dicha Ley son improrrogables, añadiendo que transcurrido un plazo procesal se producirá la preclusión y se producirá la pérdida de la oportunidad de realizar el acto de que

1.8.2. Cómputo de plazos

A) En general

Conforme al artículo 185 LOPJ, los plazos procesales se computarán con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil y ya se ha indicado que plazo es el tiempo concedido para realizar un determinado acto. Los plazos pueden clasificarse en propios e impropios. Se habla de *plazos propios* para referirse a los concedidos a las partes para realizar un acto procesal; según el artículo 306 LECiv, quien incumple el plazo pierde la oportunidad de realizar el acto de que se trate (se produce la *preclusión del acto*); en cambio, los *plazos impropios* son los que las Leyes conceden a los órganos jurisdiccionales para que lleven a cabo una actuación determinada (ejemplo: plazo para dictar sentencia, para la dación de cuenta, para practicar una notificación, etc.).

Tanto la LECiv, como la LECrim, prescriben que las actuaciones y diligencias judiciales se practicarán dentro de los términos (plazos) señalados para cada uno de ellos, y cuando no se fije plazo, se entenderá que las actuaciones han de practicarse sin dilación. Si los actos no se realizan en el plazo legal, esta infracción podrá ser corregida disciplinariamente según la gravedad del caso, sin perjuicio del derecho de la parte agraviada para reclamar la indemnización de perjuicios y las demás responsabilidades que procedan⁵².

B) Cómputo de los plazos señalados por días

La LECiv, dispone en su artículo 303, que los términos (plazos) judiciales empiezan a correr desde el día siguiente al que se hubiere hecho el emplazamiento, citación o notificación y se contará en ellos el día de su vencimiento. Sin embargo, en ningún término señalado por días, se contarán aquellos en que no puedan tener lugar actuaciones judiciales (días inhábiles) es decir, en los plazos señalados por días a contar de uno determinado: a) Quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar al

se trate. Esta disposición, que tiene por finalidad dar rapidez al procedimiento, se completa con la facultad que se otorga al órgano judicial de impulsar de oficio el proceso, transcurrido que sea un plazo, salvo que la Ley disponga otra cosa (art. 307 LECiv), así como las de corregir con multa el retraso en la entrega de los autos y documentos por las partes y de disponer lo procedente en el orden penal y disciplinario en el caso de negarse a entregar los autos o documentos, previo requerimiento del Secretario Judicial (art. 308 LECiv). En similar sentido se regulan tales cuestiones en el proceso penal (arts. 214 y 215 LECrim).

⁵² En relación a la responsabilidad disciplinaria, la LOPJ considera faltas: a) Muy graves el retraso injustificado y reiterado en el desempeño de la función judicial; b) grave el retraso en el despacho de los asuntos que no pueda clasificarse como muy grave; c) leve el retraso en el despacho de los asuntos o en su resolución cuando no constituya falta más grave. Por su parte, el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, aprobado por RD 249/1996, de 16 de febrero efectúa una consideración semejante. Por otra parte, la LOPJ responsabiliza patrimonialmente al Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, así como por los daños causados por error judicial, que darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley. Pero dicha responsabilidad patrimonial, no es obstáculo a la exigencia de responsabilidad civil por los particulares contra los funcionarios causantes del retraso. Finalmente, en el ámbito penal, el art. 449 del Código Penal de 1995, castigan al Juez, Magistrado, Secretario judicial, o cualquier otro funcionario distinto de los mencionados, como culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia.

día siguiente; b) quedarán excluidos los inhábiles; c) Con carácter general el mes de agosto es inhábil para todas las actuaciones judiciales, excepto las que se declaren urgentes por las leyes procesales (art. 183 LOPJ)⁵³.

C) Cómputo de los plazos señalados por meses o años

Se computarán de fecha a fecha⁵⁴, es decir, en los términos señalados por meses o años, se contarán los meses naturales, sin excluir los días inhábiles, pero si el último día fuese inhábil, se entenderá que el plazo vence al siguiente día hábil. Cuando en el mes del vencimiento no hubiere día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes. Los plazos son improrrogables, tanto en el orden civil como en el penal.

1.8.3. Referencia a la preclusión

A) En el orden jurisdiccional civil

Transcurrido un plazo procesal se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. El Secretario Judicial dejará constancia del transcurso del plazo por medio de diligencia y dará cuenta al Juez o Tribunal para que dicte el proveído que proceda (art. 306 LECiv), salvo que le corresponda dictar diligencia de ordenación o formular propuesta de resolución (confr. arts. 237 y 288 y ss. LOPJ). Por tanto, y salvo que la ley disponga otra cosa, el órgano judicial dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto los proveídos necesarios (art. 307 LECiv). Si los autos se hallaren en poder de alguna de las partes o se hubiere entregado a éstas algún documento y no los hubiesen devuelto en el plazo correspondiente, se ordenará que devuelvan aquéllos o éste en el mismo o al siguiente día bajo apercibimiento de la multa de cincuenta mil pesetas, y de dos mil pesetas más por cada día que transcurra sin verificarlo. Si transcurrieren dos días sin devolverlos, procederá el Secretario Judicial, sin necesidad de nueva providencia y bajo su personal responsabilidad a recogerlos de quien los tenga en su poder y, en caso de que no le fueren entregados en el acto del requerimiento, dará cuenta al Juzgado o Tribunal para que disponga que se proceda a lo que haya lugar penal o disciplinariamente (art. 308 LECiv).

B) En el orden jurisdiccional penal

Se admite la posibilidad de que existan términos (plazos) prorrogables. El artículo 202 de la LECrim establece que serán improrrogables los términos judiciales cuando la

⁵³ Tampoco ante el Tribunal Supremo se contarán los días de vacaciones de verano (mes de agosto), para interponer recurso de casación por infracción de Ley, salvo en desahucios, actos de jurisdicción voluntaria u otros negocios urgentes

⁵⁴ El TS, con cita de abundante jurisprudencia sobre el particular de varias Salas del propio TS, ha afirmado, que "...la doctrina jurisprudencial es categórica y concluyente en establecer, que en los plazos señalados por meses, aunque el cómputo de "fecha a fecha" se inicie el día siguiente de la notificación o publicación, el día final de dichos plazos es siempre el correspondiente al mismo número ordinal del día de la notificación o publicación del acto o disposición..." [STS (Sala 3ª) de 21 de diciembre de 1987. Pont. Sr. Ruiz-Jarabo Ferrán].

ley no diga expresamente lo contrario. Esto significa que sólo habrá prórroga cuando lo prevea la ley expresamente. No obstante lo anterior, ello queda en parte desvirtuado por la facultad que ese mismo artículo otorga al Juez para que pueda suspender o abrir de nuevo los plazos cuando haya causa justa y probada, si fuera posible hacerlo sin que retroceda el juicio del estado en que se halle. Se reputará causa justa la que hiciera imposible dictar la resolución o practicar la diligencia, independientemente de la voluntad de quienes hubiesen debido hacerlo. Por otra parte, la LECrim, confirma que las resoluciones y diligencias judiciales se dictarán y practicarán dentro de los términos señalados para cada una de ellas. Cuando no se fije término se entenderán que han de practicarse sin dilación. En cuanto al impulso de oficio, el art. 215.I LECrim se pronuncia en términos similares al art. 307 LECiv y en relación con las situaciones en que las actuaciones estuvieren en poder de alguna parte, el art. 215.II LECrim regula la materia en sentido parecido al art. 308 LECiv, si bien las cuantías de las multas son inferiores a las previstas en la ley procesal civil⁵⁵.

Respecto a los principales actos del órgano judicial, la LECrim, establece las siguientes reglas: a) Que la infracción de los plazos establecidos dan lugar a responsabilidad disciplinaria del funcionario judicial culpable, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad, incluida la patrimonial; b) que tal responsabilidad puede exigirse de oficio o a instancia del particular que se considere perjudicado; c) que las providencias se dictarán y firmarán inmediatamente o al día siguiente al que se hayan presentado las pretensiones sobre las que recaigan (artículo 204 LECrim); d) que los autos se dictarán y firmarán en el día siguiente al que se hubiesen entablado las pretensiones que ellos hayan de resolver, o hubieren llegado las actuaciones al estado en que estos autos sean dictados (art. 204 LECrim); e) que las sentencias se dictarán y firmarán dentro de los tres días siguientes al que hubiese concluido el juicio, con una excepción: las sentencias en los juicios de faltas se dictarán el mismo día o al día siguiente (art. 203 LECrim).

C) En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo

La novísima LRJCA98 contiene una regulación específica sobre la preclusión, y así, tras proclamar que los plazos son improrrogables y una vez transcurridos se tendrá por caducado el derecho y por perdido el trámite que hubiere dejado de utilizarse (inciso primero del apartado 1 del art. 128 LRJCA98), excepciona a tal régimen general en el sentido de establecer que “...se admitirá el escrito que proceda, y producirá sus efectos legales, si se presentare dentro del día en que se notifique el auto...”, excepción que no rige en los plazos para preparar o interponer recursos, en que se aplicará la normas generales⁵⁶ (inciso segundo del apartado 1 del art. 128 LRJCA98). En los demás

⁵⁵ Parece razonable que tales cuantías se unificaran; se trata, en definitiva, de uno más de los problemas que generan la falta de actualización de cuantías previstas en la leyes.

⁵⁶ Por recursos ha de entenderse los procedentes contra las resoluciones judiciales, regulados en el capítulo III (arts. 79-102 LRJCA98); interpretación que se refuerza con lo previsto en el art. 52.2 LRJCA98, que aplica el régimen excepcional en relación con la preclusión a la presentación de la demanda, por cuanto establece que “...si la demanda no se hubiere presentado dentro del plazo, el Juzgado o Sala, de oficio, declarará por auto la caducidad del recurso. No obstante, se admitirá el escrito de demanda y producirá sus efectos legales, si se presentare dentro del día en que se notifique el auto”

aspectos en que incide la preclusión, no regulados específicamente por la LRJCA98 rige la LECiv, dada su supletoriedad general, así como las normas generales de la LOPJ.

1.8.4. Días y horas hábiles para la práctica de las actuaciones judiciales

A) *Año judicial*. El año judicial, en cuanto periodo ordinario de actividad de los Tribunales se extenderá desde el 1 de septiembre, o el siguiente día hábil, hasta el 31 de julio de cada año natural (art. 179 LOPJ).

B) *Reglas generales*. Establece el art. 256 LECiv, que las actuaciones judiciales habrán de practicarse en días y horas hábiles, bajo pena de nulidad y, aunque esta norma no se reitera en los restantes órdenes jurisdiccionales, hay que entenderla de aplicación a los mismos dada la admitida supletoriedad general de la LECiv.

C) *Regulación de la materia en la LOPJ*. Puede sintetizarse del siguiente modo: a) Son inhábiles los domingos, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva comunidad autónoma o localidad (art. 182.1); b) son horas hábiles desde las ocho de la mañana a las ocho de la tarde, salvo que la Ley disponga lo contrario (art. 182.2); c) son inhábiles los días del mes de agosto para todas las actuaciones judiciales, excepto las que se declaren urgentes por las leyes procesales (art. 183); d) no obstante lo anterior, todos los días del año y todas las horas del día serán hábiles para la instrucción de las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial (art. 184.1); e) los días y horas inhábiles podrán habilitarse por el Juez o Tribunal, con sujeción a lo dispuesto en las leyes procesales (art. 184.2); f) los plazos procesales se computarán con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil; en los señalados por días quedarán excluidos los inhábiles; g) si el último día de plazo fuere inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente. Durante el periodo en que los Tribunales interrumpen su actividad ordinaria, se formará en los mismos una Sala, compuesta por su Presidente y el número de Magistrados que determine el Consejo General del Poder Judicial, la cual asumirá las atribuciones de las Salas de Gobierno y de Justicia, procurando que haya Magistrados de las diversas Salas (art. 180.1 LOPJ).

D) *En el orden jurisdiccional civil*. Con carácter general determina el art. 259 LECiv, que la habilitación se acordará a instancia de parte, cuando hubiere causa urgente que lo exija, considerándose que existe urgencia: a) Para las actuaciones cuya dilación pueda causar grave perjuicio a los interesados; b) a la buena administración de justicia; c) se pudiera hacer ilusoria una resolución judicial. El Juez apreciará la urgencia de la causa, y resolverá mediante auto motivado lo que estime conveniente, sin que quepa contra el mismo ulterior recurso. En cuanto al mes de agosto, también a petición de parte y mediante resolución fundada, podrán habilitarse los días que fueren necesarios, cuando hubiere causa urgente que lo exija, como sucede en los supuestos de adopción, de los juicios universales, sucesorios o concursales. Por su parte, dispone el art. 1812 LECiv, que para las actuaciones de jurisdicción voluntaria son hábiles todos los días y horas sin

excepción, aunque algún sector de la doctrina considera dudosa la vigencia de tal precepto⁵⁷.

E) *En materia de Registro Civil*. Son hábiles todos los días y horas del año (art. 32 LRC); no obstante, ello no quiere decir que exista la obligación de realizar actuaciones, sino que *se pueden practicar* las mismas, ya que como se establece en el art. 5 RRC, salvo justificadas razones de urgencia, el despacho de asuntos se llevará a efecto en las horas de servicio, que se anunciarán en lugar visible al público⁵⁸.

F) *En el orden Jurisdiccional penal*. En el proceso penal, todos los días y horas son hábiles para la instrucción de las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial (arts. 184 LOPJ y 201 LECrim.). Pero, una vez superada la fase de instrucción, rigen las normas generales, con alguna matización derivada de la propia naturaleza de lo que es objeto de esta jurisdicción; así, p.ej., son hábiles todos los días en materia de medidas cautelares personales: detención, prisión, etc.

G) *En el orden Jurisdiccional contencioso-administrativo*. En materia de términos y plazos, la novísima Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se ajusta, con carácter general, a las normas de la LOPJ, presentando las peculiaridades ya indicadas en relación con la preclusión; y en cuanto al mes de agosto se establece que no correrá el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo ni ningún otro plazo de los previstos en indicada Ley, salvo para el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales en el que el mes de agosto tendrá carácter de hábil (art. 128.2 en relación con el 114 y ss. LRJCA98); y finalmente, en cuanto a la habilitación de días inhábiles se prevé que en casos de urgencia, o cuando las circunstancias del caso lo hagan necesario, las partes podrán solicitar al órgano jurisdiccional tal habilitación, pero sólo en relación con el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales o en el incidente de suspensión o de adopción de otras medidas cautelares; en estos casos, el Juez o Tribunal oír a las partes y resolverá por auto en el plazo de tres días,

⁵⁷ En cuanto a que debe entenderse por jurisdicción voluntaria, el artículo 1811 LECiv da un concepto genérico: “*Se consideran actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite, la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas*”. Por lo tanto, estas actuaciones no constituyen un pleito en el sentido corriente de la palabra

⁵⁸ Además, hay que tener en cuenta que, conforme al art. 5.II RRC, se considera que la inscripción de la defunción siempre tiene carácter de urgente; ello significa que deberá expedirse la *licencia de enterramiento* a la mayor urgencia posible, lo que ha quedado resuelto desde la entrada en vigor del Reglamento CGPJ 5/1995, de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales. Dicho Reglamento CGPJ establece en su art. 40.4 que en aquellos partidos judiciales en que no exista separación entre los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, el órgano judicial que desempeñe el servicio de guardia conocerá también de aquellas actuaciones urgentes propias de la oficina de Registro Civil, siempre que se susciten fuera de las horas de audiencia del Juzgado a que estuviesen encomendados tales cometidos. En consecuencia, fuera de las horas de audiencia, las licencias de enterramiento serán expedidas por el Juzgado de Guardia, si en dicho órgano comparecen los interesados a realizar la declaración de la defunción. Posteriormente, el Juzgado remitirá al Registro Civil las actuaciones para que se realice la correspondiente inscripción de defunción. Y, en los partidos judiciales en que exista separación entre los JPI y JI y el volumen de trabajo lo requiera, se podrá establecer un servicio especial para atender a las actuaciones de carácter inaplazable que se susciten, en el ámbito del Registro Civil, fuera de las horas de apertura de la respectiva oficina (art. 40.5 RCGPJ 5/1995).

acordando en todo caso la habilitación cuando su denegación pudiera causar perjuicios irreversibles (art. 128.3 LRJCA98).

H) *En el orden Jurisdiccional social.* Conforme al artículo 43 LPL: a) Las actuaciones judiciales deben practicarse en días y horas hábiles; b) se realizarán en el término o dentro del plazo fijado para su práctica; transcurridos éstos, se dará de oficio al proceso el curso que corresponda; c) salvo los plazos señalados para dictar resolución judicial, todos los plazos y términos son perentorios e improrrogables, y sólo podrán suspenderse y abrirse de nuevo en los casos taxativamente establecidos en las leyes; d) son inhábiles los días del mes de agosto, salvo para actuaciones que, de no realizarse, puedan producir un perjuicio irreparable, tales como las modalidades procesales de despido, extinción del contrato de trabajo, vacaciones, materia electoral, conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos y tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales; e) el Juez o Tribunal puede habilitar días y horas inhábiles en caso de necesidad; y, f) en los casos de interposición de recursos, si en las actuaciones media una fiesta oficial, local o autonómica, se hará constar por diligencia en los autos.

1.8.5. Audiencia pública y otras cuestiones relacionadas

Los Jueces y Magistrados, Presidentes, Secretarios Judiciales, Oficiales, Auxiliares, Agentes y Médicos Forenses, deberán ejercer su actividad en los términos que exijan las necesidades del servicio, de conformidad con lo establecido en el art. 189.2 LOPJ y art. 9 y ss. del Reglamento CGPJ 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, conforme a los cuales, los Jueces y Magistrados celebrarán *audiencia pública* todos los días hábiles para la práctica de pruebas, las vistas de los pleitos y causas y la publicación de las sentencias dictadas. También, durante este horario se desarrollará el despacho ordinario de los asuntos, la atención a los profesionales y al público y los demás actos que señale la Ley. Las horas de audiencia pública que señalaren los Presidentes de los Tribunales y los Jueces serán los necesarios para la realización de las actividades indicadas anteriormente, así como para garantizar que la tramitación de los procesos se produzca sin dilaciones indebidas y se ajustarán a los siguientes normas: a) El límite mínimo de audiencia pública será de cuatro horas durante todos los días hábiles, sábados incluidos; b) excepcionalmente, cuando las necesidades o circunstancias que concurran en algún órgano judicial así lo requieran, podrá solicitarse del Consejo General del Poder Judicial, la reducción de horario de audiencia pública por tiempo determinado; c) los Jueces y Presidentes, asistirán cada día a la audiencia pública de no mediar causa justificada, en cuyo caso justificarán la inasistencia ante el Presidente del Tribunal o Audiencia. Además, los Jueces y Magistrados deberán asistir a su despacho oficial cuando las necesidades del servicio lo requieran; d) el horario de audiencia pública se dará a conocer por el Presidente del Tribunal o Juez, a través de un edicto fijado ostensiblemente en la parte exterior de las Salas de los Juzgados y Tribunales; dicho horario será comunicado al Consejo General del Poder Judicial para su conocimiento (art. 10 y ss. Reglamento CGPJ 5/1995, citado)⁵⁹.

⁵⁹ En cuanto al *horario de trabajo* en la Administración de Justicia, ha de estarse a lo dispuesto en el art. 189.1 LOPJ, según redacción dada por LO 16/1994, de 8 de noviembre, que atribuye la competencia al efecto al Ministerio de Justicia, oído el CGPJ y las Comunidades Autónomas con competencia en la

1.9. Publicidad del proceso

A) En relación con las *partes personadas*, y de conformidad con el art. 1 del Reglamento CGPJ 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, la publicidad de las actuaciones judiciales de carácter procesal se ajustará a lo previsto en el art. 232 LOPJ y en las correspondientes leyes procesales.

B) Cuando se trate de *interesados distintos a las partes personadas*, el régimen aplicable a la publicidad de las actuaciones judiciales, puede sintetizarse de la siguiente forma: a) Los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la ley. En cuanto al carácter de reservado, lo tendrán las actuaciones judiciales que sean o hayan sido declaradas secretas de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales, así como aquellas otras cuya publicidad pudiera afectar a derechos, principios y valores constitucionales; b) conforme a lo dispuesto en el artículo 266 LOPJ, los interesados podrá acceder al texto de las sentencias una vez extendidas y firmadas (sentencias definitivas) por el Juez o por todos los Magistrados que las hubieren dictado; c) corresponde al Secretario Judicial del Juzgado o Tribunal facilitar a los interesados el acceso a los documentos judiciales antes mencionados, a tal fin, los interesados presentarán la solicitud en Secretaría, motivándose la causa de la solicitud e indicándose el documento o documentos cuyo conocimiento se solicita; d) la solicitud será resuelta en el plazo de dos días mediante acuerdo del Secretario Judicial, quien deberá valorar el interés aducido y los derechos fundamentales en juego. Si el Secretario Judicial accediere a lo solicitado, expedirá el certificado o testimonio que proceda o exhibirá la documentación de que se trate. El acuerdo denegatorio del Secretario Judicial será revisable por el Juez o Presidente a petición del interesado; e) los Secretarios Judiciales y el personal competente de los Juzgados y Tribunales facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la ley. En los mismos casos se expedirán los testimonios que se soliciten, con expresión de sus destinatarios, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa⁶⁰.

1.10. Otras cuestiones de interés

1.10.1. Constitución de los órganos judiciales

materia; en consecuencia con lo anterior, el Ministerio de Justicia aprobó la Resolución de 5 de diciembre de 1996, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE 17/12/1996).

⁶⁰ ESCUDERO MORATALLA, F.J. y FRIGOLA VALLINA, J., “El derecho orgánico procesal analizado bajo el prisma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y otras disposiciones complementarias”, *Revista General de Derecho*, Valencia, julio-agosto 1997, págs. 8699 y ss. Y más ampliamente en ESCUDERO MORATALLA, F.J. y FRIGOLA VALLINA, J., “La nueva facultad atribuida al Secretario Judicial de dictar acuerdos en materia de derecho de acceso de los interesados a libros, archivos y registros judiciales (art. 4 Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales)”, *Revista General de Derecho*, Valencia, abril 1996.

La norma general es que las actuaciones judiciales deberán practicarse en la sede del órgano jurisdiccional (art. 268 LOPJ). No obstante y conforme establece la LOPJ, los Jueces y Tribunales podrán practicar diligencias de instrucción o de prueba, fuera de la sede del órgano jurisdiccional en los casos previstos en el artículo 275 de la LOPJ, o cuando así lo autorice expresamente la Ley. Asimismo, los Juzgados y Tribunales podrán celebrar juicios o vistas de asuntos dentro del territorio de su jurisdicción pero fuera de la población en que tengan su sede, en los casos previstos en la LOPJ. Regulándose, en detalle, los demás aspectos relativos a la constitución de los órganos judiciales fuera de su sede en los arts. 13 y ss. Reglamento CGPJ 5/1995, ya citado.

1.10.2. Otros principios reguladores de las actuaciones judiciales

Siguiendo a ESCUDERO Y FRIGOLA es posible destacar los siguientes principios reguladores de las actuaciones judiciales, extraídos de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

a) Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación (art. 229).

b) Como regla general serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento (art. 232.1). Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones (art. 232.2).

c) Las actuaciones de los Juzgados y Tribunales están sometidos a determinados requisitos de carácter general, entre los que destaca la amplitud de forma, puesto que aparte de principios como el de publicidad, pueden utilizarse cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos en el ejercicio de sus funciones, dentro de los límites legales, con el mismo valor y eficacia que un documento original, siempre que se garantice su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales. Los mismos medios, con los necesarios requisitos, podrán utilizar cuantas personas demanden la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses ante los órganos jurisdiccionales. En todo caso, corresponde al CGPJ el desarrollo reglamentario de las condiciones para la utilización de ficheros automatizados, así como sistemas, programas y aplicaciones informáticos (art. 230).

d) Tendrán pleno valor y eficacia las actuaciones judiciales realizadas y los documentos presentados en el idioma oficial de una Comunidad Autónoma, aunque se procederá de oficio a su traducción cuando así lo dispongan las Leyes, lo pida alguna de las partes alegando indefensión o deban surtir efecto fuera de la jurisdicción de los órganos judiciales de la misma Comunidad, salvo que ésta tenga lengua oficial propia coincidente. En todas las actuaciones judiciales, los Jueces, Magistrados y Fiscales, Secretarios Judiciales y demás funcionarios de Juzgados y Tribunales usarán el castellano, lengua oficial del Estado. Podrán usar también la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma si ninguna de las partes se opusiera, alegando desconocimiento de ella que pudiera provocar indefensión (art. 231).

e) Las actuaciones judiciales deberán practicarse en la sede del órgano jurisdiccional. No obstante los Juzgados y Tribunales podrán constituirse en cualquier lugar del territorio de su jurisdicción para la práctica de aquéllas, cuando fuere necesario o conveniente para la buena administración de justicia (art. 268).

1.11. Para concluir

Parece conveniente concluir esta exposición panorámica sobre el acto procesal y las actuaciones judiciales, en la que hemos seguido, en sus líneas generales, como se ha indicado, el magnífico trabajo de ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA, con las consideraciones que efectúan en el mismo a modo de conclusión, que básicamente compartimos y que son las siguientes:

“1.º Es urgente, una reforma de todas aquellas disposiciones anteriores no ya sólo a la Constitución Española de 1978, sino a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, las cuales por el solo hecho de su arcaísmo, carecen de la sintonía necesaria con el espíritu que preside las normas citadas.

2.º Se hace necesaria una uniformidad terminológica de vocablos que resulte similar en todos y cada uno de los distintos órdenes jurisdiccionales. La falta de criterio y de precisión a la hora de utilizar las diferentes acepciones crea inseguridad entre los aplicadores y profesionales del derecho.

3.º El entramado de resoluciones planteado por la LOPJ puede resultar complicado y confuso y poco funcional, por lo que sería conveniente, delimitar las funciones de cada uno de los operadores procesales y distinguir las resoluciones atribuidas a cada uno de ellos. En una palabra, clarificar de una vez por todas, la relación «órgano-función»”.

En el sentido apuntado por las anteriores conclusiones, y como perspectiva de futura regulación, interesa resaltar que “...la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil aspira (...) a ser ley procesal común⁶¹, para lo que, a la vez, se pretende que la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, apartándose de su antecesora, de 1870, circunscriba su contenido a lo que indica su denominación y se ajuste, por otra parte, a lo que señala el apartado 1 del artículo 122 de la Constitución, desprendiéndose, así de normas procesales, no pocas de ellas atinadas, pero impropiedades situadas y productoras de numerosas dudas al coexistir con las que contienen las Leyes de Enjuiciamiento...”, sin desdeñar y, por tanto, beneficiándose, de “...cuanto de positivo podía hallarse en la

⁶¹ Un interesante estudio sobre la materia lo constituye el realizado por ESCUDERO MORATALLA, F.J., “El nuevo derecho orgánico procesal. La Secretaría Judicial, según el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ponencia expuesta en el curso sobre *El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 30 de marzo a 1 de abril de 1998 (pendiente de publicación). También resulta de interés la consulta del Informe del CGPJ de 11 de mayo de 1998 sobre el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que al tratar sobre esta cuestión realiza interesantes consideraciones, cuyo tratamiento detallado excedería los límites de la presente obra; no obstante, nos ocuparemos de alguno de ellos.

regulación procesal de 1985...”⁶²; lo cual conduce al pre-legislador a formular, al mismo tiempo que el ALEC, un Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (ARLOPJ, en lo sucesivo), con indicada finalidad⁶³; e implicará, en su momento, la necesaria adaptación de las restantes leyes procesales⁶⁴. Y de otra parte, en relación con la necesaria clarificación del entramado de resoluciones que se derivan de la regulación contenida en la LOPJ, con las consiguientes distorsiones en el normal funcionamiento de los órganos jurisdiccionales que tal regulación está generando, se ha pronunciado el Libro Blanco de la Justicia de 1997, del CGPJ, y se ha reiterado en el reciente *Informe del CGPJ, de fecha 11 de mayo de 1998*, sobre el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se llega a afirmar lo siguiente:

“...Un tema importante es que la clase de resoluciones, su contenido y objeto y la persona que debe dictarla pone de manifiesto el modelo que tiene el legislador de órgano judicial y de oficina judicial, entendida ésta como el conjunto de medios materiales y personales debidamente organizados y puestos a disposición de los titulares del poder judicial para el ejercicio de la función jurisdiccional. De la mera comparación con el Libro Blanco de la Justicia resulta que el Anteproyecto no recoge las conclusiones allí apuntadas. En el Libro Blanco de la Justicia se establecen respecto de los Secretarios Judiciales (sobre cuya figura gira la mayor parte de las propuestas de reforma de la oficina judicial, junto con una adecuada redistribución de funciones del resto de personal que en ella presta servicios) los siguientes criterios:

“Un estudio de la legalidad vigente arroja el dato abrumador de la cantidad de funciones que tiene que realizar el Secretario Judicial. El análisis de la realidad pone de manifiesto que las de más importancia y para las que se le ha exigido una formación y una capacitación jurídica más (sic) son, precisamente, las que menos se realizan en la práctica; en concreto las de contenido procesal...”

Por otro lado...la selección de los secretarios judiciales se ha basado hasta el momento de forma exclusiva en la acreditación de conocimientos jurídicos y su formación continuada -cuando ha existido- se ha centrado en materias jurídicas...”

El Consejo General del Poder Judicial opta claramente por redefinir las funciones de los secretarios judiciales. Se les han de encomendar nuevas funciones en el orden

⁶² Confr. apartado II de la *exposición de motivos* del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998 (ALEC), publicado en edición de separata por el *BIMJ*, Madrid, diciembre, 1997.

⁶³ En la que, además de proceder a la derogación de todas aquellas normas procesales -incluidas las relativas a la regulación sobre la nulidad de actuaciones- que se han incluido en el ALEC, también se propone la modificación del apartado 1 del art. 73 LOPJ, para atribuir a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, en cuanto Salas de lo Civil, las nuevas competencias derivadas del ALEC, señaladamente lo referido al conocimiento del nuevo recurso extraordinario por infracción procesal.

⁶⁴ En la línea ya avanzada en el Proyecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA) de 1997 (BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 70-1, de 18 de junio de 1997), que tras su proceso de elaboración, en el cual, inicialmente, se efectuaba una regulación completa y diferenciada sobre nulidad de actuaciones en el Borrador LRJCA del año 1994, y que incluso se asumió en el proyecto LRJCA 1995, finalmente no fue recogida en el citado Proyecto LRJCA, y tampoco, finalmente, en la novísima LRJCA98, que trae su causa de indicado Proyecto. Referida LRJCA98 se limita a tratar algún aspecto específico de tal régimen, de aplicación tan sólo al proceso contencioso-administrativo, remitiendo, en lo demás, al régimen general.

procesal, tales como la resolución de expedientes que por su naturaleza sean de jurisdicción voluntaria y la actividad de ejecución. De esta manera, una vez que el juez ha dictado la pertinente resolución ordenando la ejecución, toda la actividad de la ejecución ha de ser realizada por el secretario, regresando la ejecución al juez sólo cuando se suscite algún incidente que requiera decisión sobre derechos...”

En todo caso no se trata de continuar el sistema actual de la Ley Orgánica del Poder Judicial de las denominadas "propuestas de resolución" que se han revelado normalmente ineficaces, sino de dejar que adopte autónomamente y sin perjuicio de la eventual revisión por el juez en caso de impugnación aquéllas resoluciones propias de su competencia.

Las previsiones del Anteproyecto no se ajustan plenamente a tales conclusiones. Aunque, lo cierto es que el contenido de lo que el Libro Blanco de la Justicia no puede ser objeto de regulación en una ley de enjuiciamiento civil, lo cierto es que en materia de resoluciones del órgano jurisdiccional se contienen unas propuestas que tratan de trasladar al Secretario un contenido competencial mucho más extenso e intenso que el que se recoge en el texto que se informa. Es criterio de este Consejo General del Poder Judicial que debería atribuirse al Secretario Judicial la facultad de dictar resoluciones con contenido decisorio autónomo, en concreto en materia de jurisdicción voluntaria (no se ignora que este ámbito no se ve afectado por la reforma, pero se podría ya contemplar esta cuestión ahora) y de ejecución. Todo ello en línea con lo que se establece en el Derecho comparado (Portugal, Alemania, Austria) y con la Recomendación del Consejo de Europa 12 (1986) de 16 de septiembre, por la que se trata de reducir la sobrecarga de trabajo de los Jueces, limitando las actividades no jurisdiccionales atribuidas a los Jueces. Todo ello sin perjuicio, claro está, de los oportunos recursos ante el Juez o Tribunal.

Como consecuencia lógica de lo expuesto, se propone la supresión de las providencias como resoluciones dictadas por los Tribunales, que podrían ser actos de ordenación del proceso a cargo de los Secretarios...”

2. Ineficacia procesal. Aproximación doctrinal

La ineficacia procesal se nos presenta como un concepto aglutinador de todas aquellas situaciones en que el acto procesal no despliega los efectos normales que le corresponden de acuerdo con la legalidad vigente, es decir, aquellas situaciones en que en uno u otro grado -desde el más absoluto al más nimio-, por diversas causas, que se analizarán, el acto procesal deja de desplegar todos o algunos de los efectos que está llamado a producir. Las situaciones que pueden presentarse, en cuanto a ineficacia procesal se refiere, son muy variadas, pero han sido agrupadas por la doctrina en varias categorías, siendo la clasificación más pacífica la que distingue entre : a) *inexistencia*; b) *nulidad absoluta, radical o de pleno derecho*; c) *nulidad relativa*; d) *anulabilidad*; y, e) *mera irregularidad*. Corresponde a continuación efectuar unas breves consideraciones de carácter doctrinal, a modo de aproximación a tales instituciones, para así posibilitar el entendimiento de la regulación positiva que de la materia analizada se contiene en la LOPJ y normas concordantes y complementarias, cuyo estudio será objeto de posteriores capítulos.

2.1. Inexistencia

Estaremos ante un acto procesal inexistente cuando falten los presupuestos o requisitos esenciales y necesarios para el nacimiento del acto procesal. Es el grado máximo de ineficacia procesal. De todos modos, hay que advertir que su admisión no es pacífica en la doctrina, y así se ha afirmado que en tanto se trata de una categoría cuyo contenido es precisamente, *el no ser* desde un punto de vista procesal, supone que desde un punto de vista lógico se trata de una categoría inaceptable (MARTÍN DE LA LEONA)⁶⁵; aunque añade dicho autor que desde una perspectiva puramente práctica y operativa puede, no sin reservas, ser aceptada⁶⁶. Para este mismo autor, han de considerarse inexistentes todas aquellas actuaciones realizadas fuera del ámbito de un proceso válidamente constituido por demanda, y substanciado ante un Juez o Tribunal, investidos de jurisdicción, a los que la Constitución (confr. art. 117.3) atribuye en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado⁶⁷. Para VERGE GRAU la consecuencia práctica de la inexistencia de un acto procesal es que se reputa, lógicamente, como no producido o no nacido, y en el caso de la inexistencia de sentencia impide, evidentemente, la formación de la cosa juzgada, su simple alegación o excepción en periodo de ejecución deben ser suficientes para que la sentencia inexistente no produzca ningún efecto procesal inherente a la cosa juzgada. La inexistencia del acto ni tan siquiera precisa ser declarada por el tribunal. No obstante, si reviste una apariencia de acto procesal, podrá ser necesario, especialmente en el caso de sentencia aparente, ejercer la acción de nulidad - quizá más propiamente de inexistencia-, que CALAMENDREI configura como un residuo de la antigua *querela nulitatis*⁶⁸. En todo caso, ha de quedar claro que la inexistencia no produce efecto alguno (carece de cualquier efecto) y que es, por su propia naturaleza, insubsanable. Como ejemplos de supuestos de inexistencia, la doctrina suele citar los siguientes: el de la sentencia firmada por alguien que no es juez; una demanda en la que no se contenga petición alguna (*sin petitum*), etcétera.

2.2. Nulidad absoluta

La doctrina la denomina indistintamente *nulidad absoluta, radical o de pleno derecho*. Así, se afirma que estaremos en presencia de un acto procesal nulo de pleno derecho cuando a referido acto le falte, al menos, una circunstancia o requisito considerado esencial y fijado en las leyes procesales como necesario para que el acto produzca sus efectos normales, sin que sea imprescindible que la Ley declare expresamente la nulidad en cada supuesto, sino que es suficiente con que la infracción

⁶⁵ MARTÍN DE LA LEONA, J.M. “Nulidad de actuaciones. Principios informadores y clasificación”, en *Cuadernos de Derecho Judicial sobre La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 24 y ss.

⁶⁶ MARTÍN DE LA LEONA, cita a otros autores partidarios de tal tesis: MADRIOLI, LIEBMAN, PALLARES, SERRA DOMINGUEZ, etc.; *op. cit.*, pág. 25.

⁶⁷ MARTÍN DE LA LEONA, *op. cit.*, págs. 28 y ss.

⁶⁸ CALAMANDREI. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires, 1962. Tomo III, págs. 295 y ss.; esta cita está recogida de VERGE GRAU, J., *La nulidad de actuaciones*, Bosch, Barcelona, 1987, pág. 49.

exista para poder considerar su nulidad (SERRA DOMÍNGUEZ)⁶⁹. Como acertadamente indica VERGE GRAU normalmente el defecto se referirá a los presupuestos -sujetos, objeto y forma- del acto. El acto es procesal y presenta una apariencia externa de legitimidad, aunque infringe la ley procesal en algún aspecto considerado de orden público y por ello debe ser anulado⁷⁰. MARTÍN DE LA LEONA, con cita de la STS de 27 de mayo de 1986, viene a decir que “...más concretamente, como ha señalado la jurisprudencia, se considerará nulo todo acto en el que se hubiere prescindido totalmente de un trámite esencial, se frustrase la finalidad del acto, o se hubiesen disminuido efectiva y trascendentalmente las garantías procesales con resultado de indefensión”⁷¹. Podemos decir, con VERGE GRAU, que la nulidad procesal es la sanción que contempla infracciones procesales de interés público, de *ius cogens*, o que vulnera principios procesales básicos (de iniciativa de parte, de impulso oficial, de dualidad de partes o controversia, dispositivo sobre el objeto del proceso, etc.), de procedimiento o, en fin, principios de rango constitucional⁷². Y en todo caso, ha de quedar claro que la nulidad de pleno derecho produce sus efectos *ex tunc* (desde el momento de realización del acto nulo), y que no procede la subsanación ni la convalidación, con carácter general; si bien un sector minoritario de la doctrina entiende que “...cabe la convalidación, esto es, la sanación del vicio en virtud de otro (*acto procesal, se entiende*) realizado posteriormente...” (FERNÁNDEZ VELASCO)⁷³; o bien puede subsanarse o convalidarse el vicio de nulidad si recae sentencia definitiva, como dice VERGE GRAU⁷⁴. Como ejemplos de nulidad absoluta, y sin perjuicio del detallado examen que se realizará al estudiar el régimen previsto en la LOPJ, podemos citar los siguientes: Falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional, etcétera.

2.3. Nulidad relativa

Siguiendo a VERGE GRAU, que a su vez cita a SERRA DOMINIGUEZ y a FENECH podemos decir que la nulidad relativa se diferencia de la nulidad absoluta únicamente en la *posibilidad de subsanación*; y así, tenemos que el acto procesal que está viciado con nulidad relativa se equipara, si no es subsanado, al acto nulo de pleno derecho, no siendo susceptible de producir ningún efecto, pero si se produce la subsanación, los efectos del acto se retrotraen al momento de la realización del acto defectuoso⁷⁵. Referido autor cita como ejemplo el art. 180 LECrim y el art. 279 LECiv, que se refieren a notificaciones, citaciones, etcétera, nulas, pero que surtirán sus efectos si la persona a que se refieren se da por enterada en el juicio; en similar sentido, se regula en el art. 61 LPL de 1995. Según la doctrina citada, *la nulidad relativa no necesita ser denunciada por las partes, sino que opera, precisamente por el silencio de*

⁶⁹ SERRA DOMINGUEZ, M. “El incidente de nulidad de actuaciones”. *Revista Justicia*, 1981, págs.45 y ss.

⁷⁰ VERGE GRAU, *op. cit.*, págs. 49 y ss.

⁷¹ MARTÍN DE LA LEONA, J.M., *op. cit.*, pág. 31.

⁷² VERGE GRAU, *op. cit.*, págs. 51 y ss.

⁷³ FERNÁNDEZ DE VELASCO, L.V. “Funciones del Secretario Judicial y nulidad de actuaciones en el proceso civil”, en *Cuadernos de Derecho Judicial sobre La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, págs. 132 y ss.

⁷⁴ VERGE GRAU., *op. cit.* pág. 53.

⁷⁵ VERGE GRAU., *op. cit.*, pág. 58.

esa parte. En esto se distingue de la anulabilidad, que como veremos, necesita ser denunciada por la parte. De todos modos, la distinción entre nulidad relativa y anulabilidad no es pacífica en la doctrina, y otros sectores identifican ambas categorías.

2.4. Anulabilidad

Según la doctrina mayoritaria estamos ante un acto procesal anulable *cuando le falte algún requisito distinto de los de carácter de orden público y que no sea esencial, produciendo efectos referido acto, mientras no sea impugnado por alguna de las partes*. Se trata de actos susceptibles de ser convalidados o sanados, y si se declara su ineficacia por así denunciarlo la parte y tras los trámites oportunos, referida ineficacia opera *ex nunc*, es decir, desde el momento de su declaración⁷⁶. Para VERGE GRAU actos anulables serían aquellos cuyo defecto, sin atentar gravemente a los principios básicos del proceso, tiene entidad suficiente para permitir a las partes provocar su anulación. Una vez provocada y declarada la nulidad, sus efectos son los mismos que en el supuesto de actos nulos. En ambos casos, la resolución sobre nulidad tiene efectos meramente declarativos (*ex tunc*) y suprime el acto nulo o anulable como si no se hubiese realizado⁷⁷. Con carácter general hay también que afirmar que en los actos anulables rige el principio de preclusión, en el sentido de que existe o están sometidos a determinados plazos para impugnarlos, transcurrido los cuales las partes han perdido esa oportunidad procesal y no les es posible ya la válida impugnación, quedando convalidado el acto. Como ejemplos de anulabilidad podemos citar la incompetencia territorial, insuficiencia del poder de procurador, etcétera.

2.5. Irregularidad

Los actos procesales irregulares son *actos procesales incorrectos cuyo defecto no impide la total producción de sus efectos*, y tan sólo pueden llevar aparejada una sanción para el funcionario causante de la irregularidad. Desde el punto de vista procesal los actos procesales son totalmente eficaces. Como ejemplo podemos citar: Sentencia dictada fuera de plazo; no observación de los plazos de tramitación, etcétera.

⁷⁶ A favor de los efectos *ex nunc* de la anulabilidad se pronuncia también MORA MATEO, J.E. “La nulidad de actuaciones en el proceso y en los procedimientos civiles no contradictorios”, en *Cuadernos de Derecho Judicial sobre La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 60 y ss.

⁷⁷ VERGE GRAU, *op. cit.*, pág. 61.

Capítulo 3

Regulación actual de la nulidad de actuaciones judiciales: Aspecto sustantivo

1. Bloque normativo

Actualmente⁷⁸, la materia relativa a la ineficacia de los actos procesales se regula en los arts. 238 al 243 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, en relación con la cual cabe destacar las siguientes notas: a) Que pretende dar una regulación global y más o menos completa de la materia; b) que referida normativa es de aplicación a todos los órdenes jurisdiccionales, salvo que se disponga lo contrario en las correspondientes normas reguladoras de los diversos procesos; c) que, en líneas generales, indicada normativa acude a la técnica de las cláusulas generales y abiertas, a integrar por lo que resulte de la normativa concreta que venga en aplicación; y, d) que se aprecia un gran mimetismo con la normativa administrativa vigente al momento del dictado de la LOPJ, la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1.958⁷⁹. Además de esta concreta regulación, que como hemos indicado acude a la técnica legislativa de utilización de cláusulas generales y abiertas, es necesario, precisamente

⁷⁸ Pues, como tendremos ocasión de analizar detalladamente en un posterior capítulo de esta misma obra, el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998 (ALEC, en lo sucesivo), pretende erigirse en *ley procesal común*, para lo que, a la vez, se pretende que la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, apartándose de su antecesora, de 1870, circunscriba su contenido a lo que indica su denominación y se ajuste, por otra parte, a lo que señala el apartado 1 del artículo 122 de la Constitución, desprendiéndose, así de normas procesales, no pocas de ellas atinadas, pero impropiedades situadas y productoras de numerosas dudas al coexistir con las que contienen las Leyes de Enjuiciamiento, sin desdeñar y, por tanto, beneficiándose, de cuanto de positivo podía hallarse en la regulación procesal de 1985, acompañándose de un Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (ARLOPJ, en lo sucesivo), con la finalidad pretendida, en el cual, además de proceder a la derogación de todas aquellas normas procesales *-incluidas las relativas a la regulación sobre la nulidad de actuaciones-* que se han incluido en el ALEC, se procede al correspondiente reajuste normativo.

⁷⁹ Mimetismo que ha puesto de relieve, entre otros, Tomas GUI MORI (“Nulidad de actuaciones tras sentencia definitiva. La anunciada inconstitucionalidad del art. 240 LOPJ”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1990, págs. 118 y ss.).

por tal característica, tener en cuenta la concreta normativa de los respectivos órdenes jurisdiccionales, a la hora de integrar los conceptos generales contenidos en esta regulación; en todo caso, es constatable que este bloque normativo ha sido objeto de una abundante jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional, como de las respectivas Salas del Tribunal Supremo, y de los demás Juzgados y Tribunales; y, por tanto, en la medida en que lo permita el enfoque y límites de la presente obra, al analizar las respectivas instituciones en que cristaliza la teoría de la ineficacia procesal, a la luz del derecho positivo, trataremos también acerca de la jurisprudencia existente al respecto; y en el estudio de indicadas instituciones, trataremos de seguir, en la medida de lo posible, la sistemática y consideraciones de orden doctrinal que ya hemos apuntado en el anterior capítulo, y las que proceda realizar en el presente.

2. Nulidad de pleno derecho

Desde el punto de vista del derecho positivo, la regulación de la nulidad de pleno derecho se recoge, en términos generales, en el art. 238 LOPJ, que literalmente dice:

Art. 238 LOPJ:

“Los actos judiciales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1.º Cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2.º Cuando se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave.

3.º Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión”

La primera consideración acerca de este precepto la merece la expresión “actos judiciales”, y el alcance a dar a la misma, en el sentido de si ha de entenderse referida tan sólo a los actos judiciales en sentido estricto, o bien ha de proyectarse sobre los actos judiciales en sentido amplio, entendidos como sinónimo de actos procesales; al respecto, y conscientes de que la doctrina se encuentra dividida, nosotros entendemos, con la que es opinión mayoritaria en la doctrina, que la interpretación adecuada es la que identifica la expresión que utiliza esa precepto con la de actos procesales en sentido amplio, pues de otro modo, de acoger la interpretación opuesta, se cercenaría innecesariamente la teoría de la ineficacia procesal en su proyección positiva⁸⁰; en cuanto a la teoría del acto procesal ha de estarse a las consideraciones ya efectuadas en el capítulo que precede. El análisis del precepto considerado, una vez superado el

⁸⁰ En este mismo sentido se decanta el prelegislador, por cuanto en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya citado, al regular la materia referente a la nulidad de actuaciones, el art. 224 claramente se refiere a *actos procesales*, en vez de “actos judiciales” como preceptúa el art. 238 LOPJ; de modo que así se zanja la discusión sobre si se incluían o no en el régimen de nulidad de actuaciones judiciales todos los actos procesales o tan sólo los judiciales. Trataremos en detalle sobre esta propuesta de regulación en el último capítulo de esta obra.

anterior escollo, nos conduce a la consideración de los *motivos de nulidad de pleno derecho* que son susceptibles de clasificarse del modo que a continuación se efectuará.

2.1. Manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional

En primer lugar, es preciso decir, con carácter general, que esos vicios determinantes de nulidad de pleno derecho (NPD) han de ser manifiestos, es decir, evidentes, de manera que no sea necesario esfuerzo dialéctico alguno para su comprobación por saltar está a la vista, esto es, han de mostrarse de forma clara, ostensible y grave (MARTÍN DE LA LEONA)⁸¹.

2.1.1. Falta de jurisdicción

En relación con la misma hay que comenzar afirmando que la jurisdicción, como es conocido, se refiere a la habilidad para enjuiciar dentro de cada uno de los órdenes jurisdiccionales; así, existirá falta de jurisdicción si, por ejemplo, un juez civil conoce de asuntos sociales o contencioso-administrativos, etcétera. Las normas que regulan la jurisdicción, como es sabido, son de derecho necesario o *ius cogens*. La falta de jurisdicción, a pesar de ser calificada por la LOPJ como causa o motivo de NPD, puede presentar un doble cariz: primero, en cuanto puede dar lugar a un acto inexistente, cuando, p.ej., la sentencia la dicta un no juez⁸²; y, segundo, toda vez que puede dar lugar a un acto nulo de pleno derecho, propiamente dicho, cuando p.ej., la sentencia la dicta un juez de lo civil y la materia corresponde a otro orden jurisdiccional: social, contencioso-administrativo, etcétera, para el cual el juez de lo civil carece de jurisdicción⁸³.

Las manifestaciones más importantes relacionadas con este motivo de nulidad de actuaciones, recogidas en la Jurisprudencia, pueden ser expuestas del siguiente modo:

A) El Consejo General del Poder Judicial, en cuanto órgano de gobierno del Poder Judicial, carece de atribuciones en materia de nulidad de actuaciones jurisdiccionales.

⁸¹ MARTÍN DE LA LEONA, J.M. “Nulidad de actuaciones. Principios informadores y clasificación”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 33 y ss.

⁸² Recuérdese que ya tratamos sobre este supuesto al analizar la teoría de la ineficacia procesal desde la perspectiva doctrinal.

⁸³ Entiende el Tribunal Supremo que el concepto jurídico *abuso en el ejercicio de la jurisdicción*, significa tanto como la extralimitación por parte del órgano jurisdiccional que conoce de un asunto, bien por la bondad excesiva, bien por descuido, y desde esta perspectiva ha considerado que cuando a través de la correspondiente declaración de nulidad de actuaciones, acordada incluso de oficio, al amparo del art. 240.2 LOPJ, procede a la adecuación procedimental correspondiente “...no cabe apreciar abuso alguno en el ejercicio de la jurisdicción por reconducir, conforme a la ley, el ejercicio de la actividad procesal en términos tales que el procedimiento hasta obtener la sentencia que en Derecho proceda, sea el procedente...”; y en cuanto al vicio de *exceso de jurisdicción*, ha precisado el Tribunal Supremo que se da cuando un órgano jurisdiccional conoce de un asunto que no es de su competencia, y que el mismo tampoco se da cuando el órgano judicial procura conforme a la normativa aplicable, y con audiencia de las partes (art. 240.2 LOPJ), reconducir el procedimiento que no se seguía correctamente, para acomodarlo a las normas que se estiman procedentes, incluso mediante la declaración de nulidad de actuaciones de oficio, ya referida (STS (Sala 3ª) de 3 de junio de 1996, ponente Escusol Barra)

“...Don José H. G., funcionario público del Cuerpo de Médicos titulares, ha venido presentando a lo largo de los últimos años multitud de escritos ante el Consejo General del Poder Judicial, denunciando lo que en su opinión son actuaciones arbitrarias, injustas o contrarias al Derecho de la Administración Pública, el Ministerio Fiscal y los Tribunales de Justicia. Dichos escritos, que el recurrente califica como «opinión/queja/denuncia», han sido tramitados por el Servicio de Inspección del Consejo en el legajo número 543/1993, y sobre ellos han recaído distintas resoluciones de archivo por ser las cuestiones planteadas de carácter jurisdiccional y por tanto de la competencia exclusiva de los correspondientes Juzgados y Tribunales.

Con fecha 2 de marzo de 1994 presentó uno más de aquellos escritos, interponiendo «opinión/queja/denuncia» por la actuación del Ministerio Fiscal de Salamanca, que había archivado una denuncia por no ser los hechos denunciados constitutivos de infracción penal.

El referido escrito fue archivado por la Comisión Disciplinaria del Consejo, al igual que los anteriores, por ser la cuestión planteada de carácter jurisdiccional.

Contra esta resolución de archivo interpone don José H. G. recurso contencioso-administrativo. Ahora bien, en su escrito de demanda confunde el objeto del proceso, y dirige sus alegaciones no contra los hechos denunciados -actuación del Ministerio Fiscal en relación con la denuncia presentada contra una decisión de la Administración- sino en relación con dos recursos contencioso-administrativos que había interpuesto ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid, y en los que recayeron sentencias desestimatorias, que el recurrente consideró contrarias a Derecho por lo que solicita que se deje sin efecto la resolución dictada por el Consejo General de Poder Judicial y que éste anule las mencionadas actuaciones jurisdiccionales del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid, en base al artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

SEGUNDO.-Dos razones se oponen, con claridad y contundencia, a que pueda prosperar el recurso: la primera, que el demandante ha variado en el proceso el objeto material a que se refería su petición en el ámbito administrativo al pasar de una actuación del Ministerio Fiscal a unas decisiones jurisdiccionales dictadas en unos procesos administrativos; la segunda, que no existe un solo precepto, ni de legalidad ordinaria ni de rango constitucional que avale la posibilidad de que un órgano gubernativo, como es el Consejo General del Poder Judicial, declare la nulidad de actuaciones jurisdiccionales...”

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 18 de octubre de 1997.
Ponente Sr. Trillo Torres.*

“...Se formula el presente recurso contencioso-administrativo contra un Acuerdo, antes concretado, de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial por el que se decidió el archivo de un escrito, de fecha 8 de noviembre de 1993, presentado por el recurrente, porque «... la cuestión planteada es jurisdiccional y, por lo tanto, de la exclusiva competencia de los correspondientes Juzgados y Tribunales, cuyas resoluciones sólo pueden ser impugnadas mediante la interposición de los oportunos recursos procesales»...”

“...el recurrente solicita que se acuerde una nulidad de actuaciones en el juicio de faltas en cuestión por entenderse que durante la tramitación del mismo se le ha producido indefensión. Siendo esto así, el presente recurso contencioso-administrativo no puede prosperar si se tiene presente, en primer lugar, que la nulidad de pleno derecho, conforme dispone el apartado 1 del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial, debe hacerse valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales, por lo que el acuerdo recurrido, al estimar que la cuestión planteada es jurisdiccional y, por lo tanto, de la exclusiva competencia de los correspondientes Juzgados y Tribunales, se ajustó al contenido del indicado precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por otro lado, en el escrito origen de las actuaciones administrativas de que se trata, y al que repetidamente se ha hecho referencia, se alude a unas determinadas decisiones judiciales adoptadas en un proceso de juicio de faltas, decisiones que el recurrente entiende no ajustadas a derecho, por lo que preciso es tener en cuenta que conforme al artículo 176.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la interpretación y aplicación de las leyes hechas por los Jueces o Tribunales, cuando administran justicia, no podrá ser objeto de aprobación, censura o corrección con ocasión a consecuencia de actos de inspección...”

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 14 de noviembre de 1996.
Ponente Sr. García-Ramos Iturralde*⁸⁴.

B) En relación con la jurisdicción militar, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la misma cumple con todas las garantías constitucionales, y que el Juez Militar, en su ámbito, es el Juez ordinario predeterminado por la Ley, gozando de independencia e inamovilidad.

“...La jurisdicción militar, pues, más allá de todas sus peculiaridades reiteradamente reconocidas por este Tribunal (STC 97/1985, fundamento jurídico 4.º; 180/1985, fundamento jurídico 2.º; 60/1991, fundamento jurídico 4.º) ha de ser «jurisdicción», es decir, ha de ser manifestación de la función constitucional a la que, como derecho fundamental, se confía la tutela judicial efectiva. Esta misma idea se encuentra corroborada, en negativo, por el art. 117.6 CE cuanto al declarar lapidariamente que «se prohíben los Tribunales de excepción», excluye la existencia de órganos judiciales que excepcionen el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley...”

“...El art. 117.5 CE, dijimos en la STC 60/1991, «ha establecido límites y exigencias muy estrictos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Militar. Impone al Legislador una transformación radical de su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa...» (fundamento jurídico 3.º)...”

“...Dicho en otros términos, se trata de determinar si los órganos judiciales militares que han conocido del presente supuesto, en su estructura y funcionamiento, satisfacen las exigencias constitucionales de independencia del poder ejecutivo, es decir, si son reconocibles como órgano judicial que ha de resolver de modo equitativo e imparcial un proceso en el que actúan como parte acusadora los poderes públicos y en el que han acordado originariamente o han revisado en vía de recurso, según el caso, medidas que afectan a la libertad y seguridad de las personas sometidas a un procedimiento penal (Sentencias del TEDH de 22 de mayo de 1984, casos Duinhof y de Jong, y de 8 de junio de 1976, caso Engel)...”

“...La LO 4/1987, por tanto, proclama inequívocamente el carácter independiente e inamovible de los Jueces Togados Militares, como parte que son de la jurisdicción

⁸⁴ En similar sentido también la Sentencia Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 31 de octubre de 1996, del mismo ponente que la anterior, si bien en este caso referida a un procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo.

militar, incorporando, como se ha visto, específicas garantías al respecto. Sin duda estas proclamaciones valdrían de poco si el resto de la propia Ley Orgánica, o de otras de aplicación al Juez Togado, contuviesen disposiciones que se encargaran de contradecir dichas proclamaciones. Es precisamente lo que se trata de poner de manifiesto en las demandas de amparo, en las que las afirmaciones de principio acerca de la falta de independencia del Juez Togado vienen apoyadas en algunos preceptos legales que los recurrentes entienden que vulneran el art. 24 CE...”

“...La procedencia del Juez Togado Militar del Cuerpo Jurídico Militar y su no pertenencia al «Cuerpo único» de Jueces y Magistrados de carrera previsto en el art. 122.1 CE no vulnera el art. 24.2 CE (...) Ahora bien, es de tener en cuenta, de una parte, que la Constitución no exige que toda función jurisdiccional sea atribuida en todo caso a Magistrados y Jueces de carrera integrados en un cuerpo único, so pena de incurrir en una vulneración del art. 24 CE, contemplando ella misma supuestos de lo contrario (arts. 136.3 y 159 CE); de otra parte, y con independencia de lo anterior, es claro que el mandato contenido en el art. 122.1 CE no se proyecta necesariamente sobre la jurisdicción militar prevista en el art. 117.5 CE. Desde la perspectiva del art. 24 CE es, pues, válida la opción de la LO 4/1987 que dispone que los Juzgados Togados Militares sean desempeñados por miembros de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos (art. 54) hoy unificados en el Cuerpo Jurídico de la Defensa. El principio de independencia judicial no viene, en efecto, determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino precisamente por el *status* que les otorgue la ley en el desempeño de las mismas. Son precisamente las alegaciones expuestas en relación con dicho estatuto jurídico las que deben ser, finalmente, objeto de consideración.

“...La cuestión, por tanto, es la relativa a si, en el marco de la especialidad de la jurisdicción militar (STC 60/1991), es compatible con el art. 24 CE el sometimiento del Juez Togado Militar a las normas disciplinarias militares, aun limitado a los supuestos en los que no actúen en el ejercicio de sus funciones judiciales.

Ante todo es necesario tener en cuenta que los miembros del Cuerpo Jurídico de la Defensa que ejercen funciones judiciales están sujetos a un estricto régimen de incompatibilidades, no pudiendo desempeñar funciones distintas de las atribuidas por la Ley Orgánica que regula la jurisdicción militar (art. 119 LO 4/1987). La responsabilidad disciplinaria derivada del ejercicio de estas funciones jurisdiccionales solamente puede ser exigida por la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, cuando se trate de faltas leves o graves, y por el Consejo General del Poder Judicial si la sanción a imponer comporta el apartamiento temporal o definitivo del destino o de la propia función judicial (art. 138 LO 4/1987).

En estas condiciones, la previsión legislativa de posibles responsabilidades disciplinarias del miembro de un cuerpo jurídico militar que desempeña funciones judiciales, como consecuencia de su condición de militar, no constituye, por sí misma, un atentado al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías, en cuanto equivale a una derogación del principio de independencia judicial. El Juez Togado Militar es, con arreglo a su configuración estatutaria, independiente en el ejercicio de sus funciones, no estando sometido a instrucciones del poder ejecutivo, y sin que esta afirmación, siempre desde la perspectiva del art. 24 CE, deba verse desvirtuada por la existencia de un específico régimen disciplinario que pueda serle aplicable, con específicas garantías, en su condición de militar. Sólo frente a una aplicación desviada de estos preceptos, lo que no ha sido aquí el caso, le corresponderá, por tanto, a este Tribunal otorgar el amparo de los derechos invocados...”

“...El Juez Togado Militar que ha dictado las resoluciones recurridas es inamovible en la medida exigida por el art. 24 CE.(...) Al igual que en el supuesto anterior, el

argumento parte de una premisa errónea, cual es la de que el art. 24 CE no tolera otro estatuto jurídico relativo a la inamovilidad que no sea el que corresponde («comparable») a los Jueces y Magistrados de la Jurisdicción ordinaria. Ciertamente, en el caso de éstos no hay ascensos en el empleo militar que puedan implicar un cambio de destino, pero ello por la sencilla razón de que no son militares de carrera, por lo que tampoco pueden ascender en la carrera militar. Lo cual no quiere decir que en la jurisdicción ordinaria no haya supuesto de ascenso que comporten cambio de destino [art. 311 LOPJ] (...) Inamovilidad significa, con arreglo a su acepción general, que, nombrado o designado un Juez o Magistrado conforme a su estatuto legal no puede ser removido del cargo sino en virtud de causas razonables tasadas o limitadas y previamente determinadas. Por su parte, el art. 117.2 CE declara que «los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley». La LO 4/1987, la cual debe considerarse ley en el sentido del anterior art. 117.2 CE. Dispone entre las causas por las que sólo cesará el Juez Togado, «2. Por ascenso, si conforme a esta ley, no corresponde al nuevo empleo el destino judicial que ocupan». Esta causa debe considerarse lo suficientemente precisa y predeterminada como para que no puede considerarse, por sí misma, que atente a la garantía de la inamovilidad judicial. De nuevo procede reiterar la misma salvedad: El estatuto jurídico del Juez Togado Militar, en punto a inamovilidad judicial, no vulnera los derechos reconocidos en el art. 24 CE...”

Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1994, de 11 de julio de 1994.

Ponente Sr. Cruz Villalón.

C) En relación con los Jueces sustitutos, y referido sobre todo al *orden jurisdiccional civil*, se ha afirmado que no se infringe el principio de inmediación cuando los mismos se hacen cargo de los procedimientos judiciales durante la ausencia del titular, e incluso sentencien aquellos en los que las pruebas se celebraron ante el titular u otro juez, y por tanto tampoco se infringe el principio del Juez legalmente predeterminado por la Ley; evidentemente esta doctrina no es aplicable a los procesos que se sustentan, predominantemente, en el principio de oralidad, como sucede, dentro del orden jurisdiccional penal y social.

“...La parte apelante ha formulado en el acto de la vista como motivo de nulidad y con carácter previo, la circunstancia de haberse dictado la sentencia por Juez distinto de que recibió los escritos de alegaciones de las partes y practicó las pruebas. Nuestra Ley Procesal Civil sólo regula los supuestos de ausencia de Juez o Magistrado en el momento de fallar las sentencias para los casos de Tribunales colegiados en los recursos de apelación y casación (artículos 346 de la LECiv y 256 de la LOPJ), estableciendo que deberán votar y fallar los pleitos a cuya vista hubieran asistido todos los Magistrados aunque hubieran sido trasladados o jubilados, pudiendo extenderse también por analogía a los demás supuestos de ausencia por licencias o enfermedad. Al no regular el mismo supuesto para la tramitación en primera instancia deberá aplicarse y tenerse en cuenta la norma contenida en el artículo 212 de la LOPJ según la cual los Jueces sustitutos desempeñarán las funciones inherentes a su Juzgado y al cargo que sustituyan, lo cual se extiende lógicamente a la redacción de las sentencias pendientes al tiempo de su nombramiento como Jueces sustitutos. Además de no figurar en la Ley ninguna limitación para que los Jueces sustitutos puedan hacerse cargo durante la ausencia de su titular de los procedimientos judiciales pendientes, no se infringe el principio de inmediación, que se refiere a la presencia del Juez en la práctica de las

pruebas (artículo 254 de la LECiv) y no a que sea el mismo Juez que las presencié y practicó quien dicte la sentencia, ni tampoco el principio de tutela judicial efectiva y de prohibición de indefensión, puesto que de todas las diligencias de prueba y de las alegaciones de las partes queda debida constancia en autos para ser examinadas por el juzgador en el momento de fallar. Esta constancia documental de lo actuado en el proceso, hace igualmente que no pueda invocarse indefensión por el hecho de que los Magistrados que fallan los recursos no hayan tampoco presenciado las pruebas practicadas en primera instancia, lo que no impide su valoración conforme a lo que consta redactado en las actas por el Secretario Judicial y en la que cada una de las partes han podido solicitar que se recojan todas aquellas circunstancias que estimen conveniente para la defensa de sus intereses...”

*Sentencia Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª), de 15 de abril de 1997.
Ponente Sr. Barcala Fernández de Palencia.*

“...Fundamenta la apelante la petición de nulidad en una doble consideración: a) La supuesta violación del derecho al Juez legalmente predeterminado y del principio de inmediación consagrado en los arts. 313 de la LECiv y 229.2 de la LOPJ, con invocación de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 31/1983, de 27 abril, y b) La nulidad de la sentencia por falta de la motivación adecuada, en cuanto desestima la excepción de caducidad de la acción sin explicitar la fundamentación de tal decisión, lo que supone una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, de acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que cita.

El primer motivo de nulidad no puede ser acogido, ya que el Juez Sustituto que dictó la sentencia don Manuel G. R., estaba designado reglamentariamente por el Consejo General del Poder Judicial constando su nombramiento en el Boletín Oficial del Estado, siendo el motivo de la sustitución de la señora Magistrada Juez titular, doña María Luisa Ll. G., la licencia reglamentaria por embarazo de dicha titular. La sentencia del Tribunal Constitucional citada por la apelante, se refiere a un supuesto de nombramiento irregular de un Juez sustituto por la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial de Madrid. En el caso de litis, el Juez sustituto que dictó la sentencia estaba tan legalmente predeterminado como la titular, y la parte tuvo conocimiento de su intervención desde que le fue notificada la Providencia de 28 marzo 1994, por la que se acordó la unión a los autos y el traslado a las partes de un documento, al tiempo que se declararon los autos conclusos para sentencia. Desde dicho momento pudo la parte formular recusación del nuevo Juez interviniente, de concurrir causa legal para ello. A mayor abundamiento, preguntado el Letrado en el acto de la vista manifestó que no tenía intención de recusar al Juez Sustituto. No consta por otra parte acreditada la nulidad del nombramiento del Juez sentenciador, que ni siquiera fue denunciada en la vía gubernativa. Tampoco puede prosperar la alegación de infracción del principio de inmediación, que la apelante con cierta imprecisión técnica pretende fundamentar con cita de las normas procesales contenidas en los artículos 313 de la LECiv y 229.2 de la LOPJ. El primero de los citados preceptos se refiere a la publicidad de las actuaciones judiciales, al igual que el art. 120.1 de la Constitución. El segundo, que requiere la presencia del Juez o Tribunal para determinadas actuaciones, y en su caso la de las partes, se refiere principalmente a las actuaciones del proceso penal, y a algunas muy concretas del proceso civil que son objeto de una documentación mínima, como el examen del incapaz. El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre el principio de inmediación en el proceso civil en las Sentencias núm. 55/1991, de 12 marzo, y en la núm. 189/1992, de 16 noviembre, en las que se había invocado indefensión por haber dictado sentencia un Juez distinto del que había presidido la

práctica de la prueba, no apreciando la indefensión invocada. Con cita de la Sentencia 102/1987 del propio Tribunal, recuerdan las citadas sentencias que las infracciones que pueden tener relevancia a efectos de la aplicación del art. 24.1 de la Constitución son las generadoras de indefensión, por privar a la parte del derecho a alegar y a la práctica de las pruebas, cuando el órgano jurisdiccional impide a una parte el ejercicio del derecho a la defensa... o de replicar dialécticamente a las posiciones contrarias en el ejercicio indispensable del principio de contradicción. En el caso de litis no se han desarrollado las actuaciones sin presencia judicial o mediante una sustitución irregular o anómala del juzgador.

Como afirman las citadas sentencias, la norma constitucional requiere que las actuaciones procesales de desarrollen ante el Juez competente con el fin de garantizar un correcto desarrollo del debate judicial y la igualdad de las partes, no la presencia de un Juez concreto y determinado. Afirma finalmente el Tribunal Constitucional que «el principio de inmediación en el proceso civil no puede entenderse de la misma manera, ni afectar con similar intensidad y características que en el orden penal... En el proceso civil las pruebas han encontrado su fiel y exacto reflejo documental en los autos, de forma que la totalidad de su contenido puede ser examinado por el órgano que ha de resolver el litigio. No existe, pues, limitación de conocimiento de lo actuado, sino transcripción fehaciente de todo lo que se alegó y acreditó por ambas partes en la causa a efectos de la resolución final del proceso». Así se explica que no haya de declararse la nulidad de actuaciones siempre que se produzca el traslado, la jubilación o el fallecimiento del Juez, y otro haya de hacerse cargo del Juzgado...”

Sentencia Audiencia Provincial de Asturias de 10 de marzo de 1995.

Ponente Sr. Lucas Gil.

2.1.2. Falta de competencia objetiva o funcional

Es preciso partir de la aseveración, por conocida no menos importante, que las normas que regulan la competencia objetiva y/o funcional, tienen carácter de derecho necesario, de *ius cogens*, y consiguientemente afectan al orden público, por lo que resultan indisponibles para las partes. Nótese que el precepto estudiado tan sólo se refiere a la competencia objetiva o funcional, *sin mencionar la territorial*, lo cual nos lleva a la conclusión de que no son nulos de pleno derecho los actos judiciales emanados de un órgano territorialmente incompetente, los cuales tendrán, a lo sumo, la categoría de anulables. Aunque algún sector doctrinal desde la perspectiva del análisis de las múltiples normas que actualmente establecen la necesidad de que el órgano judicial examine de oficio su propia competencia territorial, entiende que “...la competencia territorial, aunque no mencionada en el art. 238.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tiene que amoldarse a su régimen cuando viene impuesta por la ley...” (MORENO MONTERO) ⁸⁵.

Las manifestaciones más importantes relacionadas con este motivo de nulidad de actuaciones, recogidas en la Jurisprudencia, pueden ser esquematizadas del siguiente modo:

⁸⁵ MORENO MONTERO, J.M., “Nulidad de actuaciones y proceso civil”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1995-2, pág. 758.

A) La competencia funcional es una cuestión de orden público, de forma que la concesión improcedente de un recurso, por razón de la materia o de la cuantía, determina la falta de competencia funcional que desemboca en la nulidad de actuaciones⁸⁶.

“...En el primer lugar, y con carácter previo, ha de atenderse a la cuestión planteada por el Ministerio Fiscal, sobre competencia funcional de la Sala de suplicación para conocer del tema litigioso. Entiende el Ministerio Fiscal que no cabía recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, vista la cuantía de la pretensión litigiosa, no superior a trescientas mil pesetas, por lo que estima procedente declarar la nulidad de lo actuado a partir de la notificación de dicha sentencia. Se dio el trámite de audiencia a las partes, de conformidad con el artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que evacuó la empresa demandada y recurrida en el sentido de oponerse a dicha declaración de nulidad por haberse ejercitado pretensión de afectación general y por haber un pedimento de condena de futuro...”

“...La exposición precedente evidencia que la sentencia impugnada se dictó con incompetencia funcional de la Sala, dado el tenor del artículo 189.1, b) LPL. Por ello, siendo de orden público las normas de carácter procesal, procede, de conformidad con lo prescrito por los artículos 238.1 y 240.2 LOPJ, y demás concordantes, declarar la nulidad de actuaciones a partir de la última notificación de la sentencia de instancia, que es firme desde su publicación, y sin que procediera la admisión a trámite del recurso de suplicación...”

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 4ª), de 14 de noviembre de 1997.
Ponente Sr. Cachón Villar.*

“...Si el recurso de suplicación se admitió y resolvió no siendo susceptible de ello, la sentencia recurrida, cometió una infracción de orden público procesal que generaría la necesaria anulación de actuaciones que puede y debe ser declarada de oficio, una vez seguidos los trámites señalados en el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este sentido se ha pronunciado esta Sala de manera uniforme. Por todas la Sentencia de 22 noviembre 1994 y las múltiples en ella citadas...”

“...Debemos, pues, limitarnos a resolver si, como alegan, se trata de un supuesto de afectación general. Ya ha declarado esta Sala con reiteración (por todas la Sentencia de 13 abril 1994) que, «*en principio, toda cuestión que versa sobre la interpretación de la Ley, es susceptible de afectación general, lo que no es más que una consecuencia de la igualdad ante ella, pero el que esté abierta a la afectación general, y que por ello pueda decirse que potencialmente lo es, no implica que de hecho lo sea. Para esto último se requiere que realmente todos o un gran número de trabajadores o beneficiarios estén de hecho afectados por la cuestión debatida en el litigio y este elemento, por ser estrictamente fáctico, ha de constar fehacientemente*», bien a través de la prueba o por notoriedad. Y no es tal el caso presente. En absoluto consta que existan múltiples casos en los que el INSS haya requerido a Mutuas Patronales al

⁸⁶ Al respecto, son abundantísimas las sentencias en relación con el recurso de suplicación, en el orden jurisdiccional laboral; exponemos, a continuación, una pequeña muestra de ellas; pero además de las transcritas y en similar sentido, se pueden consultar, entre otras, y como más recientes, las siguientes: SSTs (Sala 4ª) de 14-11-1997, 17-9-1997, 17-9-1997, 17-7-1997, 24-6-1997, 9-6-1997, 31-5-1997, 14-5-1997, 8-5-1997, 19-5-1997, 14-5-1997, 12-5-1997, 8-5-1997, 8-5-1997, 10-4-1997, 8-4-1997, 7-4-1997, 7-3-1997, 28-2-1997, 19-2-1997, etcétera; con la peculiaridad de que la inmensa mayoría de estas sentencias están dictadas resolviendo recursos de casación para unificación de doctrina.

reintegro de prestaciones abonadas por la Entidad Gestora. Por tanto, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias al resolver el recurso de suplicación, indebidamente admitido, obró con falta de competencia funcional, por lo que hoy procede anular la sentencia y las actuaciones desde la admisión a trámite del recurso por el Juzgado número 3 de Oviedo, cuya Sentencia de 12 enero 1996 declaramos firme...”

Sentencia Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 25 de septiembre de 1997.

Ponente Sr. Fuentes López.

“...esta Sala dictó la oportuna providencia para dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal a fin de que se pronunciasen sobre la posibilidad de que contra la sentencia de instancia no fuese factible formular recurso de suplicación, conforme a la regla general contenida en el artículo 189.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

La cuestión ahora debatida ha sido ya objeto de estudio en unificación de doctrina por las Sentencias recientes de esta Sala de 14 mayo y junio 1997. A sus razonamientos nos remitimos...” “...Proyectando la anterior doctrina al presente caso, en él se alega la misma sentencia de contraste que en el recurso que dio lugar a la Sentencia de esta Sala citada de 14 mayo 1997, ocurre que la afectación general no es notoria ni se ha probado en el proceso. Por todo lo dicho, hay que entender, que en el supuesto que se examina, no cabía recurso de suplicación contra la sentencia de instancia; por lo que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria al conocer del mismo asumió una competencia funcional de la que carecía con vulneración del artículo 238.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ello determina que debe declararse la nulidad de la sentencia que dictó según se precisa en la parte dispositiva...”

Sentencia Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 17 de julio de 1997.

Ponente Sr. Somalo Giménez.

“...En lo concerniente a la irrecurribilidad de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social y a la forma en que así lo declaró la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, es ineludible partir de la doctrina sentada en la STC 37/1995. Desde la premisa de la distinta entidad del acceso a la justicia y al recurso, porque el primero tiene naturaleza constitucional mientras que el derecho a que se revise la respuesta judicial es de configuración legal, dicha sentencia extrajo dos importantes consecuencias:

a) El principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso que en las sucesivas. En el acceso a la justicia funciona con toda su intensidad, en tanto el mismo ha de ser matizado cuando se trata de los siguientes grados procesales que eventualmente puedan configurarse.

b) Las operaciones de selección de la norma aplicable, incluso en su dimensión temporal, su interpretación y la concreción del supuesto de hecho en punto a la admisibilidad de los recursos, la concurrencia de los presupuestos exigidos y el cumplimiento de los requisitos procesales no son fiscalizables en sede constitucional, salvo que se desviaren notoriamente de la racionalidad, como directiva de la decisión, para incurrir en la arbitrariedad proscrita por el art. 9 CE.

A la luz de esta doctrina no es ocioso recordar que acerca de la posibilidad de recurrir en suplicación la sentencia del Juzgado de lo Social, la normativa es rotunda. Según el art. 133.b) de la LPL de 1990 no cabe recurso, irrecurribilidad que reitera el art. 188.1. Ya el A.TC 491/1987 declaró que la inexistencia de recurso en esta modalidad procesal no pugna con el art. 24.1 CE. Que *ex* 188.1 f) quepa recurrir las sentencias dictadas en materia de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas, no hace arbitraria la tesis que estima ello insuficiente para extender la

previsión a las recaídas en procesos electorales por el mero hecho de denunciar la lesión de un derecho de tal naturaleza.

De otra parte, los actos judiciales producidos con manifiesta falta de competencia funcional son nulos de pleno derecho (art. 238.1 de la LOPJ), nulidad que puede ser declarada de oficio por el Juez o Tribunal (art. 240.2 de la LOPJ). Al amparo de esta normativa decidió la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sin que tal control sobre el cumplimiento de los presupuestos procesales adquiriera relevancia constitucional porque se efectuara con ocasión de un recurso de casación para la unificación de doctrina defectuosamente preparado, pues ni siquiera la desigual aplicación de la ley que se denuncia presenta consistencia. En efecto, las sentencias que el órgano judicial invoca básicamente destacan la posibilidad de apreciar de oficio que la resolución impugnada no era recurrible en suplicación, y sólo en dos de ellas (Sentencias de 15 de julio de 1992 y 5 de febrero de 1993) se alude tangencialmente a la observancia de los requisitos que establecen los arts. 216 y 221 de la LPL de 1990...”

Auto Tribunal Constitucional 32/1997, de 10 de febrero de 1997

B) La atribución de determinadas materias a los órganos de la Audiencia Nacional, en cuanto determina la competencia objetiva, implica que su vulneración ocasiona nulidad de actuaciones.

“...Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo pide la entidad recurrente, reiterando lo ya reclamado en suplicación, la nulidad de todas las actuaciones por incompetencia del juzgador de instancia, entendiéndose que los efectos del conflicto colectivo exceden del ámbito provincial que delimita la competencia objetiva de los Juzgados de lo Social. A juicio de la parte que interpone el recurso, tal competencia objetiva corresponde a la Audiencia Nacional, puesto que el objeto del litigio no es una práctica de empresa localizada, sino la interpretación general de un precepto de aplicación en todo el territorio del Estado.

SEGUNDO.-Atendidas las razones de las partes y del Ministerio Fiscal sobre la cuestión de competencia surgida, esta Sala debe decidir en el sentido solicitado por la entidad recurrente. El objeto del litigio es, efectivamente, el alcance de los preceptos de aplicación general del IV convenio colectivo de RENFE que delimitan las funciones de la «categoría de especialistas de estación», y que contienen «observaciones comunes a las funciones de todas las categorías».

No concurren en el caso, en contra de lo alegado en el escrito de impugnación del recurso, circunstancias aplicativas particulares en la estación de Alcázar de San Juan que pudiera justificar la reducción del ámbito del conflicto colectivo a la circunscripción provincial de un Juzgado de lo Social. En particular, no constituyen circunstancias de esta índole los gráficos sobre asignación de tareas en dicha estación a los que se refiere el hecho probado segundo, gráficos que concretan en enumeración ejemplificativa determinadas funciones a realizar por los trabajadores de dicha categoría, pero que contienen una cláusula final de remisión expresa a otras funciones propias de los especialistas de estación; con lo que la cuestión se reconduce a la interpretación de la normativa paccionada de aplicación en todo el territorio.

TERCERO.-A la vista de las consideraciones anteriores, la resolución del recurso debe ser anulación de las actuaciones desde la admisión de la demanda en el Juzgado de lo Social, y la declaración de que la competencia objetiva en el proceso de conflicto colectivo planteado corresponde a la Audiencia Nacional...”

Sentencia Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 7 de marzo de 1994.

Ponente Sr. Martín Valverde.

C) Se produce falta de competencia objetiva y funcional cuanto el Juez de Instrucción conoce y resuelve en juicio de faltas hechos calificados como falta de la competencia del correspondiente Juez de Paz del lugar de los hechos, determinando la correspondiente nulidad de actuaciones⁸⁷.

“...El art. 238 de la LOPJ especifica que serán nulos de pleno derecho los actos judiciales cuando estén, entre otros, en el siguiente caso: cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional; tal declaración de nulidad puede ser acordada por el órgano judicial que conozca del asunto o proceso, bien a instancia de parte, e, incluso, de oficio, siempre que se dé audiencia a las partes previamente y no hubiese recaído sentencia definitiva como dice el art. 240.

SEGUNDO.-La propia Ley Orgánica citada en el art. 100 atribuye a los Jueces de Paz el conocimiento en primera instancia de la sustanciación, fallo y ejecución de los procesos por faltas que les atribuya la Ley. Es la de Enjuiciamiento Criminal la que en su artículo 14 se encarga de delimitar las competencias de los órganos judiciales en primera instancia para esos procesos penales por infracciones leves, estableciendo que para el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, será competente el Juez de Instrucción, para añadir a continuación las excepciones, «sin embargo, conocerán de los juicios por faltas comprendidos en los Títulos I, II del Libro III del Código Penal con excepción de las que cita, y de las previstas y sancionadas en los artículos 585, 590, 594 y 596 del Título III de dicho Libro del Código, el Juez de Paz del lugar en que se hubiesen cometido».

TERCERO.-Los hechos que se han enjuiciado han merecido la calificación de falta de coacciones prevista y sancionada en el art. 585, núm. 4 del Código Penal, cuya competencia corresponde como se ha dicho en primera instancia al Juez de Paz del término municipal donde se hubiere cometido de radicar en la población dicho Juzgado, pero no al Juez de Instrucción cuando no haya sucedido en su término municipal que es lo que ha ocurrido en el presente caso, en que los hechos enjuiciados fueron realizados en el de Maracena, conforme resulta del atestado y demás actuaciones, entre ellos el relato de hechos probados que se ha tomado también como antecedente únicamente; dicha localidad tiene Juzgado de Paz como se comprueba por la Ley de Planta así como por las actuaciones realizadas por dicho Juzgado, por tanto es competente para el conocimiento y fallo en primera instancia dicho Juzgado de Paz, siendo para esa fase incompetentes los Juzgados de Instrucción de Granada, que lo serían, en su caso, para la segunda instancia.

CUARTO.-El art. 9 de la LECrim y el 9.6 de la LOPJ establecen que la jurisdicción penal es siempre improrrogable, además como se vio, el 238 de esta última declara afectos de nulidad los actos judiciales que se dicten con manifiesta falta de competencia objetiva y funcional; ambos defectos se observan en el conocimiento y sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 8 de Granada, pues no sólo se vulnera la asignación de competencia por razón de la materia, combinada con la territorial, pues sólo puede conocer de faltas de esa tipificación cometidas en su término municipal, ya que aunque integrantes del Poder Judicial, son de naturaleza distintas tales órganos judiciales, sino

⁸⁷ La sentencia comentada se refiere al Código Penal de 1973; pero la doctrina contenida en la misma es de aplicación al sistema del Código Penal de 1995, debiéndose tener en cuenta la actual falta de actualización del marco competencial de los Juzgados de Paz en el orden penal, al no haberse reformado, para actualizarlo al CP 1995, el art. 14.1 LECrim, así como la problemática que tal falta de actualización genera (LAMO RUBIO, J. de., “El Juicio de Faltas y el Código Penal de 1995”, *Revista Secretarios Judiciales*, núm. 2, La Ley- Actualidad, Madrid, 1998, pág. 6 y ss.).

que afecta también a la competencia funcional, ya que el de Instrucción debería conocer no en primera, sino en segunda y esta Audiencia como Tribunal Unipersonal, no tiene competencia para conocer en segunda instancia, por lo que se dan los indicados dos vicios competenciales acumulativamente. Por ello, concurriendo los demás requisitos, procede declarar la nulidad del juicio y sentencia, decidiendo la competencia en la primera instancia del Juzgado de Paz de Maracena, al que se remitirán las actuaciones para la celebración del correspondiente juicio de faltas...”

*Sentencia Audiencia Provincial de Granada (Sección 2ª).
Ponente Sr. Bravo Gutiérrez.*

D) El Tribunal Constitucional ha entendido que no es inconstitucional la falta de actualización del sistema de reparto competencial entre los Juzgados de Instrucción y los Juzgados de Paz, con motivo del nuevo Código Penal 1995⁸⁸.

“...Dos son las dudas planteadas por el Juzgado de Paz en la presente cuestión: si la utilización del art. 14 LECrim como fundamento para la determinación de la competencia de los Juzgados de Paz puede ser contraria al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley; y si el hecho de que el art. 52 LOPJ impide que un órgano judicial suscite una cuestión de competencia frente a otro órgano judicial al que está subordinado supone una infracción del mandato de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenido en el art. 9.3 de la Constitución.

En relación con la primera de las dudas suscitadas, es evidente que el Juzgado no cuestiona propiamente la constitucionalidad del art. 14 LECrim, sino, más exactamente, el entendimiento que de él se ha hecho para determinar la competencia de los Jueces de Paz. No se pone en cuestión, por tanto, una norma con rango de ley aplicable al caso, a cuyo respecto no se argumenta nada, sino la aplicación que de una norma tal vienen haciendo los órganos judiciales. El órgano judicial proponente sostiene que el precepto cuestionado debe interpretarse en el sentido de que, al día de hoy, los Juzgados de Paz carecen de competencia para conocer de determinadas faltas; el Juzgado de Instrucción, por el contrario, ha interpretado el precepto de modo que alcanza la conclusión de que la competencia para resolver el procedimiento de autos corresponde al Juez de Paz. En sí mismo considerado, pues, el art.14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es objeto de cuestionamiento alguno; sólo lo es su interpretación por parte del Juzgado de Instrucción, siendo claro que el Juez de Paz parte de la premisa de que el precepto admite una interpretación diferente: la que lleva a concluir con la incompetencia de los

⁸⁸ En el auto del TC, ahora comentado, se inadmite a trámite el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juez de Paz de Xirivella (Valencia), habiéndose planteado tal cuestión de inconstitucionalidad, según se lee en los antecedentes de indicado auto en relación con: “... A) Art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «en cuanto está siendo utilizado para determinar la competencia penal de los Jueces de Paz con respecto a las faltas del Código Penal de 1995 mediante una interpretación analógica e incluso teleológica de los preceptos contenidos en el Código Penal de 1973, al entender este Juez de Paz que carece de predeterminación legal para el conocimiento, fallo y ejecución de las faltas cometidas con posterioridad a la entrada en vigor del... Código... pudiendo vulnerar si dictase sentencia... los arts. 14, 24.2 y 117.3 de la Constitución Española».- B) Art. 52 LOPJ, «porque, dada la inexistencia de norma de carácter procesal que determine indubitablemente la competencia para conocer, enjuiciar y fallar los juicios de faltas cometidas con posterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995, este precepto impide el planteamiento de cuestiones de competencia por los Jueces de Paz frente a las decisiones que sobre su competencia adopte el Juez de Instrucción, favoreciendo la arbitrariedad en el ejercicio de un poder público..., contraviniendo la garantía establecida en el art. 9.3 de la Constitución Española»...”

Juzgados de Paz, conclusión que no tacha de inconstitucional. Nada hay, por tanto, susceptible de ser cuestionado ante este Tribunal, pues no hay, en definitiva, duda sobre la constitucionalidad de la norma, sino sobre la constitucionalidad de la interpretación dada a la misma por otro órgano judicial, siendo así que es sabido que la cuestión sólo sirve a los fines de depurar normas inconstitucionales, y no interpretaciones contrarias a la Constitución deducibles de un precepto que el órgano cuestionante entiende que sólo puede interpretarse en un sentido que es, además, y también en su opinión, constitucionalmente conforme.

2. En segundo lugar, partiendo de la premisa del órgano judicial proponente según la cual no hay norma que determine cuál es el órgano judicial competente para conocer de los juicios de faltas tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal, el Juez de Paz sostiene que toda decisión sobre el particular es el resultado, necesariamente, del capricho de los Jueces de Instrucción, frente a los cuales los Jueces de Paz no pueden suscitar cuestiones de competencia por prohibirlo el art. 52 LOPJ. Ello redundaría en la inconstitucionalidad de este último precepto.

De nuevo ha de insistirse en que el órgano judicial parte de la idea de que el art. 14 de la LECrim sólo admite una interpretación razonable. Como quiera que a su propia interpretación del precepto se ha opuesto la defendida por el Juzgado de Instrucción, sostiene que el precepto que ha hecho posible la prevalencia de este segundo entendimiento (el art. 52 de la LOPJ) es inconstitucional. En otras palabras, la tacha de inconstitucionalidad se predica de una interpretación judicial ajena y, por conexión, se extiende a la norma que impide que prevalezca, en el caso, el criterio interpretativo defendido por el Juez de Paz; criterio que, para éste, es el único admisible.

Como alega el Fiscal General del Estado, el art. 52 LOPJ ha optado por un sistema de resolución de conflictos de competencia objetiva que viene a corresponderse con el mantenimiento de un cierto principio de jerarquía en la organización judicial; dicho sistema, además, se corresponde con el establecido para la resolución de cuestiones de competencia entre órganos del mismo grado y orden jurisdiccional, que se atribuye al superior jerárquico común; si esto es así en estas cuestiones, ningún reproche merece el hecho de que la competencia entre órganos de diferente grado se determine por el de grado superior. No cabe en modo alguno entender, que aquí el Juez de Instrucción actúe como Juez y parte; así parece, sin embargo, entenderlo el Juez de Paz al sostener que el art. 52 LOPJ hace posible la imposición inapelable de decisiones sobre una cuestión en la que se ve afectada la competencia del órgano judicial resolutorio del conflicto. Muy por el contrario, el Juzgado de Instrucción resuelve un conflicto en el que no está en juego más interés que el general y objetivo en la correcta distribución de las competencias jurisdiccionales en los términos decididos por el legislador. Además, los intereses y derechos particulares afectados, estrictamente los de las partes, no dejan de estar garantizados en todo caso, pues, como también apunta el Fiscal General del Estado, frente a la decisión inhibitoria del Juzgado de Instrucción pueden recurrir, en defensa, en este caso, de su derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, las partes procesales afectadas...”

*Auto del Tribunal Constitucional 235/1997,
de 24 de junio de 1997.*

E) Se considera nulo lo actuado con manifiesta falta de competencia objetiva por razón de la persona inculpada.

“...Tanto el Ministerio Fiscal como las representaciones de las otras partes, procesados en autos, utilizan la vía casacional en el presente caso para plantear diversas causas de

nulidad, denunciando una serie de anomalías e irregularidades procedimentales verdaderamente sorprendentes y que han venido provocando demoras y retardos en una evidente dilación indebida, carente de toda lógica explicación, en una causa que se inició en el año 1986 y en la que, sin haber habido otra alteración en los hechos objetos en el proceso que el del ascenso al empleo de Comandante del más caracterizado de los culpables, se dicta un auto acordando la inhibición de la causa a favor de la jurisdicción ordinaria cuando los autos se hallaban en la fase de juicio oral.

SEGUNDO.-El auto recurrido fue dictado como consecuencia de un escrito del Ministerio Fiscal, que daba cuenta de la Resolución del Ministerio de Defensa número 630/07215/1992, de 20 mayo 1992, publicada en el Boletín Oficial de Defensa el día 27 siguiente, que ascendía al empleo de Comandante de Infantería de Marina, al hasta entonces Capitán, procesado don Octavio A. F., solicitando, a la vista del artículo 34.1 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, la elevación de las actuaciones al Tribunal Militar Central, a quien correspondía la competencia, dado el empleo militar del más caracterizado de los presuntos culpables. El Tribunal Militar Territorial Segundo, en vez de dar concreta respuesta a la petición del Ministerio Fiscal, hallándose el procedimiento en sede de la jurisdicción militar, y resolver, dentro de ésta, si el asunto concernía a la competencia del Tribunal Territorial o del Central, resuelve en el sentido de estimar que la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria y acuerda la inhibición a favor del Juzgado de Instrucción Decano de San Fernando (Cádiz). Es esto lo que provoca el planteamiento de la primera de las causas de nulidad que formula el Excmo. Sr. Fiscal Togado: nulidad del número 1º del artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «manifiesta causa de competencia objetiva».

Estableciendo el artículo 10 de la Ley Procesal Militar que «los Tribunales y Juzgados Togados Militares conocerán de los asuntos que respectivamente les atribuye la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar» y regulando los artículos 34.1.a) y 45.1 de esta última Ley las normas de competencia entre los distintos Órganos integrantes de la Jurisdicción Militar, debemos concluir que resulta manifiesto que el conocimiento de un procedimiento en el que se encuentra procesado un oficial que ostenta el empleo de Comandante corresponde al Tribunal Militar Central; pues bien, planteada por el Fiscal -al amparo del artículo 12 de la Ley Procesal Militar y encontrándose la causa en fase de juicio oral- la falta de competencia del Tribunal Militar Territorial Segundo para el conocimiento de aquel procedimiento, y proponiendo el mismo Ministerio Fiscal la elevación de los autos al Tribunal Militar Central a los efectos del artículo 24 de la Ley Procesal Militar el Tribunal, desoyendo las razones que la eran expuestas sobre su falta de competencia y sin atender al dictado de los art. 16 de la Ley Procesal Militar y 24 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el sentido de suspender la tramitación de la Causa, dicta resolución en la que concluye que la Jurisdicción Militar no es competente para el conocimiento del procedimiento y acuerda su inhibición en favor de la Jurisdicción Ordinaria.

Es decir: el Tribunal Militar Territorial Segundo, al tener noticia del ascenso de uno de los procesados al empleo de Comandante no podía adoptar sino un solo acuerdo, el de la elevación de las actuaciones al Tribunal Militar Central, objetivamente competente, porque ya no tenía otras atribuciones competenciales, ni siquiera la de declinar la competencia a otra jurisdicción, porque éste era un acuerdo que, caso de proceder, correspondía ya dentro de la jurisdicción castrense al Tribunal Militar Central, decisión está que, en ningún caso, podría ser suplantada por el Tribunal Territorial.

Así, pues, la Sala, no puede menos que compartir la opinión del Ministerio Fiscal, cuando expone: «Que el Auto del Tribunal Militar Territorial Segundo, que decretó la inhibición del procedimiento a la Jurisdicción ordinaria cuando habían transcurrido

cuatro años y medio desde las conclusiones provisionales del Fiscal (en las que pretende fundamentarse aquel auto de inhibición) y cuando le ha puesto de manifiesto el propio Fiscal su pérdida de competencia objetiva por razón del ascenso a Comandante del más caracterizado de los inculpados (petición a la que el órgano judicial no da respuesta); el auto así dictado, decimos, incurre en la causa de nulidad del artículo 238.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por haberlo sido con manifiesta falta de competencia objetiva por razón de la persona inculpada.

TERCERO.-Procediendo, por lo expuesto, acordar la nulidad del auto recurrido, por estimación de la primera de las causas de nulidad formuladas por el Ministerio Fiscal, se hace ya innecesario el análisis de las restantes causas alegadas, así como de los motivos casacionales que han sido aducidos, sin perjuicio de lo que el Tribunal Militar Central, a quien deberán remitirse las actuaciones, pueda acordar sobre las demás pretensiones y alegaciones deducidas por las partes....”

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 5ª) de 28 de marzo de 1995.
Ponente Sr. Querol Lombardero*

En cambio, el TS, recientemente, no ha considerado nulo lo actuado por el Juez de Instrucción, en una causa en la que inicialmente no existía ningún imputado aforado, pero luego aparecieron indicios contra un aforado, momento a partir del cual el Juez instructor remitió la causa al órgano jurisdiccional competente para continuarla, por razón del aforamiento; así, se ha afirmado lo siguiente.

“...Otro de los motivos por los que Vera pide nulidad de actuaciones (y en este punto coincide con Barrionuevo) radica en la, a su juicio, retención indebida de la causa por el Juez Garzón una vez que ya existían datos que implicaban a Barrionuevo, Diputado del Congreso y por ende aforado ante esta Sala de lo Penal del TS, concretamente desde la declaración de Amedo, hecha el 16 de diciembre de 1994. A juicio de estos acusados la Exposición Razonada en que dicho Juez argumentaba sobre la competencia de tal Sala del TS, que remitió en julio de 1995, tenía que haber sido enviada a raíz de esa declaración, es decir, siete meses antes.

La cuestión aparece bien razonada en un auto de referido Magistrado Instructor, fechado en 16 de enero de 1995 (folios 1.688 y ss.), en el que nos dice que consideró sin consistencia las referencias que a Barrionuevo y Corcuera hacía Amedo en la mencionada declaración y que tuvo que esperar a que en realidad hubiera algo de mayor entidad para que, de modo verosímil, pudiera fundarse la posible competencia del TS, lo que ocurrió meses después cuando otras declaraciones de varios coimputados permitieron afirmar la realidad de unos datos de los que razonablemente pudiera deducirse una participación del referido Barrionuevo y otros aforados, que son las que prestaron a partir del día 15 de julio de 1995.

Cierto es, como dicen las defensas de Vera y Barrionuevo, que en tal declaración de Amedo hubo una referencia a la participación de este último en el secuestro de Segundo Marey cuando, como expresa el propio escrito de la defensa de Vera con todo detalle (páginas 62 y 63), dicho funcionario policial afirma que “Julián Sacristóbal le dice que lo ha decidido Ricardo Damborenea y que está de acuerdo el Ministro de Interior con el objeto de explotar el secuestro políticamente y hacer presión al Estado francés”, extremos que luego Amedo repite y Sancristóbal niega en la diligencia de careo ante ambos celebrada tres días después.

Consideramos razonable la postura adoptada por el Magistrado Juez Instructor a este respecto: ciertamente esa declaración referencial que Amedo hace, desmentida por la persona a la que esa referencia se refiere, no podía servir para que esta Sala de lo Penal admitiese su competencia. Sólo cuando otras declaraciones corroboraron la primera de

Amedo, las hechas en julio de 1995, podemos afirmar que hubo sospechas fundadas que permitieron a este Tribunal reclamar el conocimiento de la presenta causa penal.

Como un argumento más en favor de su tesis, la representación de Barrionuevo alega que, peso a considerar Garzón insuficientes las manifestaciones de Amedo en las que se implicaba al ex-Ministro Barrionuevo, dicho Magistrado envió una Comisión rogatoria a Suiza por la que solicitaba determinadas informaciones y medidas de carácter patrimonial relativas a varias personas, entre ellas la del Sr. Barrionuevo, si bien luego rectificó excluyendo a éste último. Ciertamente es lo afirmado por tal representación procesal, pero también lo es que esta circunstancia, reconocida y rectificada por la propia autoridad judicial española, no tuvo eficacia alguna en el presente proceso.

En todo caso, nunca nos encontraríamos ante un caso de “manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional” que es la que, conforme al nº 1 del art. 238 de la LOPJ podría llevar consigo la nulidad de los actos judiciales.

*Sentencia TS (Sala 2ª) de 29 de Julio de 1998 (FJ6). Caso Marey.
Ponente Sr. Delgado García*

F) En todo caso, es preciso tener en cuenta que mantiene la validez lo actuado por diversos juzgados de Instrucción sobre hechos también investigados por un Juzgado Central de Instrucción; y también mantiene la validez lo investigado por la jurisdicción militar, cuando el asunto, por los mecanismos de inhibición correspondientes, pase a ser conocido por la jurisdicción ordinaria.

“...En el tercero de estos motivos (cuarto del recurso), se alega el incumplimiento del derecho a obtener tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos del acusado, «al no haberse respetado en la sentencia recurrida las reglas de procedimiento legalmente establecidas sin tenerse en cuenta en la misma los efectos de su vulneración»; citándose nuevamente como infringido el art. 24.2 de la Constitución.

Se invocan aquí los artículos 26 y 88 de la LOPJ, y se dice que no puede haber duda alguna de que el Juzgado de Instrucción Central núm. 2, que autorizó las escuchas telefónicas, «es el único Juzgado competente para conocer e instruir todos los hechos derivados de dichas escuchas», de modo que todas las diligencias practicadas por otros Juzgados, sin la expresa delegación de aquel Juzgado Central, «son actuaciones nulas». Con tal objeto, se hace referencia a las actuaciones llevadas a cabo por los Juzgados de Instrucción de Betanzos, y los de la misma clase números 2 y 5 de La Coruña...”

“...En cuanto a la intervención de varios Juzgados de Instrucción al comienzo de las actuaciones, la parte recurrente entiende que únicamente debió hacerlo el Juzgado Central de Instrucción núm. 2, que era el que había autorizado las intervenciones telefónicas, por lo que estima que nos encontramos ante un supuesto de «nulidad de pleno derecho», por haberse realizado determinados actos judiciales con manifiesta falta de jurisdicción o competencia.

En relación con esta cuestión, la Sala de instancia afirma que, en forma alguna, puede hablarse de «nulidad de actuaciones» en el presente caso, por estimar que no existen tales irregularidades procesales, sino simplemente «normales vicisitudes procesales que se producen como consecuencia de la concurrencia de competencias», destacando «la competencia inmediata y primaria de los Juzgados de Instrucción del lugar» y rechazando de plano las manifestaciones de la defensa del acusado sobre la existencia de una conspiración o complot policial contra el hoy recurrente (v. F. 1.º, pg. 28).

Las argumentaciones del recurrente carecen ciertamente de fundamento atendible, por cuanto la sanción de nulidad de los actos judiciales viene establecida -en cuanto aquí interesa- para el supuesto de que «se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de

competencia objetiva o funcional» (v. art. 238.1.º LOPJ), lo que, de modo evidente, no sucede en el presente caso. Por lo demás, respecto de la competencia territorial, aparte del criterio básico que atribuye tal competencia para la instrucción de las causas al Juzgado de Instrucción del Partido en el que se hubiere cometido el delito de que se trate (art. 14, segundo, LECrim), la propia Ley Procesal Penal prevé especialmente que, cuando se planteen cuestiones de competencia porque dos o más Jueces de instrucción se reputen competentes para actuar en un asunto, «mientras no recaiga decisión, cada uno de los Jueces instructores seguirá practicando las diligencias necesarias para comprobar el delito y aquellas otras que considere de reconocida urgencia» (art. 22 LECrim). En todo caso, debe reconocerse que es también procesalmente correcto que, por razones de urgencia, los órganos jurisdiccionales puedan actuar a prevención, con independencia de poder hacerlo igualmente por delegación, prestando auxilio jurisdiccional a otros órganos judiciales, como, en la práctica, suele ser sumamente frecuente cuando la instrucción de las causas puede corresponder a los Juzgados Centrales, dada la ubicación de la sede de éstos, su ámbito territorial de competencia y las razones de urgencia anteriormente aludidas.

Por todas estas razones, es preciso concluir que la denuncia de la parte recurrente sobre esta cuestión no puede prosperar...”

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 17 de febrero de 1997.
Ponente Sr. Román Puerta Luis.*

“...El segundo de los motivos del recurso se interpone con apoyo en el núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 117.5 de la Constitución, alegando el recurrente como fundamento de su tesis que al establecerse en dicho precepto la unidad jurisdiccional y que la Ley regulará el ejercicio de la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense de acuerdo con los principios de la Constitución, han de reputarse nulas todas las actuaciones practicadas por la Jurisdicción Militar respecto al procesado recurrente y declararlas así de conformidad con lo dispuesto en el art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y la procedencia de desestimar el motivo queda puesta de manifiesto por la simple consideración de que lo dispuesto en el art.238 al que se acaba de hacer referencia, es que se producirá la nulidad «cuando se produzca con manifiesta falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional», lo que no ha ocurrido en el caso de autos, en el que la Jurisdicción Militar era la competente para conocer de los hechos de conformidad con lo dispuesto en el art. 13 del vigente Código de Justicia Militar, dada la condición de Teniente y miembros de la Guardia Civil que tenían algunos de los inculcados, al tiempo de iniciación de las diligencias practicadas por la Jurisdicción Militar, por lo que tales actuaciones han de reputarse perfectamente válidas en cuanto que dicha Jurisdicción era la competente para conocer de los hechos hasta que, en cumplimiento de lo dispuesto en el mencionado art. 117 de la Constitución se dictaron las disposiciones legales citadas por la Autoridad Judicial de la Jurisdicción Militar en las resoluciones dictadas inhibiéndose a favor de la Jurisdicción Ordinaria, como consecuencia del cambio legislativo operado...”

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 6 de abril de 1993.
Ponente Sr. García Miguel.*

G) En relación con el Registro Civil, se ha afirmado, reiteradamente, por la Dirección General de Registros y del Notariado la aplicación al mismo de la normativa sobre nulidad de actuaciones judiciales contenida en la LOPJ.

“...El auto recurrido no puede mantenerse, no ya sólo porque supone una absoluta contradicción con actos anteriores oficiales del mismo Cónsul y porque no se dan las condiciones para declarar de oficio la nulidad de actuaciones (cfr. arts. 238 y 240 LOPJ, aplicables a este ámbito en virtud de la remisión contenida en el artículo 16 del Reglamento del Registro Civil), sino fundamentalmente porque no existe tal incompetencia del Cónsul Encargado para levantar el acta que, en efecto, ha autorizado...”

*Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN),
de 7 de noviembre de 1996.*

“...La competencia para decidir en primera instancia un expediente de rectificación de error corresponde al Encargado del Registro Civil donde deba inscribirse la resolución pretendida (cfr. art. 342 RRC) y, por lo tanto, en este caso al Registro donde consta la inscripción de nacimiento que se pretende rectificar y no al Registro Civil del domicilio del promotor.

SEGUNDO.-Por lo tanto, habiendo tomado la decisión el Encargado de este último Registro, lo procedente, es declarar la nulidad de actuaciones por incompetencia, conforme permiten los artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicables a este ámbito en virtud de la remisión contenida en el artículo 16 del Reglamento del Registro Civil. Al mismo tiempo se ordena el envío de lo actuado al Registro competente (cfr. art. 358 «fine» RRC)...”

*Resolución DGRN de 3 de octubre de 1996*⁸⁹.

H) En lo referido a la competencia territorial, dentro del orden jurisdiccional civil, y al hilo de las correspondientes cuestiones de competencia, generalmente actuadas a través de la correspondiente inhibitoria, se ha afirmado lo siguiente:

“...Por cuanto antecede, atendiendo al contenido de la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de acuerdo con el dictamen fiscal, resulta procedente resolver la cuestión de competencia planteada en favor del Juzgado de Primera Instancia número seis de Santander, y enlazando esta conclusión con las consideraciones hechas en el primer fundamento de derecho de la presente, resulta evidente que ello lleva consigo la declaración de nulidad de cuantas actuaciones fueron practicadas en el Juzgado de Bilbao a partir de la recepción, en 11 de abril de 1995, del telegrama que le participaba la presentación de la inhibitoria, y así, las actuaciones deberán ser repuestas al estado que mantenían en la indicada fecha. La resolución de la cuestión de competencia en sentido favorable al Juzgado de Santander, origina que sea al mismo al que deberán serle remitidas las actuaciones a los efectos oportunos, comunicándose lo así resuelto al de igual clase número siete de Bilbao, y ello, sin pronunciamiento expreso sobre las costas causadas...”

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 19 de octubre de 1996.
Ponente Sr. Barcala Trillo-Figueroa.*

⁸⁹ En similar sentido, entre otras, Resolución DGRN de 19 de octubre de 1996.

“...Tiene reiteradamente declarado esta Sala -así, Sentencia de 14 junio 1995, con cita de anteriores- que el art. 76 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con arreglo al cual no pueden promoverse ni proponerse cuestiones de competencia en los asuntos judiciales terminados por auto o sentencia firme, ha sido interpretado por esta Sala en el sentido de que cuando la parte interesada promueve correctamente, dentro de plazo hábil, la inhibitoria, debe ser tramitada la cuestión de competencia, aunque el oficio requiriéndole de inhibición, por causas que sean totalmente ajenas a la parte que propuso la inhibitoria, lo reciba el Juzgado requerido después de haber dictado sentencia firme en el proceso a que el oficio inhibitorio se refiera. En el caso examinado, es evidente que la demora habida en el Juzgado de Carlet fue por completo ajena a la promotora de la inhibitoria y no debe ser considerada irregularidad irrelevante sino que obviamente ha causado a la demandada ante el Juzgado de Tudela una absoluta indefensión, con infracción del art. 24 de la Constitución (en este sentido, SS. 30 mayo 1994 y 22 junio 1995), lo que impone la anulación de las actuaciones seguidas en dicho Juzgado a partir de la Providencia de 23 febrero 1993, por la que se declaró en rebeldía a los demandados, fecha en la que, de haberse tramitado la inhibitoria con normalidad, hubiera debido producirse el efecto suspensivo dispuesto en el art. 114 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que se hubiesen visto afectados los actos procesales anteriores...”

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 23 de mayo de 1996.
Ponente Sr. Ortega Torres.*

2.2. Actos realizados bajo violencia o intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave

En este punto, el art. 238.2 LOPJ ha de ser puesto en relación con el art. 239 LOPJ, y con el art. 442 LECiv, que se pronuncia en similar sentido al anterior; y establecen lo siguiente:

Art. 239 LOPJ:

“Los Jueces o Tribunales cuya actuación se hubiese producido con intimidación o violencia, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán la formación de causa contra los culpables”

Art. 442 LECiv:

“Serán nulos todos los actos judiciales practicados bajo intimidación o la fuerza.

Los Jueces y Salas que hubiesen cedido a la intimidación o a la fuerza, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán al mismo tiempo la formación de causa contra los culpables”.

De todo ello, cierto sector doctrinal entiende que este motivo de nulidad sólo se refiere a los actos del Juez o Tribunal, si bien una interpretación sistemática, y teniendo en cuenta la mención que en el art. 238 LOPJ se hace a los *actos judiciales*, que ha de entenderse como sinónimo de *actos procesales*, hace preferible la interpretación que incluye dentro de este motivo a todos los actos procesales, y no sólo a los del Juez o

Tribunal⁹⁰. MARTÍN DE LA LEONA entiende que este es un caso en el cual no rige el límite temporal del art. 240.2 LOPJ, por lo que esta causa de nulidad podría hacerse valer incluso una vez existiera sentencia firme; otro sector doctrinal, así CORTES DOMÍNGUEZ, entiende que el problema no es de fácil solución, y dice que la resolución no debería anularse si no es perjudicial para la parte que no utilizó la violencia o intimidación, debiéndose anular en todo caso cuando la resolución es perjudicial a dicha parte, o cuando la violencia o intimidación provino de ambas partes⁹¹.

En relación con los conceptos de violencia e intimidación, los mismos son extraíbles de la Teoría General del Derecho, y así por *violencia* ha de entenderse cualquier actividad física o material mediante la cual se trata de anular completamente la capacidad de formación de la voluntad del sujeto con la intención de que éste haga, tolere u omita algo, sin que a estos efectos sea relevante que la misma se ejerza directamente sobre la persona cuya voluntad se pretende doblegar, o que sea llevada a cabo sobre otras personas o cosas que por su especial relación con éste pudieran alcanzar a provocar idéntico resultado; y de este modo, la violencia a estos efectos exigirá la presencia de la idoneidad del medio empleado y de una determinada intensidad que la haga susceptible de alcanzar la finalidad pretendida⁹². En cuanto a la *intimidación*, para que sea determinante a los efectos considerados, exige la ley que se trate de una intimidación racional, fundada, inminente y grave (art. 238.2 LOPJ), siendo de resaltar que será la reacción del sujeto pasivo ante la amenaza la que determine la efectividad de la intimidación, pues las posibilidades reales de contrarrestar la amenaza varían en función de la persona a la que se pretenda intimidar, razón por la cual carece de relevancia la peligrosidad objetiva del medio empleado para amenazar, siendo, por tanto elemento determinante de la intimidación la idoneidad subjetiva de la misma para constreñir la voluntad contraria del sujeto pasivo⁹³.

2.3. Actos realizados prescindiendo total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecido por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión

2.3.1. Aproximación al concepto de indefensión

⁹⁰ En el mismo sentido se expresa MARTÍN DE LA LEONA, J.M., “Nulidad de actuaciones. Principios informadores y clasificación”, *Cuadernos de Derecho Judicial sobre La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 39 y ss.

⁹¹ CORTES DOMÍNGUEZ, V., en la obra colectiva, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 281.

⁹² MARTÍN DE LA LEONA, J.M., “Nulidad de actuaciones. Principios informadores...” *op. cit.*, pág. 40, con cita de RODRÍGUEZ DEVESA, RANIERI, MUÑOZ CONDE y ORTS BERENGUER.

⁹³ MARTÍN DE LA LEONA, J.M., “Nulidad de actuaciones. Principios informadores...” *op. cit.*, pág. 41 y ss., con cita de MUÑOZ CONDE y de ORTS BERENGUER.

Con carácter general, hay que comenzar diciendo con BORRAJO INIESTA que la idea de indefensión esta llamada a asumir el papel principal en esta materia⁹⁴; o como afirma MARTÍN DE LA LEONA, la indefensión se convierte, con la regulación de la LOPJ, en la piedra angular para el estudio de la nulidades procesales⁹⁵. De todos modos, el primer problema que plantea la redacción del art. 238.3 LOPJ es el de si la necesidad de efectiva indefensión es predicable de los dos submotivos que se recogen en el precepto o sólo del último de ellos; VERGE GRAU se inclina por la tesis de entender que sólo se exige respecto del segundo submotivo, es decir, cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento; de modo que según este autor, no es necesario que se haya producido indefensión, para entender el acto nulo de pleno derecho; MARTÍN DE LA LEONA, después de analizar varias resoluciones del Tribunal Constitucional y tribunales ordinarios, parece que también se inclina a favor de esa tesis, si bien a continuación dice que es difícil imaginar que la omisión total y absoluta de unas normas esenciales no impliquen también efectiva indefensión. Nosotros entendemos, desde la perspectiva restrictiva que ha de inspirar la interpretación de la materia relativa a la nulidad de actuaciones, que lo más correcto es exigir en ambos submotivos la presencia de efectiva indefensión, pues si no es así, no estaríamos ante un acto procesal nulo, sino tan sólo anulable, dado que, en mera teoría, puede ocurrir que se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento correspondiente y no se cause indefensión, aunque esta hipótesis sea muy difícil de suceder, pero puede darse. Y a mayor abundamiento, desde la perspectiva del criterio sistemático y gramatical (confr. art. 3.1 CC), resulta que si el legislador hubiera querido que la efectiva indefensión sólo se predicará del segundo submotivo, lo hubiera tenido muy sencillo: hacer dos submotivos independientes y autónomos, incardinados en números distintos dentro del art. 238 LOPJ; y si así no lo hizo, y reguló la materia en un único apartado, parece que es porque entendía que la efectiva indefensión debía exigirse en ambos submotivos. En similar sentido se pronuncia el prof. BORRAJO INIESTA, que, comentando el art. 238.3 LOPJ, afirma que “...la restricción más seria de las causas de nulidad proviene de otro fragmento del art. 238.3 LOPJ: su inciso final, que exige para declarar la nulidad de un acto judicial que *efectivamente se haya producido indefensión*. Este punto es esencial. Hasta ahora, la legislación cifraba la nulidad en la infracción de la Ley Procesal. Sólo excepcionalmente se atendía a los efectos que dicha transgresión ocasionaba en los justiciables. Desde 1985, o un año antes en el proceso civil, solamente cuando alguna de las personas que toma parte en el proceso, o hubieran debido tomarla, se encuentran en una situación de efectiva indefensión, procede la nulidad de actuaciones...”⁹⁶.

⁹⁴ BORRAJO INIESTA, I., “La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Cuadernos de Derecho Judicial sobre Principios constitucionales en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993. Pág. 269.

⁹⁵ MARTÍN DE LA LEONA, J.M., “Nulidad de actuaciones. Principios informadores...” *op. cit.*, pág. 42.

⁹⁶ BORRAJO INIESTA, *op. cit.* págs. 271 y 279 y ss. En igual sentido se pronuncia Amparo GUILLO SÁNCHEZ GALIANO que llega a decir que “...cabe destacar la exigencia de *indefensión efectiva* que el número tercero del precepto (*se refiere al 238.3 LOPJ*) anuda a la infracción de normas esenciales de procedimiento o a la omisión de los principios de audiencia, asistencia y defensa...” (“La nulidad de actuaciones en el proceso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Actualidad Administrativa*, Tomo 3, Madrid, 1992, págs. 359 y ss.).

En todo caso, en relación con el concepto de indefensión existe una copiosa jurisprudencia, sobre todo del Tribunal Constitucional, que nos permite afirmar que existirá indefensión siempre que los titulares de derechos e intereses legítimos se vean imposibilitados de ejercitar las acciones legales suficientes para su defensa, originando situaciones de tal gravedad que han de ser apreciadas judicialmente en cualquier momento e instancia en que se encuentre el proceso, tan pronto se tenga noticias de las mismas (SSTC 18/1985, de 1 de febrero, 48/1986, de 23 de abril, 175/1986, de 3 de noviembre, 156/1988, de 27 de julio, etcétera). Siguiendo a BORRAJO INIESTA, y en relación con la indefensión interesa resaltar las siguientes dos ideas⁹⁷: a) *La indefensión ha de ser real y efectiva*; en este sentido el TC ha afirmado que “...una indefensión (...) relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y de un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella...” (STC 48/1986, ya citada); b) *la indefensión ha de ser imputable al órgano judicial*, lo cual tiene su entronque con la obligación del órgano judicial de prestar tutela judicial efectiva, a quien la impetra ante referido órgano en defensa jurídica de todos los derechos, de modo que no se le puede causar indefensión (art. 24.1 CE); en definitiva, este planteamiento excluye como causante de indefensión a las partes o a terceros ajenos al proceso; tan sólo el órgano judicial puede causar indefensión, a los efectos que nos interesan⁹⁸. Esbozado el concepto de indefensión, corresponde a continuación la consideración de los submotivos de nulidad que contempla el art. 238.3 LOPJ.

2.3.2. Cuando se prescindan total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley (...) siempre que efectivamente se haya producido indefensión

⁹⁷ BORRAJO INIESTA, *op. cit.* págs. 279 y ss.

⁹⁸ Concretando aún más, el TC ha afirmado “...que la indefensión que proscribe el art. 24.1 de la CE es la que resulta imputable al Tribunal que debe prestar tutela a los derechos e intereses en litigio, pero no la que nace de la propia conducta de la persona afectada (SSTC 109/1985, 64/1986, 102/1987, 205/1988, 48/1990 y 153/1993). En concreto, y en supuestos de procesos seguidos *inaudita parte*, se ha precisado que las resoluciones judiciales recaídas en los mismos no implican vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin que se produzca indefensión, cuando el afectado no ha puesto la debida diligencia en la defensa de sus derechos -diligencia que ha de graduarse ponderando las circunstancias que concurren en los respectivos sujetos y supuestos de derecho-, bien colocándose al margen del proceso mediante una actitud pasiva con el fin de obtener una ventaja en esa marginación, bien cuando pueda deducirse que poseía un conocimiento extraprocesal de la existencia del litigio en el que no fue personalmente emplazado (SSTC 56/1985, 150/1986, 141/1987, 182/1987, 34/1988, 163/1988, 8/1991, 118/1993 y 153/1993, entre otras)...” (STC 99/1997, de 20 de mayo de 1997. Ponente Sr. Jiménez de Parga y Cabrera); pues, “... según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, para que las irregularidades procesales produzcan el radical efecto de la nulidad de actuaciones es preciso que, como señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, la indefensión que produzcan ha de ser material y efectiva y no simplemente posible...” (Auto TC 3/1996, de 15 de enero de 1996); siendo reiterada la jurisprudencia del TC cuando afirma que “...la regla de la interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar, y en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (SSTC 226/1988, 162/1993 y 110/1994)...” (Sentencia TC 175/1994, de 7 de junio de 1994. Ponente Sr. De la Vega Benayas).

Independientemente de las consideraciones que se han efectuado sobre el concepto de indefensión, en el estudio de este submotivo, el acento recae sobre el inciso “...normas esenciales de procedimiento...”, sobre cuya conceptualización la doctrina más significativa (MARTÍN DE LA LEONA) tras realizar un amplio estudio, viene a decir que “...cabe concluir que puede calificarse esencial toda norma de procedimiento que siendo imperativa y por tanto de obligado cumplimiento o de orden público, o reguladora en definitiva de alguno de los principios o garantías del proceso, es susceptible de colocar en indefensión efectiva a una o ambas partes del proceso en caso de ser totalmente omitidas...”⁹⁹. La doctrina ha tratado con distinto nivel de detalle sobre el elenco de las principales manifestaciones que se pueden presentar al amparo de este submotivo¹⁰⁰; la abundante jurisprudencia existente al respecto, por razones sistemáticas, será tratada en un posterior epígrafe, junto con la existente sobre el siguiente submotivo

2.3.3. Actos procesales con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se hayan producido indefensión

Como ya hemos insistido, no ha de ser cualquier tipo de infracción de los principios inspiradores del proceso, sino aquellos que efectivamente causen indefensión, como ya se ha razonado. La casuística jurisprudencial que ha generado este submotivo es abundante; una muestra de la misma será sistematizada en un posterior epígrafe, junto con la relativa al anterior submotivo.

A) Principio de audiencia

El principio de audiencia, o derecho a ser oído, se configura como un elemento integrante de la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 CE. La audiencia, en cuanto tal, permite la introducción del principio de contradicción, que ha de darse en términos de igualdad de partes, según tiene reiterado el Tribunal Constitucional (SSTC 9/1981, de 31 de marzo, 48/1983, de 31 de mayo, 117/1983, de 12 de diciembre, 112/1987, de 2 de julio, etcétera). Naturalmente, el derecho a ser oído, derecho de audiencia, ha de entenderse como *posibilidad que ha de concederse a la parte*, por el órgano judicial, para ser oído, en términos de igualdad, en el proceso al que está llamado a ser parte, o ya está constituido en parte, pero dicho derecho de audiencia se cumple con el otorgamiento de esa oportunidad procesal a ser oído, sin que el órgano judicial pueda obligar a la parte a exponer su planteamiento, pues también le cabe a dicha parte, ante determinados actos procesales, dejar transcurrir el plazo que se le haya otorgado, sin realizar manifestación alguna, así, p.ej. situaciones de rebeldía, etc.; la

⁹⁹ MARTÍN DE LA LEONA, “Nulidad de actuaciones. Principios informadores...”, *op. cit.*, pág. 49.

¹⁰⁰ Así, entre otros de interés, cabe citar: MARTÍN DE LA LEONA, “Nulidad de actuaciones. Principios informadores...”, *op. cit.*, pág. 49 y ss.; FERNÁNDEZ DE VELASCO, L.V. “Funciones del Secretario Judicial y nulidad de actuaciones en el proceso civil”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1.993, págs. 132 y ss.; VERGE GRAU, J., “La nulidad procesal después de sentencia”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1.993, págs. 86 y ss.; BERMÚDEZ OCHOA, E., “La nulidad en el proceso penal: tratamiento procesal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, CGPJ, Madrid, 1995; etcétera.

esencia, pues, del derecho de audiencia, es la oportunidad procesal que se le ofrece a la parte para actuar en el proceso, oportunidad procesal sujeta a la correspondiente preclusión. Por tanto, la vulneración se produciría si no se le concede esa oportunidad de ser oído en juicio, pero si concedida conforme a la ley, la correspondiente parte (demandado, demandante, acusador, etcétera) decide no hacer uso de esa posibilidad, tan sólo a él le es imputable el actuar de ese modo, y por tanto el acto procesal correspondiente es totalmente válido.

B) Principio de asistencia

Con bastante claridad expone MARTÍN DE LA LEONA que el derecho de asistencia o defensa formal se incluye en el conjunto de garantías que integran el derecho a un proceso justo, formando parte del más amplio derecho a un proceso con todas las garantías a que alude el art. 24.2 CE¹⁰¹. Se refiere este principio, como es sabido, a que el justiciable ha de ser asistido por Letrado, para evitar quebrantos en su posición frente a la contraparte, y sin perjuicio de aquellos supuestos en que la misma ley procesal excluya la preceptiva intervención de letrado. La intervención preceptiva de Letrado y sus posibles excepciones se regulan en las respectivas normas procesales; así, en el proceso civil en el art. 10 LECiv, en el proceso penal en el art. 118, 520, 788.3, etcétera de la LECrim; en el proceso laboral en el art.18 y ss. LPL de 1995; en el proceso contencioso-administrativo en el art. 23 y 24 de la novísima LRJCA98; etcétera. No está de más insistir que la vulneración del principio de asistencia, por sí sola no causa nulidad sino que es preciso que se produzca, por parte del órgano jurisdiccional, efectiva y real indefensión a la o las partes.

C) Principio de defensa

El derecho de defensa forma parte, en el plano constitucional, del derecho a un proceso justo que el art. 24.2 CE consagra para todos los procesos, y supone, de una parte, la obligación de respeto y protección por parte de los órganos jurisdiccionales, y de otra, la necesidad de que la defensa sea efectiva desde el primer momento del proceso y a lo largo de todas sus fases (así, SSTC 245/1988, de 19 de diciembre, 16/1982, de 28 de abril, 18 noviembre de 1983, etcétera). Y en consecuencia, ha de considerarse vulnerado el derecho de defensa cuando lo hubiesen sido las garantías de contradicción, de igualdad, y en general el resto de garantías contenidas en el art. 24.2 CE (SSTC 18/1985, de 11 de febrero, 114/1986, de 2 de octubre, 13/1981, de 22 de abril; etcétera). Y teniendo en cuenta que no procederá la nulidad cuando la vulneración del derecho de defensa lo hubiera provocado la falta de pericia técnica en la utilización de los medios que ofrece el ordenamiento jurídico, o cuando el litigante que se dice indefenso ha colaborado con su conducta a la producción de su propia indefensión, debido a su inactividad, su negligencia o su falta de diligencia (STC 110/1985, de 8 de octubre).

2.3.4. Casuística jurisprudencial sobre el art. 238.3 LOPJ

¹⁰¹ MARTÍN DE LA LEONA, “Nulidad de actuaciones. Principios informadores...”, *op. cit.*, pág. 54 y ss.

Por decirlo de una forma gráfica, podemos afirmar que el motivo “*estelar*” de los que dan lugar a nulidad de actuaciones, viene constituido por el previsto en el apartado 3 del art. 238 LOPJ, que es el que, en cualquiera de sus modalidades, en la práctica se presenta con más frecuencia; como proyección de tal realidad, la jurisprudencia existente sobre el mismo es abrumadora, siendo bastante dificultosa su sistematización; no obstante ello, y dentro de los límites de la presente obra, trataremos a continuación de ofrecer una muestra de las principales manifestaciones de tal motivo de nulidad, analizado a través de la jurisprudencia más relevante, con especial énfasis en la de más reciente aparición.

1.º *Infracción de los principios del proceso en general.* Es doctrina reiterada por el Tribunal Constitucional “...que el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE comporta que en todo proceso deba respetarse el derecho a la defensa contradictoria de las partes contendientes, a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos, principio este que se complementa con el de igualdad de armas procesales, igualdad que además ha de ser real y efectiva para las partes (...) la regla de la interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar, y en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (SSTC 226/1988, 162/1993 y 110/1994), y aun en lo referente a la asistencia letrada se precisó que la realización efectiva de este derecho no se satisface sólo con el nombramiento de Letrado de oficio sino que, además, debe proporcionarse asistencia letrada real y efectiva (Sentencias del TDH 9/10/1979, 15/5/1988, 25/4/1983) por no producir una limitación del medio de defensa. En particular, y con relación a si la falta de asistencia de Letrado provoca o no indefensión, se declaró que la falta de asistencia letrada en los casos en que es preceptiva y no existe causa justificada para el nombramiento de los profesionales de oficio, no sólo constituye indefensión formal, sino también material, al causar dicha inasistencia letrada un evidente perjuicio a las partes...” (STC 175/1994, de 7 de junio de 1994. Ponente Sr. De la Vega Benayas).

2.º *Sobre la motivación de sentencias.* La jurisprudencia existente al respecto es muy abundante; así el Tribunal Supremo afirma que “...procede aplicar la doctrina jurisprudencial recogida en la Sentencia de 7 marzo 1992 en cuanto señala ser cierto que el art. 120.3 de la Constitución establece que las sentencias serán siempre motivadas y ya en la de 10 abril 1984 se consignó que por imperativo del art. 372 LECiv y 120.3 de la Constitución, la motivación es una exigencia formal de las sentencias, en cuanto deben expresar las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo, lo que concuerda con el art. 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que modifica la estructura del de la Ley procesal, siquiera se ha dicho también que las sentencias civiles no necesitan una declaración específica de hechos probados (a diferencia de las penales), pues los mismos se desprenden de los fundamentos jurídicos, siendo doctrina constitucional que la motivación del pronunciamiento constituye requisito ineludible de la actividad judicial, existiendo incongruencia omisiva cuando se omite todo razonamiento respecto

de algún punto esencial, lo que no es extensivo a todas las alegaciones, pero sí a los aspectos fácticos que sirvan de base para exteriorizar el fundamento jurídico de la decisión y para permitir su control, aunque no sea necesaria una referencia exhaustiva siempre que permita esas dos finalidades, pues ello es inherente al derecho fundamental reconocido en el art. 24 de la Constitución Española, bastando con que la motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad que permita la eventual revisión jurisdiccional mediante los recursos legalmente establecidos. La doctrina que antecede se reitera, para diferentes supuestos, en las Sentencias de 15 febrero, 20 octubre y 29 diciembre 1995...”, pudiendo dar lugar, la falta de motivación de la sentencia, a declarar la nulidad de actuaciones, por haberse prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento¹⁰² (STS (Sala 1ª) de 10-7-1997. Ponente Sr. Fernández-Cid de Temes). En relación con las denominadas “*sentencias de plantilla*” o de programa informático, así como con la fundamentación por remisión, recientemente el TC ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, y tras exponer la doctrina sobre la materia, y tras reconocer que “...la Sentencia en cuestión no contiene en la redacción de su fundamentación jurídica referencias concretas que permitan singularizar su razonamiento como específicamente referido al caso; también debe advertirse que la respuesta está construida a partir de un lenguaje en el que abundan las expresiones estereotipadas (...) No obstante lo anterior, no cabe llegar a entender que, en el presente supuesto, nos encontremos ante una resolución a la que quepa imputar el vicio de carencia de motivación...”¹⁰³, al estimar que “...no nos

¹⁰² Como sucedió en el caso analizado, pues en el mismo, “...ni se examina la prueba respecto a la existencia de daños y perjuicios, ni se aceptan expresamente los fundamentos de hecho o de derecho que tuvo en cuenta el Juzgado para fundamentar su fallo, que incluso se modifica, de manera que la parquedad del fundamento quinto que se incorpora al fallo dificulta el control jurisdiccional a que toda resolución ha de estar abierta, quedando diferida, en la práctica, para la ejecución de sentencia tanto la determinación de la existencia de los daños como su cuantificación, sin que sea posible la interpretación integradora del fallo que pretende la recurrida, de manera que, siguiendo con la Sentencia de 7 marzo 1992, siendo la sentencia el último acto procedimental del recurso de apelación, al que van concatenados todos los anteriores, y estableciendo el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que serán nulos de pleno derecho los actos judiciales cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley e incidiendo lo razonado en el control casacional de la sentencia de apelación, extremos que, según el artículo 240.1 de la propia Ley Orgánica, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate, han de admitirse los motivos estudiados y, sin necesidad de examinar el siguiente, declarar la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia, devolviéndole las actuaciones y reponiéndolas al momento inmediatamente anterior, para que pronuncie otra, de ser posible sin necesidad de nueva vista o con ella, de exigirle la situación de los Ilmos. Srs. Magistrados, pudiendo incluso, claro es, ordenar algún mejor proveer, facultad que les es propia, pero para que lo hagan con la debida, necesaria y suficiente motivación de hecho (examen de la prueba) y de derecho...” (STS (Sala 1ª) de 10-7-1997. Ponente Sr. Fernández-Cid de Temes).

¹⁰³ Se trataba de un supuesto en que un Magistrado de Audiencia Provincial de Madrid, constituido como Tribunal Unipersonal conoce de un recurso de apelación contra sentencia dictada en juicio de faltas por el JI correspondiente, y en la sentencia que dicta, confirmatoria de la sentencia impugnada, se contiene la siguiente única fundamentación jurídica: “ Estimándose que los hechos relatados como probados por la Sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción que es objeto del recurso de apelación que ahora se ventila, aparecen debidamente acreditados por los elementos probatorios contenidos en el juicio de faltas del que dimana el presente rollo, en relación con la pruebas practicadas en el acto del juicio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que se aprecie motivo alguno para declarar que se ha incurrido en omisión esencial o error en la valoración de dichas pruebas, y estando ajustada a derecho la calificación de que de los mencionados hechos probados se hace, así como

encontramos ante ninguno de los variados supuestos (...) en los que este Tribunal ha venido exigiendo un específico, y reforzado, deber de motivación...”(FJ5), desestimando el recurso de amparo, por entender ajustada dicha sentencia a las exigencias del propio TC en cuanto a motivación de las resoluciones judiciales (STC 116/1998, de 2 de junio de 1998. Ponente Sr. Cruz Villalón); si bien, la sentencia comentada contiene un voto particular de interesante lectura¹⁰⁴. La jurisprudencia existente sobre la necesidad de motivación de las sentencias es abundantísima, sirviendo la expuesta como adecuada muestra de la misma.

En relación con la exigencia de que, en determinadas sentencias, consten los *hechos probados*, se ha afirmado lo siguiente: “...de manera sorprendente, el relato de hechos probados omite cualquier referencia al nombre de la persona a la que considera autor de los hechos, limitándose a describir su conducta, pero sin identificarlo por su nombre y apellidos. Es cierto que, en el encabezamiento de la sentencia y en la parte dispositiva, se recoge el nombre del inicialmente acusado, que con posterioridad resulte condenado, pero sin que dicha condena se pueda considerar como una consecuencia lógica del relato de hechos probados ya que, falta una de las premisas del silogismo que supone toda sentencia (...) El artículo 238.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sanciona con la nulidad de pleno derecho, las infracciones totales y absolutas a las normas esenciales del procedimiento establecidas por la ley y al mismo tiempo, el artículo 240.1 del mismo Texto Legal, dispone que la nulidad de pleno derecho y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales. Sin perjuicio de ello, se puede acordar de oficio la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular (...) El apartado que se dedica a los hechos probados en cualquier resolución definitiva debe ajustarse en lo esencial, a la estructura del contenido de la calificación definitiva de los hechos, haciendo una mención a la persona a la que se considera autora de los comportamientos que se consignan o, en caso contrario, se especificará el nombre del acusado que después resulta absuelto. El defecto que se observa en la sentencia que nos ocupa es sustancial, y debe ser corregido por el órgano que la dictó con el objeto de que la sentencia recobre su necesaria armonización interna y despeje las dudas sobre la persona a la que se considera autor de los hechos que se relatan en el correspondiente apartado. Por lo expuesto procede

los demás fundamentos del fallo, que aquí en segunda instancia se admiten en su integridad, procede rechazar el recurso interpuesto, confirmándose la resolución apelada en todas sus partes”

¹⁰⁴ Voto particular formulado por Gimeno Sendra, al que se adhiere Jiménez de Parga y Cabrera, en el que tras analizar la doctrina de la motivación implícita y de la motivación reforzada, se afirma que al legitimar la práctica de la utilización de *sentencias de plantilla* o de *programa informático*, “...desgraciadamente no infrecuente ante la sobrecarga que sufren nuestros Juzgados y Tribunales, esta Sala Primera ha renunciado a efectuar un control material de la obligación constitucional de motivación específica de las sentencias. Y ante esta renuncia, tan solo cabe esperar que nuestros Tribunales no utilicen tales fórmulas en las que se dice que ‘no ha existido error en la valoración de la prueba’, sin que sepamos a ciencia cierta por qué, o que ‘los hechos son ajustados a Derecho’ sin que se pueda saber si el Tribunal ha reflexionado sobre la aplicación de norma alguna del ordenamiento. De lo contrario, mejor será que el legislador suprima los medios de impugnación contra las Sentencias, pues no se puede tener al justiciable meses e incluso años en espera de una Sentencia de segunda instancia, para que se vuelva a casa con la duda razonable de que, a lo peor, el Tribunal de apelación no ha leído siquiera el recurso presentado por su Abogado...”

declarar la nulidad de la sentencia...” (STS (Sala 2ª) de 4-12-1997. Ponente Sr. Martín Pallín). En similar sentido, de exigencia en relación con los hechos probados, también se ha pronunciado la jurisdicción social¹⁰⁵.

3.º Congruencia de las sentencias. Relacionado con el anterior supuesto se presenta el relativo a la necesaria congruencia de las sentencias, y así, es reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que “...el derecho fundamental a la tutela judicial obliga a los Jueces y tribunales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, de tal modo que el incumplimiento de dicha obligación constituye una lesión de aquel derecho fundamental...” (SSTC 172/1997, 14/1984, 142/1987, 69/1992, 91/1995, 30/1998, etcétera). Una de las manifestación de ese incumplimiento es la representada por la *incongruencia omisiva*, en relación con la cual, y “...para apreciarla, ha de comprobarse si la cuestión fue suscitada en el momento procesal oportuno y ‘si la ausencia de contestación por el órgano judicial ha generado indefensión’ (STC 56/1996, FJ4), debiendo valorarse, a estos efectos, si razonablemente puede interpretarse el silencio judicial como una desestimación tácita (SSTC 4/1994, 169/1994 y 30/1998). Asimismo es preciso distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes en apoyo de sus pretensiones y éstas en sí mismas consideradas, dado que ‘respecto a las primeras, no sería necesaria para la satisfacción del derecho referido una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita -y no una mera omisión- que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino los motivos fundamentales de la respuesta tácita’ (STC 56/1996, FJ4)...” (STC 101/1998, de 18 de mayo. Ponente Sr. Vives Antón). Además de la incongruencia omisiva, el TC distingue también la que se denomina “*incongruencia por error*” que tiene lugar cuando el Juez o tribunal deja sin resolver una cuestión esencial por sufrir una equivocación, vulnerándose de esta forma el derecho a tutela judicial técnica de justicia (confr. STC 4/1987); y, finalmente, la “*incongruencia extra o ultra petita*”, que se aprecia en los supuestos en los que el órgano judicial falla sobre un tema ajeno al conflicto o concede

¹⁰⁵ Así, se ha entendido que se produce infracción del artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procediendo declarar la nulidad de actuaciones, retro trayendo las mismas al momento de dictar sentencia, a fin de que la Sala de instancia, con libertad de criterio, y cumpliendo con el principio de suficiencia de hechos probados, dicte nueva sentencia, pues, “...conforme a una reiterada doctrina mantenida por esta Sala de lo Social sin fisuras y expresiva de que el relato fáctico ha de contener los datos precisos y necesarios para que el Tribunal pueda conocer del debate en las sucesivas instancias, y, a su vez, para que las partes, conforme un principio de seguridad jurídica, puedan defender adecuadamente sus pretensiones. Ello no quiere decir, como también ha sentado la Sala, que la regular constatación de hechos probados exija su expresión exhaustiva o prolija, sino que el requisito se cumple con un relato suficiente, de modo que, en todo caso, quede centrado el debate en modo tal que, también, el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución con arreglo al propio relato histórico; admitiendo, incluso, la forma irregular de remisión, a los efectos de determinación de hechos probados, pero siempre que tal técnica permita apreciar, con singularidad e individualización, los hechos base de la decisión...” (STS (Sala 4ª) de 1-7-1997. Ponente Sr. Sampedro Corral). En similar sentido SSTC (Sala 4ª) de 25-2-1997. Ponente Sr. Fernández López, de 23-5-1996. Ponente Sr. Gil Suarez, etcétera.

más de lo solicitado en forma por las partes (confr. STC 44/1993), de tal modo que se haya impedido así a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción (SSTC 154/1991, 172/1994, 116/1995, 60/1996 y 98/1996, entre otras, citadas todas ellas en la STC 136/1998, de 29 de junio de 1998. Ponente Sr. Gabaldón López)¹⁰⁶.

4.º Sentencia dictada por menos magistrados de los legalmente previstos. Evidentemente, el dictado de sentencias o cualquier otra clase de resolución judicial, por menor número de magistrados de los legalmente previstos, determina la nulidad de actuaciones de tal resolución, por infracción de lo establecido en los apartados 1 y 3 del art. 238 LOPJ, y así lo tiene declarado el Tribunal Supremo cuanto ha afirmado que “...plantea, con rigor y acierto, el Ministerio Fiscal, la nulidad de la sentencia de instancia al haber sido dictada por tan sólo dos Magistrados, infringiéndose el art. 81.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 145 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como la regulación que de las actuaciones judiciales se hace en los arts. 249 a 267 del mismo texto orgánico, incidiendo, por consiguiente, en las causas de nulidad previstas en los núms. 1 y 3 del art. 238 de la propia Ley Orgánica, al haberse incidido en «manifiesta falta de jurisdicción» y «prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la Ley» (...) Ciertamente, la sentencia dictada por la Audiencia de Barcelona objeto de este recurso aparece dictada por tan sólo dos magistrados, consignándose en el encabezamiento que no interviene el tercer magistrado que dictó la anterior sentencia, anulada por el Tribunal Supremo, al haber perdido la condición de magistrado suplente que ostentaba con anterioridad. La nulidad ordenada por esta Sala extendió su alcance a que se dictara nueva sentencia subsanando la falta de claridad en que había incurrido la anterior, sobre los extremos que se recogen en la sentencia de casación, defecto que debió ser corregido, incuestionablemente, con la intervención de los tres magistrados que dictaron la sentencia anulada y si ello no era posible, no queda más remedio que celebrar un nuevo juicio del que conocerá una Sala compuesta por magistrados diferentes de los que conocieron del anterior enjuiciamiento. Lo que no permiten los arts. 81 y 196 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 145 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es que una sentencia dictada por una Audiencia Provincial lo sea por menos de tres magistrados, y ello es lo que ha sucedido en la sentencia que nos ocupa. (...) Así las cosas, y conforme al criterio de esta Sala (Cfr. SS. 18-12-1989 y 14-12-1992), procede, conforme se interesa por el Ministerio Fiscal, declarar la nulidad de la sentencia de instancia, al haberse procedido con manifiesta falta de jurisdicción y prescindiendo de normas esenciales de procedimiento, supuestos a los que se refiere el art. 238.1 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial...” (STS(Sala 2ª) de 5-5-1993. Ponente Sr. Granados Pérez).

5.º Nulidad de sentencias de conformidad. En el proceso penal, “...el Ministerio Fiscal, parte (...) en sentido formal, tiene encomendada la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la Ley, así como procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social (Constitución

¹⁰⁶ También puede consultarse: MUÑOZ ALVAREZ, G., “La incongruencia de las resoluciones de Jueces y Tribunales y el derecho a la tutela judicial. Jurisprudencia Constitucional”, *Revista Jurídica La Ley*, 26 de diciembre de 1997.

Española art. 124.1, Ley Orgánica del Poder Judicial art. 435.1 y Estatuto del Ministerio Fiscal, art. 1.º). En el proceso penal esta actuación se justifica, en los delitos perseguibles de oficio, al estar en juego el «ius puniendi» del Estado cuyo mantenimiento y eficaz funcionamiento repercute sin duda en el interés público, que en tales casos se concreta en el interés de la sociedad organizada de lograr la paz social mediante el castigo de los actos que la alteran lesionando los bienes protegidos por el ordenamiento jurídico. En el ejercicio de tales funciones el Ministerio Fiscal puede y debe ejercitar acciones y recursos y, solicitar la corrección de defectos de forma en actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate (art. 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), por cualquier vía siempre que tenga un fundamento legal de lógica jurídica (S. 29-1-1986) y, entre ellos, el recurso de casación (...) A tal fin habrá de comprobarse que los requisitos o actuaciones omitidos han producido efectivamente consecuencias que requieren la subsanación y que ésta no puede producirse en otra forma, pues sabido es que, con el fin de evitar dilaciones innecesarias en los trámites, que en el pasado dieron lugar a excesos inadmisibles, rige el principio de conservación de los actos procesales en tanto en cuanto no sea absolutamente preciso anularlos para la consecución de las finalidades legales propuestas, principio que ha inspirado los artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial que regulan la nulidad de los actos judiciales. En el presente caso la omisión de la audiencia de las partes en el propio acto del juicio oral, que establece el art. 793.3, párr. segundo, para el caso de que a partir de la descripción del hecho aceptada por las partes la Audiencia estimara que el mismo carecía de tipicidad, impidió al Ministerio Fiscal argüir en defensa de sus conclusiones en las que mantenía otra calificación de los hechos que la recogida por el Tribunal, el cual podría haber cambiado de criterio tras las argumentaciones de la acusación y, por lo tanto, la omisión del trámite dejó sin posibilidad de ejercicio la función del Ministerio Fiscal de promover el interés público tutelado por la Ley, en este caso el ejercicio eficaz del «ius puniendi» estatal frente a actos calificables de delictivos y que resuelto «inaudita parte» y sin existir otro momento procesal oportuno para la audiencia de la acusación, ha determinado claramente una indefensión procesal de la misma que no puede subsanarse más que retrotrayendo las actuaciones al momento en que la omisión de la preceptiva audiencia de las partes se produjo...” (STS (Sala 2ª) de 10-11-1993. Ponente Sr. Martín Canivell)¹⁰⁷. La jurisdicción militar también se ha ocupado del tema relativo a la posible nulidad de sentencias de conformidad¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Los requisitos que han de darse en las sentencias de conformidad son analizados, con cita de la STS de la misma Sala de 1 de marzo de 1988, en la reciente STS (Sala 2ª) de 26 de marzo de 1998. Ponente Sr. Moner Muñoz.

¹⁰⁸ Así, en una sentencia relativamente reciente se puede leer lo siguiente: “...El problema se circunscribe por tanto, a dilucidar si tanto el procesado como su defensor han manifestado expresamente su voluntad de aceptar plena e incondicionalmente las acusaciones más graves formuladas contra él y si, en caso de haberse producido dicha conformidad, lo ha sido en el tiempo y forma, y con las garantías que la Ley establece (...) Del examen del procedimiento, la primera anomalía que se observa es la existencia de un escrito, al parecer suscrito por el procesado (sin firma alguna de letrado) en el que formula la siguiente alegación: «Hacer una conformatoria sobre la pena solicitada por el Ministerio Fiscal de 8 meses de prisión», y se hace una doble petición: «que se dicte sentencia cuanto antes», y que, por carecer de antecedentes sea aplicada la condena condicional. Ha de tenerse en cuenta, que el referido escrito (aunque reúne indicios vehementes de haber sido confeccionado por el propio procesado) no ha sido adverado o

6.º Exceso en los límites de la aclaración de sentencias. El Tribunal Constitucional ha afirmado que “...el excepcional cauce arbitrado en el art. 267.1 LOPJ y 363 LECiv permite que los órganos judiciales aclaren algún concepto oscuro, suplan cualquier omisión judicial que contengan o bien corrijan algún error material, pero no puede ser utilizado para modificar el sentido de la fundamentación ni el fallo de sus resoluciones, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (SSTC 14/1984, 119/1988, 203/1989, 27/1992, 19/1995). La inmutabilidad de las resoluciones judiciales, que forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, veda a los Jueces y Tribunales modificar sus resoluciones en atención a una nueva o incluso más acertada calificación jurídica, pues ello implicaría una revisión de las resoluciones judiciales realizada al margen del sistema de recursos, y sustituir una Sentencia firme por otra de signo contrario, lo que ocasionaría una gravísima inseguridad jurídica (SSTC 16/1991, 231/1991, 142/1992, 16/1993, 22/1993, 3527/1993, 380/1993, 23/1994, 57/1995, 106/1995 y 208/1996)...” y así, “...es error material aquel que cuya concreción no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la Sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones (STC 231/1991))...”, de modo que cuanto “...se modifica sustancialmente la resolución(...) se lesiona el principio de inmutabilidad de las resoluciones judiciales y, por tanto, la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE...”, produciendo indefensión a la parte (STC 103/1998, de 18-5-1998. Ponente Sr. Vives Antón). En la jurisdicción social, incluso a través del recurso de

autenticado, sin que conste en el proceso diligencia alguna de ratificación del mismo a presencia de Secretario Judicial, y el procesado, sin llegar a negar de forma expresa y concreta la autoría del escrito, cuestiona su validez ante la falta de algún acto que lo autentique, como pudiera ser -según aduce- la falta de la firma de algún funcionario de la prisión donde se dice haber redactado el escrito o de algún sello especial en el sobre que acredite la procedencia desde el centro penitenciario (...) Sea cierto o no que el referido escrito es obra del procesado, no contiene éste una expresión completa que indique, como exige el artículo 283, b) de la Ley Procesal Militar, «la plena conformidad» con la calificación más grave, puesto que se refiere sólo a la pena privativa de libertad pedida por el Ministerio Fiscal, pero no a la totalidad de las calificaciones de las partes acusadoras, que también se contraen a las responsabilidades civiles. Por otra parte, esa conformidad manifiesta en el escrito aparece como condicionada al otorgamiento de los beneficios de condena condicional. Es decir, no existe una garantía seria de cuál sea la voluntad del procesado, quien al parecer lo que pretende es obtener la libertad condicional de una pena que se halla cumpliendo, en la creencia de que tal beneficio depende del rápido fallo de la presente causa (...) Así pues, no puede calificarse de «plena» dicha conformidad, que, además, se produce sin las garantías de defensa, por aparecer desprovista de asistencia letrada. Tampoco se cumple el requisito exigido por el precepto legal de que la plena conformidad sea mostrada conjuntamente por el procesado y su defensor. Sin que sea admisible entender que, habiendo solicitado el Defensor, en trámite procesal distinto y posterior en el tiempo, se dicte sentencia de conformidad con las conclusiones formuladas por el Ministerio Fiscal, hubiese sido subsanado el defecto -que producía indefensión-. Hubiera sido preciso, para que la conformidad del letrado fuese válida a los efectos del artículo 283 de la Ley Procesal Militar, que el procesado hubiere ratificado de forma expresa la conformidad del Defensor. Pero el Tribunal sentenciador, que pudo hacerlo, no recondujo las actuaciones para que la coincidencia de la conformidad simultánea de letrado y procesado pudiera haberse manifestado válidamente (...) Se desprende de lo dicho que la sentencia recurrida ha incurrido en un defecto de forma esencial, en actuaciones tan trascendentes, que de su incumplimiento se deriva una manifiesta indefensión del procesado. Consecuentemente debe estimarse el presente recurso de casación. (STS (Sala 5ª) de 14-1-1997. Ponente Sr. De Querol Lombardero).

casación para unificación de doctrina¹⁰⁹, el Tribunal Supremo ha procedido a anular autos de aclaración de sentencia que exceden los límites de lo permitido, y así ha afirmado que “...no es dudoso, por tanto, que el auto de aclaración es nulo de pleno derecho, en tanto que infringió normas esenciales del procedimiento, perjudicando el derecho de defensa del accionante, quien se vio privado de un derecho reconocido por sentencia firme, y supuso grave atentado a la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución y artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) (...) Consecuentemente con lo expuesto y de acuerdo con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, procede declarar la nulidad del auto de aclaración dictado por el Juzgado de lo Social, así como de las demás actuaciones practicadas, incluida la sentencia recaída en suplicación, con reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al en que dicho auto fue dictado, en el cual la sentencia de instancia gozaba ya de firmeza...” (STS (Sala 4ª) de 7-3-1996. Ponente Sr. Martínez Emperador). De modo que no en todo caso los errores de transcripción son susceptibles de rectificación, y así se ha afirmado que “...es evidente que se ha producido un error informático en la transcripción del auto cuya aclaración se solicita. Tal error es inmediatamente apreciable en la parte dispositiva del mismo, puesto que los datos de identificación de la parte recurrente y de la resolución recurrida nada tienen que ver con el presente recurso. Ahora bien, es igualmente notorio que el error informático de transcripción ha afectado asimismo a la argumentación jurídica contenida en el fundamento de derecho único, que tampoco corresponde a la cuestión debatida en este recurso(...) El artículo 267, párrafo primero, de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza a aclarar algún concepto oscuro o a suplir cualquier omisión que contengan las sentencias y autos definitivos dictados por los Jueces y Tribunales; y el núm. 2 del mismo artículo establece que los errores materiales manifiestos y los aritméticos podrán ser rectificadas en cualquier momento. Ahora bien, en este caso los errores de transcripción tienen una entidad que trasciende los límites del llamado recurso de aclaración, por cuanto que mediante este cauce procesal no cabe variar el contenido íntegro de la fundamentación jurídica de una resolución judicial. Procede, en consecuencia, declarar la nulidad del tan citado Auto de 27 diciembre 1996 con arreglo a lo establecido en los artículos 238.3.º y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y resolver a continuación sobre el presente recurso de queja, expresando el parecer de la Sala sobre la cuestión debatida...” (Auto TS (Sala 3ª) de 8-10-1997. Ponente Sr. Trillo Torres). También es evidente que no puede declararse nula una sentencia so pretexto de resolver sobre una petición de aclaración de sentencia¹¹⁰.

¹⁰⁹ Pues estima el Tribunal Supremo que “...no resulta incompatible con el carácter excepcional que corresponde a la casación para la unificación de doctrina la posibilidad de acordar, incluso de oficio, la nulidad de actuaciones, cuando tal medida venga determinada por la apreciación de infracciones procesales que por su entidad y gravedad hayan de conducir a dicho resultado. Así lo tenemos declarado, con relación a supuestos en que se hubieran producido actos judiciales con manifiesta incompetencia funcional, en nuestras Sentencias, entre otras, de 9 marzo, 13, 15 y 22 julio y 30 octubre, todas ellas de 1992, 5 febrero y 20 diciembre 1993 y 25 abril 1995...” (STS (Sala 4ª) de 7-3-1996).

¹¹⁰ Pues, “...declarándose la nulidad de una sentencia, con motivo de una petición de aclaración, se vulneraron normas esenciales de procedimiento, a saber, fundamentalmente, los arts. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 363 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto establecen el principio de invariabilidad de las sentencias después de firmadas, así como la doctrina del Tribunal Constitucional que contiene mandatos imperativos para los Órganos Judiciales, a tenor de lo previsto en el art. 5.1 de la Ley Orgánica Jurisdiccional...” (SAP Ciudad Real de 17-1-1994. Ponente Sr. Álvarez de Toledo y Quintana).

7.º Omisión de los requisitos jurisprudencialmente exigibles en determinadas resoluciones. En determinadas ocasiones, sobre todo en los autos que ponen términos a los denominados *incidentes de acumulación jurídica de condenas*¹¹¹, el Tribunal Supremo viene declarando la nulidad de actuaciones, al amparo del art. 238.3 LOPJ, por entender que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido, al no observarse, en referidas resoluciones, los principios jurisprudenciales exigidos; y así se ha afirmado que “...esta Sala ha venido declarando de modo ininterrumpido, con la finalidad de que no se cause indefensión a la parte que lo inste, que, en los expedientes de acumulación de penas a que se refiere el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es imprescindible, junto a la hoja histórico-penal del Registro Central de Penados y Rebeldes que corresponda al solicitante, que se unan a las actuaciones los testimonios de todas las sentencias cuyas condenas pretendan acumularse, a efectos de fijar el límite de cumplimiento de las mismas conforme a la regla segunda del artículo 70 del Código Penal vigente en la fecha de iniciación de este procedimiento, que es el aplicado y aplicable, y además que, en el auto que se dicte, se relacione la totalidad de las penas impuestas al reo en los distintos procesos que se le hubiesen seguido por hechos que pudieran haber sido objeto de uno sólo (...), junto a los de las fechas de comisión de los diferentes hechos delictivos sancionados y de sus respectivas tipificaciones, y los de las sentencias recaídas y sus correspondientes firmezas, son datos elementales para poder determinar con justeza el límite máximo de cumplimiento que proceda según las disposiciones de la ley, (...) por lo que siendo evidente la infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española en este caso, al haber quedado el recurrente en la más flagrante indefensión, no queda otra alternativa que la de declarar la nulidad del auto combatido con reposición de las diligencias al momento de dictarlo...” (STS (Sala 2ª) de 21-2-1997. Ponente Sr. Cotta Marqués de Prado)¹¹²; insistiéndose en que “...el auto recurrido no ha tenido en cuenta estos principios jurisprudenciales y ha sido dictado en un procedimiento en el que no se han determinado los elementos necesarios para una decisión acorde con tales criterios. En efecto, en los antecedentes del auto no consta la fecha de firmeza de las sentencias y ello impide que se afirme la relación de conexidad en el sentido de la jurisprudencia de esta Sala(...) De acuerdo con ello el procedimiento previo para dictar el auto y por lo tanto, en la medida en la que no se han reunido los elementos necesarios para dictarlo, se ha prescindido totalmente de las normas del procedimiento, por lo cual resulta aplicable el art. 238.3.º de la LECRim (*sic*, parece querer referirse a la LOPJ)...” (STS (Sala 2ª) de 4-7-1997. Ponente Sr. Bacigalupo Zapater).

¹¹¹ Un estudio en detalle de tal incidente de acumulación jurídica de condenas, que se suscita al amparo del actual art. 76 y concordantes del Código Penal de 1995, y en su caso, del art. 70.2ª del Código Penal de 1973, en relación con el art. 988 LECrim, puede consultarse en: LAMO RUBIO, J., *El Código Penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, junio, 1997, págs. 303 y ss.

¹¹² En similar sentido, entre otras, las sentencias siguientes: STS (Sala 2ª) de 8-11-1996. Ponente Sr. Cotta Marqués de Prado; STS (Sala 2ª) de 29-10-1996. Ponente Sr. Cotta de Marqués y Prado; STS (Sala 2ª) de 13-11-1995. Ponente Sr. Hernández Hernández, por no constar en las actuaciones los testimonios de las sentencias a refundir; STS (Sala 2ª) de 18-5-1995. Ponente Sr. Conde-Pumpido Touron, por falta de motivación del auto de refundición de condenas; STS (Sala 2ª) de 6-4-1995. Ponente Sr. Conde-Pumpido Touron, por falta de motivación del auto denegando refundición de condenas sin individualizar las mismas; etcétera.

8. ° Cambio de personal jurisdiccional sin notificación a las partes¹¹³. Al establecer el artículo 318 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la exigencia de que los Jueces y Magistrados verán por sí mismos los pleitos y actuaciones para dictar autos y sentencias, no está imponiendo un requisito puramente formal de modo y manera que en aquellos procedimientos en que, por estar así dispuesto, se celebre vista oral pueda prescindirse de este acto por el Juez que dicte la sentencia ni entenderse sustituida dicha vista por la viciosa incorporación material, que no formal, a los autos de las llamadas en el lenguaje forense «instructa»; el acto de la vista tiene por objeto el que el Juez que ha de fallar el asunto tome conocimiento de las alegaciones finales de las partes a la vista del resultado de las pruebas practicadas, lo que en el presente caso no pudo tener lugar al haberse dictado la sentencia de primera instancia por Juez distinto a aquel que celebró la vista del pleito. Y así, “...ha de tenerse en cuenta que entre el acto de la vista y la sentencia no medió providencia alguna dictada por el Juez que falló el asunto que hubiera permitido conocer a las partes que iba a ser él quien, después de los meses transcurridos desde la celebración de la vista, dictase la sentencia, lo que impidió a cualquiera de los litigantes ejercer el derecho de recusación del juzgador que reconoce el artículo 218.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que, como dice la Sentencia de esta Sala de 20 diciembre 1996 «impedir el posible ejercicio del derecho a recusar a un miembro de un determinado Tribunal, supone un ataque a la tutela judicial efectiva, como derecho fundamental, ya que ante tal impedimento se violentaría el principio de igualdad de las partes, propia de todo proceso (STC 13/1981)»; doctrina igualmente aplicable al caso de que se trate de un órgano jurisdiccional unipersonal. Se ha omitido, por tanto, el cumplimiento de una norma esencial del procedimiento que determina la nulidad de lo actuado a partir del momento en que se produjo aquella omisión, siendo procedente, por ello, la estimación de este (...) motivo que da lugar a la casación de la sentencia recurrida...” (STS (Sala 1ª) de 8-4-1997. Ponente Sr. González Poveda)¹¹⁴. Y también se ha afirmado que “...en cuanto a la demora en la notificación de la sustitución

¹¹³ Sobre el particular puede también consultarse: GARCÍA VALERA, R., “Efectos del cambio del magistrado ponente no comunicado a los litigantes”, *Revista Jurídica La Ley*, 19 de diciembre de 1997.

¹¹⁴ Y también se ha afirmado que cuando no hayan sido los mismos Magistrados de Sala que han visto el pleito, los que han dictado la sentencia, se produce una clara omisión del cumplimiento de lo que prescribe el artículo 318 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación a lo que determina el artículo 872 de dicha Ley Procesal y el artículo 251 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; afectando esa disfunción “...a la imagen de un proceso adecuado, según terminología del Tribunal Constitucional (STC 11 junio 1984 ratificada por la de 1 marzo 1993, que contempla un caso similar al actual), y ello significa que se ha prescindido total y absolutamente de una norma esencial del procedimiento, lo que tiene que desembocar ineludiblemente en una declaración de nulidad absoluta o de pleno derecho. Sobre todo cuando la referida cuestión procesal, ha impedido la utilización, a la hora parte recurrente, del derecho a la recusación de cualquier miembro de la Sala como preconiza, no sólo, el artículo 218.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino también la doctrina jurisprudencial constante de esta Sala y de la del Tribunal Constitucional, y que incluso ha tenido reflejo en la sentencia dictada en el Caso Dewer por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 27 de febrero de 1980. (...) sin duda, impedir el posible ejercicio del derecho a recusar a un miembro de un determinado Tribunal, supone un ataque a la tutela judicial efectiva, como derecho fundamental, ya que ante tal impedimento se violentaría el principio de igualdad de las partes, propia de todo proceso (STC 13/1981).(...) Todo lo cual lleva a la necesidad de remediar, a través de este cauce procesal y por medio de la reposición de actuaciones, la merma de derechos e indefensión que ha originado la disfunción, anteriormente reseñada, con lo que, además, se sigue lo dispuesto por esta Sala en su Sentencia de 9 diciembre 1987 (STS (Sala 1ª) de 20-12-1996. Ponente Sr. Sierra Gil de la Cuesta).

del Magistrado Ponente, al no haberse llevado a cabo aquélla hasta el mismo día de la votación y fallo, es evidente que se hubiera producido indefensión para la parte si el Magistrado designado como Ponente estuviese incurso en causa de abstención y, por consiguiente, de recusación, pero, al parecer, no es éste el caso, pues, de concurrir alguna de las causas previstas por los artículos 219 y 220 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la representación procesal de los recurrentes, que pide la nulidad de actuaciones, lo hubiese puesto de manifiesto en el propio escrito en el que interesa tal nulidad, de manera que si no ha esgrimido causa alguna de recusación del Magistrado Ponente es que no existe, por lo que no cabe invocar indefensión, único supuesto en que, conforme a lo dispuesto por el artículo 238.3.º de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial, la infracción de las normas procesales, que garantizan los derechos de audiencia, asistencia y defensa, acarrearía la nulidad de los actos judiciales...” (STS (Sala 3ª) de 28-4-1995. Ponente Sr. Peces Morate). Igualmente se ha afirmado que no debe prosperar el motivo de nulidad por no notificación del nuevo miembro del tribunal, cuando el impugnante no acudió a la vista oral¹¹⁵.

9.º Falta de intervención de alguna parte necesaria en el proceso. Evidentemente, enlazado con la adecuada constitución de la relación jurídico procesal, se presenta el tema de la intervención necesaria, en determinados procesos, del Ministerio Fiscal, y así, en se ha afirmado que “...el procedimiento de la tutela de los derechos de libertad sindical, de los demás derechos fundamentales -artículos 174 a 181 de la Ley de Procedimiento Laboral- previene en el apartado 3 del artículo 174 que «El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos, adoptando, en su caso, las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas». Esta exigencia es un elemento esencial del procedimiento que por ello mismo pertenece al orden público, y debe ser apreciada, incluso de oficio, por todos los órganos jurisdiccionales que conozcan de dicho procedimiento. Dado el carácter esencial de esta norma de procedimiento, el haber prescindido totalmente de ella constituye en nulos de pleno derecho los actos judiciales seguidos con su inobservancia, según previene el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La ausencia del Ministerio Fiscal como parte tanto en la instancia como en el recurso de suplicación no queda suplida por el dictamen sobre competencia que le fue solicitado ni por el que en este recurso ha evacuado. Por último, el carácter extraordinario y excepcional de este recurso no impide, como es práctica usual, la aplicación del artículo 240 de la Ley Orgánica citada, y en su consecuencia, sin entrar a conocer el fondo del recurso debe ser declarada la nulidad de todo lo actuado a partir de la presentación de la demanda para que con remisión de las actuaciones al Juzgado de procedencia, por el mismo, se proceda a seguir el procedimiento teniendo por parte al Ministerio Fiscal en los términos prevenidos en la Ley...” (STS (Sala 4ª) de 26-12-1996. Ponente Sr. Bris Montes). Pues se ha afirmado que “... constituye jurisprudencia reiterada de esta Sala, la facultad-deber

¹¹⁵ Y así, se ha afirmado que “...el motivo no puede prosperar, porque la sentencia fue dictada por Magistrado que, perteneciente a la Audiencia, formó parte de la Sala en la vista del recurso de apelación, a la que no asistió la parte, hoy recurrente, y como ya ha tenido ocasión de resolver esta Sala (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 marzo 1991), tal defecto no comporta la nulidad de las actuaciones, pues no produce indefensión, porque la recusación del Magistrado interviniente ni siquiera insinúa el motivo que fuere posible por concurrir alguna de las causas legales. Se trata pues de un mero motivo dilatorio que ha de ser rechazado...” (STS (Sala 1ª) de 26-7-1995. Ponente Sr. Marina Martínez-Pardo).

que tiene el órgano judicial de conocer aquellas anomalías producidas en el proceso que, aun, no denunciadas afectan al orden público procesal. No cabe la menor duda que todo lo relativo al procedimiento adecuado afecta al orden público, y sin que quepa admitir - dado el carácter necesario de los preceptos que lo regulan- un proceso convencional hecho a la medida de las partes o del propio órgano jurisdiccional (...) Si a instancias de la Sala «a quo» y, a efectos de subsanar un defecto provocado por la indebida acumulación de la acción de conflicto colectivo y de impugnación de convenio colectivo, la parte demandante optó por esta última, debió seguirse la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, regulada en el Capítulo IX, del Título II del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral vigente, artículos 160 a 163 inclusive, proceso en el que, atendiendo al interés general y público que en ellos se debate, es parte el Ministerio Fiscal, art. 161.6) (...) La actuación de autos, prescindiendo de las normas establecidas por la ley para la sustanciación del proceso instado de impugnación de convenio colectivo, provoca, inexcusablemente -al no poder, en la fase actual, ser objeto de subsanación- la nulidad de lo actuado, a partir de la Providencia de 14 enero 1992, por la que se tuvo subsanado el defecto de la mencionada acumulación indebida de acciones, debiéndose retrotraer las actuaciones a tal momento procesal y seguir los autos el curso instado por las partes demandantes, correspondiente al proceso de impugnación de convenio colectivo...” (STS (Sala 4ª) de 8-7-1994. Ponente Sr. Sampedro Corral)¹¹⁶. Naturalmente, las argumentaciones aquí contenidas son trasladables, a aquellos otros ámbitos en que se establezca la preceptiva intervención del Ministerio fiscal o de cualquier otra parte, adecuándolas al respectivo bloque normativo¹¹⁷.

10. ° *Indicación de los recursos.* En relación con la exigencia, contemplada en el art. 248.4 LOPJ, de indicar los recursos procedentes al momento de notificar la resolución, el TC ha dicho que “...cierto es que la indicación judicial de los recursos interponibles no es vinculante para los interesados, pues es a la Ley a la que hay que atenerse, en principio y salvo excepciones. Verdad es también que la asistencia de Letrado puede eliminar la vulneración del derecho en cuanto podría atribuirse a la parte así defendida la responsabilidad de la omisión o conducta judicial que se dice incorrecta, ya que, según reiterada doctrina, los errores patentes o inexactitudes cometidas por los órganos judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera judicial del ciudadano, salvo negligencia de la parte (SSTC 107/1987, 190/1990, 101/1992 y 107/1994)...” (STC 248/1994, de 19 de septiembre de 1994. Ponente Sr. De la Vega Benayas). Añadiendo que “...la llamada instrucción de recursos no forma parte

¹¹⁶ A pesar de que tanto ésta como la anterior sentencia se refieren a la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, las mismas resultan de aplicación también al actual texto de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995, el cual contiene preceptos equivalentes a los infringidos en los supuestos analizados; y de este modo, se establece la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la tutela de los derechos de libertad sindical en el art. 175.3 LPL 1995 y en materia de impugnación de conflictos colectivos se establece la preceptividad de intervención del Ministerio fiscal en el actual art. 162.6 LPL 1995.

¹¹⁷ Así, p.ej., intervención del Ministerio Fiscal en los procesos matrimoniales (confr. SAP (Sección 22ª) de Madrid, de 13 de enero de 1998. Pont. Sr. Hijas Fernández). En similar sentido, y también en los procesos matrimoniales, se ha estimado la nulidad en supuestos de falta de audiencia a los hijos mayores de siete años directamente afectados por la medida del derecho de visitas (SAP (Sección 5ª) de Zaragoza, de 12 de enero de 1998. Pont. Sr. Pérez García).

del *decisum* de la sentencia (SSTC 175/1985 y 155/1991) y por tanto no supone una decisión que cierre el paso al recurso ni que fije de manera definitiva las condiciones en que deba interponerse. Además, hay que distinguir las situaciones creadas por la mera omisión de la indicación de recursos contra una resolución concreta, de aquellas otras en las que se da una instrucción o información errónea que induzca a error al litigante (SSTC 50/1987, 107/1987 y 376/1993), pues la omisión en una resolución de los recursos utilizables -como información prescrita legalmente- no impide en modo alguno la posibilidad de recurrir, en tanto en cuanto esta falta no vincula a la parte ni es obstáculo para que pudiera efectivamente recurrir (SSTC 145/1986, 50/1987), como así lo hizo en el presente caso, toda vez que los defectos u omisiones en la instrucción de los recursos pueden ser salvados por el propio interesado. Por otra parte, la advertencia de los recursos procedentes no afecta a cuál sea el procedimiento para la tramitación de los mismos que es, en realidad, lo debatido en este caso. No puede, por tanto, apreciarse la lesión denunciada del art. 24.1 CE, por cuanto aquella omisión no impidió la efectiva interposición del recurso de apelación frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia...” (STC 70/1996, de 24 de abril de 1996. Pont. Sr. García-Mon y González Regueral).

11.º Actos de comunicación con las partes y demás intervinientes. Los actos de comunicación del órgano judicial con las partes y demás intervinientes en el proceso, son de vital trascendencia a fin de mantener el adecuado nexo con los mismos, que les permita hacer valer, en su caso, los derechos que les asisten, o impetrar la acción de la justicia desde las expectativas procesales que tengan en cada caso; formando parte del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión el cumplimiento, por los órganos judiciales, de las normas reguladoras de los actos de comunicación con las partes¹¹⁸; y si bien todos los actos de comunicación son importantes, es preciso extremar la atención en relación con las comunicaciones edictales¹¹⁹; así, se ha afirmado que “...el emplazamiento practicado en autos no cumple las exigencias que ha de reunir un acto de comunicación judicial tan trascendente del que depende la posibilidad de comparecencia de la parte demandada en el proceso y por consiguiente el ejercicio de las garantías de audiencia bilateral, contradicción y defensa que forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva según la interpretación consolidada que ha sostenido nuestro Tribunal Constitucional, a tenor de la cual se hace preciso que el órgano judicial garantice en la

¹¹⁸ De modo que su omisión o su defectuosa realización, cuando se impida a la parte afectada el conocimiento preciso para ejercer su derecho de defensa, coloca a la misma en una situación de indefensión que es lesiva del derecho fundamental» (SSTC 48/1983, 82/1983, 102/1983, 115/1983, 52/1984, 86/1984, 118/1984, 56/1985, 46/1987, 108/1987, 153/1987, 140/1988, 233/1988, citadas en la 275/1993, de 20 septiembre).

¹¹⁹ Mereciendo especial atención la citación edictal en el juicio de faltas, a la que se ha referido el Tribunal Constitucional en diversas Sentencias, cuya doctrina recoge la reciente STC 135/1997, y en síntesis, sostiene la jurisprudencia constitucional que la citación edictal, por ser ficción jurídica con un significado más simbólico que real, ha de entenderse, necesariamente, como un remedio último, supletorio, subsidiario y excepcional, reservado para situaciones extremas, cuando una persona buscada no pueda ser habida, y tiene como requisitos: 1) haber agotado antes las otras modalidades de citación que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado orden de busca a la Policía Judicial, en caso de domicilio desconocido; 2) constancia formal de haberse intentado la práctica por esos otros medios; y 3) resolución judicial de considerar al denunciado como persona en ignorado paradero o en domicilio desconocido, fundada en un criterio de razonabilidad que lleve a la convicción de la ineficacia de aquellos otros medios de comunicación.

medida de lo posible la efectividad real de dicho acto de comunicación (SSTC 39/1987 y 157/1987), asegurando el emplazamiento personal de quienes hayan de comparecer en el juicio como partes, si resultan conocidos o identificables en las actuaciones judiciales (SSTC 45/1987 y 72/1988) y declarando que la citación edictal requiere, por su cualidad de último medio de comunicación, no sólo el agotamiento previo de las otras modalidades que aseguran en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación, así como la constancia formal de haberse intentado practicar, sino también el acuerdo o resolución judicial de considerar que la parte se halla en ignorado paradero se funde en criterios de racionalidad que lleven a la convicción o certeza de la inutilidad de los medios normales de citación (SSTC 157/1987, 234/1988, 16/1989 y 242/1991), y precisando que la propia citación edictal deberá realizarse en términos que permitan cumplir el fin perseguido, el conocimiento de los demandados del procedimiento iniciado y la demanda deducida. (STC 20-4-1988, núm. 72/1988)...” (SAP Madrid de 27 de septiembre de 1993. Ponente Sr. Rouco Rodríguez)¹²⁰. El Tribunal Constitucional ha creado un sólido cuerpo de doctrina conforme al cual el derecho a la defensa reconocido en el art. 24.1 de la Constitución implica la posibilidad de un juicio contradictorio en el que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos (STC 101/1986, de 15 julio). De ahí la especial trascendencia de los actos de comunicación del órgano judicial con las partes, en especial de aquel que se hace a quien ha de ser o puede ser parte en el procedimiento, pues en tal caso el acto de comunicación es el necesario instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados (STC 36/1987, de 25 marzo). Por ello el emplazamiento y citación han de ser realizados por el órgano judicial con todo el cuidado y respeto de las normas procesales que regulan dichos actos de comunicación, como deber específico en el de la tutela judicial (STC 157/1987, de 15 octubre).

De modo que, en sus líneas esenciales, la doctrina constitucional respecto a los actos de comunicación, puede resumirse del siguiente modo: a) Desde sus inicios tiene establecido el TC que el art. 24.1 CE contiene un mandato implícito al legislador y al intérprete para promover el derecho de defensa, lo que lleva a exigir en lo posible el emplazamiento personal de los demandados (SSTC 9/1991, 81/1996, entre otras); b) no siendo por sí misma inconstitucional, la citación o emplazamientos por edictos sólo resulta admisible cuando no conste el domicilio de quien debe ser emplazado o se ignora su paradero, y sólo podrá utilizarse como remedio último de comunicación del órgano judicial con las partes procesales (SSTC 312/1993, 51/1994, 227/1994, 303/1994, 108/1995, 160/1995, entre otras); c) por ello, el uso de los edictos impone con carácter previo al órgano judicial una diligencia específica, que implica el agotamiento de todas aquellas modalidades de comunicación capaces de asegurar en mayor grado la recepción por su destinatario de la notificación a realizar, y que por esto

¹²⁰ En determinados supuestos, el TC admite la presunción de conocimiento por los interesados de la existencia del proceso, y por tanto entiende suficiente el emplazamiento edictal, así, señaladamente, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en el que entiende que “ ‘para que los interesados en un proceso tengan derecho a ser emplazados personalmente es preciso que puedan verse afectados por los ulteriores efectos materiales de la cosa juzgada’ (STC 192/1997, citada en la (...) 229/1997) y también que “se exige que el interesado pueda ser identificado por el órgano judicial a través de los datos que obran en el escrito de interposición del recurso, en la demanda, o en el expediente administrativo’ (misma STC 229/1997)...” (STC 113/1998, de 1 de junio de 1998).

mismo, aseguran también en mayor medida la posibilidad de ejercer el derecho de defensa (SSTC 36/1987, 234/1988, 81/1996, y otras); d) este deber de diligencia incluye, desde luego, el cumplimiento de las formalidades legalmente establecidas en cada caso, pero no puede reducirse a una mera legalidad de la comunicación, pues la cuestión esencial estriba en asegurar que el destinatario del acto efectivamente lo reciba, debiendo ser agotadas todas las formas racionalmente posibles de comunicación personal antes de pasar a la meramente edictal (SSTC 51/1994, 227/1994, 160/1995, 80/1996, etcétera); y, e) finalmente, el deber de diligencia del órgano judicial no debe entenderse en términos tan amplios como para excusar la propia negligencia del destinatario de la comunicación o un comportamiento del mismo contrario a la buena fe (SSTC 78/1993, 100/1994, 227/1994, 160/1995, 80/1996, 81/1996, 82/1996, entre otras).

12.º Defectos en la demanda o actos alegatorios de la parte. Los defectos en la demanda o en los actos alegatorios de las partes, difícilmente desembocan en nulidad de actuaciones, salvo que se trate de defectos graves de carácter insubsanables; y así se ha afirmado que “...la parte recurrente se limita a solicitar, conforme a los artículos 240.2, 243 y 248.2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se acuerde la nulidad de actuaciones, retrotrayendo el procedimiento al momento procesal en que, recibido el expediente administrativo, fue emplazada para la formalización de la demanda, con base en su supuesto error sufrido por la propia actora que determinó la incorrecta utilización de escritos de otros procedimientos. (...) El error descrito por la representación de la apelante, que reconoce iniciado y provocado por ella misma, no tendría encuadramiento en los supuestos de nulidad de los actos procesales de los órganos judiciales, ni en la ausencia de requisitos exigidos por la ley a los actos de parte, a que se refieren los citados artículos de la LOPJ, pero es que, además, ni siquiera se aprecia en la demanda la equivocación que se invoca en el escrito de alegaciones del recurso de apelación...”(STS (Sala 3ª) de 26-10-1995. Ponente Sr. Fernández Montalvo); y también se ha dicho que “...reconociendo desde luego la razón que asiste a la recurrente al negar que en la comparecencia del juicio de menor cuantía se puedan hacer modificaciones sustanciales en la súplica de los escritos rectores del pleito en razón del principio de economía procesal, esta Sala no podría acceder a la nulidad de actuaciones que el acogimiento del motivo implicaría, pues el fallo de la sentencia de la Audiencia se daba en base de lo que tanto la antigua súplica de la demanda como la nueva tenían de común, desechando lo que se pedía por primera vez en la última. Fuera de este perturbador elemento, la nueva súplica no era más que la antigua, pero mejor redactada para su más fácil comprensión, que debe entenderse permitida...” (STS (Sala 1ª) de 30-7-1996. Ponente Sr. Gullón Ballesteros).

13.º Derecho a la prueba. Con carácter general, “...todo medio de prueba, propuesto en forma y admitido, deba ser practicado, debiéndose arbitrar los medios que la Ley otorga para que esta lógica finalidad se cumpla, evitando cualquier clase de posible indefensión para la parte que ha puesto en marcha la actividad que le incumbía conforme a las reglas de la carga de la prueba...” (SSTS (Sala 1ª), de 20 junio 1991, y de 24 junio 1992 (STS (Sala 1ª) de 4-10-1996. Ponente Sr. González Poveda). Y de este modo, se entiende que “...se han vulnerado normas esenciales del procedimiento, con violación de los principios de audiencia y de defensa; pues no sólo se ha prescindido del

trámite de ratificación del informe por el perito que lo emitió, sino que además se privó a la parte demandada del derecho a intervenir en la práctica de la prueba pericial, pues aunque sea la valoración función íntima y autónoma del Juez conforme a las facultades del 632, las partes están facultadas como se ha dicho, por el 628, a pedir a través del Juez las explicaciones oportunas para el esclarecimiento de los hechos, ejerciendo así un control en el reconocimiento, en su caso, y en la emisión de las conclusiones, bien por su insuficiencia, bien por su posible contradicción; y, es facultad que la Ley concede a las partes y de la que no se les puede privar, pues hasta que no se ejercite no se puede anticipar su resultado, debiéndole dar, al menos, la oportunidad de su comparecencia a intervención indicadas, produciéndose, en otro caso, la conculcación del derecho de defensa y la intervención en la práctica de la prueba que en forma reiterada reconocen y protegen los preceptos referidos...” (SAP Jaén de 7-7-1994. Ponente Sr. Cáliz Covaleda)¹²¹.

En cuanto a la utilización, en la decisión sobre admisión de prueba, de cláusulas del estilo o fórmulas de tenor similar a “no ha lugar por ahora sin perjuicio de que en su día pueda acordarse para mejor proveer”, se ha afirmado que “...en relación con prueba de reconocimiento judicial, pero aplicable a cualquier clase de prueba, dice la Sentencia de 18 mayo 1993 que «la prueba, en efecto, no fue rechazada de plano; sobre ella declaró el Juez (providencia de 23 febrero 1989) que “no ha lugar por ahora sin perjuicio de que en su día pueda acordarse para mejor proveer”. Esta fórmula de reservarse para este momento la definitiva declaración de pertinencia se ha implantado y utilizado, cada vez, con mayor frecuencia y constituye, a no dudarlo, una práctica perjudicial para la parte, pues no se le dice definitivamente que no, pero tampoco que sí, lo que entraña un grado de indefensión, al provocar perplejidad en la proponente que no sabe, de este modo, cual es la conducta procesal que debe seguir, y desde luego, contradice el sentido categórico que deben tener las resoluciones judiciales; por supuesto que esta admisión o

¹²¹ Y esta misma sentencia establece que “en cuanto a los efectos de esa vulneración, establece el art. 238 de la LOPJ, que los actos judiciales serán nulos, cuando, entre otros, se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas en la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión; no cabe duda de que se han cumplido los dos términos base del precepto anulador, ausencia de cumplimiento de las normas procesales, como se ha visto, y conculcación de los principios de defensa y contradicción; en cuanto a la efectiva contradicción ésta debe ser entendida no en cuanto al resultado final de llevar al convencimiento del juzgador una determinada opinión sobre un concreto hecho, sino de exposición ante él de los hechos, medios probatorios y alegaciones tendentes al reconocimiento de sus intereses y derechos, sean o no reconocidos, pues la tutela judicial efectiva se alcanza con ese examen y decisión por los cauces establecidos y fundada en derecho, se consiga o no el éxito de la pretensión, debiendo velar los órganos judiciales por esas garantías y posibilidades de defensa, pues conforme al art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los derechos del Capítulo Segundo del T-1 de la Constitución Española, vinculan a Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela de los mismos, de ahí que al habersele privado de la posibilidad de intervención en la práctica de la prueba pericial se ha vulnerado la defensa que le correspondía, al margen de que, de haberla ejercitado, el resultado de la misma fuera o no alterador del dictamen pericial, que al haber sido reconocido como básico en la sentencia definitiva, junto con otros medios de prueba, deviene la consecuencia de proceder la anulación de la práctica realizada y de la resolución recurrida, conforme al art. 242 de la LOPJ, y acordar que las actuaciones se retrotraigan a dicho momento, debiendo procederse, utilizando el trámite previsto en el art. 697 de la LECiv, o bien a través de las diligencias para mejor proveer, a señalar nuevo día para la emisión del informe pericial y dar cumplimiento a lo prevenido en los arts. 626 y 627 de la citada Ley Procesal, continuando la tramitación con arreglo a derecho...”

inadmisión condicionada, según se mire, no está prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y es contraria al ejercicio de las facultades que concede a las partes el artículo 567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». A la vista de este criterio, no puede estimarse que por la recurrente se haya incumplido la petición de subsanación de la infracción denunciada, como exige el artículo 1693 de la Ley Procesal, por no haberse recurrido en reposición la Providencia del Juzgado de 22 octubre 1990, pues tal inactividad procesal fue revocada por el propio juzgador dado el tenor de su pronunciamiento («se acordará para mejor proveer») que, fundadamente, hizo creer a la parte que tal prueba testifical sería acordada y practicada en ese momento procesal con el contenido propuesto; al no entenderlo así la Sala sentenciadora de instancia y denegar el recibimiento a prueba ha infringido el artículo 862.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, causando indefensión a la parte...” (STS (Sala 1ª) de 8-3-1997. Ponente Sr. González Poveda)¹²².

14.º Principio de la no indefensión y acta del juicio oral. En los procedimientos inspirados, de forma predominante, en el principio de oralidad, el acta de juicio oral juega un papel principal¹²³, hasta el punto que el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que “...el acta del juicio oral, como ha podido comprobar esta Sala, es, si no ilegible, concepto siempre relativo, sí ciertamente de muy difícil lectura y no costaba nada que su autor, el fedatario de la Sala «a quo», hubiera dictado a un auxiliar tal acta y la hubiera transcrito a una forma que, conservando su propia esencia y finalidad, permitiera su fácil lectura. Ello no es cuestión baladí y ya fue puesto de relieve por la Sentencia de esta Sala de 31 enero 1992 (RJ 1992\679), señalando al respecto la trascendencia de su legibilidad con relación al tema de la presunción de inocencia y su examen casacional, añadiendo el deber de los elementos de instancia de cuidar que se realice y elevar con el testimonio de la resolución recurrida en casación copia fehacientemente extendida por un medio mecánico de reproducción.(...) No ofrece duda que la competencia para la redacción de las actas corresponde al Secretario Judicial, según resulta de los artículos 279 a 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 743 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que prescribe la constancia sucinta en el acta de cuanto importante hubiere ocurrido durante el juicio plenario.(...) Al permitir el art. 240.2 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial que el Tribunal de oficio, antes de que hubiere recaído sentencia definitiva, y siempre que no proceda la subsanación, declarar previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de algunos particulares, deben retrotraerse las actuaciones al tiempo de la solicitud del acta de juicio transcrito mecanográficamente para que el Tribunal de instancia lo acuerde así a su Secretario y se remita a esta Sala II para su constancia en el rollo de Sala y se entreguen testimonios al recurrente, anulando en su consecuencia el Auto de 14 julio 1996 de la Sala de instancia, para que se cumpla este requisito, así como todas

¹²² En similar sentido, también STS (Sala 1ª) de 30-4-1994. Ponente Sr. Morales Morales).

¹²³ Con frecuencia exaltado por la Jurisprudencia, pero luego postergado en la práctica, por la indirecta vía de no dotar de los correspondientes medios de reproducción mecánica a Juzgados y Tribunales, para poder desempeñar dignamente tan importante función; dándose la paradoja de que, a pesar del realce jurisprudencial de las actas de juicio oral, sorprendentemente aún se siguen confeccionando, en la mayoría de los Juzgados y Tribunales de forma manuscrita, con grave detrimento de su importancia, y planteando no pocos problemas, algunos de los cuales se pueden apreciar en la jurisprudencia ahora comentada; se impone, pues, una urgente dotación de los medios precisos a juzgados y tribunales para subvenir a tales necesidades. [Confr. LAMO RUBIO, J. de., *El Procedimiento abreviado (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Legislación)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 112 y ss.].

las actuaciones posteriores para que el recurrente pueda formalizar el recurso ya preparado, pero sin indefensión alguna...”¹²⁴ (STS (Sala 2ª) de 20-3-1997. Ponente Sr. Martínez-Pereda Rodríguez). Y en sentido similar se ha afirmado que “...efectivamente, no se ha documentado el juicio oral al faltar la última hoja del acta del juicio e incorporarse parcialmente la celebración del juicio, sólo referida a la declaración del acusado y de un testigo, en tanto la de otro testigo no aparece recogida en su integridad además, afirma el recurrente, no consta la denegación de una diligencia de prueba, lo que limita su derecho al recurso de casación, y la modificación de calificaciones de las partes del enjuiciamiento(...) Con relación a la nulidad instada, esta Sala ha declarado que la nulidad de actuaciones requiere, en todo caso, que se haya prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento [supuesto 3.º del art. 238 LOPJ, y que se haya producido indefensión (SSTS 6-6-1986, 3-5-1988, 5-11-1990). En el supuesto que es objeto de la nulidad que se insta, la falta del acta del juicio oral supone que el juicio oral no ha sido documentado y por lo tanto no ha existido constancia de su celebración, conforme al art. 280 LOPJ...” (Auto (Sala 2ª) de 20-2-1993). En cambio, no se ha apreciado nulidad de actuaciones por falta de firma de letrado, pues se ha entendido que “...la falta de la firma del Letrado en el acta del juicio oral, no supone prescindir total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento ni infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa que hayan producido indefensión, ya que la jurisprudencia de esta Sala en Sentencia del Tribunal Supremo de 22 julio 1993 manifiesta que el acta del juicio oral, que es documento público por su propia naturaleza al proceder de un fedatario público en el ejercicio de sus funciones, acredita la realidad de las manifestaciones y de los demás actos que en tal diligencia acontecieron (...) Por lo que la falta de firma del Letrado interviniente no le priva al documento de su condición, ya que quien se lo concede es el

¹²⁴ Y con carácter previo, en la misma sentencia comentada, se afirma que es “...principio fundamental de todo Estado de Derecho, digno de tal nombre, (...) el de la proscripción de la indefensión, de toda indefensión, que se recoge en el art. 24.1 de nuestra Carta Magna, tras reconocer que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». Como ha destacado el principal intérprete de nuestro Texto Fundamental, el artículo 24.1 de la Constitución establece una doble garantía para «todas las personas» en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, pues no sólo proscribire que los jueces y tribunales cierren arbitrariamente los cauces judiciales legalmente previstos a quienes, estando legitimados para ello, pretenden defender sus propios derechos e intereses, sino que también prohíbe al legislador que, con normas excluyentes de la vía jurisdiccional, les impide al acceso al proceso (Sentencia 197/1988, de 24 octubre). (...) Asimismo ha señalado que el derecho al recurso forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos establecidos por la Ley (Sentencias 214/1988, de 14 noviembre y 7/1989, de 19 enero). Pero más específicamente, ha destacado que la garantía constitucional que prohíbe la indefensión en sentido amplio implica el respeto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente, con vista al reconocimiento judicial de sus tesis (Sentencia 48/1986, de 23 abril). En definitiva, la indefensión, cuya posibilidad surge a lo largo del «iter» procesal y puede apreciarse con cada instancia o recurso, consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar los propios derechos y en su situación, más trascendente, la situación es que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa (Sentencias 89/1986, 1 julio y 116/1988, de 20 junio).(...) La indefensión se produce, en suma, cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial (Sentencias 70/1984, de 11 junio, 155/1988, de 22 julio y 41/1989, de 16 febrero).(...) Esta misma Sala de casación ha señalado al respecto cuando falta la oportunidad de acreditar la propia versión o fortalecen desde el punto de vista fáctico, las propias alegaciones (Sentencia 12 abril 1988)...”

Secretario en el ejercicio de sus funciones y cuya firma sí consta, así como la intervención del Letrado en el desarrollo del plenario, por lo que la falta de su firma cabe calificarla como una simple omisión...” (Auto TS (Sala 2ª) de 13-9-1995. Ponente Sr. Moner Muñoz). En definitiva la jurisprudencia insiste en la importancia del acta y en la función de fedatario público judicial del Secretario Judicial, admitiéndose que el acta se supla con medios reproducción mecánica oral o escrita a que se refiere el art. 793.9 LECrim, en relación con el art. 230 LOPJ¹²⁵.

15.º Fase de instrucción penal y diligencias practicadas en la misma. Partiendo de que debe recordarse, reiterando doctrina sobradamente conocida, ya recogida en numerosas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que la nulidad de los actos judiciales está legalmente vinculada a la efectiva indefensión de las partes; y que el principio de conservación del acto supone: a) Que la nulidad de un acto no implica la de los sucesivos que sean independientes de aquél, ni la de aquellos cuyo

¹²⁵ Pero lo que no puede admitirse es que el tribunal o algún miembro del mismo - p.ej. el ponente- utilice medios de grabación para recoger lo sucedido en el acto del juicio, al margen de la fe pública judicial y luego lo utilice en la redacción de la sentencia, sin que conste en acta; y de este modo, se ha afirmado que “...la infracción de garantías procesales en que basa su motivo el recurrente consistiría en que en la sentencia de instancia al motivar la convicción probatoria el Tribunal se refiere en varias ocasiones a las manifestaciones en el acto del juicio de diversos declarantes tanto víctimas como testigos y se razona que las cintas magnetofónicas grabadas durante ese acto carecen de valor fehaciente que sólo lo ostenta el acta mecanográfica extendida bajo la fe pública judicial del Secretario y firmada por los miembros del Tribunal y las partes (...) Es cierto que resulta inusual que al razonar el Tribunal su motivación refiera el contenido de las pruebas a lo reproducido en las cintas magnetofónicas (incluso no es corriente que en las vistas se graben éstas, hoy por hoy). También es cierto que sólo el acta firmada da fe de lo ocurrido en la vista pública del juicio. El artículo 743 de la LECrim dispone que de cada sesión del juicio oral se extenderá acta haciendo constar sucintamente cuanto de importancia hubiere ocurrido, encomendando su formalización al Secretario y dicha acta debe leerse para que las partes puedan reclamar rectificaciones importantes que sean procedentes a juicio del Tribunal, firmándose la conformidad por el Presidente y Magistrados, por el Fiscal y por los Defensores de las partes. Ese es el documento fehaciente que acredita lo ocurrido en el acto. Todo eso es cierto y fundado y, realmente, al redactarse la sentencia pudo omitirse toda mención a las cintas grabadas simultáneamente que carecen de ese valor de constancia fehaciente. Para que el contenido de las grabaciones adquiriera valor análogo al acta sería preciso que se hubiere hecho una transcripción mecanográfica de cada sesión y se hubiera firmado por todos dando fe el Secretario (artículos 280 y 281 de la LOPJ). El artículo 793.9 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, prevé ya sustituir el acta clásica por cualquier medio de reproducción mecánica oral o escrita pero siempre el Secretario dará fe de la autenticidad de su contenido (en relación con artículo 230 LOPJ) (...) La parte recurrente tuvo que observar en la Sala los dispositivos de grabación y no hizo constar protesta alguna. Y conoció por la sentencia esas citas y pudo pedir al Tribunal «a quo» e incluso luego a esta Sala que se le facilitara su audición y no lo hizo. Luego no ha habido indefensión desde ningún punto de vista (...) Por eso, aun concediendo que esas cintas a efectos formales de constancia sencillamente no tienen existencia legal, no se ve la practicidad de esta alegación y en cuanto a su contenido discutirlo sería tanto como discutir que la prueba tuvo lugar ante la intermediación del Tribunal y éste por esa posición tiene derecho a hacer uso de lo que vio y oyó, su valoración le pertenece. Desde luego la sentencia sigue siendo la misma después de tachar imaginariamente esas citas y sin éstas o con éstas la parte puede dentro de la alegación de la inocencia dar su interpretación que, naturalmente, no permite suplantar esa competencia valorativa del Tribunal. El recurrente no demuestra que entre las citas de la sentencia referidas a las cintas y lo recogido en el acta haya incompatibilidad esencial, trascendente que cambiaría el sentido de la prueba. En la sentencia el juzgador debió remitirse al acta o simplemente al conocimiento de lo manifestado ante su intermediación. El soporte probatorio existe y es lo que pasó en el juicio y allí se vio y se oyó, no por la grabación que se tomara, que no genera prueba ajena al juicio público...” (STS (Sala 2ª) 7-4-1995. Ponente Sr. Carrero Ramos).

contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad; y b) Que la nulidad de parte de un acto no implicará la de los demás del mismo que sean independientes de aquélla, resulta que en el caso concreto “...existe ciertamente una infracción procesal al no acordarse su examen por el médico forense cuando el declarante, todavía detenido, lo solicitó al finalizar su declaración - tras la cual debe aclararse que se acordó inmediatamente su libertad provisional-. Pero esa infracción en modo alguno supone nulidad del proceso entero. En efecto, dejando aparte que la manifestación del declarante de encontrarse bajo los efectos de la abstinencia en el momento en que la declaración estaba ya finalizada no significa que no se encontrara en buenas condiciones en los inmediatos momentos anteriores, debe subrayarse que la ineficacia jurídica que pueda derivar de la infracción procesal citada se contrae a la validez misma de su declaración, ante el Juez de Instrucción, es decir a esa diligencia sumarial, no a las posteriores que son independientes, ni a los actos procesales del juicio oral, donde se practican las pruebas del enjuiciamiento bajo los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad. Tal infracción no produjo ninguna indefensión material y verdadera al acusado, que pudo presentar sus conclusiones provisionales frente a las de la acusación, proponer y practicar cuantas pruebas estimó oportunas, e intervenir con plenitud de derechos y posibilidades defensivas en el acto del juicio oral. Pero además la intrascendencia, no de la infracción cometida, que determina ciertamente la ineficacia de la declaración sumarial, sino la de la falta de valor de ésta respecto a la validez de las demás diligencias procesales radica en que para nada la prueba del hecho delictivo y de la participación se apoya en la declaración sumarial, desde el momento en que es el acusado quien en el acto del juicio oral voluntariamente reconoció la comisión del hecho, al contestar sin ambages que entró en la obra y cogió los objetos a que se refiere el escrito de acusación, metiéndolos en su saco, y luego en su coche, con la intención de venderlos posteriormente. De modo que es su confesión en el acto del juicio oral y el resto de las pruebas practicadas en él lo que integra la prueba básica de su participación, sin necesidad de contrastarla o completarla con su declaración sumarial, por lo que la ineficacia de ésta se limita a ella misma, sin tener consecuencias derivadas sobre otros actos jurídicos, ni representar indefensión material alguna, puesto que la posibilidad en concreto de alegar y probar su supuesta toxicomanía no desaparece por el hecho de no ser visto por el forense el día de su declaración, como lo acredita el que de hecho invocó la circunstancia atenuante analógica de drogodependencia en sus conclusiones provisionales y definitivas, proponiendo la prueba pericial de su reconocimiento por el médico forense; prueba que se practicó con el resultado que obra en los autos. Procede, pues, revocar la sentencia recurrida, que absuelve al acusado por una nulidad procesal inexistente; y entrar en el enjuiciamiento de lo que constituye el objeto de este proceso...” (SAP Segovia de 9-10-1996. Ponente Sr. Prego Oliver y Tolivar. Pues, como hemos reiterado “...la nulidad de los actos judiciales está vinculada a la efectiva indefensión de las partes, según constante y reiterada doctrina jurisprudencial, a cuyo tenor las posibles irregularidades en la fase de instrucción no tienen otro alcance que su nulidad autónoma, ya que la verdadera actividad probatoria en el proceso penal es la desarrollada ante el órgano judicial competente, bajo los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad (SSTS 8 octubre 1992 y 28 enero 1993, entre otras); habiendo declarado al respecto el Tribunal Constitucional en Sentencias 102/1987 y 155/1988, que la indefensión vulnerada del art. 24.1 CE, no nace de la simple infracción de las normas

procesales, sino que debe llevar consigo la privación del derecho a la defensa y el perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado...”, de modo que “...a la luz de la anterior doctrina, carece de todo fundamento la alegación de la parte apelante por cuanto, si bien es cierto que los peritos propuestos por la defensa emitieron su dictamen en un primer momento sin la presencia de la contraparte, no puede desconocerse que, con posterioridad, ambos técnicos comparecieron al acto del juicio oral, donde ratificaron aquel informe y pudieron ser convenientemente interrogados por las partes, de tal forma que resultaron plenamente respetados los aludidos principios de inmediación, contradicción y oralidad...” (SAP Tarragona de 8-11-1994. Ponente Sr. Aparicio Mateo). Y de este modo, “...las advertidas posibles irregularidades, por parte de los Letrados Defensores, con respeto a la falta de realización de acta de aprehensión, así como la demora en la remisión de la sustancia al Organismo Público para su análisis (en cuya demora media un fin de semana), no invalida de modo alguno la actividad probatoria de cargo, suficiente, para la destrucción del principio constitucional de inocencia (art. 24 de la CE) actividad probatoria llevada a efecto, fundamentalmente en el propio acto de Juicio, con respeto escrupuloso de todas las garantías y principios constitucionales de contradicción, pluralidad e inmediación. (Valor probatorio indiciario de la aprehensión de sustancias de tráfico ilícito -Autos del Tribunal Constitucional de 20 junio 1988 y 9 diciembre 1987, entre otros; Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 diciembre 1988 y Sentencia del Tribunal Supremo de 19 abril 1989, sobre similares supuestos)...” (SAP Valladolid de 26-9-1996. Ponente Sr. San Millán Martín).

En todo caso, cuando las cuestiones procesales tildadas de nulidad afectan a la instrucción del sumario, ha de tenerse en cuenta que “...en el proceso penal no rige la teoría de la nulidad de actuaciones, sino la de prohibición de la prueba obtenida mediante violación de los derechos fundamentales...” (FJ2, STC 41/1998). Y así, el TS, recientemente, ha afirmado que “...en ningún caso, en el supuesto presente ha habido en el sumario violación de un derecho fundamental de orden sustantivo (véase la STC 81/1998, de 2 de abril, dictada por el Pleno, en su Fundamento de Derecho 2º) que pudiera haber tenido alguna incidencia en alguna de la pruebas practicadas en dicho plenario y que hemos utilizado como de cargo para tener como acreditados los hechos en que se fundan las condenas de la presente resolución (...) las repetidas alegaciones de la representación de D. R.V., referidas a la inexistencia de imparcialidad en el citado Magistrado en relación con la instrucción de la causa, confunden su pretendida parcialidad con la tenacidad en la investigación en cumplimiento de su deber de investigar de oficio aquellos hechos delictivos cuya instrucción le correspondía como titular de un juzgado de tal clase. Nuestra LECrim, pese a las modificaciones introducidas recientemente, en particular la de la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, que introdujo la instrucción contradictoria, y pese a los principios de presunción de inocencia y proceso justo sin indefensión para ninguna de tales partes, condensados en el art. 24 de la CE, todavía obedece al modelo original de tal LECrim en este aspecto: la instrucción la dirige un Juez con posibilidades de actuación de oficio, incluso con facultad de declaración de secreto para las partes cuando pudiera ser necesario para el éxito de la investigación, todo ello con las limitaciones de todos conocidas en garantía de tales partes, en particular de los imputados, y que ahora no hay que precisar. Como nos dice la citada STC 41/1988, de 24 de febrero en su Fundamento de Derecho 14 “El art. 24 de la CE no impone un único sistema para la persecución de los delitos y para evitar la apertura de juicios orales por acusaciones sin fundamento. El modelo de Juez

de instrucción pasivo, que se limita a acordar las diligencias que proponen los acusadores o, en su caso, las defensas, que propugna la demanda del actor, podría perfectamente ser uno de ellos. Como también podría serlo el del Juez de garantías, que no lleva a cabo ninguna investigación, limitándose a decidir sobre las medidas cautelares y a controlar las diligencias que interfieren derechos y libertades fundamentales. Más también se ajusta a la Constitución el modelo vigente, en el cual es el Juez quien dirige la investigación criminal, que no ha sido modificado ni por la Constitución ni por la LO 7/1988” (Ley reguladora del llamado Procedimiento Abreviado) (...) Valgan las anteriores razones como otros argumentos más para el rechazo de las nulidades de actuaciones pretendidas por las representaciones de D. R. V., D. J. B. y D. M. D...” (Sentencia TS (Sala 2ª), de 29 de Julio de 1998 (FJ9). *Caso Marey*. Ponente Sr. Delgado García)

16.º Auto de conclusión de diligencias previas, dentro del Procedimiento Penal Abreviado, sin notificar al imputado. De conformidad con lo prevenido en el artículo 270 LOPJ la resolución que el Juez dicte conforme al artículo 789.5 LECrim, habrá de notificarse a las partes, entendiendo que en lo que hace al sujeto pasivo de la instrucción y sobre todo cuando tal resolución afecte a sus derechos, como es el caso del acuerdo de continuar el proceso por el trámite que corresponda, habrá de notificársele, esté o no formalmente constituido en parte, con ilustración de los recursos procedentes, garantizando así la vigencia del principio constitucional de contradicción (SSTC 186/1990, 290/1993). Y precisamente tal notificación al imputado, esté o no personado en la causa¹²⁶, permitirá al mismo, mediante la interposición de los recursos procedentes (art. 787 LECrim), oponerse ante el propio Juez de Instrucción a la continuación del proceso y alegar en tales recursos lo que estime pertinente en orden a la procedencia del sobreseimiento o, en su caso, acerca de la necesidad de completar la instrucción (SSTC 21, 22 y 23/1991); y en caso de omisión de tal notificación, se podrá hacer valer a través de la correspondiente petición de nulidad de actuación, al amparo del art. 238. 3 LOPJ, al prescindirse total y absolutamente de los trámites esenciales, causando indefensión al imputado¹²⁷. Pudiendo hacerse valer tal infracción incluso en la audiencia preliminar prevista en el art. 793.2 LECrim¹²⁸.

¹²⁶ En todo caso, “...una vez que la parte comparece, a medio de Abogado y Procurador es con éste, como representante procesal de la parte material, con el que debe de entender el Juzgado para poner en su conocimiento las actuaciones que se vayan siguiendo. Por tanto, el estar constituido en parte formal del imputado no hay ninguna justificación procesal que lleve a notificarle personalmente, y no a través del Procurador que le representa, el Auto de Transformación de las diligencias previas en Procedimiento Abreviado. Siendo así que la notificación personal de la resolución se circunscribe a los supuestos en que al no haber comparecido, a medio de representante procesal, sea la única vía, esa notificación personal, para tener conocimiento del referido Auto que acuerda la continuación del proceso..” (Sentencia Audiencia Provincial de Lugo, de 26-5-1995, con cita de la Sentencia del TS de 17-5-1994); en similar sentido STS de 25-5-1995.

¹²⁷ En cambio, es improcedente el traslado de las diligencias al imputado en el trámite previsto en el artículo 790.1 LECrim, en orden a poder solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento o la práctica de diligencias, pues ese traslado de actuaciones sería, “...no solo contrario a la finalidad de la norma, sino que podría, en la práctica, revelarse como dilatorio y redundante dado que dichas pretensiones pueden y deben hacerse valer en la fase de instrucción inmediatamente anterior, y antes de que el Juez Instructor acuerde la clausura de la instrucción mediante la adopción de alguna de las resoluciones previstas en el artículo 789.5 de la LECrim...” (SSTC 186/1990, 23/1991, etcétera) [LAMO

17.º Omisión de vista en Juicio civil que la prevé como resumen de pruebas. Esta clase de vistas son consideradas como esenciales a los efectos del art. 238.3 LOPJ y su omisión determina la nulidad de actuaciones; y así, p.ej., en relación con la prevista en los *juicios de desahucio*, “...aun cuando no deba darse una trascendencia decisiva a las aludidas infracciones a los efectos de decretar la nulidad, conforme a lo previsto en el art. 238.3.º de la LOPJ -que requiere que se haya producido una efectiva indefensión, que en el supuesto de litis es cuando menos dudosa, dado que compareció a juicio y se opuso al desahucio don José Luis V. G., esposo y padre de los demás codemandados convivientes en el mismo piso litigioso-, sí la tiene el total incumplimiento del trámite preceptivo del artículo 1580 de la citada Ley Procesal, que establece que «al día siguiente de practicada la prueba, se unirá a los autos y el Juez citará a las partes para la continuación del juicio verbal en el inmediato, en el que las oirá o a la persona que elijan para hablar en su nombre, extendiéndose acta de ello». En su lugar, por Providencia de 22 junio 1995 se declaró concluso el juicio para sentencia, acordándose seguidamente, por proveído del siguiente día, como diligencia para mejor proveer, la confesión de determinados demandados. La omisión de esta audiencia final de preceptiva observancia, constituye, sin duda una infracción esencial del procedimiento, que priva a las partes de la posibilidad de formular las alegaciones de conclusión y que debe dar lugar a la nulidad de actuaciones conforme a lo prevenido en el citado art. 238.3.º de la LOPJ, como esta Sala estableció en la Sentencia de 19 noviembre 1993, citada por el recurrente, y en las de 5 diciembre 1995 y 12 septiembre 1996, entre otras...” (SAP Asturias (Sección 5ª) de 10-1-1997. Ponentes Sr. Luces Gil). Y en relación con la prevista en el juicio ejecutivo se ha afirmado lo siguiente: “...en la escasamente técnica regulación que de la nulidad de los actos judiciales realiza la Ley Orgánica del Poder Judicial, aparece al art. 238, 3.º, como una de las causas el que se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimientos establecidas en la ley, siempre que efectivamente se haya producido indefensión, lo que nos obliga a examinar cada uno de estos términos (...) Podemos considerar normas esenciales de procedimiento aquellas que aparecen expresamente reguladas en la Ley Procesal Civil, pero ha sido el Tribunal Supremo el que se ha encargado de perfilar más el concepto, al manifestar (SS. 5-7-1981, 26-6-1982, 22-4-1983, 22 abril y 25 mayo 1984, 3-4-1985 y fundamentalmente la de 6-6-1986) que «ante la conculcación de normas orgánicas, competenciales o de procedimiento, que supusiesen la omisión de trámites esenciales, arrollamiento o desconocimiento de garantías procesales o violación de derechos fundamentales, transgresiones en suma, que conllevan la total o parcial indefensión de alguna de las partes, procede declarar la nulidad, bien de oficio o a instancia de parte, cuando las normas violadas afecten al orden público procesal de carácter imperativo, que dan lugar a vicios absolutos e insubsanables, y en cuando el defecto reseñado aquí incide en el derecho de audiencia, que es el de exponer cuantos argumentos sean

RUBIO, J. de., *El Procedimiento abreviado (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Legislación)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 70 y ss.].

¹²⁸ En tal sentido, el TC ha afirmado que la indefensión derivada de la falta de notificación de indicado auto “...aún puede ser alegada por la parte y examinada por el órgano judicial en la audiencia preliminar contemplada en el art. 793.2 LECrim, o incluso y, en su caso, ser restablecido el derecho vulnerado a través de la observancia de la doctrina de la prohibición de valoración de la prueba inconstitucionalmente obtenida...” (STC 174/1994, de 7-6-1997. Ponente Sr. Gimeno Sendra).

necesarios para la defensa de los demandados y forma parte por tanto del derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a un proceso público con todas las garantías (STC 110/1988, de 8 junio).(…) es doctrina sentada por esta Sala en SS. 5-12-1992 y 29-5-1993 que ha de matizarse el concepto de indefensión que aparece como referencia obligada para perfilar la procedencia del alegato aludido, y así, diremos que la jurisprudencia constitucional (SS.4 abril y 11 junio 1984), declara que este estado se caracteriza por suponer una privación o limitación del derecho de defensa y que cuanto tiene su raíz en actos concretos de los órganos judiciales, encuentra sentido bien al negar la posibilidad de impetrar la protección judicial de los derechos o intereses mediante la apertura del procedimiento adecuado, bien por afectar esa exclusión a las facultades de realizar dentro del mismo las adecuadas alegaciones o pruebas, o en su caso, se crea un obstáculo que dificulte gravemente las actividades dichas, lo que en definitiva, supone, a mayor abundamiento, que no sólo en el conjunto del procedimiento sino en cada una de las fases cuya resolución afecta a la posición jurídica, deben escrupulosamente observarse las garantías procesales.(…) las consideraciones expuestas, nos sirven para relacionarlas con el problema suscitado, consistente en que se ha omitido el trámite previsto en los arts. 1471 y 1472 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, privando a las partes de la posibilidad de solicitar vista, y si pensamos que tal acto no responde a facultades discrecionales del juzgador, y que, en su desarrollo, el interesado, puede analizar los alegatos desplegados así como valorar las probanzas practicadas, cara a producir, con la inmediación propia que comporta, la convicción en el órgano que ha de resolver el litigio de la procedencia de su tesis, no será preciso profundizar en demasía, para llegar a la conclusión de que la ausencia de ese trámite afecta a su posición procesal por la incidencia que, como hemos apuntado, conlleva y en la medida que sin justificación alguna se le ha despojado del mismo, se ha originado una indefensión; en su virtud, se habrá de decretar la nulidad de la Providencia de fecha 18-10-1991, que habrá de ser reproducida conforme al art. 1471 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ser notificada en legal forma...” (SAP Valencia de 21-6-1993. Ponente Sr. Ramos Gavilán) .

18.º No procede decretar nulidad cuando no se concreta el supuesto del art. 238 LOPJ. Para concluir algo evidente, pero no por ello innecesario de recordar: la alegación de la nulidad de actuaciones, dado su carácter restrictivo, exige la indicación expresa de los motivos o supuestos del art. 238 LOPJ en que se funda, pues de lo contrario tal petición carente de tal expresa indicación del motivo de nulidad en que se funda, no puede ser ni analizada, y menos aún estimada (confr. STS (Sala 1ª) de 8-3-1994. Ponente Sr. Martín-Granizo Fernández.).

Las examinadas son algunas de las múltiples manifestaciones que pueden encontrarse en la práctica y en la jurisprudencia sobre el motivo o submotivos de nulidad de actuaciones del apartado 3 del art. 238 LOPJ. Evidentemente con las expuestas no se agotan todas las posibilidades del mismo, pero al menos sirve para obtener una cabal idea de la importancia que tiene el motivo de nulidad de actuaciones considerado.

3. Anulabilidad

La LOPJ no utiliza el término anulabilidad, pero determinado sector doctrinal entiende que tanto la anulabilidad como la nulidad relativa se recogen en el art. 240.1 LOPJ, que literalmente dice:

Art. 240.1 LOPJ:

“ La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales ”.

Los supuestos de anulabilidad serían, naturalmente, los que se recogen bajo la categoría de “...defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión”. Su carácter de actos procesales anulables viene dada por la doble circunstancia de que no se recogen en el art. 238 como actos nulos de pleno derecho y que además se especifican en el art. 240.1 como categoría distinta a la nulidad de pleno derecho, y que de la redacción del art. 240.1 en relación con el art. 240.2, parece que tan sólo pueden ser declarados nulos si tales vulneraciones son denunciadas, por las partes, a través de los correspondientes recursos o demás medios que establezca la Ley, nunca de oficio. Aunque al respecto, cierto sector doctrinal entiende que también cabe la declaración de oficio de la nulidad de esos actos¹²⁹, dada la amplitud de la redacción del art. 240.2, cuando dice en su *in fine* “...la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular...”.

4. Subsanación de actos procesales defectuosos

Siguiendo a SERRA DOMÍNGUEZ podemos definir la subsanación como “la posibilidad de que un acto privado de eficacia pueda adquirirla mediante la realización de actos posteriores que se la otorguen”¹³⁰. La LOPJ se refiere a la subsanación en el art. 243, precepto que hay que poner en relación con el art. 11.3 de la misma LOPJ¹³¹ :

Art. 243 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. 11 LOPJ:

¹²⁹ Así, p.ej., MARTÍN DE LA LEONA, “Nulidad de actuaciones. Principios informadores...”, *op. cit.*, pág. 32.

¹³⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios de Derecho Procesal*. Ed. Ariel, Barcelona, 1969, pág. 466.

¹³¹ Se hace preciso resaltar que el art. 11 LOPJ no se ve afectado por el ARLOPJ, y por tanto, de aprobarse el ALEC y aquel otro proyecto, subsistirá el precepto comentado; trataremos con mayor detalle sobre estas pretendidas reformas en el último capítulo de esta obra.

“... 3. Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes”.

Encontrando referidos artículos su fundamento último en el art. 24.1 CE. Al respecto, el prof. BONET NAVARRO, tras analizar la jurisprudencia del TC sobre la materia, viene a decir que: 1.º Los Tribunales deben responder resolviendo siempre sobre las pretensiones que se les formulen (art. 24.1 CE y 11.3 LOPJ); 2.º la desestimación de una pretensión por motivos formales sólo puede darse cuando un acto procesal adolezca de un defecto insubsanable (art. 11.3 LOPJ); 3.º si concurre un defecto subsanable en un acto, debe darse la oportunidad de subsanarlo (art. 243 LOPJ) para que sea eficaz; y, 4.º sólo será ineficaz un acto cuando tenga un defecto insubsanable (art. 238 y 240 LOPJ), o que siendo subsanable, no se haya subsanado en el plazo concedido (art. 11.3 LOPJ), llevando consigo la declaración de nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular (art. 240.2 LOPJ)...”¹³².

En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la novísima LRJCA98, en el art. 138 se refiere de forma específica a la subsanación de los actos procesales, asumiendo, en esencia, la doctrina jurisprudencial existente sobre tal aspecto de la ineficacia procesal.

Art. 138 LRJCA98:

“1. Cuando se alegue que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos establecidos por la presente Ley, la que se halle en tal supuesto podrá subsanar el defecto u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación.

2. Cuando el órgano jurisdiccional, de oficio, aprecie la existencia de algún defecto subsanable, dictará providencia en que se reseñe y otorgue el mencionado plazo para la subsanación, con suspensión, en su caso, del fijado para dictar sentencia.

3. Sólo cuando el defecto sea insubsanable o no se subsane debidamente en plazo, podrá ser decidido el recurso con fundamento en tal defecto”.

Las manifestaciones más importantes de aplicación de este principio de subsanación por parte de la jurisprudencia, pueden sistematizarse del siguiente modo:

A) En aquellos supuestos en que se trate de defectos subsanables, como p. ej., la insuficiencia o ilegalidad del poder del Procurador, antes de adoptar decisión definitiva acerca de tal cuestión, es preciso dar a la parte la oportunidad de subsanar el defecto o falta¹³³.

¹³² BONET NAVARRO, A. “Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 361 y ss.

¹³³ Pues, “...ya desde sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional declaró que existe un derecho a obtener una resolución de fondo fundada en Derecho, de modo que cuando la decisión sea de inadmisión,

“...En la sentencia de primera instancia se estimó la excepción sin haber dado la oportunidad a la parte de subsanar un defecto desde luego subsanable, porque es uniforme y reiterada la jurisprudencia de esta Sala que la insuficiencia o ilegalidad del poder del Procurador del actor, así como los defectos formales del mismo, son faltas subsanables (Sentencias de 4 diciembre 1981, 27 noviembre 1985 y 7 junio 1994, y 6 y 29 noviembre 1995 y 9 diciembre 1996, entre otras).

A ello hay que agregar que si bien el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución supone, también, a parte del libre acceso a los órganos jurisdiccionales y a obtener de éstos una resolución sobre el fondo de sus pretensiones, permitir la subsanación del defecto procesal advertido, siempre que sea subsanable, a fin de impedir el cierre del proceso, aunque sea mediante una resolución absolutoria en la instancia con las dilaciones que ello comporta. De ahí que el Tribunal Constitucional tenga declarado que ha de permitirse, siempre que sea posible, la subsanación del vicio advertido, porque si el órgano judicial no hace posible la subsanación del defecto procesal que pudiera considerarse como subsanable, o impone un rigor en las exigencias formales más allá de la finalidad a la que responde la resolución judicial que cerrase el proceso, sería incompatible con la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial (Sentencias 62/1989, de 3 abril, y 213/1990, de 20 diciembre). Esto es lo que ha tratado de impedir la sentencia impugnada al declarar la nulidad de lo actuado con la

en base a algún motivo formal, la aplicación de éste debe ser racional y no arbitraria -Sentencias de 7 y 16 junio 1982 y 21-7-1983-. Posteriormente, aquel Alto Tribunal ha precisado todavía más, argumentando que los requisitos legalmente establecidos, en cuanto constituyen una limitación al ejercicio de un derecho fundamental cuando su inobservancia da lugar a la inadmisión, han de responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifican su existencia, y por la misma razón las normas que los contienen han de ser interpretadas teniendo siempre presente el fin pretendido al establecerlos, evitando que se conviertan en meros obstáculos procesales, y por ello los Tribunales están obligados a interpretar las disposiciones procesales en el sentido más favorable para la efectividad del derecho que consagra el art. 24.1 de la Carta Magna, evitando la imposición de formalismos enervantes, contrarios al espíritu y finalidad de la norma, y el convertir cualquier irregularidad formal en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, al margen de la función y sentido de la razón y finalidad que inspira la existencia del requisito procesal, lo que significa que, al examinar el cumplimiento de los requisitos procesales, el órgano judicial está obligado a ponderar la entidad real del vicio advertido en relación con la sanción del cierre del proceso y con la desestimación por inadmisión o formal, pues cuando se trata de una simple irregularidad formal, de un vicio de escasa importancia o de un cumplimiento defectuoso por un error disculpable, debe el órgano judicial conceder la oportunidad de subsanar el defecto, ya que en otro caso la resolución es incompatible con la efectividad del derecho a la tutela judicial del art. 24.1 - Sentencias de 21 febrero y 3 abril 1989 (...) Esta doctrina constitucional encuentra acogida legal en el art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en base al cual los órganos judiciales tienen el deber de resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes...” (SAP La Coruña de 18 de octubre de 1993. Ponente Sr. Seoane Pesqueira). Y, “...aunque la jurisprudencia constitucional tiene señalado que el derecho de defensa debe ser reconocido y respetado en cada una de las instancias, pues las garantías constitucionales del proceso son exigibles en todas y cada una de las fases del mismo (SSTC 28/1981, 22/1987 y 156/1992), en determinados supuestos, examinando la naturaleza del procedimiento y sus circunstancias concretas, el Tribunal Constitucional, para apreciar la nulidad de un proceso en la primera instancia por infracción del derecho de defensa, tiene en cuenta si la parte que alega dicha indefensión ha tenido o no oportunidad dentro del mismo procedimiento, aunque en la segunda instancia, de remediar la indefensión causada por una irregularidad procesal, pues si en la segunda instancia se ha permitido el debate y prueba sobre los hechos y la decisión en todos sus aspectos, no podría alegarse por la parte una situación de indefensión real, por lo que no procedería la nulidad de lo actuado (SSTC 113 y 117/1993)...” (SAP Murcia de 23 de junio de 1993. Ponente Sr. Carrillo Vinader).

finalidad de subsanar el defecto de falta de previa autorización para entablar el presente juicio admitido en el poder de la parte actora, haciendo una correcta aplicación de las normas procesales correspondientes. Y tal proceder no supone, desde luego, la vulneración del art. 533.3.º LECiv, ni de los preceptos concordantes que se citan, porque una vez que se dé a la parte actora oportunidad para subsanar el defecto, el juzgador tendrá plena jurisdicción para decidir el asunto planteado, entrando a conocer naturalmente de todas las excepciones invocadas, por lo que el motivo de casación debe desestimarse...”

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 16 de septiembre de 1997.
Ponente Sr. Hernández Gil.*

B) No es recurrible en casación la sentencia que declara la nulidad de actuaciones para la subsanación de un defecto subsanable.

“...en el presente caso la preparación de la casación no tendría otro efecto que el puramente dilatorio, ya que si la parte demandada hoy recurrente opuso en su contestación a la demanda que no se había llevado a cabo el intento de avenencia ante la Junta Arbitral y la sentencia de la Audiencia lo que hace es retrotraer las actuaciones al acto del juicio para que el Juez se pronuncie sobre tal defecto subsanable, difícilmente puede afirmarse el perjuicio que como requisito de legitimación impone el art. 1691 LECiv, ya que la única diferencia real entre la sentencia de primera instancia consentida en su momento por los hoy recurrentes y la de la Audiencia es que esta última abre la vía de subsanación en el acto del juicio en lugar de obligar a la interposición de una nueva demanda, cumpliendo así el principio de máxima conservación de los actos procesales que en su día fue acogido por el Tribunal Constitucional, luego se incorporó explícitamente a nuestro ordenamiento por el art. 242 LOPJ y como tal se aplica por esta Sala a figuras como la del litisconsorcio pasivo necesario imponiendo que sea en la comparecencia del juicio de menor cuantía donde se subsanen todas las cuestiones relativas a la constitución de la relación jurídico-procesal...”

Auto del TS (1ª) de 15-4-1997. Ponente Sr. García Valera.

C) Necesidad de que la parte solicite la subsanación de la falta, a través de los medios que la ley le ofrece, en los momentos procesales oportunos, para de ese modo poder hacer valer en casación, en su caso, o en cualquier otro recurso, la falta no subsanada.

“...La petición casacional de la parte recurrente tiene su fundamento en el submotivo del antedicho precepto, y para su éxito es preciso la reunión de los siguientes requisitos: a) que el vicio procedimental sea esencial y grave, b) que produzca indefensión, y c) que se cumplimente lo preceptuado en el artículo 1693 de dicha Ley procesal, o sea que se haya pedido la subsanación de la falta en los momentos procesales oportunos.

En el presente caso, se puede afirmar paladinamente, que no se ha cumplido este último requisito, puesto que la parte recurrente, con respecto a las presuntas anomalías que observa en la prueba pericial practicada, no ha agotado los medios que la ley pone a su disposición, como es el utilizar los recursos de reposición, súplica e incluso el de nulidad de actuaciones. O sea que dicha parte no pidió la subsanación de la falta procesal, que ahora alega, en la primera instancia, en la que según ella, se cometió, ni la

reprodujo en la apelación (véase el acta de vista) como proclama el artículo 859 de la tantas veces mencionada Ley de Enjuiciamiento Civil...”

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 13 de mayo de 1997.
Ponente Sr. Sierra Gil de la Cuesta.*

D) En los supuestos de *litis consorcio pasivo necesario*, el órgano judicial antes de proceder a la apreciación de oficio del mismo, ha de dar a los actores la posibilidad de subsanar el defecto, incurriendo, en otro caso, en nulidad de actuaciones.

“...el Juez de primera instancia, al dictar sentencia, apreció de oficio la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, a que acabamos de referirnos. Dicha forma de proceder la someten los recurrentes a esta revisión casacional (...) Como el Juez de primera instancia, sin haber dado a los actores, aquí recurrentes, la posibilidad de dicha subsanación en el acto de la comparecencia y sin haberles puesto de manifiesto el problema en ningún otro momento procesal, apreció «ex officio» en su sentencia la referida excepción de litisconsorcio pasivo necesario, es evidente que infringió la regla 3.ª del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la expresada doctrina jurisprudencial, con el consiguiente quebrantamiento de formas esenciales del juicio, por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, que produjo indefensión a los actores los cuales no pudieron pedir la corrección (subsanación) de dicha falta o transgresión en la primera instancia, al haberse cometido la misma en la propia sentencia, y habiéndola pedido en el acto de la vista del recurso de apelación, según manifiestan los recurrentes en su escrito de preparación de este recurso de casación, la Sala «a quo» no se pronunció sobre ello, por lo que, al aparecer cumplido también el requisito exigido por el artículo 1693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo ha de ser estimado, como ya se tiene dicho, debiendo reponerse las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta (número 3.º del artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que fue el de la celebración de la comparecencia («ex» artículo 693 de la citada Ley) en la primera instancia. La estimación que acaba de hacerse del presente motivo segundo, hace innecesario el estudio del primero (que se refiere a las costas de primera y segunda instancia, respecto de las cuales, como es obvio, ya no existe pronunciamiento alguno) y también el de los motivos cuarto y quinto, que se refieren al fondo del asunto, respecto del cual no es posible entrar, al decretarse la ya dicha reposición de actuaciones al momento en que se cometió la falta...”

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 18 de junio de 1994.
Ponente Sr. Morales Morales.*

E) Es evidente que la resolución en que se conceda un plazo para subsanar a la parte, ha de ser notificada a la misma, pues de lo contrario se incurrirá en nulidad de actuaciones.

“...Las resoluciones judiciales tienen que notificarse a las partes litigantes y, si éstas se encuentran legalmente representadas, a quien las represente. En el presente caso el Abogado no podía legalmente representar a la parte, por lo que sólo a ésta tenía que notificársele la providencia de 2 de diciembre de 1991. Pues es precisamente la parte, y no su abogado, la que tenía que subsanar el error, compareciendo ante el Juzgado o bien por sí misma o representada por Procurador legalmente habilitado...”

“...Hasta aquí el comportamiento procesal observado en el Juzgado de instancia ha sido intachable. No tolera, como tiene que hacer, una comparecencia de la parte legalmente incorrecta, y tratándose de un error subsanable, le concede a la parte un plazo para subsanarlo, lo que se intenta notificar exclusivamente a la parte litigante. Sin embargo procede decretar la nulidad por concurrir el caso tercero del art. 238 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio del Poder Judicial, ya que la providencia, por la que se concedía un plazo para la subsanación del error no fue notificada a la parte en legal forma. En efecto, tras intentarse por correo certificado con resultado infructuoso, se intentó por medio del Secretario u Oficial habilitado adscritos al Servicio Común de Notificaciones, por los que se extiende diligencia negativa de requerimiento. Ante lo cual no puede, sin más, tenerse por comunicada esa resolución a la parte, sino que, por el contrario, debería de haberse agotado el resto de mecanismos que brinda la Ley de Enjuiciamiento Civil para notificarle la resolución. Y al no hacerlo así se le produjo indefensión a la parte al privarle de la posibilidad real de subsanar el error padecido...”

Sentencia Audiencia Provincial de Madrid de 6 de julio de 1994.

Ponente Sr. Belo González.

F) La falta de firma del Letrado o del Procurador, en alguno de los escritos, es esencialmente subsanable.

“...La nulidad que se alega en base a que en el escrito de solicitud de ejecución de sentencia no figuraba firma de Letrado no puede ser estimada a la vista de lo obrante en las actuaciones y de la doctrina jurisprudencial reiterada (por todas, STS 18-6-1992, que cita la del Tribunal Constitucional 39/1988, de 9 marzo) en el sentido de que la falta de firma del Abogado en un escrito firmado por el Procurador representante de la parte litigante no es defecto que deba conducir, sin más, a la nulidad del acto procesal ni tampoco a la de la resolución judicial que lo admitió ya que la aplicación de los arts. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución Española impone el otorgamiento de un plazo prudencial para la rectificación o subsanación del defecto observado, todo ello en aras al cumplimiento de los preceptos legales citados y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el mencionado art. 24...”

Sentencia Audiencia Provincial de Alicante de 20 de julio de 1993.

Ponente Sr. Ubeda Mulero.

G) Es doctrina constitucional constante la relativa a la ausencia de sustantividad propia de los requisitos formales, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva.

“...Constituye un criterio reiteradamente mantenido por la jurisprudencia constitucional que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface también con una respuesta de inadmisión, si bien ésta ha de estar fundada en una causa legal apreciada razonablemente por el órgano judicial. El control constitucional de las decisiones de inadmisión se realiza de forma especialmente intensa cuando aquéllas determinan la imposibilidad de obtener una primera respuesta judicial (SSTC 118/1987, 216/1989, 154/1992, 55/1995, 104/1997, 112/1997, 8/1998, 387/1998, entre otras). El principio *por actione* opera en este caso sobre los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso, impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos

eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida.

“También es un criterio, reiteradamente mantenido por la jurisprudencia de este Tribunal, que los requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que sólo sirven en la medida en que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima, por lo que su incumplimiento no presenta siempre igual valor obstativo, con independencia de la trascendencia práctica del mismo; antes al contrario, los requisitos formales han de examinarse teniendo en cuenta la finalidad que con ellos pretende lograrse, para, de existir defectos, proceder a una justa adecuación de las consecuencias jurídicas por la entidad real del defecto mismo, pues debe existir proporcionalidad entre éste y aquéllas (SSTC 36/1986, 216/1998, 172/1995, 8/1998 y 38/1998).

Por último, y en la generalidad de los procesos, el control constitucional ha sido especialmente riguroso en relación con decisiones judiciales que, apreciando irregularidades formales en las demandas, decretaron el archivo de las actuaciones, o no dieron una respuesta sobre el fondo de la pretensión formulada (SSTC 118/1987, 11/1988, 216/1989, 25/1991, 335/1994, 84/1997, 112/1997, entre otras). Este Tribunal admite la posibilidad de subsanar algunos de tales defectos de la demanda...”

Sentencia TC 130/1998, de 16 de junio de 1998.

Ponente Sr. Jiménez de Parga y Cabrera.

5. Principio de conservación de los actos procesales

La LOPJ, en el art. 242, se refiere al principio de conservación, tanto en relación con los actos posteriores al declarado nulo, como en relación con las partes de un acto, que haya sido declarado nulo en algunos aspectos. Referido precepto dice:

Art. 242 LOPJ:

“1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aún sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

2. La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo que sean independientes de aquélla”.

El principio de conservación de actos procesales tiene el mismo fundamento que el de subsanación, es decir, el art. 24.1 CE. Las manifestaciones jurisprudenciales más importantes en relación con este precepto son susceptibles de sistematizarse del siguiente modo:

A) No existe la posibilidad de convalidación de actuaciones judiciales declaradas previamente nulas.

“...Se denuncia en el motivo primero quebrantamiento formal por haberse infringido las normas esenciales del juicio, con cita del artículo 238.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que causaron indefensión a la recurrente, para lo que se alegó que se produjo convalidación de actuaciones declaradas nulas.

En la tramitación del pleito se cometió en la instancia un quebrantamiento formal claro y hasta irritante, toda vez que se tuvieron como parte y contestada la demanda a demandados que no habían otorgado poder al Procurador que hizo comparecencia en su nombre y representación, los que tampoco habían sido emplazados, pues alcanzando el número de treinta y siete personas los interpelados, sólo a una de ellas se le practicó comunicación procesal para personarse en el juicio.

La Audiencia Provincial al resolver el recurso entablado sobre la cuestión, dictó Resolución el 25 junio 1990, declarando oportunamente la nulidad de las actuaciones a partir de la Providencia de 20 enero 1989 que había tenido como debidamente personados a los demandados que no habían otorgado poder. El proceso siguió por sus trámites, efectuándose los emplazamientos omitidos y personándose en forma los demandados, que presentaron contestación, en la que ratificaron la anterior.

No se ha producido con la contestación reproducida ninguna convalidación de actuaciones nulas, pues la declarada sólo afecta a aspectos procedimentales y no al propio contenido del escrito de contestación obrante en el pleito y así el auto de la Audiencia claramente lo decretó, en cuanto dispuso «conservando no obstante su validez la contestación a la demanda efectuada», lo que aleja toda situación de indefensión, en cuanto permitió la correcta constitución dual y contradictoria de la relación procesal. Dicha resolución alcanzó firmeza, obligando su cumplimiento a la ahora recurrente, que con sus actos procesales acreditó tal acatamiento, pues la providencia que tuvo por evacuada la segunda contestación, no fue objeto de recurso directo alguno, presupuesto necesario para la denuncia de indefensión que exige el artículo 1693 de la Ley Procesal Civil para lograr la subsanación de la falta o la transgresión, ya que no lo cumple los escritos de los folios 402, 412 y 420.

El motivo se rechaza. No procede a declarar rebeldes a los demandados que comparecieron en forma en los autos y se les atribuyó condición de partes procesales...”

Sentencia Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 7 de octubre de 1996.

Ponente Sr. Villagómez Rodil.

B) La nulidad de un acto no implica la de aquellos que sean independientes del mismo, sean sucesivos o anteriores al mismo, y tampoco, cuando la nulidad de actuaciones sea parcial, de las partes del acto no afectadas por la nulidad declarada.

“...La Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 11.1 sólo previene la ineficacia de las pruebas obtenidas que, directa o indirectamente, violenten derechos fundamentales porque en tal caso, art. 238.3, se supone que a la vez se prescinde de normas esenciales del procedimiento con causación de indefensión.

De todas formas es evidente, a) que como dice el artículo 242 de igual Ley Orgánica, la nulidad del acto no implica la de los sucesivos que fueran independientes; y b) que cuando la ineficacia del acto se alegue en base a la legalidad ordinaria y procedimental, las prevenciones acabadas de señalar han de matizarse en los casos en los que el derecho fundamental no se infringió, lo que no es óbice para que, con vulneración o sin vulneración de tal derecho, el acto nulo deba transmitir también su ineficacia a cuanto de él se derive directa o indirectamente, como se viene diciendo (TS, 2.ª, S. 6 octubre 1995)...”

Auto del Tribunal Supremo (Sala 2ª), de 9 de abril de 1997.

Ponente Sr. Moner Nuñez.

“...Ha de quedar claro al respecto que la prueba ilegítimamente obtenida puede no viciar a las restantes investigaciones siempre que sea posible la consiguiente desconexión causal entre unas y otras. Pudo pues existir una línea de investigación ilegítima, que no es este caso, pero ello no empece para que otras pruebas, sin relación con la ineficaz, acrediten suficientemente los hechos acaecidos, ya sea en la legalidad constitucional, ya sea en la legalidad ordinaria.

La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 11.1 sólo previene la ineficacia de las pruebas obtenidas que, directa o indirectamente, violenten derechos fundamentales porque en tal caso, artículo 238.3, se supone que a la vez se prescinde de normas esenciales del procedimiento con causación de indefensión.

De todas formas es evidente: a) que como dice el artículo 242 de igual Ley Orgánica, la nulidad del acto no implica la de los sucesivos que fueran independientes; y b) que cuando la ineficacia del acto se alegue en base a la legalidad ordinaria y procedimental, las prevenciones acabadas de señalar han de matizarse en los casos en los que el derecho fundamental no se infringió, lo que no es óbice para que, con vulneración o sin vulneración de tal derecho, el acto nulo deba transmitir también su ineficacia a cuanto de él se derive directa o indirectamente, como se viene diciendo...”

*Sentencia Tribunal Supremo(Sala 2ª) de 6 de octubre de 1995.
Ponente Sr. De Vega Ruiz ¹³⁴.*

“...procede anular el pronunciamiento de absolución sobre tal delito; nulidad que no ha de afectar al resto del proceso en virtud de la norma contenida en el artículo 242.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, expresivo de que: «la nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo que sean independientes de aquella»; y por ello esta declaración no afecta ni a los restantes motivos de este recurso ni a los contenidos en los recursos formulados por los acusados, al no ser aplicable, dada la naturaleza de la nulidad, la normativa contenida en los artículos 901 bis a) y 901 bis b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tantas veces citada...”

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 2ª), de 8 de marzo de 1996.
Ponente Sr. Montero Fernández-Cid.*

“...Dos últimos aspectos de las alegaciones de este primer motivo del recurso, y su reproducción en el tercero, merecen ahora nuestra respuesta. La primera cuestión es la relativa a la indefensión que se alega del hoy recurrente por las actuaciones del Juzgado Instructor precedentemente relatadas, indefensión que únicamente cabe reconocer en la declaración prestada por el mismo, sin instrucción ni asistencia de defensa, ante el Juzgado exhortado el día 3 de junio de 1993 (folio 52 de la causa), y que por lo tanto acarrea la nulidad de dicha declaración, ya acordada por el Tribunal sentenciador, conforme a lo dispuesto en el artículo 238, número 3.º, último inciso, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 142 de la Ley Procesal Militar. La segunda de las cuestiones se refiere a los efectos que esa única declaración, prestada con vulneración de derechos fundamentales, causante de indefensión, pueda producir al presente proceso penal; la pretensión de la parte recurrente es que de esa actuación, individualmente nula, y de otras actuaciones que ha calificado también como procesalmente nulas por defectos esenciales del procedimiento penal (el Auto de archivo de 11 junio 1992, obrante al folio 19 de la causa), se deriva la nulidad de todo el proceso, a partir del referido auto de archivo de las Diligencias Previas núm.

¹³⁴ En similar sentido, entre otras, STS (Sala 2ª) de 18-7-1996. Ponente Sr. De Vega Ruiz.

25/11/1992. Nuestra respuesta a la cuestión planteada es que, conforme a lo establecido en el artículo 242 de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, la única nulidad reconocida de una declaración del inculpado, no arrastra la de toda la causa, pues es totalmente independiente de las demás practicadas, y como tampoco llegó a adquirir firmeza el citado auto de archivo, por las razones expuestas en precedentes fundamentos de derecho, no cabe declarar nulidad alguna de otras actuaciones de la causa, pues en su práctica -aun apreciando deficiencias procesales en la redacción de resoluciones y cumplimiento de exhortos-, se han respetado las normas esenciales del procedimiento, y los derechos fundamentales del recurrente que el mismo había alegado como supuestamente vulnerados. En consecuencia, pues, el primer motivo, y su reproducción en el tercero, han de ser totalmente desestimados...”

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 5ª) de 20 de marzo de 1996.
Ponente Sr. Bermúdez de la Fuente.*

6. Tratamiento procesal de los actos irregulares

Al concepto de actos irregulares ya nos hemos referido al tratar, en el anterior capítulo, sobre la ineficacia procesal desde la perspectiva doctrinal; en cuanto a la LOPJ, la misma se refiere a la materia en el art. 241, que textualmente dice:

Art. 241 LOPJ:

“Las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo”.

Es decir, salvo que se trate de un *término esencial*, la extemporaneidad de un acto no implica su nulidad, sino que se trata de una mera irregularidad, pero el acto produce todos sus efectos, de igual modo que si hubiera sido dictado o producido dentro de plazo. Como se observa, la LOPJ, de todas las posibles irregularidades no invalidantes, sólo se refiere al plazo. En relación con el precepto comentado, la única cuestión que plantea es la de determinar qué términos o plazos son de los denominados *esenciales*, es decir, que por su naturaleza determinen la anulación de la actuación; con carácter general tan sólo decir, que el retraso en dictar sentencia, o en proveer algún escrito, por sí sólo, no origina más que una mera irregularidad no invalidantes. En cambio, los plazos que se otorgan a las partes, por regla general, tiene carácter preclusivo, y por tanto esencial (art. 306 LECiv); en similar sentido, el incumplimiento de las cargas procesales por las partes no pueden servir para fundamentar peticiones de nulidad de actuaciones¹³⁵. En cuanto a las manifestaciones jurisprudenciales del tratamiento

¹³⁵ Así, p. ej., en relación con la debida identificación de los escritos por las partes, ha afirmado el Tribunal Constitucional que “...en modo alguno podía ser estimada la alegación de infracción procesal aducida por el recurrente como causa de indefensión al no haber sido citado para la apelación pese a haber presentado escrito personándose. Ello obedeció, según reconoce, a la errónea cita del Juzgado de origen núm. 3 en lugar del núm. 6 en el escrito de personación como dato identificativo para el recurso de apelación unida a un excesivo desinterés por la suerte de dicho escrito al no recibir notificación alguna en el dilatado plazo de año y medio. No cabría en tal supuesto atribuir a la oficina de Secretaría de la Audiencia omisión de una posible actividad de búsqueda o identificación de los autos cuando en realidad el extravío del escrito vino determinado por los errores u omisiones de la parte tal como declaró esta Sala en su STC 334/1994, fundamento jurídico 4.º, donde en caso análogo dijimos que «del mismo modo que ya apreciamos en la STC 235/1993, por ser la identificación suficiente del proceso una carga del

procesal de los actos irregulares es preciso partir de la base de que el mismo será *una especie de negativo de aquellos supuestos en que sí procede la nulidad o anulabilidad*; por tanto, el acto irregular procesalmente hablando sin relevancia a efectos de anulación, será un *concepto residual* a integrar a la vista de lo que, en cada caso, resulte con los límites de la respectiva nulidad o anulabilidad de actuaciones judiciales.

emplazado que ha de comparecer en la segunda instancia, el no hacerlo implica falta de diligencia por su parte si no expresó en su escrito los datos necesarios y suficientes para que pudiera unirse sin duda al rollo correspondiente. Y dato necesario era precisamente en este caso el consignado por error, o sea el número del Juzgado de procedencia de los autos por cuanto en la oficina de reparto de la Audiencia necesariamente había de atenderse a la llegada de los cifrados con el número indicado, pero procedentes de Juzgado distinto. Por ello resultaban insuficientes todos los demás datos identificativos consignados en el escrito y se produjo así la consecuencia de que éste no pudiera incorporarse y surtir efecto en el rollo correspondiente, efecto derivado por lo tanto directamente del error del propio recurrente (fundamento jurídico 4.º)»...” (Sentencia TC 80/1995, de 5 de junio de 1995. Ponente Sr. Gabaldón López).

Capítulo 4

Regulación actual de la nulidad de actuaciones judiciales: Aspecto procedimental

1. Planteamiento

En cuanto al aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones judiciales, y centrado en el estudio de las vías o cauces a través de los cuales hacer valer y, en su caso, declarar la nulidad de actuaciones judiciales, se hace preciso partir del contenido del artículo 240 LOPJ, que se ha visto afectado por la reciente reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la LOPJ (BOE 05/12/1997), ya citada, y que tras su vigencia - desde el 6 de diciembre de 1997 (confr. disposición final de indicada LO)- presenta la siguiente redacción:

Art. 240 LOPJ

“1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.

2. Sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído sentencia definitiva o 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

3. No se admitirá el incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma, que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que éstas no sean susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida.

Será competente para conocer de este incidente el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la sentencia, la

resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último supuesto, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución. El Juzgado o Tribunal inadmitirá a trámite cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones.

4. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado 3 de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa 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.”

Artículo que ha de ser matizado con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que sobre la materia se ha producido; significando que en dicha jurisprudencia y en lo que se refiere a *este aspecto procedimental* la tendencia es a equiparar los denominados motivos de anulabilidad (art. 240.1 LOPJ) con las causas estrictas de nulidad de pleno derecho (art. 238 LOPJ); y por tanto, partiendo de la Sentencia Pleno TC 185/1990, de 15 de noviembre, resolviendo *autocuestión de inconstitucionalidad* núm. 91/1990, en relación con el art. 240.2 LOPJ (*BOE de 3 de diciembre de 1990*), podemos decir¹³⁶ que para hacer valer y, en su caso, declarar la nulidad de pleno derecho y los defectos de forma de los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, y siempre que no proceda la subsanación,¹³⁷ existen *cuatro vías o cauces*,¹³⁸ a saber: a) mediante los recursos legalmente previstos; b) declaración de oficio; c) los demás medios que establezcan las leyes procesales; y, d) a través del nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, regulado en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ.

Con carácter previo al detallado análisis de esos cauces o vías, es ineludible tratar, brevemente sobre la citada Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, en la que se

¹³⁶ LAMO RUBIO, J. de, “Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales”, publicación de separata en *Revista de los Tribunales de Castilla-La Mancha*, abril, 1997. Como cierre del sistema hasta la entrada en vigor de la reforma de 1997 de la LOPJ, en nuestro ordenamiento jurídico se encontraba proscrito el incidente autónomo de nulidad de actuaciones, que ya fue suprimido de nuestro ordenamiento procesal civil mediante la nueva redacción dada al párrafo segundo del artículo 742 LECiv, por Ley 34/1984, de 6 de agosto, y siendo tal proscripción asumida por la regulación de carácter general aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales contenida en los artículos 238 a 243 LOPJ, ya citados.

¹³⁷ Sobre el concepto de subsanación, así como la jurisprudencia existente sobre la materia, y la necesidad, en su caso, de dar a las partes la posibilidad de subsanar, ya nos hemos referido en el anterior capítulo; lugar al que nos remitimos.

¹³⁸ Hasta la citada LO 5/1997, de 4 de diciembre, la jurisprudencia y doctrina era unánime en el sentido de entender que tan sólo existían *tres vías*; tras la citada ley, y por lo que se refiere al régimen de nulidad de actuaciones, tras retocar la denominada segunda vía, *se ha introducido una cuarta vía, creando un nuevo incidente de nulidad de actuaciones* (LAMO RUBIO, J. de, “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al artículo 1º de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Jurídica La Ley*, núms. 4597 y 4598, Madrid, 3 y 4 de agosto de 1998).

resolvió autocuestión de inconstitucionalidad, en el sentido de desestimarla por entender que el art. 240.2 LOPJ no es contrario a los artículos 24 y 53.2 de la Constitución¹³⁹; ahora bien, los argumentos empleados en indicada sentencia son de gran utilidad para entender el régimen procesal de la nulidad de actuaciones; y si bien la misma es anterior a la reforma operada mediante la citada Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ, y ha de ser interpretada a la luz de esta nueva regulación, el contenido de la misma sigue siendo de gran utilidad, y desde tal perspectiva, resulta interesante la transcripción de los razonamientos jurídicos más importantes de la misma; de este modo, se puede leer en indicada Sentencia lo siguiente:

“...1. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en sus dos Sentencias de 19 de diciembre de 1989 (SSTC 211/1989 y 212/1989) acuerda plantear ante el Pleno cuestión de inconstitucionalidad acerca del art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en lo sucesivo LOPJ), en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 55.2 LOTC. En ambos casos los recursos de amparo que las mencionadas Sentencias resuelven se dirijan contra resoluciones judiciales que denegaban sendas solicitudes de nulidad de actuaciones, no porque las considerasen infundadas (se basaban en la omisión de emplazamiento o notificación que había colocado a los recurrentes en situación de indefensión), sino por impedirlo el tenor literal del art. 240.2 LOPJ, puesto que había ya recaído Sentencia. El precepto cuestionado figura en el Capítulo dedicado por la LOPJ a la nulidad de los actos judiciales y en sus dos apartados dice: «1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma de los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales. 2. Sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá, de oficio antes de que hubiere recaído Sentencia definitiva, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular».

La cuestión debe entenderse circunscrita a la legitimidad constitucional del inciso «... antes de que hubiere recaído Sentencia definitiva ...» del referido artículo (y tal es también la postura, tanto del Abogado del Estado como del Ministerio Fiscal), en cuanto limita la facultad del Juez de decretar ex officio la nulidad de las actuaciones por vicios procesales si hubiera ya recaído Sentencia.

Siendo a la vez legalmente correctas, e incluso obligadas, las decisiones judiciales impugnadas pero, manifiestamente lesivas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el origen de la lesión había de ser atribuido a la norma aplicada que por eso el mencionado art. 55.2 LOTC obliga a cuestionar.

Porque el derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso se pueda producir indefensión implica, entre otras cosas, la necesidad de ser oído (y por ello emplazado al efecto) en todos aquellos procesos cuyo fallo haya de afectar en cualquier sentido, a los derechos o intereses en conflicto.

Así, según indica la Sala proponente de la cuestión, dicha norma ha de ser contrastada sobre todo con los arts. 24.1 y 2 (en cuanto consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas) y 53.2 de la Constitución, en relación con el carácter subsidiario del recurso de amparo.

El citado precepto del art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial implica, en cierto sentido, a la vez una rectificación y una confirmación del criterio que incorpora la Ley

¹³⁹ En otro orden de cosas, decir que se trata del primer caso en que el TC hizo uso de la facultad de *autoplantearse* cuestiones de inconstitucionalidad (confr. art. 55.2 LOTC), y hasta la fecha en que esta obra se escribe (1998) ha sido la única vez que el TC ha utilizado tal facultad.

34/1984. De una parte, después de haber dispuesto que la nulidad de pleno derecho se hará valer mediante los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales (una expresión no exenta de alguna oscuridad) faculta a los Jueces y Tribunales para declarar la nulidad de actuaciones siempre que no haya recaído sentencia definitiva.

Esta última limitación que reduce el alcance de la prohibición más amplia que imponía la Ley 34/1984, es la que obligó a los Jueces autores de las decisiones que dieron lugar a los recursos de amparo de los que trae causa la presente cuestión a denegar la solicitud de nulidad de actuaciones y la que, en consecuencia, debe ser aquí objeto de análisis.

2. De la regulación de la materia relativa a la nulidad de los actos judiciales en la Ley Orgánica del Poder Judicial y tras la supresión del incidente de nulidad de actuaciones, se desprende que son tres las vías a través de las cuales pueden invalidarse aquéllos cuando estén afectados por vicios que alcanzan la trascendencia que indica el art. 240.1 de la LOPJ, a saber: la primera, a través de la interposición de los recursos articulados por las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ), la segunda, mediante declaración de oficio por parte del órgano judicial siempre que no haya recaído Sentencia definitiva (art. 240.2 LOPJ), y finalmente, acudiendo a los demás medios que establezcan las leyes procesales (art. 240.2 in fine LOPJ). Ninguna objeción cabe, desde el punto de vista constitucional, al inciso cuestionado cuando contra la Sentencia queden abiertos recursos ordinarios o extraordinarios -revisión, audiencia al rebelde, anulación-, pues la nulidad y la eventual indefensión podrán ser reparadas por los órganos judiciales. El precepto, pues, no se opone en este supuesto ni al art. 24 ni al carácter subsidiario del recurso de amparo. Se limita a preservar el principio de inmodificabilidad de oficio de las Sentencias una vez firmadas (art. 267 de la misma LOPJ). La duda sobre la constitucionalidad sólo surge cuando contra la Sentencia que culmina un procedimiento con vicios no subsanados determinantes de indefensión constitucional no quepa ningún otro recurso ordinario o extraordinario ni otros medios de rescisión de la cosa juzgada; en tales supuestos se impide que los órganos judiciales, incluso conscientes de la indefensión, puedan remediar la infracción, convirtiendo así el recurso de amparo constitucional en el único y exclusivo recurso frente a situaciones de indefensión causadas por vicios procesales detectados después de la firmeza de la Sentencia, a falta de otros aplicables por los Tribunales ordinarios.

No es esta consecuencia contraria a la Constitución, pero obliga, en la medida legalmente posible, a una aplicación estricta del precepto cuestionado.

3. El derecho a obtener la tutela judicial efectiva, es regulado de diversos modos por las normas legales que determinan su alcance y contenido concretos y establecen los requisitos y condiciones para su ejercicio, con lo que la misma ha de producirse en los términos y dentro de los cauces que el legislador, respetando el contenido esencial del derecho fundamental en cuestión, haya querido articular -entre otras, SSTC 100/1987, 206/1987, 4/1988-. En palabras de la STC 17/1985 (fundamento jurídico 1.º), «el derecho a la tutela judicial efectiva no exige, siempre que se respete el contenido esencial del mismo, que dicha tutela se configure de una forma determinada, sino que admite múltiples posibilidades en la ordenación de jurisdicciones y procesos y también, por tanto, de instancias y recursos, de acuerdo con la naturaleza de las pretensiones cuya satisfacción se inste y de las normas que los fundamentan». El inciso cuestionado del art. 240.2 LOPJ únicamente resultaría, pues, lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva si del art. 24.1 de la C. E., en relación con su art. 53.2, se derivase la exigencia constitucional de que, frente a la lesión de derechos fundamentales imputables a un órgano judicial en el proceso, hubiera de aplicarse en todo caso un medio de corrección de aquélla por los propios tribunales ordinarios y no sólo mediante el recurso de amparo constitucional; de manera que la cuestión depende, como señala el Abogado del Estado,

de la configuración que reciba el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional.

4. El recurso de amparo constitucional se configura con carácter extraordinario y suplementario de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en los arts. 53.2 y 161.1 b) de la C. E. Su regulación en ellos permite adaptarlo mediante el oportuno desarrollo legislativo a las diversas circunstancias, preservando su función institucional. Entre sus características esenciales está efectivamente, la del carácter subsidiario, derivado de que la Constitución no lo contempla como una vía directa ni tampoco, necesariamente, como general y única, sino especial y extraordinaria posterior a la defensa de aquellos derechos y libertades ante los Tribunales ordinarios, a los que el art. 53.2 encomienda la tutela general -SSTC 138/1985, 186/1987, 1/1988-. Pero, en lo que es de aplicación actual, el efecto de la subsidiariedad se concreta tanto en la exigencia del agotamiento de los recursos o acciones judiciales previos establecidas en el ordenamiento jurídico [arts. 43.1 y 44.1 a) LOTC], como en la de plantear en el proceso tan pronto como hubiera lugar para ello [art. 44.1 c) LOTC] la cuestión relativa a la supuesta vulneración de los derechos constitucionales que lo motiven y sin que la subsidiariedad conduzca ni pueda conducir a una sucesión ilimitada de recursos judiciales, incompatible con el principio de seguridad jurídica que la C. E. consagra en su art. 9.3. Por tanto, el art. 240 de la LOPJ no vulnera el art. 53.2 de la C. E. en relación con el carácter subsidiario del recurso de amparo, porque éste sea en la actualidad el único remedio frente a situaciones de indefensión constitucional causadas por vicios procesales advertidos después de que haya recaído Sentencia definitiva y firme, cuando contra ella no esté previsto remedio procesal ante los Tribunales ordinarios.

5. La cuestión que origina este recurso se sitúa, no obstante, en el ámbito de la preocupación ocasionada por la prohibición de que los Jueces ordinarios remedien sumariamente indefensiones patentes en el proceso si ya ha recaído Sentencia. Y cabe a ese respecto señalar que la insuficiencia del desarrollo legislativo del art. 53.2 C. E. al no posibilitar mediante un recurso jurisdiccional previo y sumario ni mediante la adecuación a la Constitución de las normas procesales la corrección de esas vulneraciones, convierte como antes decimos al de amparo constitucional en un recurso subsidiario pero también común y general de última instancia respecto de todas las vulneraciones en procesos ordinarios que causen indefensión cuando haya recaído sentencia firme. De este modo, la falta de un amparo que sea realmente previo y sumario ante los tribunales ordinarios, que hace revertir a éste toda la masa de recursos fundados en aquellos motivos, puede en definitiva repercutir en perjuicio de los particulares afectados al introducir en todo caso una instancia jurisdiccional más para la satisfacción de sus demandas.

Pero esta consideración no modifica la expuesta conclusión de que, por tratarse aquí de la garantía de derechos de configuración legal, la tutela efectiva tiene lugar mediante los remedios y recursos ordinarios y extraordinarios que existen en el ordenamiento y, subsidiariamente por el de amparo constitucional. Por ello será preciso interpretar las normas procesales que integren alguna vía rescisoria de Sentencias firmes en el sentido más favorable para permitir la tutela en fase jurisdiccional de los derechos fundamentales, esfuerzo interpretativo con algunos precedentes en este Tribunal -SSTC 10/1984, 15/1986, 110 y 148/1988 y 22/1989-.

6. No hay, en la prohibición de que el Juez modifique de oficio sus Sentencias violación del art. 24.1 C. E. Según decimos más atrás, no se vulnera tampoco el principio de subsidiariedad del recurso de amparo, porque el cuestionado es un precepto meramente negativo que deja intactas todas las posibilidades de articulación de aquél y, como última la de actuar para corregir indefensiones reflejadas en Sentencias no

recurrirles. Habiendo de desestimarse por esos motivos este recurso debe constatarse de nuevo que tal efecto es el resultante de la insuficiencia de desarrollo legal del art. 53 C. E. y no se produce en contra de prescripción constitucional alguna. El precepto en sí salva la cosa juzgada, o sea un principio esencial del proceso fundado en la seguridad jurídica. Pero, sin oponerse por ello a la Constitución tampoco contribuye a completar el desarrollo necesario de ésta, y en todo caso implica para el titular del derecho vulnerado la necesidad de iniciar un nuevo proceso ante una jurisdicción distinta, la de este Tribunal, el cual, por la fuerza de las cosas, no logrará sanar la lesión padecida sino mediante una nueva tramitación cuyo único efecto será el de anular las actuaciones y reponerlas al momento en el que la lesión se produjo. El sacrificio de quien ha sufrido la lesión va acompañado así del que se impone también a quienes fueron parte en el mismo proceso, obligados a seguir defendiendo su derecho ante otra jurisdicción.

No cabe sin embargo afirmar que por ello se oponga el art. 24.1 de la Constitución la cláusula limitativa contenida en el apartado 2.º del art. 240 LOPJ por restringir el derecho a la tutela judicial efectiva de quien es víctima de un error que lo coloca en situación de indefensión, privando al Poder Judicial de las facultades indispensables para llevar a cabo la función que constitucionalmente tiene atribuida y encomendando, por el contrario, al Tribunal Constitucional una tarea que puede desnaturalizarlo. Eso no resulta del contenido de la mencionada cláusula, sino de su inserción en un sistema procesal que no ha sido actualizado en la medida suficiente para permitir el despliegue de todas las consecuencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero estas consideraciones no son suficientes (insistimos) para considerarla inconstitucional.

7. Finalmente, tampoco el párrafo cuestionado del art. 240 de la LOPJ vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas recogido en el art. 24.2 de la C. E. El concepto de proceso sin dilaciones indebidas, como reiteradamente hemos señalado, requiere una concreción y apreciación de las circunstancias del caso para poder deducir de ellas la irrazonabilidad y el carácter excesivo del retraso, que sea causado por órganos de la Administración de Justicia mediante «tiempos muertos» en que no se realiza actividad judicial utilizable y utilizada a los fines del juicio -SSTC 36/1984 y 133/1988-. La vulneración del citado derecho fundamental sólo podría basarse en la idea de la necesidad de una resolución judicial previa al amparo que permitiera a los órganos judiciales resolver, con menor carga procesal que en el recurso de amparo. Pero eso constituye sin duda alguna una mera probabilidad. El efecto desfavorable a que antes se alude, como consecuencia del carácter subsidiario general del recurso de amparo constitucional es una simple consecuencia de la exigencia constitucional, a falta de un medio previo que el legislador no ha articulado. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no resulta así vulnerado por la carga que para los ciudadanos supone ejercitar sus derechos y pretensiones según los recursos e instancias procesales establecidos por el legislador, en cuyo sistema han de hacerse valer y cuya resolución ha de tener lugar dentro de un plazo razonable.

8. Por todo lo antes expuesto, procede declarar que el precepto cuestionado no es contrario a la Constitución...”

*Sentencia Pleno Tribunal Constitucional nº 185/1990,
de 15 de noviembre de 1990. Ponente Sr. Gabaldón López*

2. Primera vía: Los recursos legalmente previstos

La primera vía a través de la cual hacer valer los vicios de nulidad, y en su caso, declararles, se articula a través de la interposición de los recursos previstos en las leyes procesales (art. 240.1); esto significa que cuando contra la resolución correspondiente,

en la que se entiende que se ha incurrido en uno o más vicios determinantes de nulidad, quepa interponer alguno de los referidos recursos, tanto ordinarios como extraordinarios¹⁴⁰, en referido recurso se podrá hacer valer la impugnación basada en alguna o algunas de las causas de nulidad o anulabilidad y el órgano judicial, al resolver el recurso, deberá pronunciarse sobre tales impugnaciones [principio de prohibición del *non liquet* (art. 1.7 CC en relación con el art. 11.3 LOPJ)].

De otra parte, es preciso tener presente que no en toda clase de procedimientos, ni contra todas las resoluciones, proceden los recursos, pues el legislador goza de libertad para configurar el sistema de recursos, en cada caso; y así, puede suceder que determinadas resoluciones no sean recurribles, como, p. ej., dentro del denominado procedimiento penal abreviado, el auto de apertura de juicio oral, excepto en lo relativo a la situación personal del acusado (art. 790.7 LECrim), la decisión sobre denegación de pruebas (art. 792.1.II LECrim), las resoluciones con contenido material de providencia (art. 787.1 LECrim); en el proceso civil, dentro del Juicio Verbal Civil, son irrecurribles las sentencias en las que se resuelve sobre acciones personales basadas en derechos de crédito (art. 732.I LECiv); etcétera. El derecho de acceso a los recursos ha sido ampliamente abordado por el Tribunal Constitucional que, tratando de precisar el contenido del art. 24.1 CE, ha distinguido entre el *derecho de acceso a la jurisdicción*, que nace directamente de la Constitución y es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en dicho precepto, y el *derecho de acceso a los recursos* contra las resoluciones judiciales, que es un derecho de configuración legal que no nace *ex Constitutione* sino de lo que, en cada momento, hayan dispuesto las leyes procesales; y así, el TC ha afirmado que “... el acceso a la justicia como elemento esencial del contenido de la tutela judicial, consistente en provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión de un Juez (STC 19/1981). En este acceso, o entrada, funciona con toda su intensidad el principio *pro actione* que, sin embargo, ha de ser matizado cuando se trata de los siguientes grados procesales que, eventualmente puedan configurarse. El derecho a poder dirigirse a un Juez en busca de protección para hacer valer el derecho de cada quien, tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la propia Ley Suprema. En cambio, que se revise la respuesta judicial, meollo de la tutela, que muy bien pudiera agotarse en sí misma, es un derecho cuya configuración se defiende a las leyes. Son, por tanto, cualitativa y cuantitativamente distintos (...) El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988, y 106/1988). No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia,

¹⁴⁰ Así, por ejemplo: reposición, apelación, reforma, suplica, queja, casación, suplicación, etcétera, según órdenes jurisdiccionales; entendiendo el término recurso en sentido estricto, como el que tan sólo procede contra sentencias o resoluciones que aún no tienen el carácter de firme.

pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983)...” (Auto TC 100/1996, de 24 de abril de 1996)¹⁴¹.

En todo caso, es preciso insistir que la vía constituida por los recursos que procedan contra la resolución de que se trate, se configura como el medio ordinario por antonomasia a través de cual hacer valer, y en su caso, declarar, las posibles nulidades de actuaciones, y así el cauce natural para actuar tales pretensiones han de ser los recursos legalmente establecidos, pues caso de que, existiendo tales recursos y habiéndose ya producido el vicio determinante de nulidad, y teniendo conocimiento del mismo la parte correspondiente, no se hiciera uso de los mismos, dejando transcurrir el plazo establecido al efecto, y luego se pretendiera hacer valer la nulidad de actuaciones por otras vías, señaladamente a través de la declaración de oficio, o acudiendo al nuevo incidente de nulidad de actuaciones, las mismas han de repelerse, sin perjuicio de las facultades de subsanación que, en cada caso, tenga el órgano judicial correspondiente (confr. Auto TC 46/1998, de 24 de febrero de 1998).

3.Segunda vía: Declaración de oficio

La segunda vía, a través de la cual hacer valer los vicios de nulidad, y en su caso, declararlos, la representa la declaración por parte del órgano judicial, de oficio o a instancia de parte¹⁴², previa audiencia de las partes, y siempre que no haya recaído

¹⁴¹ De modo que, “...como ya se afirmó en la temprana STC 3/1983, es diferente el relieve constitucional del derecho de acceso a la jurisdicción y el de acceso a los recursos legalmente establecidos, resultando éste mero colorario de aquél en cuanto el derecho de acceder a la justicia no viene otorgado por la ley sino por la Constitución misma. De ahí, la diferente transcendencia que desde la perspectiva constitucional cabe otorgar a uno o a otro, pues es distinto el enjuiciamiento que puedan recibir las normas, y la aplicación que de ellas se haga, según actúen como impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción o simplemente como limitadoras de un recurso contra una decisión anterior en un proceso con todas las garantías (SSTC 3/1983 y 249/1994). La aplicación de aquéllas puede eliminar el derecho a someter el caso a un Juez y la de las segundas solamente privaría de la revisión de la respuesta judicial ya pronunciada en la Sentencia de instancia, con lo cual se habría satisfecho el núcleo fundamental del derecho reconocido en el art. 24.1. CE en cuanto a derecho a obtener la tutela judicial efectiva del juez (STC 255/1993). La diferencia entre ambos supuestos se precisó en la STC 37/1995, y posteriormente en la STC 58/1995, afirmando en ellas que “el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en materia penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988). Como consecuencia de ello, “el principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión cuya es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos”. Como también hemos declarado reiteradamente “no corresponde a este Tribunal indicar la interpretación que ha de darse a la legislación ordinaria, pues esta función se atribuye en exclusiva a los Tribunales del orden judicial correspondiente” (STC 274/1983, con cita de las anteriores 164/1991, 192/1992, 101/1993). O dicho con otras palabras, no es nuestra función constitucional “examinar la interpretación legal hecha por los Tribunales, salvo que, en cuanto manifiestamente arbitraria o claramente errónea, determine una consecuencia contraria al derecho fundamental” (STC 58/1995)...” (Sentencia TC 176/1997, de 27 de octubre. Pont. Sr. Vives Antón).

¹⁴² El apartado 2 del artículo 240 LOPJ ha sido retocado por la LO 5/1997, de 4 de diciembre, en un doble sentido: a) se establece expresamente la posibilidad de que el mini-procedimiento de declaración de

sentencia definitiva (art. 240.2 LOPJ). En relación con esta vía es preciso decir que tras un periodo de vacilación, ya superado, en el cual incluso se llegó a interpretar el término *sentencia definitiva*, como equivalente a *sentencia definitivamente ejecutada*¹⁴³ (así, SSTC 110/1988, 211, 212 y 213 de 1989), ha venido a ser interpretado por el TC, como equivalente de *sentencia firme*, pero respetando la sentencia definitiva¹⁴⁴. En definitiva, pues, podemos resumir diciendo que la declaración de oficio de nulidad de actuaciones judiciales exige la concurrencia de tres *requisitos*: a) que no haya recaído aún Sentencia firme, en los términos que ya hemos comentado o resolución de análoga eficacia; b) que se dé alguno o algunos de los supuestos de hecho del art. 238 LOPJ o del art. 240.1 LOPJ, es decir, que concurran los elementos sustantivos que hagan necesaria esa

oficio de la nulidad de actuaciones pueda ser iniciado “.. a instancia de parte...”; y, b) manteniéndose el límite temporal en la que se continua denominado sentencia definitiva - con el sentido que expondremos a continuación- se añaden las resoluciones de análoga eficacia, por cuanto se agrega la expresión “... o resolución que ponga fin al proceso...” (LAMO RUBIO, J. de., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones..”, *op. cit.*).

¹⁴³ Sendas visiones y críticas, sobre la STC 110/1988, se pueden leer en GÓMEZ LIAÑO GONZÁLEZ, “Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario a la S.TC 110/1988”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1989-1, págs. 905 y ss., y en GARNICA MARTÍN, J.F., “Nulidad de actuaciones después de sentencia firme”, en *Revista Justicia*, 1990, Tomo IV, págs. 897 y ss.

¹⁴⁴ En tal sentido se pronunció el Pleno del TC en la citada Sentencia 185/1990, y además en muchas otras en iguales o parecidos términos: Así SSTC 52/1991, 10/1993; etcétera. En relación con el término *sentencia definitiva*, la Jurisprudencia constitucional ha pasado, fundamentalmente, por tres momentos o etapas, a saber: a) hasta la STC 110/1988, en que tomaba como base la doctrina mayoritaria (GUASP, GÓMEZ ORBANEJA, GÓMEZ DE LIAÑO, etcétera.) que entendía por *sentencia definitiva* aquella que resuelve o da solución jurídica a las cuestiones objeto de debate, y contra la cual cabe interponer recurso ordinario o extraordinario (confr. art. 369 LECiv), y por *sentencia firme* aquella contra la que no cabe recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario, sin perjuicio de que contra las sentencias firme se admitan determinados remedios procesales, como el mal llamado *recurso de revisión* -ya hemos expuesto con anterioridad por qué entendemos que esta denominación no es correcta-, la audiencia al rebelde, etc.. (confr. art. 369 LECiv y 245.3 LOPJ); pues bien, el TC, partiendo de esa diferenciación, en referida etapa, entendió que procedía declarar nulidad de actuaciones de oficio, *hasta que existiera sentencia firme, pero respetando siempre la sentencia definitiva*: ej., nulidad de notificación, etc.; b) la STC 110/1988, como es conocido, vino a interpretar la expresión *sentencia definitiva* como equivalente de *sentencia definitivamente ejecutada* -vid nota anterior-; c) finalmente, la Sentencia del Pleno del TC 185/1990, ya citada, vino a restablecer la interpretación que se hacía hasta la sentencia de 1.988, comentada, es decir, recuperó la interpretación de la que hemos denominado primera etapa, es decir, hasta que exista sentencia firme, pero respetando siempre la sentencia definitiva, como consecuencia del principio de inmodificabilidad de oficio de las sentencias y demás resoluciones; así., p.ej., nulidad en la notificación de la sentencia, en virtud de la cual, al declarar la misma, se anularía también la declaración de firmeza de la sentencia, pero, respetando la sentencia definitiva, se posibilitándose la interposición del recurso que procediera contra indicada sentencia definitiva, y así obtener más tarde, en su caso, en la instancia ulterior la anulación de aquella misma sentencia definitiva, por la vía adecuada a estos fines (en tal sentido es importante la doctrina que se fija en la STC 198/1994, de 4 de julio; en similar sentido SSTC 271/1994 y 185/1997).

declaración de nulidad de actuaciones¹⁴⁵; c) que no proceda la subsanación; y, d) que se dé audiencia previa a las partes¹⁴⁶.

En cuanto al *trámite de esta declaración de oficio de nulidad de actuaciones*, el mismo no está expresamente desarrollado en la ley; pero, con fundamento en los principios generales del Derecho Procesal y atendiendo a la práctica forense más frecuente, podemos configurar y esquematizar referidos trámites del siguiente modo: 1º) detectado el posible vicio de nulidad (o anulabilidad) por el órgano judicial, o puesto de manifiesto el mismo por alguna de las partes, se dictará proveído¹⁴⁷ al efecto; 2º) en referida resolución se expresarán con claridad los hechos determinantes del vicio de nulidad y su incardinación jurídica, poniéndose así de manifiesto a las partes, a las cuales se les concede la audiencia previa que preceptúa la ley, en esa misma resolución; 3º) en relación con tal audiencia previa, la misma puede llevarse a cabo mediante la citación de las partes a una comparecencia, o bien otorgándoles un breve plazo, para que por escrito aleguen lo que a su derecho convenga, en relación con la cuestión de referencia¹⁴⁸; 4º) presentadas las alegaciones y/o transcurrido el plazo otorgado, o bien en la otra hipótesis, celebrada la comparecencia, se resolverá la cuestión mediante auto, pues así lo exige el art. 245.1.b) LOPJ¹⁴⁹; 5º) contra dicho auto podrán interponerse los recursos ordinarios que quepa interponer contra los autos en el procedimiento concreto en que se dicte el mismo¹⁵⁰. Es preciso insistir en la necesidad de conceder la audiencia previa a las partes, y en tal sentido, el Tribunal Constitucional ha afirmado que:

“...La facultad de declarar de oficio, antes de que recaiga Sentencia definitiva y siempre que no proceda subsanación, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular, se vincula y condiciona, en el correspondiente precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el que se establece (art. 240.2 LOPJ), a la «previa audiencia de las partes». Como quiera que en este supuesto concreto la lectura de las actuaciones judiciales remitidas permite constatar que la Audiencia Provincial de Albacete, al tiempo de resolver recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Valdepeñas en incidente de ejecución promovido en

¹⁴⁵ Los supuestos que dan entrada al incidente de nulidad de actuaciones introducidos en la Reforma de 1997 -que comentaremos más adelante-, han de entenderse incluidos en los citados arts. 238 y 240.1 LOPJ y por tanto es innecesaria su expresa mención, al ser motivos más restrictivos que los expuestos, y reconducibles a algunas de esas categorías ya analizadas.

¹⁴⁶ Audiencia previa a las partes que es esencial, y cuya ausencia determina, a su vez, la nulidad de la declaración de nulidad así efectuada; incluso aunque tal nulidad de actuaciones se suscite *ex officio* en la segunda instancia (en tal sentido es clarificadora la STC 10/1993, de 18 de enero).

¹⁴⁷ Que, entendemos, procede adoptar a través de la forma de propuesta de providencia, conforme al art. 290 y 245.1.a) LOPJ.

¹⁴⁸ La praxis más frecuente es que tal audiencia se sustancie en trámite escrito; en cuanto al plazo que se concede a las partes para evacuarla suele ser variable, así, 3, 5, 10 días, etc., en función de la dificultad del caso, y de los dictados de la prudencia en cada supuesto.

¹⁴⁹ Nótese que indicado precepto dice que las resoluciones judiciales adoptarán la forma de auto, entre otros supuestos, “cuando decidan sobre nulidad del procedimiento...”; tratándose de un auto directo, sin que proceda ser dictado mediante propuesta del Secretario Judicial, pues se trata de uno de los supuestos excluidos de propuesta, conforme al *in fine* del art. 290 LOPJ.

¹⁵⁰ Cierta sector doctrinal, entiende que ese auto es irrecurrible, así, a título de ejemplo, puede consultarse: GÓMEZ DE LIAÑO, “Nulidad de actuaciones y la Constitución”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1992-1, pág. 795.

autos sobre divorcio, declaró la nulidad de lo actuado en la instancia desde la providencia de 31 de mayo de 1988, mas sin que previamente a tal acuerdo diese audiencia a las partes, es evidente que se ha incumplido -por omisión- el requisito establecido en el referido precepto legal.

Ahora bien, constatada tal omisión, es necesario también examinar la incidencia material que la misma tiene sobre el derecho de defensa de las partes, pues este Tribunal viene señalando reiteradamente que no toda irregularidad procesal ostenta relevancia en esta sede constitucional, de forma que sólo aquellos defectos procesales o formales que produzcan el efecto de indefensión material señalado, revestirán trascendencia constitucional susceptible de ser protegida en vía de amparo.

4. Pues bien, en el presente supuesto, la omisión del trámite de audiencia previa de las partes, previsto en el art. 240 de la LOPJ, con anterioridad a la declaración ex officio de nulidad de lo actuado, reviste aquella trascendencia, porque al desconocimiento de tal decisión y a la consecuente imposibilidad de alegar en cuanto su procedencia y condiciones, se une en este supuesto concreto, la relevancia que la audiencia de ambas partes hubiera podido tener en relación con la nulidad decretada (...) Esta contradicción interna de la propia resolución indica por sí misma la conveniencia que en este supuesto habría tenido la audiencia previa de las partes, a fin de que ambas -y también la ejecutante- expusieran ante el órgano judicial cuanto tuvieran por conveniente acerca de la procedencia y alcance de la nulidad que aquél se proponía decretar y, en consecuencia, también sobre la eventual improcedencia del incidente en que se fundamentaba. Al no hacerlo así, el órgano judicial ha omitido un trámite esencial para la defensa de los derechos e intereses de las partes, lesionando, en efecto, el derecho fundamental consagrado en el art. 24.1 de la CE, por lo que la petición de amparo ha de ser, en el presente caso, estimada por tal causa, sin que sea procedente, conforme a lo inicialmente expuesto, el examen de los restantes motivos de vulneración constitucional en que se fundamenta la queja del actor...”

Sentencia Tribunal Constitucional (Sala 1ª) 10/1993, de 18 de enero de 1993. Ponente Sr. Gimeno Sendra

Destacando las innovaciones introducidas mediante la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ, en esta segunda vía o cauce procesal a través del cual hacer valer los vicios de nulidad de actuaciones judiciales, y en su caso declararles judicialmente, las mismas pueden sintetizarse del siguiente modo¹⁵¹:

A) Se establece expresamente la posibilidad de que el mini-procedimiento de declaración de oficio de la nulidad de actuaciones pueda ser iniciado “...a instancia de parte...”, modificación que parece positiva por cuanto viene a aclarar un aspecto que ofrecía dudas interpretativas en esa modalidad de declaración de la nulidad, de forma que las praxis existentes eran diversas, y así unos órganos jurisdiccionales entendían que no era posible que tal nulidad de actuaciones fuera excitada por las partes, y otros,

¹⁵¹ Como recuerda MORENILLA, “...el proyecto de ley orgánica presentado por el Gobierno el 11 de septiembre de 1996 no incluía la modificación del apartado segundo, centrándose en el tema principal del incidente de nulidad de actuaciones tras la firmeza de la resolución (apartados 3º y 4º del art. 240)...”, introduciéndose la reforma del comentado apartado 2 del art. 240 en el trámite parlamentario, concretamente mediante enmienda del Grupo Parlamentario Vasco, que fue admitida en su totalidad, dando lugar a la redacción final del comentado apartado (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según el nuevo artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: consideraciones críticas”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 12 de marzo de 1998, pág. 2).

en cambio, admitían que la misma fuera instada por alguna de las partes; con la reforma queda claro que las partes tienen capacidad de postulación a efectos incoatorios de ese mini-procedimiento de declaración de nulidad de actuaciones¹⁵²; y por tanto, la denominación del mismo como de “declaración de oficio” pierde buena parte de su virtualidad¹⁵³. En todo caso, por parte, en el sentido que se refiere el nuevo apartado 2 del artículo 240 LOPJ ha de entenderse tan sólo las partes en sentido técnico procesal.

B) En otro orden de cosas, manteniéndose el límite temporal en la que se continúa denominando *sentencia definitiva*¹⁵⁴, se añaden las *resoluciones de análoga eficacia*, por cuanto se agrega la expresión “...o resolución que ponga fin al proceso...”, de modo que también con esta modificación se viene a recoger una praxis que se derivaba de la misma configuración de la norma precedente, por cuanto se venía entendiendo que ese límite temporal era de aplicación tanto para las sentencias como para otras resoluciones con similar eficacia.

¹⁵² MORENILLA crítica esta posibilidad de denuncia de parte introducida por la comentada reforma, pues afirma que no alcanza “... a imaginar una resolución judicial que, produciendo indefensión, y antes de adquirir firmeza, solamente pueda ser impugnada a través del apartado segundo del art. 240, sin que, previamente, no haya sido posible su denuncia mediante recurso u otros medios legalmente previstos...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 2). En todo caso, es preciso tener presente que en los respectivos órdenes jurisdiccionales existen determinadas resoluciones que no son recurribles, como ya hemos indicado; así, p.ej., las providencias con contenido material de tal dentro del orden jurisdiccional penal (confr. art. 787 LECrim y concordantes), etcétera; en el proceso civil, no son susceptible de recurso las sentencias dictadas en Juicio Verbal Civil que resuelvan sobre acciones personales basadas en derechos de crédito (art. 732.I LECiv); etcétera.

¹⁵³ No obstante ello hemos preferido mantener esa denominación, como identificativa de esta vía, pues es la más tradicionalmente asentada, tanto en la doctrina, como la jurisprudencia y la práctica forense.

¹⁵⁴ Sobre el concepto de sentencia definitiva y su interpretación por parte del TC a efectos del precepto comentado, puede consultarse una nota anterior, de este mismo capítulo; en todo caso, es preciso indicar que el TC viene diferenciando los conceptos clásicos de sentencia definitiva y sentencia firme, y entiende que procede aplicar este precepto hasta que exista sentencia firme, pero respetando siempre la sentencia definitiva; así, recientemente, ha afirmado que de conformidad con el art. 44.1.a) LOTC y de “...una constante y uniforme doctrina de este Tribunal de la que es un simple ejemplo la STC 271/1994, fundamento jurídico 6.º, el recurrente, que manifiesta haber tenido conocimiento extraprocésal de la sentencia, antes de acudir al amparo constitucional tendría que haber intentado contra aquélla el procedente recurso de casación solicitando al efecto y previamente la notificación formal, *incluso pidiendo la nulidad de la providencia en la que se declaraba la firmeza*. De este modo, agotando el recurso jurisdiccional habría dado oportunidad a los Tribunales para reparar la irregularidad procesal presuntamente causante de la indefensión alegada. Exigencia que no puede calificarse de excesivamente gravosa, habida cuenta de que, preceptivamente, contaba con asistencia letrada (...) En definitiva, concurre en este caso la causa de inadmisión descrita que, en esta fase procesal, debe seguir calificándose como tal, pues «una cosa es la admisión a trámite de una pretensión, que no precluye o determina su final admisibilidad y otra este pronunciamiento específico, equivalente en más de un caso a la desestimación pero distinto por su fundamento extrínseco o formal que permite matizarlo con más rigor intelectual, técnico y jurídico y con efectos importantes desde más de una perspectiva» (STC 247/1994, fundamento jurídico 3.º)...” (STC 185/1997, de 10 de noviembre de 1997, Ponente Sr. Gabaldón López). El CGJP también mostró su preocupación, en relación con el anteproyecto de la que luego sería LO 5/1997, por la delimitación del concepto de sentencia definitiva y sentencia firme y otros conceptos utilizados en el mismo como “sentencia no susceptible de ulterior recurso” o “irrecurrible”, etcétera (“Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOPJ”, aprobado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 12 de agosto de 1996, *Estudios, informes y dictámenes*, CGPJ, Madrid, 1997, pág. 35 y ss.).

En resumen, con la nueva redacción del artículo 240.2 LOPJ parece más acertado considerar esa vía como una posibilidad de denunciar y, en su caso, declarar, tanto de oficio como a instancia de parte, la nulidad de actuaciones judiciales, hasta que hubiere recaído sentencia definitiva, entendida conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional, o resolución de análoga eficacia, como ya hemos indicado; de modo que ahora, la *nota característica de esta vía* o cauce procedimental (la denominada *segunda vía*) no la constituye la forma en que se puede acceder a la misma, sino *el límite temporal-procesal que se señala* para poder acudir a referido mini-procedimiento de declaración de nulidad de actuaciones judiciales¹⁵⁵.

En relación con este cauce o segunda vía, por cuanto afecta al concepto de sentencia definitiva y firme, pero también de aplicación a la que hemos denominado cuarta vía, se suscita la cuestión relativa a la posibilidad de instar nulidad de actuaciones de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, y al respecto, el propio Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente, en el siguiente sentido:

“...Sin embargo, no es posible acceder ni siquiera tramitar las solicitudes de nulidad de la Sentencia 93/1995, de 19 de junio, que puso fin al recurso de amparo núm. 2584/1992, porque una vez dictada dicha sentencia el Tribunal, salvo en lo relativo a su ejecución -y éste no es el caso-, ha agotado su jurisdicción respecto del recurso por ella definitivamente resuelto y, por consiguiente, ha de declarar de oficio la falta de jurisdicción prevista en el art. 4.2 de la LOTC. Así resulta, por lo demás, de lo dispuesto en el art. 164.2 de la propia Constitución, según el cual las sentencias del Tribunal Constitucional «tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente a su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas». De acuerdo con este mandato constitucional, el art. 93.1 de la LOTC repite que «contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno». De ahí que en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no se prevea ninguna actuación procesal ni trámite alguno tendente a sustanciar posibles impugnaciones contra sus sentencias, ni cabe que este Tribunal cree una tramitación que su Ley Orgánica no contempla...”

“...En todo caso no es ocioso recordar que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, para que las irregularidades procesales produzcan el radical efecto de la nulidad de actuaciones es preciso que, como señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, la indefensión que produzcan ha de ser material y efectiva y no simplemente posible. Y dado que la sentencia estimatoria del recurso de amparo obedece a causas objetivas, ya apreciadas en ocasiones anteriores como en ella se indica, en nada hubiera alterado la decisión adoptada las alegaciones que pudieran haber formulado los solicitantes, los cuales las expusieron, como coadyuvantes de la Administración demandada, en su oposición al recurso contencioso-administrativo antecedente, sin que los escritos ahora presentados hayan añadido nada relevante al respecto. Y al rebatir y enjuiciar este Tribunal la fundamentación de la sentencia anulada dictada en el proceso antecedente, examinó todas las alegaciones que en dicho proceso formularon tanto el Ayuntamiento de Valencia como los coadyuvantes y, por tanto éstos, si bien no fueron oídos en el recurso de amparo, sí lo fueron en su

¹⁵⁵ Para ARIAS LOZANO, como ya hemos adelantado, se trata de un incidente de nulidad de actuaciones *ante Sententiam* (ARIAS LOZANO, D., “Nota urgente sobre la resurrección del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Otrósí, publicación del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 134- 2ª época, Madrid, diciembre, 1997, pág. 10).

antecedente y, consiguientemente, la indefensión alegada no ha sido real y efectiva como exige el art. 238.3 LOPJ para la nulidad de actuaciones.

Por otra parte no es verosímil que en un recurso de amparo en el que fue parte recurrida el Ayuntamiento de Valencia donde los solicitantes prestaban sus servicios, desconocieran éstos que se hallaba en tramitación dicho recurso. A ello se refieren los recurrentes de amparo en sus alegaciones, aludiendo a que los solicitantes, en virtud de las consultas que hacían a la asesoría jurídica del Ayuntamiento, estaban al corriente de la tramitación del recurso de amparo por ellos interpuesto, afirmación ésta que, a nuestro juicio, tiene mayor credibilidad que la contraria de no conocer la interposición del recurso de amparo hasta la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial del Estado...”¹⁵⁶

Auto TC núm. 3/1996, de 15 de enero de 1996

4.Tercera vía: Demás medios que establezcan las leyes procesales

También cabe denunciar, y en su caso, declarar, la nulidad de actuaciones, acudiendo a los demás medios que establezcan las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ). En relación con esta tercera vía para declarar actualmente nulidad de actuaciones judiciales, y conforme tiene declarado el TC, cuando contra las situaciones de indefensión jurisdiccional, causadas por esos vicios de nulidad, no estén previstos remedios procesales ante los Tribunales ordinarios, el único remedio, una vez haya recaído sentencia definitiva y firme, es acudir al *recurso de amparo constitucional*, cuyo carácter extraordinario y subsidiario predicado por el art. 53. 2 CE, ha declarado el propio TC, que no se vulnera por el art. 240.2 LOPJ¹⁵⁷. En relación con esos otros remedios procesales ante los Tribunales ordinarios - a que ya nos hemos referido-, la doctrina se encuentra dividida, existiendo incluso opiniones contradictorias¹⁵⁸. Nos interesa tan sólo llamar la atención sobre esta tercera vía, que viene a quedar reducida, en la mayoría de los supuestos, al recurso de amparo constitucional -salvo que proceda

¹⁵⁶ Los hechos de que parte esta resolución, se sintetizan en el fundamento jurídico primero, donde se indica que se había instado del TC “...que se declare la nulidad de actuaciones a partir del momento en el que debieron ser emplazados (art. 51.2 LOTC) en el Recurso de amparo núm. 2584/1992, toda vez que en dicho recurso se ha dictado la Sentencia 93/1995, de 19 de junio, que, afectando a sus nombramientos como Auxiliares Administrativos del Ayuntamiento de Valencia, se ha pronunciado sin que éstos fueran oídos en el proceso de amparo pese a haber sido parte en el procedimiento contencioso-administrativo antecedente del mismo.- La nulidad de actuaciones y, por tanto, de la Sentencia 93/1995 dictada en las mismas, que es como hemos dicho la petición común de todos los escritos, se solicita por cauces procesales diferentes y siempre con apoyo en la indefensión que les ha causado la falta de emplazamiento en el proceso de amparo...”

¹⁵⁷ En tal sentido es clarificador el fundamento jurídico cuarto, en especial el *in fine* de la Sentencia Pleno TC 185/1990, citada, en similar sentido: SSTC 52/1991; 130/1992; 131/1992; 196/1992; 221/1993; 315/1993; etcétera.

¹⁵⁸ Como significativos de tal exposición pueden consultarse: PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, año 1994, pág. 7, el cual sigue en su exposición a FERNÁNDEZ GALILEA, en la obra que referido autor cita en su nota 37. También puede consultarse: BENITO ALONSO, F. “La revocación de sentencias firmes recaídas en procesos viciados de nulidad”, en la *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3432, de 11 de enero de 1994.

audiencia al rebelde¹⁵⁹, o el remedio del mal llamado *recurso* de revisión¹⁶⁰, el recurso de anulación, previsto en el procedimiento penal abreviado (art. 797 LECrim), etcétera.-; lo cual ha ocasionado una desnaturalización del recurso de amparo constitucional, puesta incluso de manifiesto por el entonces Presidente del TS y del CGPJ, en el discurso¹⁶¹ pronunciado con ocasión de la solemne apertura del año judicial 1994/95, y que forzosamente ha de llevar a la búsqueda de soluciones superadoras de tal situación, entre las cuales se encuentra el desarrollo del art. 53.2 CE y otros que propone la doctrina.¹⁶² La problemática de la articulación del recurso de amparo constitucional con los demás medios que establezcan las leyes, así como con la que hemos denominado cuarta vía -el nuevo incidente de nulidad de actuaciones-, a efectos de posibilitar el tratamiento procesal de la ineficacia procesal, será tratada en un posterior epígrafe del presente capítulo¹⁶³.

5. Cuarta vía: El incidente de nulidad de actuaciones creado por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ¹⁶⁴

5.1. Introducción

Precisamente, la reforma introducida por la LO 5/1997, pretende, como afirma su exposición de motivos, dejar planteada “...en términos más razonables la cuestión del desarrollo legal del apartado 2 del artículo 53 de la Constitución, acerca de la tutela

¹⁵⁹ En relación con la audiencia al rebelde es de sumo interés tener en cuenta la doctrina establecida recientemente por el TC, que tras la Sentencia 15/1996, de 30 de enero, *ha flexibilizado bastante los requisitos* para acceder a tal remedio procesal. Un interesante estudio sobre la misma puede verse en GARBERI LLOBREGAT, J., “La nueva (y polémica) doctrina del Tribunal Constitucional sobre el ‘recurso de audiencia al rebelde’ (A propósito de la STC 15/1996, de 30 de enero)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 240, de 4 de abril de 1996.

¹⁶⁰ Decimos mal llamado *recurso* de revisión, como ya hemos razonado, pues precisamente procede su interposición contra sentencias firmes, contra las cuales, por definición, no cabe recurso; por lo que es más adecuado llamarle de forma distinta a recurso, p.ej., *remedio procesal*, etc.; como se puede comprobar, el art. 245.3 LOPJ incurre en la imprecisión jurídica de referirse -si bien implícitamente- al remedio de la revisión, como un recurso.

¹⁶¹ SALA SÁNCHEZ, P., “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1.994/95, leído el 12 de septiembre de 1994.

¹⁶² Al respecto interesa tener en cuenta la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la LOPJ, que dice... “*En el plazo de seis meses, a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de Ley de desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución Española*”; previsión legislativa que, a la fecha en que estas líneas se escriben (1998), habiendo transcurrido, con creces, el plazo previsto, no tenemos noticia de que haya sido llevada a cabo; una interesante propuesta sobre el desarrollo del artículo 53.2 CE es la formulada por SERRERA CONTRERAS (“La protección ordinaria de los derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 173, 17 de noviembre de 1994).

¹⁶³ Precisamente en el último epígrafe, titulado “Recurso de amparo constitucional y nulidad de actuaciones judiciales”.

¹⁶⁴ LAMO RUBIO, J. de, “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al artículo 1º de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Jurídica La Ley*, núms. 4597 y 4598, Madrid, 3 y 4 de agosto de 1998.

judicial ordinaria, por cauces preferentes y sumarios de los derechos fundamentales...”; justificando la *exposición de motivos* de la Ley comentada la reforma que aborda en materia de nulidad de actuaciones judiciales, por “...los problemas planteados¹⁶⁵, las sucesivas posturas del Tribunal Constitucional 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 Tribunal Constitucional, aconsejan vivamente ofrecer aquí solución inmediata al perturbador estado de cosas actual...”, resultando “...apremiante superar la indeseable situación, muchas veces repetida, resultante del tenor literal del apartado 2 del artículo 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en virtud del cual no existe cauce para declarar la nulidad radical de actuaciones por vicio procesal una vez que ‘hubiere recaído sentencia definitiva’...”. Y a tales efectos, “...la Ley opta por establecer un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible...”, así como nulidad de actuaciones fundada en incongruencia del fallo. Como ya tuvimos ocasión de afirmar¹⁶⁶, “...lo que se pretende es resucitar el incidente de nulidad de actuaciones, con carácter excepcional y arbitrarle como cuarta vía para aquellos supuestos en que las partes carecen de todo otro tipo de recursos para hacer valer la nulidad de actuaciones, y siempre y cuanto se cumplan los requisitos...” que establece el artículo que comentamos. En esencia, la reforma de 1997 de la LOPJ, en cuanto a la nulidad de actuaciones judiciales se refiere, afecta fundamentalmente al que hemos denominado aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones, en dos cuestiones, a saber: a) se retoca el régimen de la denominada declaración de oficio (segunda vía), en los términos que ya hemos analizado; y, b) se crea una cuarta vía de declaración de nulidad de actuaciones judiciales: el incidente previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ¹⁶⁷.

El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales viene a configurarse como una *cuarta vía* de declaración de tales vicios de nulidad, y se regula en los nuevos apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ; como ya hemos indicado, trae su última causa de la propuesta de introducción del artículo 240.3 LOPJ que se incluyó en el proyecto de la

¹⁶⁵ El texto publicado en el BOE de 5 de diciembre dice literalmente “plantados”, lo que entendemos se trata de una mera errata y quiere decirse “planteados”.

¹⁶⁶ LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, de 10 de febrero de 1994, citado, en el que se comentaba el proyecto de reforma de la LOPJ de 1994, que luego daría lugar a la citada Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, que contenía un artículo undécimo en el cual se añadía un apartado 3 al artículo 240 LOPJ, modificación que, finalmente, no prosperó; pues es de ver, que la reforma que ahora se comenta trae su última causa del proyecto de reforma de la LOPJ que se analizó en aquel trabajo; sobre indicado Proyecto también puede consultarse el trabajo de PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, año 1994.

¹⁶⁷ Para ARIAS LOZANO, “...en puridad, la reciente reforma Ley Orgánica 7/1997, de 4 de diciembre, recoge *dos* incidentes de nulidad. uno, recogido en el artículo 240.2 LOPJ para denuncia de nulidades antes de Sentencia firme y otro, recogido en los números 3 y 4 del mismo artículo, para denuncia después de ella...”, de modo que podrían ser denominados, respectivamente, como incidente de nulidad *ante Sententiam*, e incidente de nulidad *post Sententiam* (ARIAS LOZANO, D., “Nota urgente sobre la resurrección del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Otrosí, publicación del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 134-2ª época, Madrid, diciembre, 1997, pág. 10).

reforma de 1994 de la LOPJ, si bien, ese apartado 3 del artículo 240 que se pretendía introducir en aquella ocasión no fue, finalmente, aprobado por el Parlamento, en la que resulto ser la LO 16/1994, de 8 de noviembre; ahora, en la LO 5/1997, de 4 de diciembre, se introducen esos dos nuevos apartados (el 3 y el 4) en el artículo 240 LOPJ, instaurando así *un nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales*, que pretende diferenciarse de las demás vías de acceso a la nulidad de actuaciones, en la existencia de sentencia o resolución de análoga eficacia contra las que no procedan ulteriores recursos, así como en determinados vicios de nulidad anteriores o coetáneos a indicada resolución, detectados con posterioridad a la firmeza de la misma. En todo caso, es preciso tener en cuenta que la instauración del nuevo incidente de nulidad de actuaciones implica la derogación tácita del párrafo segundo del artículo 742 LECiv, que tras la reforma operada mediante Ley 34/1984, de 6 de agosto, establece 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”; precepto que, como decimos, ha quedado tácitamente derogado, en virtud del principio de modernidad legislativa, por cuanto la ley posterior deroga a la anterior, siendo quizá deseable que el legislador lo hubiera derogado expresamente, en la nueva Ley ahora comentada¹⁶⁸.

En términos generales es preciso indicar que el incidente ahora considerado se configura con *carácter restrictivo*, lo cual se infiere tanto porque el propio texto del nuevo artículo 240.3 LOPJ expresamente dice que “..excepcionalmente (...) podrán...”, como por la limitación de los supuestos de hecho que son susceptibles de ventilarse en el analizado incidente, así como porque el mismo comentado artículo insiste en que “...el Juzgado o Tribunal inadmitirá a trámite cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones...”, en expresión que habrá de entenderse referida a posibles incidentes solicitando nulidad de actuaciones que no encajen perfectamente en la delimitación que efectúa el nuevo incidente¹⁶⁹. Carácter restrictivo que se apuntala con la lectura de la exposición de motivos de la ley comentada, cuando dice que “...la Ley opta por establecer un sencillo incidente para tratar *exclusivamente* los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible...”¹⁷⁰. Las notas características de este incidente, en opinión de NARVÁEZ RODRÍGUEZ se pueden resumir en las siguientes: a) *excepcionalidad*, que considera como la principal y más característica de esta figura procesal; b) *subsidiariedad*, entendida en el sentido de que únicamente queda abierta

¹⁶⁸ SAINZ DE ROBLES, tras analizar la evolución histórica de la nulidad de actuaciones, afirma que da “...por supuesto que la Ley Orgánica 5/1997 obligará a una modificación del artículo citado (se refiere al art. 742.II LECiv), en la versión de la Ley 34/1984, aun cuando no sea sino por razones estéticas de armonización normativa” (SAINZ DE ROBLES, F.C., “La nulidad de actuaciones. Tribulaciones, muerte y resurrección de una cuestión maldita”, *Tapia. Revista para el mundo del Derecho*, Madrid, enero-febrero, 1998, pág. 6).

¹⁶⁹ Pues, naturalmente, nada impide que se admitan incidentes de otro índole, siempre que aparezcan previstos en la ley que venga en aplicación en cada caso.

¹⁷⁰ Nótese que para nada se refiere, la exposición de motivos comentada, al vicio de incongruencia; la explicación se encuentra en que tal motivo se introdujo en el *iter legislativo*, sin que estuviera previsto en el proyecto de ley, y así, apareciendo en tal trámite parlamentario a través de la correspondiente enmienda, no se efectuaron las necesarias correcciones en la citada exposición de motivos (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 3).

esta vía para aquellos supuestos en que no haya sido posible su denuncia e invocación formal a lo largo del procedimiento; *c) complementariedad*, por cuanto este incidente nace con la única finalidad de suplir los vacíos normativos de la anterior regulación sobre la materia; y, *d) carácter dispositivo*, por cuanto se actúa el mismo a instancia de parte¹⁷¹. Para MORENILLA ATTARD las notas características puede resumirse del siguiente modo: a) se trata de un incidente común a todos los órdenes judiciales; b) tiene carácter excepcional, nota que considera positiva, pues sirve para garantizar la vigencia del principio de seguridad jurídica; y, c) es un presupuesto procesal del recurso de amparo constitucional, cuando el derecho fundamental invocado sea la indefensión en la que se encuentra la parte como consecuencia del acto procesal nulo de pleno derecho¹⁷².

De otra parte, se ha suscitado la cuestión relativa a la aplicación de este nuevo incidente de nulidad de actuaciones en relación con autos dictados por el TC, cuestión que ha sido resuelta por el propio TC en el sentido de negar tal aplicación, por cuanto existiendo previsiones explícitas y específicas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional “...sobre los recursos procedentes frente a los Autos dictados por este Tribunal (art. 93.2 LOTC), no es posible entrar a debatir siquiera la aplicación de reglas extrañas a la misma. Considerar, a mayor abundamiento, que la aplicación supletoria de las nuevas reglas contenidas en el art. 240 LOPJ puede ampararse en la referencia a la «forma de los actos» contenida en el art. 80 LOTC, carece de fuerza argumental, pues el problema aquí en cuestión no se refiere a forma alguna, sino a los recursos o medios impugnatorios existentes frente a las resoluciones de este Tribunal. Tampoco cabrá esa aplicación por vía de analogía cuando ésta vendría a contradecir el tenor explícito e indubitado de una regla de las contenidas en nuestra Ley Orgánica...” (Auto TC 46/1998, de 24 de febrero de 1998)¹⁷³.

¹⁷¹ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998, pág. 2.

¹⁷² MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 2 y ss.

¹⁷³ Pues, “...claro, en primer lugar, que el art. 93.2 LOTC prevé explícitamente que contra los Autos dictados por este Tribunal «sólo procederá, en su caso, el recurso de súplica (...)», como también, en segundo y último, que mediante dicho remedio hubiera sido posible el examen de las alegaciones realizadas por el recurrente en su escrito de solicitud de nulidad. El problema, como también nos recuerda el Abogado del Estado, radica en que tal recurso tiene explícitamente establecido un plazo de interposición de tres días (art. 93.2 segundo inciso LOTC), plazo de sobra transcurrido cuando fue presentada ante este Tribunal la tan reiterada solicitud de nulidad. Siendo, por ello, extemporáneo, no cabe calificar tal solicitud como el recurso de súplica que nuestra Ley Orgánica prevé como único remedio procedente frente a los Autos dictados por este Tribunal, ni proceder al examen de sus argumentos como si de tal recurso de súplica se tratase (...) La exclusividad, por lo demás, de esta vía procesal se impone con suficiente evidencia. La aplicación supletoria, sea de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sea de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a que se refiere el art. 80 LOTC, con independencia de que sea admisible en algún supuesto más allá de los explícitamente mencionados en este último precepto - por razón de analogía y «en la medida en que no vaya contra la Ley Orgánica y sus principios inspiradores» (STC 86/1982, fundamento jurídico 2.º)-, sólo tiene sentido plantearla en ausencia de específica regulación de nuestra propia Ley Orgánica, pues de otro modo más que de supletoriedad estaríamos en presencia de una regulación alternativa a la contenida en la Ley Orgánica que, por mandato constitucional (art. 165 CE), es la única por la que puede regirse el procedimiento a seguir ante este Tribunal...” (Auto TC 46/1998, de 24 de febrero de 1998).

5.2. Objeto

De todas los posibles supuestos de nulidad de actuaciones judiciales, tan sólo es posible sustanciar a través del nuevo incidente los dos siguientes: a) aquellos que se fundamenten en “ defectos de forma, que hubieran causado indefensión...”; y, b) aquellos que se funden en la incongruencia del fallo de la sentencia o resolución irrecurrible.

5.2.1. Defectos de forma causantes de nulidad de actuaciones

En relación con los *defectos de forma causantes de nulidad de actuaciones judiciales*, se exigen los siguientes requisitos para acudir a este cauce procesal, a saber: a) que hayan causado indefensión¹⁷⁴; b) que no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso; y, c) que la sentencia, o en su caso, resolución que pongan término al proceso, “...no sean susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida...” En líneas generales nos parece acertada la configuración de este supuesto de hecho habilitante del nuevo incidente de nulidad de actuaciones; pero hemos de afirmar que continúan vigentes las objeciones que ya efectuáramos en su momento, en relación con el anterior intento de reforma del régimen de declaración de la nulidad de actuaciones judiciales¹⁷⁵, por cuanto con la expresión “...no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso...”, se introduce una limitación temporal que conduce a tener que entender que se está refiriendo tan sólo a los procesos declarativos (o según otros sectores doctrinales fase declarativa del proceso), y por tanto, siguen vigentes los interrogantes que nos hacíamos en aquella otra ocasión, pues, ¿qué tratamiento ha de darse a aquellos supuestos de hecho que sean encuadrables en el objeto definido, pero que sucedan una vez exista sentencia firme o se está ejecutando, es decir, nos encontramos en el proceso de ejecución (o fase de ejecución, según otros sectores doctrinales), y los posibles defectos de forma que han causado indefensión no afectan a la sentencia o resolución firme, que puso término al proceso declarativo?. ¿Podrá, en estos casos, admitirse este excepcional incidente, o bien deberá ser inadmitido y remitir a las partes a la procelosa vía del recurso de amparo...?. Es esta una cuestión bastante trascendental, pues son frecuentes los supuestos de nulidad de actuaciones que se plantean en el proceso de ejecución¹⁷⁶ (o fase de ejecución de sentencia) por hechos posteriores al momento de la

¹⁷⁴ Sobre el concepto de indefensión, a efectos de nulidad de actuaciones, puede consultarse, entre otros: BORRAJO INIESTA, I., “La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *Principios constitucionales en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 269 y ss.; GUILLO SÁNCHEZ- GALIANO, A., “La nulidad de actuaciones en el proceso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *Actualidad Administrativa*, 1992-3, pág. 360 y ss.; LAMO RUBIO, J. de, “Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales”, publicación de separata en *Revista de los Tribunales de Castilla-La Mancha*, abril, 1997; MARTÍN DE LA LEONA, J.M., “Nulidad de actuaciones. Principios informadores y clasificación”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *Nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 24 y ss.; etcétera.

¹⁷⁵ LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, *op. cit.*

¹⁷⁶ Un interesante estudio sobre un importante aspecto de esa nulidad de actuaciones en ejecución de sentencia, puede consultarse en: ROBLEDO VILLAR, A., “Sobre la nulidad de actuaciones en el apremio de bienes inmuebles por práctica defectuosa de actos de comunicación”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1997-1, pág. 2035 y ss.

firmeza de la sentencia y que no afectan al principio de inmodificabilidad de las sentencias, y para los cuales no procediendo alguno de los recursos articulados por las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ), debería acudir¹⁷⁷, en principio, al recurso de amparo, como ya se ha indicado, pues no tienen tampoco cabida en el nuevo incidente de nulidad de actuaciones¹⁷⁸.

5.2.2. Nulidad de actuaciones fundada en incongruencia del fallo

El otro supuesto susceptible de ventilarse a través del nuevo incidente lo constituye la *nulidad de actuaciones fundada* “...en la incongruencia del fallo...”, que naturalmente exige que la sentencia o resolución tachada de incongruencia “...no sean susceptibles de recurso...”, pues en caso de proceder alguno, deberá hacerse valer tal vicio a través del recurso correspondiente; y, naturalmente, este cauce no procederá cuando tal incongruencia del fallo sea susceptible de ser reparada a través de cualquier otro remedio procesal, señaladamente mediante la denominada *aclaración de sentencias*, que se regula en el artículo 267 LOPJ¹⁷⁹. En los demás casos procederá acudir al incidente ahora analizado si se dan, además, los demás requisitos que iremos exponiendo. En cuanto al concepto de incongruencia del fallo, ha de estarse a los respectivos órdenes jurisdiccionales, y en sede de los mismos partir de los respectivos

¹⁷⁷ LAMO RUBIO, J. de., “Nulidad de actuaciones y ejecución de sentencia”, ponencia inédita, expuesta en el curso sobre *Fe Pública y Nulidad de actuaciones*, organizado por el Servicio de Formación de la Secretaría General de Justicia, y que tuvo lugar en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, durante los días 12 al 14 de diciembre de 1994, en Madrid; en aquella ponencia analizábamos en profundidad estas cuestiones; a la vista de la jurisprudencia allí expuesta, tanto del TC como del TS, podemos llegar a las siguientes conclusiones: A) Se aprecia una tendencia evolutiva en la Jurisprudencia del TC, que pretende flexibilizar la aparentemente encorsetada interpretación que se verificó en la Sentencia 185/1990; flexibilización que nos parece muy adecuada y que supone un esfuerzo en esa reinterpretación del Ordenamiento Jurídico a la que el propio TC animó a los operadores jurídicos en indicada Sentencia. B) Quizá sea preciso añadir que esa flexibilización parte del discernimiento entre aquellos supuestos de nulidad de actuaciones que afectan de forma directa a la Sentencia y aquellos otros supuestos que afectan de forma directa a otra clase de resoluciones distintas a Sentencia, sin resultar éstas afectadas; discriminación que es muy importante, y además adecuada a la diferente consideración que el ordenamiento jurídico confiere a esas dos grandes categorías de resoluciones judiciales. C) Y además, esta tendencia jurisprudencial nos puede ofrecer determinadas claves, e incluso soluciones, para afrontar aquellos supuestos de nulidad de actuaciones que, presentados en ejecución de sentencia, para nada afectan a la sentencia, preservando en todo caso el principio de inmodificabilidad de oficio de las sentencias una vez firmadas. Entendemos, pues, que esta Jurisprudencia ofrece al intérprete múltiples vías de solución del, a veces, acuciante problema de la nulidad de actuaciones, sobre todo de oficio. D) Pero en todo caso, lo deseable sería que se clarificará la situación legislativa sobre la materia, sin que todas las soluciones necesarias de esta clase de problemas pasen, precisamente, por el pretendido desarrollo del art. 53.2 de la Constitución.

¹⁷⁸ Hubiera sido esta reforma una buena ocasión para dar también adecuada solución a esa rica problemática que plantean las *nulidades de actuaciones en ejecución de sentencia y por hechos posteriores a la firmeza de la sentencia*. Entendemos que, con la reforma analizada, sigue sin darse respuesta adecuada a esa cuestión. ¿Tendremos que esperar a que algún día se instaure una *quinta vía*...?

¹⁷⁹ En todo caso, es preciso tener en cuenta que el Tribunal Constitucional “...se ha mostrado sumamente riguroso en cuanto a invariabilidad de las sentencias a la hora de utilizar las facultades aclaratorias del art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (SSTC 23/1994, 304/1993, 380/1993), no sin alguna inflexión doctrinal, como la apuntada por el Auto TC de 12 de julio de 1990...” (“Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOPJ”, *op. cit.*, pág. 30).

conceptos de congruencia¹⁸⁰ de sentencias y demás resoluciones judiciales, y en todo caso, tener presente que no es posible infringir tal principio a través de los *obiter dicta*¹⁸¹. Para MORENILLA, “...debido al carácter extraordinario del incidente (...), es necesario interpretar el motivo basado en la incongruencia del fallo en un sentido restrictivo, admitiendo tan sólo la incongruencia que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24.1 de la Constitución), y, por tanto, rechazando la posibilidad de invocar derechos de naturaleza procesal sin contenido constitucional...”, pues, por el contrario, “...admitir la validez del motivo basado en incongruencia sin que haya producido indefensión para la parte perjudicada, sería tanto como convertir en ordinario este incidente extraordinario...”¹⁸²; por otra parte, NARVÁEZ, tras exponer la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el concepto de incongruencia del fallo, concluye afirmando que “...habrá que incluir como susceptibles de nulidad de actuaciones todas las resoluciones que pongan término a un proceso en las que concurra alguna de las tres manifestaciones de incongruencia posibles: ‘interna’ o afectante exclusivamente a la contradicción entre los fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución, ‘omisiva’ o atinente a aquel supuesto en que la resolución no ha atendido a alguna o algunas de las pretensiones de las partes; y *extra petita* o *ultra petita*, que se produce cuando el órgano jurisdiccional aborda en su resolución otras cuestiones ajenas totalmente a las pretensiones de las partes, o concede algo no solicitado por las mismas...”¹⁸³.

5.3. Competencia

Se atribuye la competencia para conocer del nuevo incidente de nulidad de actuaciones al “...mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza...”, en redacción similar a la del proyecto de 1994, por lo que entendemos vigentes las objeciones ya efectuadas en aquella ocasión, y así, se suscita la duda, p. ej., en el caso de que la sentencia o resolución de que se trate sea dictada por la

¹⁸⁰ Así, parece innecesario recordar que no es equivalente el concepto de congruencia existente en el aspecto penal del proceso penal, que en el aspecto civil dentro de esa misma clase de procesos; y que en los órdenes civil, contencioso-administrativo, etcétera, existen las respectivas matizaciones al principio de congruencia de las resoluciones.

¹⁸¹ Sentencia Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 1997. Ponente Sr. O’Callahan Muñoz .

¹⁸² Y añade que “...la admisión de la enmienda por el legislador, con la consiguiente ampliación de los motivos de nulidad de actuaciones, extiende de manera inquietante el campo de acción del incidente de nulidad. Es aquí donde observamos una más que posible utilización del incidente de nulidad en el ámbito penal, con los graves problemas que ello supone por la especial importancia de los derechos protegidos...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 3 y ss.).

¹⁸³ Con cita de abundantemente jurisprudencia del TC, que resume afirmando que el TC ha configurado la incongruencia del fallo como “...el derecho de las partes a obtener una resolución motivada del órgano jurisdiccional que, fundada en Derecho, atienda a todas las pretensiones de aquellas, correspondiendo sus razonamientos jurídicos de forma coherente con las mismas, de manera que, de una parte, los que ostentan interés en el asunto tomen cabal conocimiento de los argumentos esgrimidos por el tribunal para estimar o desestimar sus pretensiones, determinando el hilo conductor que le llevó a las mismas, y de otro lado, puedan así ejercitar los recursos previstos por el ordenamiento jurídico para impugnar tales resoluciones...” (NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998, pág. 3).

Audiencia Provincial y la causa de nulidad (sobre todo en caso de defectos de forma causantes de indefensión) se ha producido ante el órgano judicial *a quo* (JPI, JI, JP, etcétera), pero no ha podido ser advertida hasta después de que esa sentencia haya ganado firmeza, y se trata de aquellos procesos en los cuales la sentencia de la Audiencia es firme por ministerio de ley, en cuyo caso, ¿qué órgano judicial es el competente¹⁸⁴ para tramitar y resolver el incidente de nulidad de actuaciones? . Si nos atenemos al tenor literal del precepto comentado (art. 240.3 LOPJ) hemos de concluir que será competente la Audiencia Provincial, pues es el órgano judicial que ha dictado la sentencia firme; solución que no es muy satisfactoria, dado que si la sentencia hubiera ganado firmeza por ser consentida por las partes, al no haberse recurrido, la competencia para conocer del mismo hecho sería del órgano judicial que dictó en primera instancia la sentencia (el órgano judicial *a quo*); como ya tuvimos ocasión de manifestar, no parece razonable que una misma clase de asuntos, sobre todo del tipo de los que estamos tratando, que son cuestiones de orden público, es decir, de *ius cogens*, pueda estar atribuido su conocimiento a una u otra clase de órgano judicial, a voluntad indirecta de las partes¹⁸⁵.

5.4. Legitimación

En cuanto a la *legitimación activa*, se establece que el incidente ahora analizado podrá instarse por “parte legítima”, y al respecto se suscita la cuestión acerca de qué hemos de entender por tal parte legítima; es decir, sobre si tal expresión se está tan sólo refiriendo a las partes en sentido técnico procesal, o también comprende a los terceros a los que pueda afectar la nulidad que se pretende. A similitud de lo que ya decíamos con ocasión del proyecto de 1994, deberá estarse al caso concreto para dar respuesta a esta cuestión, si bien entendíamos y continuamos ahora haciéndolo que nada impide, en principio, que pueda instar este incidente alguien que aparentemente sea un tercero al proceso, pues, en el momento en el que lo insta no es parte en sentido formal, pero que plantee dicho incidente, precisamente, porque entienda que debe ser parte en el concreto proceso de que se trate y al que no ha sido llamado en forma; si bien, en todo caso, hemos de insistir que la admisión de terceros ha de ser restrictiva y analizarse caso a caso¹⁸⁶. En cuanto a la *legitimación pasiva* nada se dice en el precepto analizado, pero

¹⁸⁴ Se plantea la duda entre sí puede ser la Audiencia Provincial, que es la que ha dictado la sentencia firme, o bien el órgano judicial *a quo*, que ha sido ante el que se ha originado el “defecto de forma que ha producido indefensión...” (LAMO RUBIO, J., de “El resurgir del incidente...”, *op. cit.*). Naturalmente, el ejemplo puede también trasladarse a la intervención de otras clases de órganos jurisdiccionales.

¹⁸⁵ LAMO RUBIO, J., de “El resurgir del incidente...”, *op. cit.* En cambio, MORENILLA estima que “...es éste uno de los aciertos del legislador, pues nadie mejor que el órgano judicial autor del auto o sentencia irrecurribles para examinar la licitud de la petición, teniendo en cuenta que ya conoce y están a su disposición, no sólo las actuaciones practicadas, sino las particularidades del caso en cuestión...” (*sic*); pero añade que tal distribución competencial tiene el inconveniente “...de una posible reticencia del órgano judicial a reconocer la nulidad de actuaciones practicadas en un litigio que el mismo resolvió, con lo que el carácter excepcional de este incidente puede ser llevado a sus últimas consecuencias...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 4).

¹⁸⁶ En el mismo sentido se pronunció el CGPJ al afirmar que “...sin embargo, es precisamente a los que indebidamente no hayan sido parte a quienes es más necesario dar oportunidad de audiencia y defensa. De ahí que debería decirse “quienes sean o hubieran debido ser parte legítima en el proceso...” (“Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, aprobado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 12 de agosto de 1996, *Estudios, informes y dictámenes*, CGPJ,

ha de entenderse que pasivamente están legitimados el resto de partes del concreto proceso en que se pretenda hacer valer esa posible nulidad de actuaciones.

5.5. Plazo

Establece el segundo inciso del segundo párrafo del apartado 3 del artículo 240 LOPJ que "...el plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la sentencia, la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión..."; como ya afirmamos en relación con el proyecto de reforma de 1994, parece prudente el establecimiento del plazo de veinte días¹⁸⁷, que han de entenderse procesales, es decir hábiles; y también poníamos de manifiesto que el segundo de los criterios de cómputo, es decir, el que se establece en relación con la fecha en que la parte legítima tuvo conocimiento del defecto de forma causante de indefensión, podía suscitar problemas de prueba de tal conocimiento; ahora, en el texto que comentamos, se establece una prevención en evitación de esos problemas, y entendemos que también para ofrecer más seguridad jurídica¹⁸⁸ a las sentencias y demás resoluciones susceptibles de cuestionarse a través del nuevo incidente de nulidad, por cuanto se establece que en esos supuestos -es decir, cuando se pretenda computar el plazo desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión-, en ningún caso puede "...solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución..."; se trata de un límite de carácter temporal absoluto que pretende poner coto a posibles situaciones indeseadas de "debilitamiento" de la firmeza de determinadas sentencias y resoluciones de análoga eficacia¹⁸⁹.

Madrid, 1997, pág. 35). En similar sentido NARVÁEZ afirma que por partes, a los efectos de este incidente de nulidad de actuaciones, ha de tenerse tanto las comparecidas en el proceso, como también "...aquellas otras que tuvieren un interés legítimo en la cuestión de fondo que haya sido resuelta, aun cuando formalmente no hubieren comparecido en el mismo..." (NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., "Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo", cit., pág. 2). También MORENILLA, tras examinar el *iter legislativo*, se inclina por entender que por 'parte legítima' debe entenderse "...el sujeto titular del derecho fundamental vulnerado (indefensión) por la actuación procesal, con independencia de si era o no 'parte procesal' en el litigio..." (MORENILLA ALLARD, P., "El 'incidente de nulidad de actuaciones' según ...", cit., pág. 3).

¹⁸⁷ Plazo que parece tomado, miméticamente del existente para interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (confr. art. 44 LOTC).

¹⁸⁸ En estos supuestos y en relación con la proyectada reforma de 1994, PÉREZ-CRUZ MARTÍN se pronunció a favor del establecimiento de "...un plazo de prescripción (a semejanza del establecido en el art. 1800 LECiv) a partir de la fecha de la notificación de la sentencia que impidiera prolongar *"sine die"* la incertidumbre frente a cualquier resolución firme..." (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. "Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ", en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, año 1.994, pág. 12). En similar sentido, VERGE GRAU comentando el proyecto de Ley que ha dado lugar a la Ley Orgánica ahora comentada, en el cual no se contenía la previsión de ese límite absoluto de los cinco años desde la notificación de la sentencia, afirmaba que "... si se concede el incidente de nulidad después de sentencia firme, que puede presentarse en el plazo de veinte días desde que la parte *"tuvo conocimiento del defecto"*, se va a permitir, tanto a las partes personadas como a los ausentes (involuntarios o rebeldes) mantener, indefinidamente, la precariedad de una sentencia firme, perpetuando *la inseguridad jurídica ad libitum...*" (VERGE GRAU, J., "¿Un nuevo incidente de nulidad?", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 259, 5 de septiembre de 1996).

¹⁸⁹ Estima el CGPJ que, "...probablemente el mayor de los inconvenientes que tiene el incidente de nulidad contra sentencias firmes y en general cualquier procedimiento rescisorio de los actualmente

En relación con el cómputo del plazo se establece, en la disposición transitoria primera de la Ley comentada, una norma específica de carácter intertemporal, para aquellos procesos que hubiesen finalizado por resolución o sentencia irrecurrible dentro del mes anterior a la promulgación de la citada Ley, en cuyo caso, "...el plazo para solicitar la nulidad, establecido en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se contará a partir del día siguiente a dicha promulgación."

5.6. Tramitación

En el proyecto de 1994 nada se establecía en relación con la tramitación a dar al incidente que entonces se pretendía establecer; ante lo cual se suscitaba, precisamente, la duda acerca de cuál sería el trámite a seguir¹⁹⁰; en cambio en el nuevo incidente de nulidad introducido en la reforma de 1997 se dedica, precisamente, el apartado 4 del nuevo artículo 240 LOPJ a regular, sucintamente, tal aspecto.

La petición de nulidad que se pretenda sustanciar por el nuevo incidente deberá formularse *mediante escrito*, pues así lo establece expresamente en el apartado 3 del artículo 240 LOPJ, cuando dice que las partes legítimas "...podrán pedir por escrito...", y también se refiere al mismo el apartado 4 del citado artículo; a dicho escrito pueden acompañarse los documentos que se estimen conducentes a acreditar lo que se alegue ("...para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde...", dice el apartado 4 del artículo 240 LOPJ), y copia para las restantes partes, tanto del escrito como de los documentos. Presentado el escrito y, en su caso, documentos acompañatorios, así como copias de todo ello, pidiendo la nulidad de actuaciones en alguna de las modalidades objeto del incidente analizado, el órgano judicial competente procederá a decidir sobre si admite o no a trámite tal pretensión; al respecto, pueden darse varias hipótesis:

A) Inadmisión. En el caso de que no se trate de un supuesto de nulidad de actuaciones de los que dan entrada a este incidente, o bien que haya transcurrido el plazo para solicitar la incoación del mismo, procederá inadmitir a trámite el escrito, pues así se deriva tanto del *in fine* del artículo 240.3 LOPJ, como del carácter restrictivo

previstos en las leyes procesales, como el de revisión o la audiencia al demandado rebelde..." proceda de la configuración del plazo para promover los mismos; y así, en relación con el incidente de nulidad de actuaciones, afirma que aun siendo cierto que "...los defectos de audiencia, por definición, difícilmente pueden sujetarse a un plazo general e incondicionado, salvo que se recurra a una presunción legal de conocimiento por medios siempre artificiosos de notificación, como la publicación en diarios oficiales, origen de un sinnúmero de situaciones patológicas en la actualidad...", también es cierto que "... no puede dejarse a una circunstancia puramente aleatoria la obtención de la certeza y seguridad jurídica que están en la base del instituto de la cosa juzgada, puesto que siempre puede quedar un posible perjudicado al margen del proceso y de la resolución final del mismo..." ("Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOPJ", *op. cit.*, pág. 37 y ss.).

¹⁹⁰ Así, nosotros nos inclinábamos por entender que la tramitación a dar sería la de los incidentes de la LECiv (LAMO RUBIO, J. de, "El resurgir del incidente...", *op. cit.*); para PÉREZ-CRUZ MARTÍN la tramitación podría "...acomodarse a un procedimiento declarativo abreviado, muy parecido al actual verbal..." (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. "Comentario al artículo undécimo del proyecto." *op. cit.*, pág. 13). Ahora, en el texto aprobado en la reforma de 1997 se evita esa indeseada indeterminación, al fijar expresamente un trámite a seguir.

del nuevo incidente de nulidad. Nada se dice sobre la forma que ha de adoptar tal decisión; evidentemente, conforme a las normas generales [confr. art. 245.1.b) LOPJ] deberá ser mediante auto. Tampoco se dice nada acerca del régimen de recursos contra esa resolución de inadmisión; ante el silencio legal entendemos que se aplicará el régimen de recursos ordinarios que contra los autos procedan en la clase de procedimiento en que se sustancie la petición que se inadmite¹⁹¹.

B) Subsanación. Caso de no presentarse copias con el escrito y documentos acompañados, y, si *prima facie*, proceda la admisión del escrito, procederá, con carácter previo el requerimiento a la parte para que, en el breve plazo que se le señale, las aporte, con apercibimiento de que caso contrario serán expedidas a su costa; dictando al efecto providencia, adoptada mediante la preceptiva propuesta del Secretario Judicial [arts. 245.1.a) y 290 LOPJ].

C) Admisión y posteriores trámites. Y finalmente, en aquellos supuestos en que se cubran los requisitos establecidos, ya detallados, se procederá a admitir a trámite la petición formulada. Tampoco, en este supuesto, se dice la forma que ha de adoptar esta decisión; al respecto, entendemos que se aplicarán las normas generales [art. 245.1.a) y 290 LOPJ], y en consecuencia se tratará de una providencia, adoptada mediante propuesta del Secretario Judicial. En referida resolución admitiendo a trámite el incidente de nulidad de actuaciones junto con la decisión de admisión a trámite, se acordará además dar traslado, a las demás partes, por un plazo común de cinco días, para que puedan “...formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañaran los documentos que estimen pertinentes...” (*in fine* del art. 240.4 LOPJ). En el supuesto de admisión a trámite del escrito e incoación del incidente de nulidad se suscitan varias cuestiones:

1ª) *Una primera es la relativa a la eficacia suspensiva o no de la sentencia o resolución a la que se achaca el vicio de nulidad.* Al respecto, el propio artículo 240.4 LOPJ establece la regla general de que la admisión a trámite del escrito en que se pida la nulidad que venimos comentando, “...no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles...”; regla general que encuentra su excepción en aquellos supuestos en que caso de no suspender tal ejecución y eficacia “...el incidente pudiera perder su finalidad...”, en cuyo supuesto deberá decretarse la suspensión. Nada se establece al respecto sobre trámite a dar a tal artículo de suspensión; entendemos que dada la simplicidad que se pretende imprimir al nuevo incidente de nulidad, en cuanto a la cuestión de la suspensión de la sentencia o resolución tildada de alguno de los vicios determinantes de nulidad que son objeto del mismo, deberá interesarse por la parte promotora del incidente, lo cual podrá efectuarse en el mismo escrito incoatorio, mediante el correspondiente otrosí, y de tal pretensión deberá darse traslado al resto de partes, en un breve plazo (2 o 3 días), o incluso por el mismo plazo que el traslado principal, con independencia del traslado sobre la cuestión

¹⁹¹ El CGPJ en su citado Informe postulo que “...las facultades de inadmisión preliminar del incidente deberían ampliarse notablemente respecto de la regulación contenida en el anteproyecto, para permitir la inmediata resolución de aquellas solicitudes carentes manifiestamente de fundamento, a fin de evitar toda utilización abusiva o dilatoria de este remedio procesal...” (“Informe sobre el Anteproyecto...”, cit., *Estudios, informes y dictámenes*, op. cit., pág. 36).

principal, resolviéndose mediante auto, contra el que procederán los recursos ordinarios. En todo caso, parece prudente entender que, en la práctica forense, la regla que pretende ser general, acabará siendo la excepción, y que dados los parámetros¹⁹² que se establecen en el precepto comentado para acordar la suspensión, la excepción acabará haciéndose regla general, pues es difícil imaginar supuestos en que la no suspensión de la ejecución y eficacia de las resoluciones sospechosas de nulidad no frustre la finalidad del incidente de nulidad que se entabla. Para MORENILLA, “...el silencio de la ley, teniendo en cuenta la semejanza entre la regulación de la medida cautelar del art. 240 y la realizada por el Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su art. 56, podrá suplirse con la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional sobre este último precepto, extrayendo de la misma los criterios a seguir de cara a la admisión o no de la suspensión solicitada por el denunciante¹⁹³”. La novísima LRJCA98, al establecer en el art. 137 que “todas las cuestiones incidentales que se susciten en el proceso, se sustanciarán en pieza separada y sin suspender el curso de los autos...”, parece romper con la posibilidad de suspensión que brinda en artículo 240.4 LOPJ que estamos comentando; a pesar de la tajancia de los términos del precepto de la LRJCA98, entendemos que dada la nota de generalidad que en la regulación que de la materia se contiene en LOPJ, ha de estarse a lo establecido en la misma¹⁹⁴.

2ª) *Otra cuestión de interés es la relativa a si el incidente ha de sustanciarse en los autos principales o bien ha de formarse pieza separada.* Al respecto nada se dice expresamente en el comentado precepto. Ante el silencio legal, y teniendo en cuenta el espíritu de simplicidad que inspira el incidente analizado, así como la que es práctica

¹⁹² Entre los cuales se echa de menos, para evitar la utilización del incidente con efectos dilatorios o similares, la falta de previsión de algún tipo de cautela o caución a adoptar a cargo de quien inste la suspensión de la ejecución de la resolución firme, en los supuestos en que se acuerde la misma, a similitud, p.ej., de lo que se prevé, para el caso de interposición de recursos durante la ejecución forzosa, en el artículo 570 del *Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998* (en el cual se lee lo siguiente: “Art. 570. *Interposición de recursos ordinarios y suspensión.*- La interposición de recursos ordinarios no suspenderá, por sí misma, el curso de las actuaciones ejecutivas. Sin embargo, si el ejecutado acredita que la resolución frente a la que recurre le produce daño de difícil reparación podrá solicitar del Juez la suspensión de la actuación recurrida, *prestando fianza suficiente para responder de los perjuicios que el retraso pudiera producir*”).

¹⁹³ Y de este modo, indica que “...es doctrina reiterada de ese Tribunal que la suspensión de resoluciones judiciales firmes tienen ‘carácter excepcional’, de aplicación ‘restrictiva’, siendo, por tanto, ‘la regla general la de no suspender la ejecución de tales resoluciones’ habida cuenta que supone de por sí una cierta perturbación del interés general, consistente en mantener su eficacia...”; recayendo sobre el solicitante tanto la carga de la alegación (petición fundada de la suspensión a instancia de parte), como el *onus probandi* de acreditar ‘suficientemente’ el ‘perjuicio irreparable’ (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, cit., pág. 5, con cita de varios Autos del TC, entre otros el A.TC 419/1997, de 22 de diciembre de 1997 (caso ‘Filesa’), que contiene un síntesis de la doctrina existente, sobre el particular).

¹⁹⁴ El art. 137 LRJCA98 se integra dentro del capítulo III del Título VI que trata sobre “disposiciones comunes a los Títulos IV y V”, llevando por epígrafe aquel capítulo precisamente el de “incidentes e invalidez de actos procesales”, pero a pesar de la pretensión de tal epígrafe, el indicado capítulo tan sólo contiene el art. 137 ya comentado y el 138 que se refiere exclusivamente a la subsanación de los actos procesales, en regulación ya comentada en el anterior capítulo de esta obra, y que, en esencia, asume la línea jurisprudencial existente acerca de la subsanación de los actos procesales; en definitiva, la LRJCA98 no contiene una regulación general sobre la ineficacia de los actos procesales, sino que tan sólo trata fragmentariamente sobre el tema.

generalizada en relación con el mini-procedimiento a que da lugar el art. 240.2 LOPJ, ya comentado, y las reglas sobre la suspensión de la ejecución y eficacia de las resoluciones atacadas en el incidente como sospechosas de nulidad, así como los criterios establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la formación de pieza separada en los incidentes (confr. arts. 744 a 746 LEC) nos inclinamos por entender que no será precisa la formación de pieza separada, debiéndose sustanciar en los autos principales, cuando se acuerde la suspensión de la eficacia y ejecución de la resolución atacada; y en cambio será precisa la formación de pieza separada cuando no se acceda a la suspensión de tal resolución¹⁹⁵.

3ª) Finalmente se suscita la cuestión sobre si el incidente de nulidad admite otros tipos de prueba distintos a la documental a que se refiere el artículo 240.4 LOPJ. Al respecto nada dice el precepto comentado. En cambio, al referirse expresamente a los documentos parece querer excluir el resto de pruebas, pues lo evidencia el hecho de que no se dispone nada acerca de apertura de periodo probatorio alguno. Entendemos que, dada la simplicidad que se pretende imprimir al incidente de nulidad estudiado, no serán admisibles otras pruebas que las consistentes en documentos tendentes a acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde (art. 240.4 LOPJ)¹⁹⁶; no admitiéndose otra clase de pruebas y no existiendo propiamente periodo probatorio, carece, por tanto, también de sentido la existencia de fase conclusiva del incidente, a la cual tampoco se refiere el precepto estudiado.

5.7. Resolución

El incidente de nulidad de actuaciones que se establece en los apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ concluye, bien cuando contestan las restantes partes al traslado conferido, o bien cuando dejan transcurrir, las que no contesten, el plazo concedido, con lo que habrá precluido su oportunidad procesal de hacerlo; en cualquiera de esos supuestos, ha de tenerse por concluido el incidente, dictando al efecto diligencia de ordenación por el Secretario Judicial, en la que así se acuerde y además se disponga que pasen los autos al Juez o Magistrado Ponente -según se trate de órgano judicial unipersonal o colegiado-, para dictar la resolución que ponga término al citado incidente. Nada se dice en la ley sobre la clase de resolución que ha de poner término al incidente analizado¹⁹⁷. Ante el silencio legal hemos de acudir a las normas generales, y

¹⁹⁵ Similares consecuencias procede extraer a la luz del art. 137 LRJCA98, al que ha nos hemos referido en un pasaje anterior de este epígrafe.

¹⁹⁶ En contra de este parecer se pronuncia SAINZ DE ROBLES que afirma que "...el procedimiento parece admitir sólo la prueba documental. Quizá no se ha caído en la cuenta de que esta limitación probatoria puede desencadenar nuevas indefensiones. sospecho y espero que, contando con la potestad general del juez para rechazar pruebas impertinentes, superfluas o inoportunas, la práctica excluirá esta restricción probatoria" (SAINZ DE ROBLES, F.C., "La nulidad de actuaciones. Tribulaciones, muerte y resurrección de una cuestión maldita", *Tapia. Revista para el mundo del Derecho*, Madrid, enero-febrero, 1998, pág. 6); también a favor de admitir otras clases de pruebas, distintas a la documental, se muestra URBANO CASTILLO ("Sobre la nulidad *post sententiam*", *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 20 de julio de 1998, pág. 16).

¹⁹⁷ Es significativa, en todo caso, la forma tan brusca con que concluye el art. 240.4 LOPJ, sin referirse a la clase de resolución que pone término al incidente, ni al régimen de recurso, ni a otras cuestiones de

así, a tenor del contenido del artículo 245.1.b) LOPJ -que, precisamente, establece que las resoluciones judiciales adoptarán la forma de auto, entre otras, en aquellos supuestos en que se resuelva sobre nulidad del procedimiento-, entendemos que deberá adoptar la forma de auto¹⁹⁸, que estará excluido del régimen de propuesta a que se refiere el artículo 290 LOPJ; referida resolución puede tener dos contenidos alternativos: a) denegar la declaración de nulidad de actuaciones interesada; o, b) declarar la nulidad de alguna, algunas o todas actuaciones judiciales, incluida la sentencia firme, y sin perjuicio del principio de conservación de los actos procesales, a que se refiere el art. 242 LOPJ.

Nótese que mediante el auto que pone término al nuevo incidente de nulidad de actuaciones puede incluso decretarse la nulidad de una sentencia firme, o resolución de análoga eficacia que hubiera puesto fin al correspondiente proceso de declaración; de modo que se configura este incidente de nulidad de actuaciones como *una especie de remedio contra sentencias firmes*, y constituye una excepción al principio de *inmodificabilidad de las sentencias*, consagrado en el artículo 267.1 LOPJ.

5.8. Régimen de recursos

Tampoco establece nada expresamente la ley comentada sobre el régimen de recursos admisibles contra la resolución que ponga fin al nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. En cambio, en el proyecto de reforma de 1994 se establecía expresamente la irrecurribilidad de tal resolución; y en similar sentido aparecía en el proyecto¹⁹⁹ de 1996, que ha dado lugar a la reforma de 1997, que comentamos. Pero, en el *iter* legislativo, se ha suprimido tal previsión de irrecurribilidad, y en cambio, nada se dice sobre el particular. Ante el silencio legal, y por las mismas razones dadas en relación con el mini-procedimiento del artículo 240.2 LOPJ, al que nos hemos referido más arriba, entendemos que contra dicho auto podrán interponerse los recursos ordinarios que quepa interponer contra los autos en el procedimiento concreto en que se dicte el mismo²⁰⁰. La opinión mayoritaria en la doctrina, aún sin fundamentar

interés; y así ha sido puesto también de manifiesto por la doctrina (MORENILLA, ARIAS LOZANO, etcétera, ya citados).

¹⁹⁸ Postura que ya mantuvimos con ocasión del proyecto de reforma de 1994 (LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente...”, *op. cit.*); en aquella ocasión y con motivo de indicado proyecto de reforma, a favor de que adoptará la forma de sentencia, por ser incardinable en el art. 245.1.c) LOPJ, se mostraba PÉREZ-CRUZ MARTÍN (“Comentario al artículo undécimo del proyecto...”, *op. cit.*, pág. 13). Con la actual regulación, y a favor de que el incidente concluya mediante sentencia se pronuncia MORENILLA (*op. cit.*, pág. 5), ARIAS LOZANO (*op. cit.*, pág. 13); a favor de que adopte la forma de auto se pronuncia MEDINA FERNÁNDEZ, F. (“Nulidad de actuaciones: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista General de Derecho*, núm. 643, Valencia, abril, 1998, pág. 3573).

¹⁹⁹ Que expresamente decía que “el juez o tribunal... dictará la resolución que proceda, que no será susceptible de recurso alguno” (Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 13-1, de 18 de septiembre de 1996).

²⁰⁰ En relación con el proyecto de reforma de 1994 mantuvimos que la previsión de irrecurribilidad parecía “...acertada para aquellos supuestos en que se acceda a la nulidad de actuaciones, pues contra la nueva sentencia que se dicte, una vez repuestas las actuaciones, sí que podrá interponerse el correspondiente recurso; pero, en cambio, parece poco acertada tal inimpugnabilidad en aquellos supuestos en que se desestime la pretensión, pues tal como está regulado el tema, ahí acaba el incidente,

expresamente, consiste en afirmar que la resolución que ponga término al comentado incidente es irrecurrible²⁰¹.

6. Recurso de amparo constitucional y nulidad de actuaciones judiciales

El recurso de amparo constitucional, como hemos tenido ocasión de analizar, se configura como uno de los remedios procesales que integran la denominada *tercera vía* a través de la cual hacer valer, y en su caso, declarar nulidades de actuaciones judiciales; de modo que uno de los mayores problemas que suscita esta situación es la derivación hacia el amparo constitucional de demandas o pretensiones de nulidad de actuaciones que, como consecuencia de la inexistencia de otras vías o cauces, producen la perversa consecuencia de convertir lo que ha de ser un remedio subsidiario, como es el caso del recurso de amparo constitucional (confr. art. 53.2 CE), en un recurso directo y generalizado²⁰². En alguna medida, si bien reducida, pretende paliar esta situación, como también hemos expuesto, el nuevo incidente de nulidad de actuaciones instaurado por la LO 5/1997, ya analizado; pero tampoco se consiguen resolver los múltiples problemas que la situación actual presenta. En todo caso, es preciso considerar la articulación del recurso de amparo constitucional con las demás vías para hacer valer, y en su caso, declarar la nulidad de actuaciones, lo cual ha de realizarse desde la perspectiva de la propia jurisprudencia constitucional²⁰³.

entendemos que quizá podría articularse que contra la resolución que desestime el incidente pueda interponerse el mismo recurso que estuviera previsto contra la sentencia en esa concreta clase de procedimiento, donde supuestamente se hubiera producido la nulidad de actuaciones, si bien dicho recurso debería ser admisible en un sólo efecto...” (LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente..”, *op. cit.*). En cambio, con la regulación que en definitiva se contiene en la reforma del 1997, al no existir previsión legal alguna, parece más acertado mantener la tesis de admisibilidad del régimen de recursos que procedan en el concreto procedimiento de que se trate contra los autos.

²⁰¹ Incluso se llega a afirmar que “la resolución que decide el incidente de nulidad de actuaciones (...) tampoco es susceptible de ser objeto, de nuevo, del incidente de nulidad...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 5); para ARIAS LOZANO, que también parte de la irrecurribilidad de tal resolución, será posible un nuevo incidente de nulidad de actuaciones tan sólo “...impensable caso de que en el seno del propio incidente se cometiesen precisamente vicios de los que dan lugar al incidente...” (ARIAS LOZANO, D., “Nota urgente sobre...”, *op. cit.*, pág. 13, nota 16).

²⁰² SALA SÁNCHEZ, P., “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, discurso de apertura solemne del año judicial 1995/96, pronunciado el 14 de septiembre de 1995.

²⁰³ En todo caso, es preciso partir de la consideración de que la fuerza vinculante de la doctrina contenida en las resoluciones dictadas en recursos de amparo, deriva exclusivamente del reconocimiento contenido en el art. 5.1 LOPJ, de modo que “...al estar limitada a la estimación subjetiva de un derecho, se encuentra incluida en la excepción expresamente contenida en el art. 164.1 “in fine” CE y aparece tan estrechamente vinculada al caso decidido cómo puede estarlo una sentencia de casación. No en vano el propio TC ha destacado la semejanza de ambos instrumentos, que son a la vez de satisfacción de concretas pretensiones y de generación de doctrina. Por eso, ha de concluirse que la doctrina contenida en las resoluciones de amparo, al estar elaborada en torno al supuesto de hecho sobre que descansa, necesita de parejos requisitos a los de la jurisprudencia para producir el tan mencionado efecto vinculante. Será necesario, pues, que se trate de un criterio consolidado y que exista una similitud sustancial entre los supuestos fácticos y jurídicos contemplados en el proceso de amparo y los del proceso ordinario en que deba aplicarse la doctrina elaborada por la resolución de aquél...” (SALA SÁNCHEZ, P., “La posición

Partiendo de la nota de subsidiariedad del recurso de amparo constitucional, que se proclama en el art. 53.2 CE, y se concreta en la previsión contenida en el art. 44.1.a) LOTC, cuando exige que, para que una demanda de amparo pueda admitirse, se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, el propio TC ha afirmado reiteradamente que, “...esta exigencia, lejos de constituir una formalidad vacía, supone un elemento esencial para respetar la subsidiariedad del recurso de amparo y, en última instancia, para garantizar la correcta articulación entre este Tribunal y los órganos integrantes del Poder Judicial, a quienes primeramente corresponde la reparación de las posibles lesiones de derechos invocadas por los ciudadanos, de manera que la jurisdicción constitucional sólo puede intervenir una vez que, intentada dicha reparación, la misma no se ha producido (por todas, STC 112/1983), y fuese agotada la vía judicial...” (STC 76/1998, de 31 de marzo de 1998. Ponente Sr. Jiménez de Parga y Cabrera); y desde esta misma perspectiva, el plazo de veinte días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial, para la interposición del recurso de amparo constitucional, establecido en el art. 44.2 LOTC, conforme ha reiterado el TC, “...es un plazo de caducidad, improrrogable, no susceptible de suspensión y, por consiguiente, de inexorable cumplimiento, que ha de computarse desde que se tiene conocimiento de la decisión lesiva del derecho fundamental o de la resolución del medio impugnatorio articulado contra ella, sin que sea admisible una prolongación artificial de la vía judicial previa a través de la interposición de recursos manifiestamente improcedentes o legalmente inexistentes contra una resolución firme (SSTC 120/1986, 352/1993). También tenemos establecido que la formulación de estos recursos improcedentes provoca una ampliación indebida del plazo legal para interponer el recurso de amparo, determinando su inadmisibilidad por extemporaneidad...” (STC 43/1998, de 24 de febrero de 1998. Ponente Sr. Jiménez de Parga y Cabrera)²⁰⁴.

Se suscita, pues, la cuestión relativa a *qué ha de entenderse por recursos improcedentes a los efectos del principio de subsidiariedad del recurso de amparo constitucional*, y al respecto, el propio TC ha reiterado que la tutela general de los derechos y libertades constitucionales corresponde primariamente a los Tribunales ordinarios ante los que los ciudadanos ejercitan su derecho a la tutela judicial efectiva que incluye el derecho del interesado a utilizar cuantas acciones y recursos considere

constitucional del Tribunal Supremo”, discurso de apertura solemne del año judicial 1995/96, pronunciado el 14 de septiembre de 1995).

²⁰⁴ También se ha distinguido, en ocasiones, “...entre dos clases de recursos de amparo, vistos desde la posible extemporaneidad de los mismos: A) Recursos en los que, sin pronunciamiento revisorio en la vía judicial, se presentan *per saltum* al Tribunal Constitucional; B) Recursos de amparo contra actos lesivos de derechos fundamentales de naturaleza procesal no susceptibles de ser reparados en la sentencia firme y que pusieron fin a un incidente, o a una petición autónoma dentro de un proceso principal, es decir, aquellos en los que los Jueces y los Tribunales desaprovecharon la oportunidad de preservar y restablecer los derechos fundamentales, si habían sido violados por ellos o por un órgano inferior; resoluciones, además, contra las que no es legalmente permitido, de momento, un recurso que pudiera preservar y restablecer, en la vía judicial, el derecho o la libertad violados (...) Mientras que deben inadmitirse, por prematuros, los del apartado A), y en estos supuestos aplicar inflexiblemente el principio de subsidiariedad, los recursos del apartado B), en los que se dio a Jueces y Tribunales la oportunidad de remediar las infracciones, como es el caso que estamos enjuiciando, deben ser admitidos. (Voto particular del Sr. Jiménez de Parga y Cabrera, al que se adhiere el Sr. Gimeno Sendra, a la STC 63/1996, de 16 de abril de 1996).

útiles para la defensa de sus derechos e intereses, aun los de dudosa procedencia (SSTC 120/1986, 67/1988, 289/1993, 352/1993), pues no puede exigirse al litigante que renuncie a un recurso (STC 253/1994), asumiendo el “riesgo de lo que, a su juicio y razonablemente, pudiese suponer una falta de agotamiento de la vía judicial previa” (STC 120/1986), puesto que ha de tenerse presente que el art. 53.2 CE atribuye la tutela de los derechos fundamentales, ante todo, a los tribunales ordinarios (SSTC 138/1985, 186/1987, 185/1990). De modo que según el TC “...debe permitirse la utilización de cuantos recursos se consideren útiles para la defensa de los intereses, aun los de dudosa procedencia, siempre que no se vislumbre en ello una intención meramente dilatoria” (Auto TC 229/1993, STC 28/1987 y STC 43/1998). Y así, el TC ha afirmado que “... cuando el interesado tiene conocimiento de la sentencia que perjudica sus derechos, sin haber tenido una oportunidad real de ser oído por el Tribunal que la ha dictado, debe intentar el recurso de apelación o de casación que proceda, si tiene plazo hábil para ello (SSTC 18/1990, 130/1990, 1/1992, 184/1995, 160/1997). Si la falta o los defectos del emplazamiento han sido causados por maquinaciones de la parte contraria, procede pedir la revisión de la sentencia injustamente ganada, a tenor del art. 1796.4 LECiv (SSTC 140/1988, 97/1992, y 81/1996). En defecto de los cauces anteriores, puede pedirse audiencia en los términos previstos por los arts. 773 y siguientes LECiv, para pretender la rescisión de sentencias firmes por haberse desarrollado el proceso sin intervención de una parte que debía haber sido emplazada, siempre que ello constituya un supuesto de indefensión contrario al art. 24.1 CE, lo mismo si ha existido un emplazamiento válido, obedeciendo su incomparecencia a causas extrañas que le impidieron comparecer, como si la indefensión ha sido causada directamente por la irregularidad del emplazamiento realizado por el Juzgado o el Tribunal (SSTC 134/1995, 15/1996, 5/1997)...”

Ahora bien, en la situación existente *desde la STC 185/1990, ya comentada, hasta la Reforma de 1997 de la LOPJ*, también comentada, se suscitaba la *cuestión relativa a la procedencia o no de una petición autónoma de nulidad de actuaciones*, a los efectos de su articulación con el recurso de amparo constitucional, y con la exigencia del agotamiento de los recursos previos -nota de subsidiariedad-, a que ya nos hemos referido, siendo reiterada la doctrina del TC en el sentido de considerar improcedente tal petición de nulidad a esos efectos.

“...Lo que de ninguna manera cabe hacer es intentar remediar una alegada indefensión en la tramitación de un proceso, una vez finalizado con la sentencia definitiva, mediante una petición de nulidad de actuaciones. Ese proceder está claramente prohibido por la ley (arts. 742 LECiv y 240 LOPJ), en términos que han quedado definitivamente afirmados en la Sentencia del Pleno de este Tribunal 185/1990, como han señalado las (SSTC 202/1990, 72/1991, 130/1992, 74/1993, 182/1993, 289/1993, y 28/1995), entre otras muchas; en consecuencia la Sala nunca debió decretar la nulidad de actuaciones que, finalmente, en respuesta al recurso de súplica interpuesto por la contraparte que había obtenido Sentencia favorable en su contencioso con la Administración, terminó dejando sin efecto.

En un supuesto que presenta similitudes con el actual, este Tribunal denegó el amparo impetrado contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1992, que había anulado la nulidad de actuaciones en un proceso por indefensión decretado por un Tribunal inferior; la razón fue que «el art. 240 LOPJ vedaba a la parte el planteamiento

del incidente de nulidad de actuaciones e impedía al órgano jurisdiccional acceder a esta petición». En la STC 271/1994, fundamento jurídico 4, declaramos que dicha resolución del Supremo «no sólo no puede calificarse de arbitraria o infundada, sino que, además, es plenamente conforme con la doctrina sentada por este Tribunal que, en reiterada jurisprudencia, ha declarado que no infringe la Constitución la decisión judicial que, por atenerse al mandato imperativo del art. 240 LOPJ, no acuerda la nulidad -o, lo que es lo mismo, anula la decisión en que ésta se acordaba- de sentencias definitivas y firmes en los supuestos de denuncias *a posteriori* de violaciones de derechos fundamentales en el curso del proceso».

Es, pues, manifiesto que la nulidad de actuaciones solicitada por los actores para remediar su alegada indefensión en el recurso contencioso-administrativo era totalmente improcedente. La indefensión de que se quejan debían haberla intentado remediar mediante alguna de las vías de recurso o de rescisión de sentencias que establecen las Leyes de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto es aplicable supletoriamente en virtud de la Disposición Adicional 6.^a de aquélla. Prefirieron suscitar un incidente de nulidad de actuaciones que está proscrito por la ley, y que la Sala terminó denegando de manera correcta, lo cual no conlleva en modo alguno la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva y sin indefensión. Por lo que su demanda de amparo carece manifiestamente de contenido que justifique su admisión (art. 50.1.c LOTC), lo que lleva derechamente a su inadmisión...”

Auto TC núm. 324/1997, de 1 de octubre de 1997

“...El plazo de veinte días que prevé el artículo 44.2 LOTC para la interposición de recursos de amparo frente a actos u omisiones de un órgano judicial constituye un plazo de caducidad cuyo término inicial tiene como referencia la resolución que pone fin a la vía judicial legalmente establecida sin que, por obvias razones de seguridad jurídica, el comienzo del cómputo del plazo pueda ser postergado por las partes con la interposición de recursos manifiestamente improcedentes (SSTC 72/1991, 181/1991, 131/1992, 33/1994, 51/1994, 168/1994). Tal es el caso del recurso de nulidad que se interpone autónomamente tras una resolución firme: el carácter manifiesto de su improcedencia se ha de afirmar a partir de nuestra STC 185/1990, que, amén de negar la inconstitucionalidad del artículo 240 LOPJ -que establece para la petición de nulidad el cauce de «los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate», o el de «los demás medios que establezcan las leyes procesales»- aclaró que el recurso de amparo es «el único remedio frente a situaciones de indefensión constitucional causadas por vicios procesales advertidos después de que haya recaído sentencia definitiva y firme, cuando contra ella no esté previsto remedio procesal ante los Tribunales ordinarios», (fundamento jurídico 4.º, también, posteriormente, SSTC 72/1991, 199/1993, 33/1994, 168/1994). La precisión de la improcedencia del recurso de nulidad tras resolución firme y su carácter manifiesto a partir de la fecha de publicación de la sentencia citada han sido reiterados en numerosas resoluciones de este Tribunal (SSTC 72/1991, 181/1991, 131/1992, 156/1992, 74/1993, 105/1993, 192/1993, 221/1993, 338/1993, 75/1994), que ha procedido, en consecuencia, a aceptar únicamente la respuesta al pretendido recurso de nulidad como referencia inicial para el plazo cuando su interposición era anterior a la fecha aludida (que es el 3 de diciembre de 1990; SSTC 130/1992, 156/1992, 196/1992, 74/1993, 105/1993, 192/1993, 149/1993, 310/1993, 75/1994)...”

*Sentencia TC 177/1995, de 11 de diciembre de 1995.
Ponente Sr.: Viver Pi-Sunyer*

Evidentemente, *tras la Reforma de la LOPJ, operada por la LO 5/1997*, ya comentada, esta doctrina constitucional ha de ser *reinterpretada*, sobre todo desde la consideración del *nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales* instaurado en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, de modo que habrá que entender como procedente, a los efectos de la preservación del principio de subsidiariedad del recurso de amparo constitucional, la previa formulación de indicado incidente de nulidad de actuaciones, en aquellos casos en que, dados los términos del mismo, proceda su interposición; por tanto, actualmente, cuando se den los requisitos necesarios para la interposición del incidente de nulidad de actuaciones previsto en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, ya analizados, la vía judicial no se entenderá agotada, a los efectos del art. 44.1.a) LOTC, hasta tanto no se haya resuelto con resolución firme el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones judiciales; de este modo, se palián, en cierta medida, los efectos expansivos del cauce del recurso de amparo constitucional, restringiendo tal vía como cauce para sustanciar las nulidades de actuaciones judiciales, y ofreciendo la oportunidad a los órganos jurisdiccionales de reparar, en la vía ordinaria, las violaciones de derechos fundamentales determinantes de nulidad; redifiniendo, en definitiva, la subsidiariedad del recurso de amparo constitucional, en el sentido de acentuar tal carácter, al cerrar toda posibilidad a dicho recurso si previamente no es ejercitado el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, cuando concurren los requisitos para dar entrada al mismo, que ya han sido analizados.

Finalmente, en cuanto a la *articulación del nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales (art. 240.3 y 4 LOPJ) con los demás remedios procesales* para hacer valer nulidades de actuaciones, es preciso insistir, en primer término, que tan sólo se podrá acudir al mismo cuando se trate de resoluciones no susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida, de modo que con carácter general, será preciso acudir a la denominada primera vía, cuando está se encuentre abierta; en segundo término, habrá de acudir a la segunda vía, prevista en el art. 240.2 LOPJ, cuando se reúnan los requisitos establecidos al efecto; y finalmente, tan sólo cuando no sea posible ni la primera ni la segunda vía, se suscitara la cuestión de la articulación entre esta cuarta vía y los demás remedios procesales distintos al recurso de amparo constitucional; y es en este ámbito, donde deberá armonizarse el nuevo incidente de nulidad de actuaciones con remedios procesales como el mal llamado recurso de revisión, la audiencia al rebelde, el recurso de anulación previsto en el procedimiento penal abreviado, etcétera, de modo que lo determinante a estos efectos es la distinta finalidad de cada uno de estos remedios; y de este modo, sólo será necesario servirse del correspondiente remedio con anterioridad al nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, cuando se den los presupuestos para acudir a ese remedio, sea la revisión de sentencias, la audiencia al rebelde, la anulación, o cualquier otro; pues caso contrario, si no se dan tales presupuestos, y se acude a alguno de esos remedios procesales, sin entablar el incidente de nulidad de actuaciones judiciales, puede llegarse a la inadmisión a trámite del mismo por transcurso del plazo, en base a que el otro remedio procesal utilizado no estaba normativamente concebido para reparar la indefensión sufrida, que tenía su sede adecuada en el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales²⁰⁵.

²⁰⁵ Un estudio en detalle sobre la cuestión en: NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998.

Capítulo 5

Especial consideración de la nulidad de actuaciones en ejecución de sentencia

1. Ideas generales sobre la ejecución de sentencia

1.1. Aproximación conceptual

En una primera aproximación a la materia podemos conceptualizar la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes, como el conjunto de actividades, de carácter material unas, y otras de carácter jurídico, tendentes a obtener la plena efectividad y cumplimiento del derecho reconocido o declarado en dichas resoluciones²⁰⁶. Ahora bien, es conveniente recordar que no todas las resoluciones que se ejecutan en el proceso o fase de ejecución son judiciales, y así la doctrina suele distinguir entre títulos de ejecución extrajudiciales y títulos de ejecución judiciales; distinción que alcanza su máximo exponente en el orden jurisdiccional civil. Entre los títulos de ejecución extrajudiciales cabe citar los laudos arbitrales, así como los convenios obtenidos en la conciliación, tanto intraprocesal como preprocesal, la transacción judicial, los títulos de hipoteca, etcétera. Respecto a los títulos judiciales, es preciso decir que no todas las resoluciones judiciales son ejecutables, así no son ejecutables las sentencias desestimatorias, excepto en el particular relativo a las costas, en su caso; tampoco las sentencias constitutivas; restando tan sólo las sentencias declarativas de condena, que son los títulos de ejecución judiciales por antonomasia; junto a ellos cabría colocar los autos de igual carácter, cuando proceda adoptar dicha forma la resolución judicial definitiva²⁰⁷. Finalmente decir que son varias las clasificaciones que en torno a la ejecución suele realizar la doctrina, interesándonos, a los efectos de esta obra, de todas las categorías doctrinales, la relativa a la denominada “*ejecución singular forzosa*”; ejecución forzosa por cuanto se actúa por un órgano judicial ante la falta de cumplimiento voluntario del obligado a ello de acuerdo con el título de ejecución; y singular como opuesta a la denominada ejecución universal.

1.2. Naturaleza jurídica

²⁰⁶ LAMO RUBIO, J. de, *El Código Penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*, Bosch, Casa editorial, S.A., Barcelona, junio 1997, pág. 21.

²⁰⁷ Así, por ej., los denominados *incidentes de integración de título civil ilícido*, que terminan por auto, ex-art. art. 942 LECiv, art. 798 LECrim, etcétera.

Desde esta óptica podemos decir que la ejecución de sentencias tiene una naturaleza bifronte, y así, de una parte y desde el punto de vista de Derecho objetivo, se configura como una potestad que tienen atribuida jueces y tribunales (confr. art. 117.3 CE); no se trata, sin embargo de una potestad discrecional, sino que es una potestad reglada, por cuanto las resoluciones judiciales firmes habrán de ejecutarse siempre²⁰⁸; y además, con carácter general, dicha ejecución deberá llevarse a cabo en sus propios términos (art. 18.2 LOPJ); y, de otra parte, el derecho a la ejecución de sentencia se configura como un derecho subjetivo de carácter público, incardinado en el art. 24.1 CE, que forma parte del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva²⁰⁹.

1.3. Principios que rigen la ejecución

En relación con los principios en que se inspira la ejecución de sentencias, y siguiendo a SERRANO BUTRAGUEÑO, podemos esquematizarles del modo que a continuación se hará, y sobre todo referido a los órdenes jurisdiccionales civil y penal²¹⁰.

1.3.1. Principio de legalidad

Es una derivación del art. 9.1 CE que, con carácter general, como sabemos, consagra el principio de legalidad, y naturalmente la actividad de Juzgados y Tribunales en la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes ha de llevarse a cabo con sujeción a la Constitución y resto del ordenamiento jurídico; y es aquí, donde procederá, en cada caso, seleccionar el bloque de normatividad que en relación con cada clase de fallo, o fallo concreto a ejecutar, viene en aplicación. Y como veremos y ahora dejamos tan sólo apuntado, si en el proceso de ejecución se vulnera el principio de legalidad, el Juez podrá decretar, *incluso de oficio*²¹¹, la nulidad de lo actuado contraviniendo la Ley, si efectivamente se ha causado indefensión, y siempre que no quepa la subsanación, y dejando en todo caso a salvo la santidad de la cosa juzgada.

1.3.2. Principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes

También denominado invariabilidad, intangibilidad, etcétera. Según SERRANO este principio significa que las resoluciones judiciales, una vez firmes²¹², no pueden ser

²⁰⁸ Salvo en los justificados y excepcionales casos en los que la ley autorice la inejecución.

²⁰⁹ Así lo tiene declarado, con reiteración, el Tribunal Constitucional.

²¹⁰ SERRANO BUTRAGUEÑO, I., "Ideas generales sobre la ejecución de sentencia civiles y penales", en la obra colectiva dirigida por referido autor y titulada *Ejecución de sentencias civiles y penales*, Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria. Madrid, 1994, págs. 23 y ss.

²¹¹ Aunque, ahora, pueda parecer incluso contradictorio con lo que venimos viendo, más abajo tendremos ocasión de demostrar que es posible y correcto, desde la más autorizada jurisprudencia constitucional, *declarar de oficio la nulidad de actuaciones judiciales, una vez exista sentencia firme*, siempre que se cumplan los requisitos que se dejan inicialmente apuntados más arriba, y que desarrollaremos en el lugar oportuno de esta obra; la idea nuclear, lo dejamos ya adelantado, gira en torno a la preservación de la denominada *santidad de la cosa juzgada*.

²¹² Incluso, añadimos nosotros, una vez firmadas, ex-art. 267 LOPJ y concordantes.

modificadas, salvo a través de los cauces legales, pues lo contrario atentaría contra la cosa juzgada y la seguridad jurídica, vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Al respecto la STC 34/1993, de 8 de febrero, afirma que “...la inmutabilidad de las sentencias integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que si el órgano judicial modifica la parte dispositiva de una sentencia, fuera del cauce del correspondiente recurso, vulneraría ese derecho fundamental del justiciable, puesto que, si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por Sentencia firme, la protección judicial de los derechos e intereses legítimos carecería de efectividad. De este modo, el derecho fundamental que establece el art. 24.1 CE actúa como límite que impide a los tribunales revisar las Sentencias y demás resoluciones firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión jurisdiccional no se ajusta a la legalidad (SSTC 142/1992, 231/1991, 189/1990, 119/1,988, 67/1984; etcétera)...”

Interesa, al respecto, también tener en cuenta que conforme ha declarado el Tribunal Constitucional, la posibilidad de rectificar, en cualquier momento, los errores materiales manifiestos a que se refiere el art. 267.2 LOPJ tiene su límite en la producción de efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano (STC 22/1993, y las que en ella se citan). Y en cuanto al mal llamado *recurso* de aclaración de sentencia o resolución firme a que se refiere el art. 267.3 LOPJ, en relación con la correspondiente normativa específica (art. 363 LECiv, 161 LECrim; etcétera), el TC tiene dicho que no vulnera el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. Parece claro que una excepción al principio de inmutabilidad o intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, que venimos analizando, lo constituye el recurso de amparo constitucional, y también el mal llamado *recurso*²¹³ de revisión. Además, para SERRANO BUTRAGUEÑO existe una tercera vía, la de la demanda de error judicial, respecto de la cual dice que, obviamente, su finalidad primordial es la de obtener una reparación patrimonial, pero en la medida en que permite obtener la suspensión de la ejecución de la sentencia tildada de errónea²¹⁴, lleva al citado autor a afirmar que referida figura del error judicial, pudiera atacar al principio de invariabilidad de la sentencia y resoluciones judiciales firmes²¹⁵.

1.3.3. Principio de efectividad

Se infiere de lo dispuesto en el art. 18.2 LOPJ, ya citado, en relación con el art. 118 CE, y supone que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos, disfrutando de plena fuerza ejecutiva para lograr su cumplimiento. Al respecto es abundante la jurisprudencia del TC existente, sirviendo por todas ellas la contenida en el fundamento jurídico tercero de la STC 247/1993, de 19 de julio, cuando afirma que “...la ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte, en efecto, del derecho

²¹³ Sobre la inoportunidad del término *recurso*, para referirse al de revisión, ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos con anterioridad en esta misma obra, al tratar acerca de las vías o cauces a través de las cuales denunciar y, en su caso, declarar las posibles nulidades de actuaciones; lugar a que nos remitimos.

²¹⁴ El autor citado aduce como argumento el art. 293.1.g) LOPJ, y el auto de la Sala 2ª del T.S. de 16-02-1990 (*op. cit.*, pág. 34).

²¹⁵ O al menos los de efectividad y celeridad que se estudiarán a continuación.

fundamental a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. Más concretamente, el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial se aparte sin causa justificada de lo previsto en el fallo que ha de ejecutar, o se abstenga de adoptar las medidas necesarias para proveer a la ejecución de la misma, cuando ello sea legalmente exigible. El contenido principal del derecho consiste, pues, en que esa prestación jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por terceros..” (SSTC 32/1982, FJ2, 125/1987, FJ2, 153/1992, FJ4)...

Este principio de efectividad puede encontrar ciertas limitaciones en aquellos supuestos en que resulte imposible la ejecución, así el art. 18.2 LOPJ, establece que “...si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias para asegurar la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijarán en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno...” También el TC ha reconocido limitaciones al principio de efectividad en supuestos de “firmeza potencialmente debilitada”, así, por ejemplo, en caso del mal llamado *recurso* de revisión, y también en supuestos de indemnizaciones pecuniarias, cuando existe limitación por la propia capacidad económica del condenado al pago, p. ej., caso de inembargabilidad del salario mínimo interprofesional, y escalas que se fijan en el art. 1451 LECiv. Entre las excepciones al principio de efectividad cabe destacar los supuestos de insolvencia del condenado al pago (desgraciadamente cada vez son más frecuentes)²¹⁶, así como la suspensión condicional de la pena, prevista en el art. 80 y siguientes del Código Penal de 1995²¹⁷, etcétera.

1.3.4. Principio de identidad entre lo ejecutado y lo resuelto

Es una consecuencia lógica de la actividad en qué consiste la ejecución, la cual ha de partir de una resolución firme, que ha de ejecutarse en sus propios términos, según dispone el art. 18.2 LOPJ, ya comentado. De todos modos, como tiene declarado el TC, la expresión “...en sus propios términos...” no puede ser entendida como ejecución literal, de forma que desnaturalice e incluso contradiga el alcance y naturaleza de la decisión judicial que trate de ejecutarse (STC 189/1990). Lo cual no es óbice para que a la luz del principio de legalidad, ya analizado, y atendiendo al bloque de normatividad que venga en aplicación en cada caso, existan supuestos en que se admitan *sustitutivos* de la inicial literalidad del fallo, así el art. 923 LECiv (referido a las obligaciones de

²¹⁶ El prof. SERRANO propone la interesante idea de creación de un *Registro de insolventes con sentencias pendientes de ejecución*, a crear entre los Ministerios de Economía y Hacienda y de Justicia, de modo que, dice literalmente el prof. SERRANO “...al abrir una cuenta en cualquier entidad Bancaria, o para adquirir un inmueble, o financiar o matricular un automóvil, o al solicitar un préstamo, o una tarjeta de crédito, etc., sea obligatorio presentar un certificado que acredite que el comprador, o prestatario, o titular de la tarjeta, no figura inscrito en dicho registro. Debiendo comunicar la operación, en caso contrario y de forma inmediata, al Juzgado o Tribunal correspondiente...” (*op. cit.*, pág. 35 y ss.).

²¹⁷ El ejemplo es también válido para la denominada remisión condicional prevista en el derogado Código Penal de 1973 (art. 92 y ss.).

hacer, no hacer...), el art. 53 del Código Penal de 1995 ²¹⁸ (referido a la *responsabilidad personal subsidiaria*, también denominado “*arresto sustitutorio*”), etcétera. Referidos *sustitutivos* son excepciones al indicado principio de identidad, y que tienden a sustituir, por regla general, por prestaciones económicas fallos de imposible o muy difícil ejecución; excepciones que, aunque compatibles con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, deberán ser apreciadas por el Juez o Tribunal encargado de la ejecución en resolución motivada (STC 91/1993).

1.3.5. Principio de celeridad

Viene a suponer que las resoluciones judiciales firmes han de cumplirse, a ser posible, sin dilación; y se infiere el mismo de lo previsto en el art. 24.2 CE (*derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas*) en relación con el art. 919 y ss. LECiv y 990 LECrim. Es decir, la ejecución deberá llevarse a cabo con la necesaria diligencia, correspondiendo al Juez de la ejecución adoptar las medidas pertinentes y necesarias, de acuerdo con las leyes, para lograr tal diligencia en el cumplimiento de lo resuelto. De todos modos, en la actualidad y dado el gran volumen de litigiosidad existente y los problemas que ocasionan la carencia tanto de medios materiales como personales, en bastantes órganos judiciales, así como otros factores, cuya consideración excede del ámbito del presente estudio, hacen que este principio de celeridad encuentre no pocas excepciones.

Como ya hemos anticipado, las consideraciones en relación con los principios de la ejecución se refieren fundamentalmente a los órdenes jurisdiccionales civil y penal, pero dada la amplitud del enunciado de los mismos, también cabe proyectarles sobre los otros órdenes jurisdiccionales, con las peculiaridades propias de ellos, sobre todo del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, cuyo estudio pormenorizado superaría los límites de esta obra. En todo caso, estas breves ideas sobre ejecución de sentencias nos dan entrada a la consideración de la incidencia de la nulidad de actuaciones en la ejecución de sentencias, con especial énfasis en la nulidad de actuaciones de oficio.

2. Nulidad de actuaciones judiciales y ejecución de sentencia

2.1. Planteamiento

El principal problema que se suscita en el proceso o fase de ejecución de sentencia, en relación con la nulidad de actuaciones, viene dado por el inciso del art. 240.2 LOPJ, cuando establece como límite temporal para declarar la nulidad de actuaciones de oficio por el propio Juzgado o Tribunal, la existencia de *sentencia definitiva*²¹⁹ y la interpretación que de referido precepto se realiza en la Sentencia Pleno TC 185/1990, de 15 de noviembre, ya comentada, que declaro constitucional referido precepto, habiendo llegado a afirmar la doctrina que “...la emisión de sentencia definitiva desapodera al

²¹⁸ El ejemplo también es de aplicación en relación con el Código Penal de 1973, que en el art. 91 se refería a la denominada *responsabilidad personal subsidiaria*.

²¹⁹ Con el alcance y significado que ya hemos analizado, en un capítulo anterior de esta obra.

tribunal para anular actuaciones”²²⁰, entiéndase que de oficio. Si bien, como también hemos expuesto, tras la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ, al introducir el que hemos denominado nuevo incidente de nulidad de actuaciones, asentado en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, se ofrece limitada respuesta a algunas de las cuestiones que se suscitaban con el régimen anterior a referida reforma, continuando, no obstante, sin darse debida respuesta legislativa a determinadas nulidades de actuaciones producidas tras sentencia firme, como iremos exponiendo.

Lo cual nos lleva a plantearnos las siguientes cuestiones: ¿Qué tratamiento ha de darse a los vicios determinantes de nulidad, cuando no proceda la subsanación, y que se detecten o se produzcan una vez exista sentencia firme y se está ejecutando, es decir nos encontramos en la fase de ejecución o proceso de ejecución²²¹, y no proceda la interposición de recursos ni ordinarios ni extraordinarios, ni existan otros medios previstos en la ley para dar respuesta a esa situación (art. 240.1 LOPJ), señaladamente, no se puede acudir al incidente de nulidad de actuaciones creado por la reforma LOPJ de 1997 (art. 240.3 y 4)? ¿Le estará vedado al Juzgado o Tribunal, en estos supuestos, en todo caso, la declaración de oficio de la nulidad de alguna o algunas de las actuaciones?. ¿Deberá el órgano judicial, que es consciente del vicio de nulidad e incluso puede reconocer su existencia y producción, inadmitir el planteamiento por la parte afectada de la declaración de oficio de la nulidad de actuaciones, ex- art. 240.2 LOPJ, y en consecuencia deberá remitir a la parte afectada a la procelosa vía del recurso de amparo?. Y, si los vicios determinantes de nulidad de actuaciones no afectan a la cosa juzgada, es decir, se han producido en trámite de ejecución de sentencia y no afectan al principio de inmodificabilidad o intangibilidad de la sentencia o resolución firme que se está ejecutando, ¿tampoco podrá el órgano judicial de la ejecución declarar de oficio la nulidad de alguna o algunas actuaciones?²²² Estas son las cuestiones fundamentales que plantea la nulidad de actuaciones en trámite de ejecución de sentencia, y que giran en torno a la *posibilidad o no de su declaración de oficio por el órgano jurisdiccional*. Evidentemente, no cabe duda alguna que a través de los recursos ordinarios e incluso extraordinarios, o de otros remedios previstos por la Ley (art. 240.1 LOPJ) podrá también declararse la nulidad de actuaciones, pero nosotros vamos a centrar nuestra atención en la posibilidad de la nulidad de actuaciones de oficio²²³, dentro del proceso o fase de ejecución.

²²⁰ BORRAJO INIESTA, “La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *Principios constitucionales en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993., pág. 283.

²²¹ Sobre si la ejecución de sentencias constituye un proceso o una fase del proceso, como es conocido, la doctrina se encuentra dividida; al respecto puede consultarse el trabajo de PÉREZ CRUZ MARTÍN, A.J., “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, año 1994.

²²² Estos o similares interrogantes ya nos los planteábamos en nuestro trabajo: LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, publicado en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, de 10 de febrero de 1994, pág. 5; y sobre ellos hemos insistido en el capítulo de esta obra en que analizamos la reforma operada en materia de nulidad de actuaciones por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, especialmente al tratar sobre el nuevo incidente de nulidad de actuaciones inserto en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, tras la redacción dada por indicada Ley Orgánica 5/1997.

²²³ O sin necesidad de recurso.

En cuanto a los *recursos* ordinarios y extraordinarios, nada que añadir a lo que ya conocemos. En cuanto a los *otros remedios* previstos por la Ley, y moviéndonos dentro de lo que la doctrina ha denominado como *oposición a la ejecución*, en términos generales y a título de ejemplo, podemos decir, referido al orden jurisdiccional civil, que cuando se trate de las *partes del proceso*, y del juego del art. 949.II, en relación con el art. 1687.2, ambos de la LECiv, la doctrina viene entendiendo que cabe plantear incidente en ejecución de sentencia, cuando en la misma se dé alguno de estos supuestos: a) Que resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito; b) que resuelvan puntos sustanciales no decididos en sentencia; y, c) que resuelvan puntos que contradigan lo ejecutoriado. Incidente que se sustanciará por los trámites supletorios del art. 741 y ss. LECiv. Cuando se trate de *terceros ajenos al pleito*, su normal oposición a la ejecución será a través de las tercerías de dominio y de mejor derecho²²⁴. Similares consideraciones, a las precedentes, teniendo en cuenta, desde luego, las peculiaridades correspondientes, cabría realizar de otros órdenes jurisdiccionales. Así pues, sólo cuando no cupieran los recursos ordinarios ni extraordinarios ni ningún otro de estos remedios previstos por la Ley, procedería considerar la posibilidad de acudir a la nulidad de actuaciones de oficio, ex-art. 240.2 LOPJ, posibilidad que plantea una rica problemática, de la que nos iremos ocupando a lo largo del presente capítulo.

2.2. Tratamiento doctrinal de la nulidad de actuaciones de oficio en ejecución de sentencia

Doctrinalmente es postura minoritaria la que admite la aplicación del art. 240.2 LOPJ en ejecución de sentencia; siendo mayoritaria la doctrina que bien se muestra contraria a tal aplicación o que ni tan siquiera abordan la problemática de la nulidad de actuaciones de oficio en ejecución de sentencia; a continuación expondremos, sin ánimo de exhaustividad, una muestra de tales posturas²²⁵.

2.2.1. Posturas favorables

El profesor PEREZ-CRUZ MARTÍN se refiere a la cuestión al hilo del comentario sobre el proyecto de introducción de un apartado 3 en el art. 240 LOPJ, que se formuló en el Proyecto de Reforma de la LOPJ de 1994, y que luego no prosperó, y al cual nos referiremos, *in extenso*, en un próximo capítulo; pero las consideraciones que referido autor efectúa pueden ser válidas a los efectos del presente. Dicho autor llega a decir que nada impediría aplicar ese nuevo *incidente* que se pretendía introducir en el art. 240.3 LOPJ, al proceso de ejecución, en base a dos razones: a) Que en todo proceso de ejecución se produce un enjuiciamiento, en el curso del cual se pueden producir infracciones formales que produzcan situaciones de indefensión; y, b) partiendo de la

²²⁴ Sin perjuicio de contemplar otras posibilidades a favor de los terceros al pleito, así, p.ej., acudir a un juicio declarativo autónomo, pidiendo la nulidad de actuaciones; sobre ello trataremos con posterioridad en este mismo capítulo.

²²⁵ Evidentemente, pretender recoger todas las posturas existentes en la doctrina sobre el tema propuesto, excedería con creces el ámbito de la presente obra; de ahí que optemos por exponer una muestra de tales posturas, con el riesgo que tal selección implica.

autonomía del proceso de ejecución frente al proceso de cognición²²⁶, estima referido autor que las nulidades que puedan originarse en el proceso de ejecución podrían plantearse a través del mecanismo que se preveía en el proyecto de art. 240.3 LOPJ. Sin que pueda considerarse, en opinión de indicado autor, un obstáculo a lo afirmado la previsión que contenía referido proyecto de apartado 3 del art. 240 LOPJ, en el sentido de que debía plantearse el *incidente* “...antes de recaer sentencia no susceptible de ulterior recurso o resolución igualmente irrecurrible, que ponga fin al proceso..”, puesto que, entiende el citado autor que “...el procedimiento de ejecución concluirá con la oportuna resolución judicial que decreta o no la ejecución (*sic*) precedida del estudio de la concurrencia o no de los requisitos exigidos en cada caso...”²²⁷. En relación con la tesis que mantiene este autor, y con independencia de lo que se dirá más abajo, hay que dejar claro, en orden a la segunda de las razones que da, que no puede ser de recibo la misma, dado que parte de la tesis de que el proceso de ejecución concluya con la resolución en la que se decreta la procedencia o no de la ejecución (*sic*), cuando quizá quiera referirse a que principiará o se iniciará la ejecución con una resolución similar, pero nunca concluirá, pues conocido es que el proceso de ejecución no ha de concluir necesariamente con el dictado de una resolución, sino que es suficiente con que de lo actuado se constate que se han cumplido en sus propios términos la ejecutoria, sin necesidad, en principio²²⁸, de dictar una resolución expresa que así lo diga²²⁹.

Otros autores recurren al concepto de *inexistencia*; así GARNICA MARTÍN, viene a afirmar que “...la conclusión que nos sugiere la STC 185/1990, es que son en realidad los Jueces los que en ocasiones se encuentran indefensos frente al ordenamiento jurídico para corregir sus propios errores y deben reclamar el auxilio ajeno, el auxilio del Tribunal Constitucional...”, y continúa afirmando que “...parece que para remediar esa *indefensión* sólo queda un medio, aunque sea extremo, casi podría decirse desesperado. recurrir al concepto de *inexistencia*, considerando la sentencia como no dictada...”²³⁰; vía que referido autor considera arriesgada, pero que puede utilizar “...el Juez ordinario, al menos mientras el legislador no arbitre otra solución más razonable...”²³¹. Este

²²⁶ Postura que, como reconoce el autor citado, no es unánime en la doctrina procesalista; sobre el particular, en similar sentido, ya hemos tenido ocasión de referirnos anteriormente.

²²⁷ PEREZ-CRUZ MARTÍN, *op. cit.* pág. 9.

²²⁸ Como es conocido, al menos en el proceso civil, no suele dictarse ninguna resolución que expresamente diga que se ha concluido la misma; en cambio, en el proceso penal, si suele dictarse un auto de archivo definitivo, cuando la ejecución ha concluido.

²²⁹ En todo caso, el proyecto de art. 240.3 LOPJ fue desechado en el trámite parlamentario y no llegó a aprobarse, dentro de la que hoy es Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial (BOE 9 de noviembre de 1994); habiéndose retomado, posteriormente, tal reforma, dando lugar a los apartados 3 y 4 del vigente art. 240 LOPJ, según redacción dada por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ, cuyo comentario hemos realizado en el capítulo precedente, al que nos remitimos.

²³⁰ GARNICA MARTÍN, J.F., “Nulidad de actuaciones después de sentencia firme”, en *Revista Justicia*, Tomo IV, Barcelona, 1990, pág. 926.

²³¹ En similar sentido se pronunció el Fiscal General del Estado (FGE, en adelante) en las alegaciones que en el trámite correspondiente efectuó en la autocuestión de constitucionalidad que daría lugar a la STC 185/1990, citada, el cual, partiendo de que “la nulidad absoluta impide que el acto produzca cualquier clase de efecto (*“quod nullum est nullum effectum”*)”, entiende que la invalidad del acto se produce *ipso iure*, afectando a los actos sucesivos, entre los que pueden encontrarse la propia sentencia

planteamiento, a nuestro entender, aparte de ser valiente, deja sin resolver parte de las cuestiones que se suscitan en ejecución de sentencia, así, por ejemplo, no da respuesta a las nulidades producidas en ejecución de sentencia, pero que no afectan a la sentencia.

No obstante, el mismo autor, GARNICA MARTÍN, en un artículo posterior, y tras constatar que el Juez ordinario se ha resistido a seguir la doctrina que emana de la STC 185/1990, ya mencionada, y continúa declarando nulidades de sus propias sentencias, se muestra partidario de la línea marcada por la STC 110/1988, ya comentada, a la cual tan sólo reprocha el haber acudido a un argumento jurídico muy poco afortunado, cual fue la *reinterpretación* del concepto de sentencia definitiva como la definitivamente ejecutada²³². Para referido autor la solución pasa porque los Tribunales ordinarios puedan decretar nulidades de actuaciones en ejecución de sentencia y contra esos autos no se conceda recurso de amparo, pues referidos autos de nulidad, aun partiendo de que son dogmáticamente muy difíciles de justificar, en cambio son absolutamente razonables desde el punto de vista de sus presupuestos de hecho, y continúa afirmando referido autor que no cree “...que deba concederse amparo frente a esos autos, aun cuando sean contrarios a la doctrina del TC, porque muy difícilmente puede aceptarse que los mismos conculquen realmente las garantías procesales de nadie. A lo sumo, pueden infringir principios técnicos del proceso, todo lo importantes que se quiera, pero no sólo por ello merecen la condición de derechos fundamentales...”²³³.

Otro grupo de autores admiten abiertamente la posibilidad de aplicar el art. 240.2 LOPJ en ejecución de sentencia, así, por ejemplo, BUSTOS GOMEZ-RICO, entiende que cuando la nulidad no radique en una resolución sino en la realización de cualquier otra actuación propia de la ejecución, la parte lesionada por ella puede “...formular el sumario incidente de nulidad de actuaciones que regula el número 2 del art. 240 LOPJ...”; posibilidad que dicho autor entiende “...extensible a aquellos casos en los que aun siendo el vehículo infractor una resolución judicial, no pudo ser, en tiempo y forma, recurrida por causas independientes a la parte, como sucede en todos los casos de rebeldía o inactividad procesal por causas ajenas a su voluntad, o por nacer el vicio de

pronunciada respecto a la cual puede cuestionarse que, concurriendo un vicio de tal naturaleza, adquiera el carácter de firme y de cosa juzgada”; es decir, como ya hemos visto, el FGE acude en este informe al concepto de *inexistencia*. En definitiva, el Fiscal se inclina por una sentencia *reinterpretativa* y al respecto sostiene que el art. 240.2 LOPJ, en relación con los arts. 7.2 y 238.3 LOPJ y art. 6.3 CC, puede ser interpretado en el sentido de que, dándose en el proceso un vicio susceptible de generar indefensión o vulneración de otro derecho fundamental, el Juez o Tribunal se encuentra facultado para decretar de oficio la nulidad del acto, *aunque hubiese recaído ya sentencia definitiva*, porque pronunciada en tales condiciones carecería de validez y el órgano judicial vendría obligado, en todo caso, a reconocer los derechos enunciados en el art. 53.2 CE, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido (art. 7.2 LOPJ); terminando el FGE por suplicar se dictará sentencia por la que se declare la constitucionalidad del precepto cuestionado, siempre y cuando fuere interpretado en el sentido apuntado, o bien subsidiariamente, se declare inconstitucional el inciso del art. 240.2 LOPJ que dice “...antes de que hubiere recaído sentencia definitiva...”

²³² GARNICA MARTÍN, J.F., “Nulidad de actuaciones sin recurso: nuevas reflexiones sobre un problema crítico de nuestro proceso”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3395, de 19 de noviembre de 1993.

²³³ GARNICA MARTÍN, J.F., “Nulidad de actuaciones sin recurso...”, *op. cit.*

una defectuosa realización de los actos de comunicación...”²³⁴. Referido autor añade que “...en la actualidad no existe duda alguna de la licitud de tal remedio, siempre y cuando el incidente se refiera a actuaciones o resoluciones surgidas con posterioridad a la fase declarativa del proceso, por quedar definitivamente precluida la posibilidad de denunciar los vicios cometidos en dicho estado procesal con la firmeza de la sentencia, que de tal modo convalida y subsana las nulidades precedentes, con la sola excepción de que, por faltar un elemento esencial del proceso o de la resolución misma, debiera reputarse inexistente”. Y cita en apoyo de su tesis la STC 247/1993, de 9 de Julio²³⁵.

2.2.2. Otras posturas doctrinales

Bajo este apartado agruparemos tanto a los autores que, partiendo del art. 240.2 LOPJ y la perspectiva de la Jurisprudencia constitucional sobre el mismo, entienden que una vez exista sentencia firme no es posible declarar la nulidad de actuaciones de oficio, así como a otros autores que ni siquiera se plantean directamente la cuestión, pero que puede tener interés su análisis a los efectos del presente estudio²³⁶.

Así, para CORTES DOMÍNGUEZ, la solución “...pasa por ampliar los supuestos de revisión de sentencias firmes para adaptar dicho recurso extraordinario a los términos y contenidos de la Constitución”²³⁷. Propugna dicho autor, pues, la ampliación de los motivos de revisión, en el mal llamado *recurso* de revisión²³⁸; pero, ¿qué respuesta dar a aquellos supuestos de nulidad de actuaciones producidas en ejecución de sentencia que no afecten a la cosa juzgada, ni a la sentencia firme, que permanece incólume?. Sigue sin darse solución a ese aspecto del problema. En similar sentido, GARBERI

²³⁴ BUSTOS GOMEZ-RICO, M. de, “Otros medios de combatir la nulidad de actuaciones”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 448 y ss.

²³⁵ Sentencia, efectivamente muy importante, a la cual ya nos hemos referido de pasada, y de la que nos ocuparemos *in extenso* en un posterior epígrafe, al analizar la jurisprudencia en torno al tema que estamos tratando.

²³⁶ Evidentemente, tanto de una como de otra corriente, es imposible recoger, por obvias razones de espacio, la opinión de todos los autores, motivo por el que tomaremos al menos las que entendemos más significativas.

²³⁷ Formula tal propuesta, tras criticar la doctrina en su día sentada por la STC 110/1988, llegando a afirmar que con la interpretación de sentencia *definitiva* como *definitivamente ejecutada*, no sólo se tiraron por tierra conceptos jurídico-procesales que estaban acuñados desde hacía decenas de años, sino que también, “...se puso en entredicho un principio importantísimo dentro de nuestro ordenamiento jurídico cual es la inmutabilidad de las sentencias firmes pasadas en autoridad de cosa juzgada...”; critica, también, en relación con la STC 185/1990, que el error del TC “...está en darle solución jurisprudencial a lo que sólo tiene solución legislativa...” (CORTES DOMÍNGUEZ, V., en la obra junto a MORENO CATENA y GIMENO SENDRA. *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993 pág. 283).

²³⁸ En contra se pronuncian ROBLES GARZÓN y GIMENEZ SÁNCHEZ, que tras analizar la STC 185/1990, les parece *peligrosa* la solicitud del TC de que se palie el insuficiente desarrollo del art. 53.2 CE mediante la ampliación de los motivos del *recurso* de revisión, audiencia al rebelde, recurso de anulación, etc., pues ello contraría el deseo del legislador y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que tiende a una interpretación restrictiva de esos motivos. [ROBLES GARZÓN, J.A. y GIMENEZ SÁNCHEZ, M.I. “La constitucionalidad del art. 240 LOPJ (Comentario a la sentencia Tribunal Constitucional 185/1990, de 15 de noviembre)”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 2, Madrid, 1992, págs. 883 y ss.].

LLOBREGAT y GONZÁLEZ -CUELLAR SERRANO, se inclinan por que se produzca una “...mejora del sistema de recursos y la ampliación de los motivos que permiten acceder al proceso de revisión”²³⁹. Con lo cual, continúa, a nuestro entender, sin darse respuesta a los supuestos ya citados en relación con el anterior autor.

Otros autores, como ARIAS RODRÍGUEZ después de analizar las consecuencias de la STC 185/1990, en el plano de la ejecución de sentencia firme, llega a la conclusión de que el juez de la ejecución, en aplicación de la doctrina declarada en tal Sentencia del TC, se verá obligado, ante supuestos como el que tratamos, a remitir a las partes al recurso de amparo, sin ni siquiera, en principio, poder suspender la ejecución, pues la inejecución de sentencia firme, excepto cuanto exista causa legalmente prevista, también puede transgredir el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 CE, dado que la ejecución de sentencia es una vertiente de ese derecho fundamental. Referido autor manifiesta su asombro ante la insensibilidad y pasividad legislativa en el desarrollo del art. 53.2 CE, en lo atinente al recurso de amparo judicial²⁴⁰. Finalmente, entiende que la solución total de las cuestiones planteadas no pasa por el mero establecimiento de un nuevo motivo de revisión²⁴¹. En similar sentido se pronuncia BENITO ALONSO, que si bien en un primer momento²⁴² se inclina por la tesis que mantuvo el Fiscal General del Estado en la autocuestión de inconstitucionalidad 91/1990, que dio lugar a la Sentencia TC 185/1990, en el sentido de entender que la sentencia obtenida mediando un vicio determinante de nulidad de pleno derecho, es en realidad una mera apariencia, carente de eficacia jurídica, que puede ser anulada por el órgano que la dictó, ya que la declaración de nulidad lo único que hace, según su criterio, es restablecer la realidad jurídica dejando sin efecto la apariencia existente, es decir, acude a la categoría de la inexistencia. Con posterioridad, este mismo autor, en un posterior artículo, tras analizar los remedios que ofrece el ordenamiento jurídico para actuar la nulidad de actuaciones, por vías distintas a la de los

²³⁹ Llegan a tal planteamiento, tras constatar que “...la solución adoptada por la LOPJ ha resultado muy problemática, dado que una vez dictada sentencia firme, aunque el órgano judicial sea consciente de que se ha producido una vulneración del derecho a la tutela o del derecho de defensa, tan sólo queda al ciudadano la posibilidad de solicitar el amparo constitucional para que sea el Tribunal Constitucional quien anule las actuaciones...”, y critican la solución que apunta el TC en la Sentencia 185/1990, en el sentido de que se desarrolle legislativamente el art. 53.2 de la Constitución, pues en opinión de estos autores esa solución “presenta problemas parecidos a los que ocasionaba el suprimido incidente de nulidad de actuaciones” (GARBERI LLOBREGAT, J., y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Apelación y casación en el proceso civil*, Editorial Colex, Madrid, 1994, pág. 194).

²⁴⁰ En contra se pronuncian ROBLES GARZÓN y GIMENEZ SÁNCHEZ, que tras analizar la STC 185/1990, llegan a decir en relación a la *sugerencia* del TC realizada para que esas cuestiones se canalicen a través del proceso de amparo judicial desarrollando el art. 53.2 CE, que no les “parece una solución coherente tener que acudir a otro proceso cuyo objeto comprende la tutela de los derechos y libertades fundamentales violados precisamente por un error del órgano judicial” [ROBLES GARZÓN, J.A. y GIMENEZ SÁNCHEZ, M.I., “La constitucionalidad del art. 240 LOPJ (Comentario a la sentencia Tribunal Constitucional 185/1990, de 15 de noviembre)”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 2, Madrid, 1992, págs. 883 y ss.].

²⁴¹ ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., La constitucionalidad del art. 240 LOPJ. “La sentencia del Tribunal Constitucional 185/1990, de 15 de noviembre y algunas de sus consecuencias”, en *BIMJ.*, núm. 1647, pág. 105 y ss.

²⁴² BENITO ALONSO, F., “Nulidad de actuaciones: una importante carencia legislativa”, en *Revista La Ley*, Tomo 4, Madrid, 1991, pág. 1113 y ss.

recursos, o a la declaración de oficio, acaba concluyendo, que en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, la única solución válida para esos supuestos, es el recurso de amparo constitucional²⁴³. También GUI MORI se pronuncia a favor del desarrollo del art. 53.2 CE, con determinadas peculiaridades²⁴⁴.

Tratando sobre la interesante problemática de la ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, SALADO OSUNA al hilo del comentario de la STC 245/1991, de 16 de diciembre²⁴⁵, y cuyo núcleo gira en torno a la indefensión constitucional causada por vicios procesales advertidos después de haber recaído sentencia definitiva y firme, ante la falta de previsión legal para remediar dicha situación, llega a constatar que la nulidad de actuaciones que no le está permitida pronunciar al Tribunal Supremo ni a otros órganos judiciales ordinarios, por imperativo legal, en supuestos como el tratado por esa STC, es decir existiendo sentencia firme, si le es dado pronunciarla al Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, porque el TC no encuentra el límite del art. 240.2 LOPJ para revisar vicios procesales o situaciones de indefensión determinantes de nulidad de sentencia, dado que el art. 55.1 de la Ley Orgánica 1/1979, del Tribunal Constitucional permite que puedan ser anuladas por el Tribunal Constitucional sentencias firmes y como tales, intangibles frente a los órganos judiciales (confr. FJ5, STC 245/1991, citada). Finalizando referida autora por proponer que lo deseable es que se realice el correspondiente desarrollo legislativo estableciéndose los cauces oportunos para ejecutar las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues la STC que comenta, trataba, como veremos, de un supuesto de tal índole²⁴⁶.

A favor de modificar el recurso de amparo constitucional se pronuncia BUSTOS PUECHE, que al hilo del estudio del conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo²⁴⁷, viene a propugnar la reforma del recurso de amparo constitucional en el sentido de “...no concederle contra resoluciones judiciales, salvo en un único supuesto: cuando el acto recurrido en amparo haya significado la denegación de la vía judicial material al justiciable”. Es decir, según este autor, “...sólo por violación del art. 24 de la Constitución Española puede acudir al amparo constitucional”²⁴⁸. También el entonces Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, en

²⁴³ BENITO ALONSO, F. “La revocación de sentencias firmes recaídas en procesos viciados de nulidad”, en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3432, de 11 de enero de 1994.

²⁴⁴ En un artículo escrito ínterin se resolvía la autocuestión de inconstitucionalidad que dio lugar a la que luego sería STC 185/1990, tan citada, se pronunciaba claramente a favor de la inconstitucionalidad del art. 240.2 LOPJ, y proponía como solución el desarrollo del art. 53.2 CE, con las peculiaridades que pormenorizadamente expone en el citado y comentado artículo (GUI MORI, T., “Nulidad de actuaciones tras sentencia definitiva. La anunciada inconstitucionalidad del art. 240 LOPJ”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1990, págs. 118 y ss.).

²⁴⁵ Que analizaremos, en detalle, en un posterior epígrafe.

²⁴⁶ SALADO OSUNA, A., “Ejecución de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la STC de 16 de diciembre de 1991”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 3, Madrid, 1992, pág. 70 y ss.

²⁴⁷ Conflicto que precipitó a principios de del año 1994, con ocasión de la STC 7/1994, de 17 de enero de 1994, sobre pruebas de paternidad.

²⁴⁸ BUSTOS PUECHE, J.E., “Planteamiento técnico del conflicto entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional”, en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3601, de 6 de septiembre de 1994.

el discurso pronunciado con ocasión de la solemne apertura del año judicial 1994-95, llega a decir lo siguiente: “...No sería, pues, ocioso, en vez de resucitar el incidente de nulidad de actuaciones con posterioridad a la sentencia definitiva -art. 240.2 LOPJ-, arbitrar un procedimiento que podría, en líneas esenciales, reducirse a una comparecencia de las partes, con intervención del Ministerio Fiscal e informe del Juez o Tribunal a quien se atribuya la lesión, que se residenciaría en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el caso de recursos de amparo deducidos frente a resoluciones de los órganos jurisdiccionales del correspondiente territorio que no son susceptibles de ulterior recurso. Las resoluciones susceptibles de casación, en sus distintas modalidades, encontrarían en estos recursos el amparo adecuado, dada la naturaleza de constituir medios mediante los que se lleva a cabo la unificación de los criterios de interpretación y aplicación de las Leyes. Las vulneraciones, por último, atribuidas a las distintas Salas del Tribunal Supremo en los asuntos de que conozcan en única instancia, podrían ventilarse ante la Sala del art. 61 LOPJ”²⁴⁹. Y junto a esta modificación, también propone que se reforme el recurso de amparo constitucional, contra actos u omisiones judiciales, en el sentido de que legislativamente se limite el acceso al recurso de amparo, en relación con los derechos reconocidos en el art. 24 CE e incluso en el art. 14 CE, en cuanto afecten a la igualdad en la aplicación judicial del Derecho. En contra de esta última tesis se pronunció RUBIO LLORENTE, el cual, y aun compartiendo la tesis de que esa restricción en el elenco de los derechos protegidos por el recurso de amparo no es contraria a la Constitución, viene a decir que “...esa exclusión sería un error gravísimo porque alteraría de manera radical la imbricación ya establecida entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria...”, y, opina el mismo autor, que lo que es indispensable es “...crear dentro del Poder Judicial medios eficaces de protección de los derechos fundamentales que resulten lesionados por los errores *in procedendo*,...” aunque estas reformas, según referido autor, no tienen nada que ver con el procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad de que habla el art. 53.2 CE, sino que debería ser el contenido propio de las leyes procesales²⁵⁰. La Memoria de la Fiscalía ante el TC referida al año 1997, presentada durante el año 1998, propone también modular la competencia de TC para evitar la “avalancha” de recursos que recibe y evitar que el recurso de amparo se convierta en una tercera instancia que conozca nuevamente el fondo del asunto, y paliar así los retrasos que se producen, finalizando por reclamar las reformas legislativas, con medidas como arbitrar un sistema de selección que permita al Constitucional resolver tan sólo los casos que alcancen determinada transcendencia²⁵¹.

2.3. Tratamiento jurisprudencial de la nulidad de actuaciones de oficio en ejecución de sentencia

Corresponde, a continuación, realizar un análisis de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo, que se ha pronunciado acerca de la problemática que genera el art. 240.2 LOPJ; bien entendido, que tan sólo nos

²⁴⁹ SALA SÁNCHEZ, P. “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1994/95, leído el 12 de septiembre de 1994.

²⁵⁰ *Diario ABC* del día 12 de octubre de 1994, pág. 30.

²⁵¹ *Diario de Noticias LA LEY*, núm. 94, Madrid, 24 de junio de 1998.

ocuparemos de la jurisprudencia emanada a partir de la STC 185/1990, de 15 de noviembre, ya citada, y entre ella, tan sólo a la que pueda sernos de utilidad dado el objeto del presente estudio, y en evitación de reiteraciones innecesarias²⁵².

2.3.1 Sentencia Pleno TC 185/1990, de 15 de noviembre

Ya nos hemos referido a la misma en varias ocasiones a lo largo del presente estudio, y su consideración ha dado lugar a múltiples estudios y artículos, por lo que trataremos de centrar la atención en los aspectos de la misma que más interesen a los fines de esta obra. Como sabemos, referida Sentencia, que fue dictada por el Pleno del TC, puso término a la *autocuestión de inconstitucionalidad* 91/1990, sobre el art. 240 LOPJ, que traía su causa de las Sentencias 211, 212 y 213/1989, de 19 de diciembre, de la Sala Segunda, en las que referida Sala acordó “elevar al Pleno del Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad del art. 240 LOPJ por posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 de la Constitución, de lo establecido en el art. 53.2 de la misma en relación con el carácter subsidiario del recurso de amparo, y desde la perspectiva de un proceso sin dilaciones indebidas reconocido en el art. 24.2 CE”. El Tribunal Constitucional declaró que el art. 240 LOPJ no era contrario ni al art. 24, ni al art. 53.2 CE, apoyándose en los siguientes resumidos argumentos jurídicos: a) El art. 240 LOPJ no vulnera el art. 53.2 CE en relación con el *carácter subsidiario del recurso de amparo*, porque éste sea en la actualidad el único remedio frente a situaciones de indefensión constitucional causadas por vicios procesales advertidos después de que haya recaído sentencia definitiva y firme, cuando contra ella no esté previsto remedio procesal ante los Tribunales ordinarios²⁵³ (FJ4); b) la prohibición de que el Juez modifique de oficio sus sentencias no supone violación alguna del art. 24.1 CE; y entiende el TC que el art. 240.2 LOPJ “...salva la cosa juzgada o sea un principio esencial del proceso fundado en la seguridad jurídica...”; y en definitiva, entiende el TC, que la cláusula limitativa contenida en el apartado 2 del art. 240 LOPJ, *no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva* consagrado en el art. 24.1 CE (FJ6), sino que “...se limita a preservar el principio de inmodificabilidad de oficio de las sentencias una vez firmadas...” (FJ2); c) finalmente, entiende el TC que *tampoco se vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas* consagrado en el art. 24.2 CE, por “...la carga que para los ciudadanos supone ejercitar sus derechos y pretensiones según los recursos e instancias procesales establecidos por el legislador...”, entre las cuales se encuentra, obviamente, el acudir al recurso de amparo (FJ7). Por último, el TC realiza dos puntualizaciones, *obiter dicta*, que pueden ser de interés, a saber (FJ7): a) Pone de manifiesto la falta de desarrollo del art. 53.2 CE en relación con la configuración de un amparo judicial realmente previo y sumario ante los Tribunales ordinarios; y, b) insta a interpretar las normas procesales que integren alguna vía rescisoria de sentencias firmes

²⁵² A cuyo fin, cuando varias sentencias se ocupen de algún aspecto de modo similar, estudiaremos tan sólo una de esas sentencias en más profundidad, citando tan sólo, las restantes.

²⁵³ Evidentemente, al momento de dictado de la Sentencia ahora comentada no existía el incidente de nulidad de actuaciones judiciales creado por la LO 5/1997, e instaurado en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ; el juego del recurso de amparo constitucional con el nuevo incidente de nulidad de actuaciones ha sido analizado en el último epígrafe del anterior capítulo, que se titula, precisamente, como “Recurso de amparo constitucional y nulidad de actuaciones judiciales”.

en el sentido más favorable para permitir la tutela en fase jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Como ya hemos adelantado, esta sentencia ha sido muy estudiada por la doctrina²⁵⁴; ello nos va a exonerar de realizar un comentario extenso sobre la misma. Tan sólo decir que el TC opta por una solución que podríamos denominar *ecléctica*, y que aun siendo bienintencionada, ha generado múltiples disfunciones, sobre todo cuando se plantean nulidades de actuaciones en ejecución de sentencia, sin que quede afectada ni comprometida la cosa juzgada; supuestos que, inicialmente, parecía no discernir la doctrina jurisprudencial, pero que con el paso del tiempo se observa, como tendremos ocasión de ir viendo, que el propio TC, en sentencias posteriores, ya diferencia esos supuestos, entre otros, y les da un tratamiento distinto a aquellos casos en que la nulidad de actuaciones afecta a la sentencia.

2.3.2. Sentencia Pleno TC 245/1991, de 16 de diciembre

Referida sentencia²⁵⁵ se ocupó del denominado caso Bultó, y el supuesto que se plantea ante el Tribunal Constitucional es realmente singular²⁵⁶, por cuanto se trataba de la ejecución interna -en España- de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante), cuestión que no está expresamente prevista en nuestro ordenamiento jurídico. En esencia, el recurrente en amparo había obtenido una sentencia favorable del TEDH, sentencia que tiene *carácter meramente declarativo*, sin efecto directo anulatorio ni ejecutoriedad a cargo de los Tribunales españoles; a pesar de ello presentaron escrito ante la Audiencia Nacional solicitando se declarase la nulidad de la sentencia dictada por ella y que se estaba ejecutando, dado que en relación con la misma se había dictado en el TEDH la sentencia que decimos, declarando violado el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tras determinadas vicisitudes procesales que no vienen al caso, el Tribunal Supremo dictó Sentencia el 4 de abril de 1990, en la que deniega la nulidad solicitada, ante la falta de previsión legal y ordena a la Audiencia que continúe con la ejecución de la Sentencia. Frente a esta Sentencia del TS se interpone recurso de amparo, que se resuelve por la STC que comentamos, en la cual, se reconoce que “...*el legislador no ha adoptado disposición alguna que permita a los Jueces ordinarios la revisión de las sentencias penales firmes a consecuencia de una sentencia del TEDH...*”, y además entiende el TC que el TS, interpretando el art. 240.2 LOPJ en relación con la STC 185/1990, llega a la conclusión de que la legislación procesal vigente en ese momento no le permitía anular las sentencias penales firmes, y estima el TC que referida motivación “...*en modo alguno es irrazonable ni arbitraria...*”, pero produce un resultado que supone la consolidación de la situación de infracción del derecho a un proceso público con todas las garantías (*FJ4*), y es por lo que, partiendo de

²⁵⁴ Al respecto puede servir de muestra las múltiples referencias contenidas en la bibliografía que cierra esta obra.

²⁵⁵ A pesar de tratarse de una Sentencia resolutoria de un recurso de amparo, fue dictada por el Pleno del TC, en uso de la facultad avocatoria que le confiere el art. 10.k) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC, en adelante), siendo ponente de la misma Rodríguez-Piñero y Bravo -Ferrer.

²⁵⁶ Ha sido estudiada en profundidad, entre otros autores, por Ana SALADO OSUNA, en un artículo comentado en un anterior epígrafe.

que aunque a la jurisdicción ordinaria no le esté permitido anular sentencias firmes, nada impide hacerlo al TC, con fundamento en el art. 55.1 LOTC, concluye estimando el recurso de amparo y anulando las sentencias penales firmes correspondientes²⁵⁷.

2.3.3. Sentencia TC 221/1993, de 30 de junio y otras similares²⁵⁸

Referida sentencia fue dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, resolviendo recurso de amparo y siendo ponente López Guerra. Se trataba de una ejecución de sentencia civil sobre resolución de contrato de aparcería, en la cual por la demandada se solicitó nulidad de actuaciones por entender que no se le emplazo al interponer la contraparte la demanda. El Juzgado de Primera Instancia (JPI) dictó auto por el que se desestimó la solicitud de nulidad de actuaciones por haber devenido firme la sentencia resolutoria del pleito civil. Contra el anterior auto se interpuso la demanda de amparo que resuelve el TC en la Sentencia comentada. El TC desestima el recurso de amparo por entender que el mismo es extemporáneo, por cuanto, en palabras del propio TC, el “...recurso (*sic*) de nulidad de actuaciones..”, era manifiestamente improcedente. Entiende el TC que en la fecha en que se dictó la Sentencia por el JPI -abril de 1991- que se estaba ejecutando, el TC “...había ya publicado la STC 185/1990, en que se declaraba la constitucionalidad del art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del que resulta que el único remedio frente a resoluciones firmes a los efectos de interesar su nulidad es el recurso de amparo, de manera que la interposición de un recurso (*sic*) de nulidad de actuaciones contra aquel auto sólo puede ser tenido por manifiestamente improcedente...” (FJ2). Y continúa diciendo el TC que “...un recurso (*sic*) de nulidad intentado con anterioridad a la STC 185/990, habida cuenta de la incertidumbre entonces generada por la dicción del referido art. 240 LOPJ, no hubiera podido calificarse de improcedente, pero sí procede ese adjetivo cuando desde aquella sentencia ha quedado claro que la nulidad de sentencia firmes sólo puede pretenderse mediante el recurso de amparo ante este Tribunal” (FJ2).

²⁵⁷ La Sentencia TC comentada contiene un voto particular concurrente de Leguina Villa, que, por su interés, comentaremos brevemente. Como decimos, el voto particular coincide con el resultado final de la S.TC, pero difiere en la argumentación jurídica. Y así, entiende que el TS debió y pudo decretar la nulidad de actuaciones y de las sentencias judiciales que lesionaron el derecho de los recurrentes a un juicio público con todas las garantías (art. 24.2 CE); y continúa afirmando que frente al criterio restrictivo de interpretación del art. 240.2 LOPJ que realiza la Sentencia TC, “...en este caso excepcional se debería haber entendido que, a falta de otros medios procesales más directamente adecuados al caso, la *supuesta firmeza* de las sentencias penales no era tal o, al menos, no podía operar frente a las lesiones de derechos fundamentales que no es que fueran inesperadamente advertidos *ex post facto*, sino que fueron explícitamente constatados (a través de la correlativa infracción del Convenio Europeo), como consecuencia de la estimación por el Tribunal de Estrasburgo de la demanda presentada con tal específica finalidad por los recurrentes...”; y añade referido voto particular que la interpretación que propone del art. 240.2 LOPJ, al menos para este especialísimo caso, es sin duda “...más favorable al pleno y pronto restablecimiento de los derechos fundamentales conculcados por previas decisiones judiciales...”, y que encuentra acogida en la sugerencia que se efectúa en la STC 185/1990, para realizar un esfuerzo interpretativo de las normas procesales favorables a la tutela judicial efectiva. En resumen, este voto particular concurrente, que parece acudir al concepto de inexistencia, es muy interesante y útil.

²⁵⁸ En el mismo sentido que se pronuncia en esta sentencia, se había ya pronunciado el TC en las Sentencias 130 y 131 de 1992, y la 196/1992, citadas todas ellas en la que ahora vamos a estudiar.

En este conjunto de sentencias del TC y aunque sea al hilo de la desestimación del respectivo recurso de amparo por extemporáneo, dada la manifiesta improcedencia del que el TC denomina recurso (*sic*) de nulidad de actuaciones, se observa la rotundidad de la línea interpretativa del TC en el sentido de que a los Tribunales ordinarios les está vedado, en principio²⁵⁹, declarar la nulidad de las sentencias firmes; es decir, estas sentencias del TC que ahora comentamos, lo que traslucen, en realidad, es algo que ya quedó sentado en la Sentencia 185/1990, esto es, que el art. 240.2 LOPJ lo que protege es la intangibilidad de las sentencias. En todo caso, esta doctrina jurisprudencial del TC ha de ser reinterpretada, a la luz de la actual regulación del aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones judiciales, señaladamente tras la introducción del nuevo incidente de nulidad de actuaciones, mediante LO 5/1997, e instaurado en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, que ya hemos analizado, de modo que habrá que estar al juego de ese incidente de nulidad de actuaciones en relación con el recurso de amparo constitucional²⁶⁰.

2.3.4. Sentencia TC 247/1993, de 19 de julio

Esta sentencia fue dictada por la Sala Segunda del TC, siendo ponente López Guerra y resuelve recurso de amparo. En resumen, se aborda el caso de una ejecución de sentencia en un juicio ejecutivo, en la que se había condenado a una comunidad de propietarios y se siguió la ejecución contra los comuneros, sin haberles llamado a juicio y por tanto sin oírles en juicio, y evidentemente, sin existir condena expresa contra los mismos²⁶¹; el JPI realizó una interpretación rigurosa y restrictiva del art. 240.2 LOPJ y

²⁵⁹ Excepto en los supuestos en que proceda el mal llamado *recurso* de revisión, o el remedio procesal de la audiencia al rebelde, u otros remedios similares, p.ej., el recurso de anulación en el proceso penal abreviado.

²⁶⁰ El tema ha sido abordado en el último epígrafe del anterior capítulo, titulado “Recurso de amparo constitucional y nulidad de actuaciones judiciales”.

²⁶¹ Se trataba de un juicio ejecutivo que se seguía ante el correspondiente JPI, en el que, en su día se formuló por el actor demanda contra la comunidad civil de propietarios de un inmueble urbano, a la cual, no habiéndose personado, se la declaró rebelde y se dictó sentencia de remate. Una vez firme dicha sentencia y previa petición del actor, se acordó su ejecución por vía de apremio, en la cual, y agotados los bienes correspondientes a la copropiedad de los miembros de la comunidad civil indicada, y ante su insuficiencia, se interesó por la parte ejecutante la mejora de embargo, y solicito que se requiriera a JMC y tres personas más, en cuanto integrantes de la comunidad civil demandada, para que señalaran bienes y derechos propios con los que garantizar el cumplimiento de la sentencia de remate; el JPI accedió a tal petición. Tras varias vicisitudes procesales, compareció JMC en el juzgado, y manifestó que él no había sido parte en la *litis* al no haber sido demandado y no podía, en consecuencia, afectarle la sentencia de remate; el Juzgado desatiende esas manifestaciones y acuerda embargar bienes y derechos de JMC. Éste presenta escrito solicitando se declare de oficio la nulidad de las resoluciones y actuaciones judiciales por que se hubieran acordado el embargo de sus bienes, alegando, en síntesis, que la demanda inicial del procedimiento ejecutivo no se había dirigido contra él, y por tanto no podía afectarle la sentencia. El JPI dicta auto declarando no haber lugar a la nulidad de actuaciones solicitada, basándose en que no podía decretarse la nulidad de actuaciones de oficio por haber recaído ya sentencia firme. Contra referido auto se interpuso por JMC recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial (AP) correspondiente, mediante auto por el que declaró “...la nulidad de todas las actuaciones practicadas y que hagan referencia a la ejecución de la sentencia de remate frente a JMC”. Referida Audiencia, partiendo de que las comunidades de bienes carecen de personalidad jurídica, y por tanto, debía haberse demandado a todos los comuneros, según reiterada jurisprudencia del TS, que configura ese supuesto como un caso claro de *litisconsorcio pasivo necesario*, y no habiendo sido así, es obvio que la sentencia dictada contra

doctrina del TC, y en consecuencia entendió que no podía suscitarse después de sentencia, de oficio, la nulidad de actuaciones. En cambio, la AP, realiza un esfuerzo interpretativo, en el cual ante el conflicto existente entre la tutela judicial efectiva a dar al ejecutante y al indebidamente ejecutado -al tercero JMC-, se inclina, ante la claridad de la postura de *tercero a la ejecución* que ocupa JMC, por tutelarle en sus derechos, y así evitar dilatar la infracción que en relación con él se ha cometido. Frente al auto de la AP interpuso recurso de amparo el ejecutante, que basó, en síntesis, en la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva y en el desconocimiento por la AP de la doctrina del TC sobre el art. 240 LOPJ. El fiscal ante el TC, en sus alegaciones, se mostró favorable a que se estimara el recurso de amparo. El TC dicta sentencia denegando el amparo, por entender correcta la resolución de la AP, y fundamenta el TC su decisión en las siguientes resumidas razones: a) Entiende el TC que no cabe objetar nada, en sede constitucional, a la interpretación que la AP realiza del art. 238 y ss. LOPJ, por cuanto la nulidad de actuaciones se decretó respecto de determinadas resoluciones dictadas por el JPI en el “...procedimiento de apremio (y cuando éste aún no se había concluido) y no en relación con el juicio ejecutivo en que ya había recaído sentencia firme...”; es decir, nada tiene que objetar el TC a que se declare de oficio la nulidad de actuaciones “...en un inconcluso procedimiento de apremio, salvo, claro está, si la citada declaración proyectará sus efectos sobre lo ya decidido en la sentencia firme de remate y determinará su inejecución” (FJ2); b) y dado que “... la decisión de la AP no altera ningún aspecto de la sentencia de remate, ni supone modificación alguna de su fallo, limitándose a establecer su alcance y efectividad en relación con uno de los comuneros no llamados al proceso en una interpretación coherente y razonable, en modo alguno arbitraria e irracional...”, entiende el TC que el auto impugnado no ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte ejecutante, ahora recurrente en amparo (FJ4).

A los efectos que importan en la presente obra, podemos sacar de esta importante Sentencia del TC, al menos, dos conclusiones: *primera*, que el art. 240.2 LOPJ y la interpretación de la Jurisprudencia de TC lo que protege es la intangibilidad de la sentencia, es decir, la denominada santidad de la cosa juzgada; y, *segunda*, que en fase de ejecución de sentencia no hay obstáculo, desde la perspectiva constitucional, para reinterpretar el art. 240.2 LOPJ, en el sentido de poder declarar nulidad de actuaciones de oficio, siempre y cuando se dé una doble condición, a saber: a) que el proceso o fase de ejecución no haya concluido o terminado, y, b) que esa nulidad de actuaciones no afecte a la cosa juzgada, es decir, que deje incólume la sentencia firme que se ejecuta.

2.3.5. Sentencia TC 198/1994, de 4 de julio

Dictada por la Sala Segunda del TC, siendo ponente Díaz Eimil, resuelve recurso de amparo. Esta sentencia se sustenta en los siguientes resumidos hechos: Se trata de una ejecución de sentencia, dentro de la jurisdicción laboral, en el proceso declarativo

la comunidad civil de bienes, en nada afecta al comunero JMC, que no fue demandado, ni citado, ni condenado y concluye la Audiencia, afirmando que “...aunque ha sido suprimido el incidente de nulidad de actuaciones, ello no significa que el tercero que no ha sido parte en el juicio y que se viera envuelto en una ejecución indebida, ya sea por actos nulos, ya sea por actos inicuos, no pueda acudir a esta vía procesal tan amplia de oposición, cual es el procedimiento de nulidad de actuaciones”.

correspondiente, ante la antigua Magistratura de Trabajo²⁶² de Albacete, compareció la demandada; fue condenada, y al ir a notificarle la sentencia mediante exhorto librado al JP II del domicilio de la misma, referido exhorto fue devuelto sin cumplimentar, dado que, se decía, la empresa demandada llevaba varios meses cerrada; ante ello, el órgano judicial ordeno practicar la notificación por Edictos en el Boletín Oficial de la Provincia, como así se hizo; declarando, en su día, la firmeza de la sentencia. Instada la ejecución se llevó a cabo, y ante nuevo intento fallido de notificación personal, se continuó acudiendo a la *notificación edictal*. Referida ejecución dio lugar a que la ejecutante se adjudicará un inmueble de la demandada. El Juzgado de lo Social²⁶³ dicta auto aprobando la tasación de costas y liquidación de intereses y lo notifica por correo certificado con acuse de recibo a la ejecutada. A los pocos días la ejecutada presenta escrito en el Juzgado de lo Social solicitando nulidad de lo actuado a partir de la sentencia inicial dado que no se le notificó en forma. El Juzgado de lo Social dicta auto rechazando la petición, que recurrido en reposición es desestimada. Contra el auto desestimatorio de la reposición la ejecutada interpone recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla-La Mancha, que estimando el recurso dicta auto en el que declaraba la nulidad de todas las actuaciones practicadas desde la notificación de la sentencia, debiéndose practicar en forma la misma; y basa tal decisión en la defectuosa notificación, que a juicio de la Sala incumplió el art. 27 LPL de 1980, vigente en la fecha de autos²⁶⁴. Contra este auto se interpone recurso de súplica por el ejecutante, que es desestimado.

Contra ambas resoluciones se interpone recurso de amparo por el ejecutante, ante el TC, que mediante la sentencia analizada lo deniega, en base a las siguientes resumidas razones: a) Entiende el TC que no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias, garantizado en el art. 24.1 CE, pues dicho derecho "...presupone de manera necesaria, que la sentencia haya sido notificada con el debido cumplimiento de las garantías que la ley y la constitución imponen en protección del derecho fundamental igualmente protegido por el art. 24.1 CE, que tiene la parte perjudicada por la sentencia para interponer contra ella los recursos que legalmente vengan establecidos, puesto que sólo una notificación que cumpla tal condición garantiza a las partes la posibilidad de ejercer ese derecho constitucional a los recursos"; b) *en los autos no se anula ni deja sin efecto una sentencia firme, sino que lo que se anula es una notificación edictal de sentencia*, por contravenir, en este caso, el art. 27 LPL 1980, aplicable al momento de autos, y causando efectiva indefensión a la parte; c) finalmente, entiende el TC que "...no es pertinente traer a colación la sentencia 185/1990..." , que había alegado el MF, para el cual, en virtud del art. 240.2 LOPJ, y doctrina TC sentada en esa sentencia, debía estimarse el amparo; tesis que no comparte el TC, en este caso, dado que entiende que no se trata de un supuesto de anulación o inejecución de una sentencia firme, sino que más bien se trata "...del supuesto de nulidad previsto en el art. 238.3 LOPJ, producido

²⁶² Es decir, con anterioridad a la efectividad de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial.

²⁶³ Esto es, con posterioridad a la efectividad de la Ley 38/1988, citada *supra*.

²⁶⁴ Cuestión que se regula actualmente en el art. 57 de la LPL de 1995.

por un vicio constitucional posterior a la sentencia, que la parte alegó en el primer momento en que tuvo conocimiento de él...”

Esta sentencia también es muy importante, pues contribuye a consolidar esa línea evolutiva de la Jurisprudencia del TC a que nos hemos referido; y pone de manifiesto la necesaria discriminación en cuanto al tratamiento a dar a las sentencias y el que corresponde dispensar al resto de resoluciones judiciales. Así se observa, que si bien el TC ha rechazado acudir a la categoría de la *inexistencia* en lo que se refiere a la sentencia, en cambio sí que admite esta categoría en este caso, pero no en relación con la sentencia, sino que predica tal inexistencia de la resolución que declara la firmeza de la sentencia; la sentencia definitiva, en cambio, permanece incólume, sin perjuicio de lo que pueda resultar, en su caso, del posible recurso que se pueda interponer contra la sentencia, una vez notificada en forma. Es decir, la sentencia no queda afectada de forma directa, aunque si quizá pueda *quedar afectada potencialmente*, es decir, indirectamente, a través del recurso correspondiente contra la misma.

2.3.6. Sentencia Sala Primera Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1993 y similares

Esta sentencia, de la que fue ponente González Poveda, se ocupa de un recurso de casación contra una sentencia de AP, en autos de menor cuantía, seguidos ante el correspondiente JPI, sobre nulidad de actuaciones y otros extremos. Se trataba de un tercero que le es embargada una finca en un juicio ejecutivo, sobre cuyo bien se siguió el correspondiente procedimiento de apremio, una vez recaída sentencia firme en el juicio ejecutivo. Teniendo conocimiento el tercero, interpone demanda de juicio de menor cuantía solicitando la nulidad del embargo, tasación, subasta, adjudicación y cesión de remate, de la escritura y entrega de la vivienda; la parte demandada se opone alegando la supresión del incidente de nulidad de actuaciones y el art. 240.2 LOPJ, así como la doctrina del TC sobre la materia. En lo que interesa a los efectos de la presente obra, el Tribunal Supremo (Sala 1ª) viene a decir lo siguiente: a) En relación con la supresión del incidente de nulidad de actuaciones por la Ley 34/1984, de 6 de agosto y la regulación efectuada en el art. 240 LOPJ, entiende el TS que “...se plantea la duda acerca de la posibilidad de instar la nulidad de actos procesales a través de un posterior juicio declarativo, el de menor cuantía de acuerdo con el art. 484.4 LECiv...” e indica el propio TS que tal cuestión ha sido resuelta por esa Sala Primera en sentido afirmativo por STS 14 noviembre 1990, que se cita en las SSTS de 3 de junio de 1991 y de 24 de febrero de 1992; b) ahora bien, dicha vía, es decir, la posibilidad de acudir a un juicio declarativo posterior para solicitar la nulidad de actuaciones, según el TS, sólo le está permitida al *tercero al pleito*, nunca a las partes. Y así dice el TS “...sólo el tercero que se viere 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...” (FJ2); y, c) finaliza el TS por afirmar la procedencia del “...cauce procesal elegido para hacer valer la pretendida nulidad, ya que los demandantes no fueron parte en dicho juicio ejecutivo ni pudieron acudir al remedio legal de la tercería de dominio para la defensa de sus derechos, al no tener oportuno conocimiento del procedimiento entablado...”

Esta Sentencia del TS es muy interesante, pues como se ha observado, admite abiertamente la posibilidad de que los *terceros al pleito* si se ven envueltos en

ejecuciones derivadas del pleito, pueden acudir al cauce procesal de la interposición de otro pleito, cuyo objeto principal sea la petición de la nulidad de las actuaciones que de esa indebida manera les estén afectando, ventilándose referido pleito autónomo a través del cauce del menor cuantía (art. 484.4 LEC), e insistiendo que este cauce tan sólo es válido *en relación a los terceros al pleito* en que presuntamente se han producido las nulidades que se pretende sean dejada sin efecto. En similar sentido es reiterada la Jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁶⁵.

2.3.7. Otras sentencias y resoluciones judiciales de interés

Evidentemente existen otras muchas resoluciones que pueden traerse a colación. Sirva tan sólo la cita de alguna de ellas, que en lo sustancial tienen en común, el apartarse de la doctrina de la Sentencia 185/1990, del TC, e inclinarse por entender que tras sentencia firme cabe decretar nulidad de actuaciones de oficio: Así, STS (Sala Tercera), de 6 de mayo de 1991²⁶⁶; Auto TS (Sala Segunda) de 11 de Julio de 1991²⁶⁷; STS (Sala Cuarta) de 26 de Octubre de 1993; STS (Sala Cuarta) de 24 de octubre de 1992; STS (Sala Primera) de 6 de noviembre de 1997. Pont. Sr. García Varela²⁶⁸; STS

²⁶⁵ Así, recientemente ha afirmado que “...esta Sala tiene admitida la posibilidad de que un tercero, que haya sido totalmente ajeno a un procedimiento sumario (no parte en el mismo) y que resulte perjudicado, pueda pedir y obtener, a través del juicio declarativo ordinario correspondiente la nulidad de lo actuado en dicho procedimiento sumario (Sentencia de 8 marzo 1993 que, a su vez cita las de 14 noviembre 1990, 3 junio 1991, 24 y 25 febrero 1992). (...)El artículo 132 de la Ley Hipotecaria (...) reserva para el juicio declarativo que corresponda todas las cuestiones que se refieran a la nulidad de actuaciones practicadas en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la misma Ley...” (STS (Sala 1ª) de 27 de julio de 1996. Pont. Sr. Morales Morales. “En igual sentido la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 14 noviembre 1990, 3 junio 1991 y 24 febrero 1992) tiene declarado que la supresión del incidente de nulidad de actuaciones, operada por la Ley 34/1984 no autoriza a sustituirlo por un juicio declarativo sin más, pues, con ello, se conseguiría un efecto contrario al que pretendió el legislador al 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 (el juicio declarativo posterior) tan amplia de oposición. Doctrina que se reitera en la Sentencia de 17 junio 1994 al decir que «en los primeros (se refiere a los procesos declarativos) en tanto sean procesos de naturaleza plenaria (sean ordinarios o especiales) no cabe que los que hayan sido partes, fuera de los recursos establecidos, planteen juicios posteriores acerca de nulidades habidas en aquéllos, a diferencia de lo que ocurre en los denominados ‘sumarios’ que, con la amplitud que en cada caso reconocen la ley y la jurisprudencia, pueden conducir a plenarios promovidos por quienes fueron parte en el ‘sumario’, cuyo objeto verse, entre otros, sobre nulidades que no hayan tenido oportunidad de denunciarse por medio de los recursos»...”(STS (Sala 1ª) de 4 de noviembre de 1995. Pont. Sr. González Poveda). En similar sentido se pronuncian las SSTS (Sala 1ª) de 19 de julio de 1994. Pont. Sr. Burgos Pérez de Andrade, y de 17 de mayo de 1997. Ponente Sr. Albacar López, y las que en ellas se citan. También, en igual sentido, se pronuncian la STS Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal) de 23 de diciembre de 1996. Pont. Sr. Corbal Fernández y la del mismo tribunal de fecha 9 de abril de 1997. Pont. Sr. Feliu Llansa.

²⁶⁶ Sentencia que es comentada por PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., en “La nulidad de la sentencia firme (Comentario a la STS -Sala 3ª - de 6 de mayo de 1991)”, en la *Revista Justicia*, 1992, págs. 437 y ss.; también se refiere a ella GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, en “Nulidad de actuaciones y la Constitución”, *op. cit.*; también la cita BENITO ALONSO, en “La revocación...”, *op. cit.*

²⁶⁷ Al que se refiere GARNICA MARTÍN, en “Nulidad procesal sin...”, *op. cit.*

²⁶⁸ En la cual se resuelve escrito solicitando nulidad de actuaciones producidas en ejecución de sentencia, en concreto en la tramitación de la impugnación de la tasación de costas, y se afirma que “...evidente que, en la tramitación de los incidentes de impugnación de honorarios, aparecen anomalías procesales desde la Providencia de fecha 19 de julio de 1994, que acordó la tramitación de la impugnación de los del Letrado

(Sala Primera) de 28 de julio de 1997. Pont. Sr. Martínez-Calcerrada Gómez²⁶⁹; etcétera; sobre cuya consideración ya no vamos a extendernos.

2.3.8. A modo de recapitulación

Hasta aquí la exposición de algunas sentencias, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, que se han considerado más importantes a los efectos de la presente obra. Recapitulando sobre todas ellas, y en especial acerca de las del TC, se pueden sacar las siguientes conclusiones:

Primera. Se aprecia una tendencia evolutiva en la Jurisprudencia del TC, que pretende flexibilizar la aparentemente encorsetada interpretación que se verificó en la

don Manuel Jesús G. C., por indebidos y excesivos, cuando sólo habían sido atacados por el primer concepto, y omitió la concerniente a los del Letrado de la entidad «Banco Español de Crédito, SA», por indebidos, de manera que no se han cumplido aquí los cauces procesales de audiencia y contradicción, y, por ende, han concurrido vicios generadores de nulidad de actuaciones según el tenor de los artículos 238.3 y 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, al respecto, procede dejar sin efecto el proveído de 19 de julio de 1994 y todas las actuaciones posteriores aquí realizadas, inclusive la Sentencia de 19 noviembre 1996. (...) No es adecuado verificar un especial pronunciamiento respecto a las costas de este *incidente de nulidad de actuaciones...*» (STS (Sala 1ª) de 6-11-1997. Pont. Sr. García Valera).

²⁶⁹ En dicha sentencia se resuelve una demanda de error judicial sustanciada al amparo del art. 121 CE y concordantes, y el TS la desestima, dando entre otros, los argumentos siguientes: «...Es de destacar -y se subraya-, que cuando se dicta el discutido Auto declarando la nulidad de actuaciones, de 20 enero 1995, se plantea la duda de si formalmente se podía decretar susodicha nulidad, habida cuenta que por esa manera irregular e improcedente, se había dictado la correspondiente Sentencia de remate de 10 diciembre 1993; por lo cual, el Órgano Judicial «ab initio» se enfrentaba a lo dispuesto en el art. 240.2 de la LOPJ, en el sentido de que la nulidad de pleno derecho, solamente puede practicarla el Juez o Tribunal de oficio antes de que se hubiese dictado sentencia definitiva, no obstante lo cual, el Juez, consciente de ese impedimento, citó por Providencia a las partes para que alegasen lo que a su derecho convenga, y por el hoy actor se opuso la enunciada nulidad, precisamente, en mor, a ese obstáculo formal; empero, el mismo Juzgado se planteó el dilema de si debía prevalecer el principio de seguridad jurídica, como es, previa nulidad de actuaciones, la observancia de ese presupuesto esencial del art. 1440 o, continuar el procedimiento por repetido trámite formal del art. 240.2; optando por la primera decisión, tras la adecuada reflexión y razonamiento oportuno, así se expone: «La omisión en el procedimiento de un trámite esencial en el juicio ejecutivo, establecido en la Ley Procesal, conlleva que sea procedente declarar la nulidad de lo actuado, no siendo posible tan sólo la subsanación del mismo, ya que los actos posteriores se derivan directamente del despacho de ejecución, y ello en virtud del derecho constitucional de tutela judicial efectiva y un proceso con todas las garantías...»; repetido Auto, a su vez, fue ratificado por el posterior de la Audiencia confirmatorio del mismo de 1 de julio de 1995, que con acierto razona que «...en el Juicio ejecutivo, la tutela judicial efectiva del ejecutante se preserva en el inicio del proceso a través de los cauces procesales establecidos en los arts. 1429 y ss. de la LECiv y, en concreto -por lo que al caso nos interesa- a través de una resolución fundada en la que el Juez, examinados los títulos en virtud de los cuales se solicita la efectividad del derecho material que se ejercita con la demanda ejecutiva, despacha ejecución al entender que dicho títulos reúnen las condiciones idóneas para ello. Y la tutela del ejecutado se plasma en las diligencias de requerimiento de pago y citación de remate -verdadero emplazamiento- en que se le hacen entrega de las copias de la demanda y documentos presentados por el ejecutante (art.1459)». En conclusión parece indiscutible, que ante estas razones no cabe compartir se incurriese por parte de los Órganos Judiciales en error alguno, ya que ni por supuesto, ha existido omisión de precepto alguno, ni equivocación de norma imperativa, sino que, justamente, ante la singularidad procedimental descrita, y ponderando en modo las decisiones a adoptar dentro de la más estricta legalidad, se opta por la que se consideró en ese trance procedimental ajustada para que prevalecieran los valores más primarios de la justicia en ese conflicto...» (STS (Sala 1ª), de 28-7-1997. Pont. Sr. Martínez-Calcerrada Gómez).

Sentencia 185/1990. Flexibilización que nos parece muy adecuada y que supone un esfuerzo en esa reinterpretación del ordenamiento jurídico a la que el propio TC animó a los operadores jurídicos en indicada Sentencia.

Segunda. Quizá sea preciso añadir que esa flexibilización parte del discernimiento entre aquellos *supuestos de nulidad de actuaciones que afectan de forma directa a la Sentencia* y aquellos otros *supuestos que afectan de forma directa a otra clase de resoluciones distintas a Sentencia, sin resultar ésta afectada*; discriminación que es muy importante, y además adecuada a la diferente consideración que el ordenamiento jurídico confiere a esas dos grandes categorías de resoluciones judiciales.

Tercera. Y además, esta tendencia jurisprudencial nos puede ofrecer determinadas claves, e incluso soluciones, para afrontar aquellos supuestos de nulidad de actuaciones que, presentados en ejecución de sentencia, para nada afectan a la sentencia, preservando en todo caso el principio de inmodificabilidad de oficio de las sentencias una vez firmadas. Entendemos, pues, que esta Jurisprudencia ofrece al intérprete múltiples vías de solución del, a veces, acuciante problema de la nulidad de actuaciones, sobre todo de oficio.

Cuarta. Pero en todo caso, lo deseable sería que se clarificará la situación legislativa sobre la materia, sin que todas las soluciones necesarias de esta clase de problemas pasen, precisamente, por el pretendido desarrollo del art. 53.2 de la Constitución, que parece que ahora se ha vuelto a poner de moda²⁷⁰.

3. Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones de oficio en ejecución de sentencia: conclusiones

3.1. Planteamiento

Después de cuánto hemos visto, estamos en condiciones, a modo de recapitulación, para dar nuestra opinión sobre la cuestión básica en torno a la cual gira el estudio realizado en el presente capítulo, es decir, *sobre la posibilidad o no de declarar nulidad de actuaciones de oficio en trámite de ejecución de sentencia*. Para ello vamos a partir de una clasificación que entendemos puede sernos de utilidad, en relación con los supuestos de nulidad que se pueden presentar en ejecución de sentencia, y a través de la misma, analizaremos la solución a dar a cada categoría contenida en indicada

²⁷⁰ Confr. Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, publicada en el BOE de 9 de noviembre de 1994; aunque de momento, sigue sin procederse a efectuar indicado desarrollo legislativo del art. 53.2 CE, a pesar de que se hayan efectuado intentos de aproximación, como p.ej., la reforma operada mediante LO 5/1997, de 4 de diciembre, comentada ampliamente en el capítulo precedente. Tampoco puede identificarse con tal desarrollo del art. 53.2 CE, la regulación contenida en la novísima LRJCA98 del *procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona* (arts. 114 y ss.), que no hace otra cosa que actualizar y adaptar a la nueva LRJCA, integrándola en la misma, la regulación ya existente hasta entonces en la Ley 62/1978, de 28 de diciembre, que, precisamente se deroga en la LRJCA98, en los preceptos que se refieren a lo contencioso-administrativo (confr. Disposición Derogatoria 2ª LRJCA98)

clasificación. Para llevar a cabo esta clasificación es esencial partir de la idea nuclear que subyace en la jurisprudencia del TC y del TS analizada, y referida idea no es otra que la siguiente: *lo que pretende preservar el art. 240.2 LOPJ es la intangibilidad de las sentencias ya firmadas o dicho con palabras del TC “...el precepto en sí salva la cosa juzgada, o sea un principio esencial del proceso fundado en la seguridad jurídica”, pues, “...se limita a preservar el principio de inmodificabilidad de oficio de las sentencias una vez firmadas...”* (STC 185/1990). Junto a dicha idea hemos de tener presente la proyección del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con aquel que se ve afectado por el vicio determinante de nulidad, evitando, en lo posible, la indefensión. Es decir, *se plantea el conflicto, esencialmente, entre la seguridad jurídica y la interdicción de la indefensión*. Desde esta doble perspectiva, y atendiendo a la realidad actual del proceso o fase de ejecución, agruparemos los supuestos de nulidad diferenciando entre los que afectan a las partes del proceso y los que afectan a terceros.

3.2. En relación con las partes del respectivo proceso

Los supuestos de vicios determinantes de nulidad que se presenten en ejecución de sentencia, en relación con las partes, son susceptibles de clasificarse en alguno de los grupos que a continuación se exponen.

3.2.1. Vicios determinantes de nulidad de actuaciones puestos de manifiesto o descubiertos en ejecución de sentencia y que afectan a la sentencia

Dentro de este grupo cabe incluir tanto los producidos con anterioridad a sentencia firme y que no son descubiertos hasta un momento posterior a la firmeza de la sentencia, así como aquellos otros que se producen con posterioridad a sentencia firme y que afectan a la esencia de la sentencia. A título de ejemplo, cabe citar como supuestos incluíbles en este apartado: los casos relativos a defectos en la tramitación de la apelación, o en la tramitación del correspondiente recurso contra la sentencia definitiva; defectos en los actos de comunicación en trámite anterior a sentencia definitiva, descubiertos después, así, en la citación a juicio, en el emplazamiento, etcétera; la casuística es muy amplia.

Al quedar afectada la sentencia y comprometerse la cosa juzgada, entendemos que no procede en estos supuestos la declaración de oficio de nulidad de actuaciones. Algunos autores, como hemos visto²⁷¹, acuden al concepto de *inexistencia* de la sentencia, por entender que se ha formado viciadamente tal apariencia de sentencia, apariencia que a criterio de ese sector doctrinal debe ceder y permitir la declaración de nulidad de actuaciones. Nosotros, como queda dicho y por las razones apuntadas, que están extraídas sobre todo de la STC 185/1990, y posteriores, y dado que el expediente de acudir al concepto de *inexistencia* de la sentencia puede ocasionar no poca inseguridad jurídica, que tampoco es deseable, y menos en orden a la cosa juzgada, entendemos que no procedería en estos supuestos la declaración de nulidad de actuaciones de oficio. Este grupo de supuestos, en ausencia de recursos ordinarios o extraordinarios, y cuando no

²⁷¹ Así, GARNICA MARTÍN, etcétera, también la FGE en las alegaciones emitidos en el trámite correspondiente en el recurso que dio lugar a la Sentencia 185/1990, comentada.

puedan ser reparados a través del nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales²⁷², introducido por LO 5/1997, o a través de otros medios que prevea el ordenamiento jurídico (art. 240.1 LOPJ), encuentran actualmente su solución a través del recurso de amparo constitucional, como también hemos visto. En este tipo de supuestos es donde tendrían cabida las propuestas de la doctrina en relación con ampliar los motivos del mal llamado *recurso* de revisión, o configurar nuevas posibilidades a la audiencia al rebelde, etcétera²⁷³; pero, mientras tal reforma llegue, insistimos, estos supuestos tiene su vía de solución a través del recurso de amparo constitucional.

3.2.2. Vicios determinantes de nulidad de actuaciones detectados en ejecución de sentencia, pero producidos después de sentencia definitiva y con anterioridad a sentencia firme (firmeza) y que no afectan a la sentencia.

Aquí podemos incluir sobre todo aquellos supuestos de defectuosos actos de comunicación de la sentencia, es decir, defectos en la notificación de sentencia, que no afectan en sí a la sentencia, sino tan sólo a su inadecuada declaración de firmeza. En estos supuestos, entendemos, siguiendo la doctrina del TC, sentada sobre todo en la Sentencia 198/1994, ya comentada, que procederá la declaración de oficio de nulidad, no de la sentencia, sino del auto o resolución que declare la firmeza de la sentencia y en su caso también de la notificación defectuosa o acto de comunicación de sentencia de igual carácter, pero respetando en todo caso el principio de inmodificabilidad de oficio de las sentencias una vez firmadas, pues se respeta la sentencia definitiva, y tan sólo se anula su carácter de firmeza, en cuanto sinónimo de irrecurribilidad, permitiendo a las partes, una vez declarada la nulidad de actuaciones, y notificada en forma la sentencia definitiva, que la impugnen, si a su derecho conviene. Esta postura viene a utilizar el concepto de inexistencia, pero en relación con la resolución que declara la firmeza de la sentencia, pero no utiliza ese argumento en relación con la sentencia definitiva, la cual, en principio, permanece incólume, sin perjuicio de lo que resulte, en su caso, del posible recurso que se pueda interponer contra la sentencia, una vez notificada en forma.

3.2.3. Vicios determinantes de nulidad de actuaciones producidos en ejecución de sentencia y que no afectan a la sentencia firme.

Así, por ejemplo, incumplimiento de la normativa sobre embargos, tramitación de procedimiento de apremio, etcétera, cuyo vicio y su corrección no afectan a la cosa juzgada; así, no observancia de las prescripciones legales en relación con el avalúo de bienes, edictos subastas, etcétera, en los cuales la sentencia no se resiente, quizá sí en cambio, su efectiva ejecución. Obviamente, los supuestos a que nos referimos han de encontrar encuadre en alguno de los motivos de nulidad ya analizados. En estos

²⁷² Evidentemente, si se trata de supuestos que encajan dentro del ámbito objetivo del incidente de nulidad de actuaciones judiciales previsto en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, ha de intentarse su reparación a través del mismo; sobre el particular hemos tratado con amplitud en el anterior capítulo de esta misma obra.

²⁷³ Precisamente, la LO 5/1997, de reforma de la LOPJ, ha intentado paliar ese vacío legislativo, con la reforma efectuada en materia de nulidad de actuaciones, señaladamente la introducción del nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales (confr. art. 240. 3 y 4 LOPJ).

supuestos procede, aún con más claridad, la declaración de oficio de la nulidad de actuaciones, y ello siempre que se den dos requisitos esenciales: 1º) Que el proceso de ejecución esté inconcluso, es decir, que aún no haya terminado; y, 2º) que no quede afectado el principio de inmodificabilidad de las sentencias; y que se respete la cosa juzgada. Posibilidad de declarar nulidad de actuaciones de oficio y requisitos que se derivan claramente de la doctrina sentada por la Sentencia TC 247/1993, ya comentada (FJ2). Así, pues, estos supuestos, no plantean mayores problemas

3.2.4. Vicios determinantes de nulidad de actuaciones producidos en ejecución de sentencia, pero dentro de los denominados “incidentes de integración de título ilíquido”²⁷⁴.

Como ejemplos de referidos incidentes podemos citar los siguientes, a saber: a) En el orden jurisdiccional civil, los que se prevén en el art. 927 y ss. LECiv, pudiéndose distinguir: procedimientos para la liquidación de daños y perjuicios; para la liquidación de frutos, rentas o utilidades; para la rendición de cuentas de una administración y entrega de saldo, para la reducción a metálico de una cantidad determinada de frutos en especie; etcétera; b) en el orden jurisdiccional penal, cabe destacar el contemplado en el art. 798 LECrim, dentro del procedimiento penal abreviado y el regulado en el art. 984.III LECrim, en relación con el juicio de faltas, así como la mención contenida en el art. 115 del Código Penal de 1995²⁷⁵; etcétera; c) en el orden jurisdiccional social, cabe citar el previsto en el art. 276 y ss. y concordantes de la LPL de 1995; es decir, el denominado incidente de determinación de la indemnización en sentencias de despido injustificado, en las que se opta por indemnizar, en vez de readmitir; d) en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, también se dan supuestos de estas características: así, de determinación de cantidades líquidas (confr. art. 71.1.d) LRJCA98); etcétera. Todos estos incidentes tienen una peculiaridad común, por lo que ahora nos interesa, y es que se trata de auténticos procesos declarativos especiales²⁷⁶, insertos en el proceso de ejecución de sentencia, y que en todo caso han de respetar la sentencia que se ejecuta y las bases en ella establecidas.

²⁷⁴ El estudio pormenorizado de uno de ellos, el del art. 798 LECrim, puede verse en mi artículo: LAMO RUBIO, J. de, “El incidente de integración de título civil ilíquido en el procedimiento penal abreviado”, en *BIMJ*, núm. 1706, de 5 de mayo de 1994, págs. 81 y ss.

²⁷⁵ Que establece que “...los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o *en el momento de su ejecución* ”; precisamente al abrigo de esa prevención posibilitadora de deferir para ejecución de sentencia la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios surgen los denominados “incidentes de integración de títulos civiles ilíquidos”, a los que venimos refiriéndonos (LAMO RUBIO, J. de, *El Código Penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*, Bosch, Casa editorial, S.A., Barcelona, junio 1997, pág. 475 y ss. y 511 y ss.).

²⁷⁶ En tal sentido se pronuncia la doctrina: así, RÍOS SALMERÓN, B., en obra conjunta con varios autores, titulada *El nuevo Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 308; opinión, que si bien esta realizada en relación con la LPL 1990, es también de aplicación a la actual LPL 1995; vid también, LAMO RUBIO, J. de, “El incidente de integración ...” *op. cit.*; ibídem, *El Código Penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos.., op. cit.*, pág. 511 y ss.

En estos supuestos somos también partidarios de la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de actuaciones, toda vez que como hemos dicho, esos incidentes tienen naturaleza jurídica de auténtico proceso declarativo, si bien especial, y además no queda afectada la cosa juzgada. Ahora bien, para que se pueda declarar de oficio esa nulidad de actuaciones, entendemos que se han de dar los siguientes requisitos: 1º) Que se planteen durante la tramitación de ese incidente de integración, y antes de concluir el mismo; 2º) que se refiera a actuaciones producidas durante y dentro de su tramitación; y, 3º) que se respete, en todo caso, la sentencia que se ejecuta. En relación con el auto que pone término al incidente de integración de título ilíquido, entendemos que el mismo, una vez dictado, pasa a *integrar* o a formar parte integrante de la sentencia, y consiguientemente, una vez exista, gozará de los mismos efectos que la sentencia y las nulidades de actuaciones que giren en torno a dicho auto, o le afecten y que se susciten en trámites de ejecución de ese auto, tendrán un tratamiento similar al que hemos dado a los que se producen en torno a la sentencia y a su ejecución, al cual nos remitimos, para evitar reiteraciones.

3.3. En relación con los terceros al juicio o pleito

Los vicios determinantes de nulidad de actuaciones, producidos en relación con aquellos que por no ser parte en el correspondiente proceso tienen la cualidad de *terceros* al proceso, merecen ser tratados separadamente, y sin necesidad de subgrupos, pues al ser terceros ajenos al pleito, no les afectará la cosa juzgada y ésta tampoco se verá afectada por la solución que se dé a esos supuestos (confr. art. 1252 Código Civil). No existe obstáculo para que los terceros ajenos a la ejecución que se vean envueltos en ella, bien por actos nulos, bien por actos inicuos, en cuanto tengan conocimiento de que esa ejecución se está siguiendo indebidamente contra ellos, lo pongan en conocimiento del órgano judicial ejecutor, solicitando la nulidad de actuaciones, y el órgano judicial de oficio, podrá, perfectamente, decretar la nulidad de actuaciones. Esta solución queda bastante clara en la Sentencia TC 247/1993, ya comentada. También hemos visto que los terceros pueden acudir a un juicio declarativo posterior, en concreto, en el actual estado de nuestro ordenamiento jurídico, al de menor cuantía (art. 484.4 LEC), instando la nulidad de las correspondientes actuaciones; al respecto, recuérdese la Sentencia TS (Sala 1ª) de 8 de marzo de 1993, ya analizada, y las demás citadas al hilo de tal comentario.

En todo caso, tanto en relación con las partes del proceso, como con los terceros, ha de quedar claro, que las nulidades de actuaciones de oficio, han de sujetarse a los trámites del art. 240.2 LOPJ, y sobre cuyo desarrollo ya nos hemos ocupado en un capítulo precedente.

Capítulo 6

Perspectivas de futuro: El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil

1. Introducción

Para finalizar, vamos a referirnos brevemente a algunos proyectos legislativos y prelegislativos recientes, tendentes a dar solución a la problemática que viene generando la nulidad de actuaciones y su derivación hacia el recurso de amparo constitucional, como solución actual de la misma. Con ello tan sólo se pretende dar noticia de esas proyectadas reformas, sin perjuicio de, al hilo de las mismas, poder sacar alguna consecuencia de interés a los fines de la presente obra. En el desarrollo de las mismas, nos vamos a limitar a la consideración del intento de introducción de un apartado 3 del art. 240 LOPJ, del desarrollo del art. 53.2 CE, así como del tratamiento de la materia en el Proyecto de Ley reguladora del Proceso Contencioso-administrativo y en el Proyecto de reforma de determinados preceptos de la LOPJ²⁷⁷, ambos de 1995, para concluir con un estudio en detalle de la propuesta de regulación que, sobre la nulidad de actuaciones, formula el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998.

2. Recientes intentos de reforma

2.1. El Proyecto de 1994 sobre introducción de un apartado tercero en el art. 240 LOPJ

Tal intento de reforma se produjo en el Proyecto de Ley Orgánica, que luego daría lugar a la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la LOPJ (BOE 9/11/1994). En concreto esa previsión se contenía en el artículo undécimo del indicado Proyecto²⁷⁸. Indicada iniciativa de reforma legislativa se produjo a instancia de un grupo de Vocales del CGPJ, que emitieron un voto particular discrepante, al informe del Anteproyecto de esa Ley Orgánica, en el trámite de informe que corresponde al

²⁷⁷ Se trata de sendos Proyectos de Ley de la anterior legislatura, y por tanto, hoy decaídos, tras la disolución de las Cortes Generales con motivo de las últimas elecciones generales (marzo 1996); pero su estudio y consideración, pueden ser de utilidad a los fines del presente trabajo.

²⁷⁸ Publicado en el BOCCGG, Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley, núm. 45-1, de 4 de enero de 1994.

CGPJ (art. 108 LOPJ)²⁷⁹; ese concreto particular del voto discrepante se justificó ante “...lo apremiante que resulta salir del atolladero legal a que ha conducido la disposición del art. 240.2 LOPJ, en virtud del cual no existe cauce para declarar la nulidad de actuaciones procesales una vez que hubiere recaído sentencia definitiva”. Y añaden los Vocales del CGPJ que suscriben ese voto particular discrepante que, “...el cúmulo de problemas reales planteados, las sucesivas posturas del Tribunal Constitucional en distintas Sentencias de amparo (desde la STC 110/1988, de 8 de Julio) (más la STC 185/1990, de 15 de Noviembre, que resolvió negativamente la ‘autocuestión de inconstitucionalidad’) y la persistencia hoy, en suma, de una situación muy grave para los justiciables y sumamente grave también, en otro orden de cosas, para el propio Tribunal Constitucional, aconsejan tomar ocasión de este anteproyecto para intentar una solución al perturbador ‘impasse actual’...”²⁸⁰. Y a continuación en ese voto particular a que nos venimos refiriendo, pasan a proponer una posible texto del apartado 3 del art. 240 LOPJ. Propuesta que fue asumida por el Gobierno y configuró el indicado artículo undécimo del Proyecto ya citado, que literalmente decía:

“3. Será inadmisibile el incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, podrá excepcionalmente, a instancia de parte legítima, promoverse incidente de nulidad de actuaciones para hacer valer defectos de forma, advertidos antes de recaer sentencia no susceptible de ulterior recurso o resolución igualmente irrecurrible, que ponga fin al proceso. Será competente para conocer del incidente el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para promover el incidente será de veinte días, desde la notificación de la sentencia o resolución firme o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto de forma causante de indefensión. El Juzgado o Tribunal inadmitirá a trámite cualquier incidente en el que se hagan valer otras cuestiones. Frente a la resolución definitiva que recaiga en el incidente no se dará recurso alguno”.

En relación con la crítica al mismo no nos vamos a extender en consideraciones, y tan sólo decir, que en su momento se ocupó de ello la doctrina²⁸¹ y nosotros publicamos, entonces, también un artículo, al que nos remitimos²⁸². Finalmente decir que indicada reforma en materia de nulidad de actuaciones no prosperó, siendo rechazado ese artículo undécimo del comentado Proyecto, en el trámite parlamentario ante el Congreso de los Diputados, en concreto vía enmienda, la núm. 76, del Grupo Socialista, que solicitaba la supresión de ese artículo undécimo; enmienda que fue

²⁷⁹ Ese voto particular, discrepante, aparece publicado en el Boletín de Información del CGPJ (*BICGPJ*) núm. 115 de enero de 1994, págs. 134 y ss., y fue suscrito por los Vocales Excmos. Srs. Manzanares Samaniego, Díaz Argal, De la Oliva Santos, y Excma. Sra. Mariscal de Gante y Mirón.

²⁸⁰ *BICGPJ*, núm. 115, de enero de 1994, *op. cit.*, págs. 170 y ss.

²⁸¹ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, año 1994.

²⁸² LAMO RUBIO, J, de, “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, de 10 de febrero de 1994.

aprobada en la Comisión de Justicia e Interior Congreso de los Diputados, en la sesión de 26 de Mayo de 1.994²⁸³.

2.2. El Proyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo de 1995

Referido Proyecto de Ley, trae su causa de un previo borrador, que fue elaborado en el Ministerio de Justicia e Interior por una Comisión presidida por el Sr. LEGUINA VILLA²⁸⁴. El Proyecto de Ley, se presentó a las Cortes Generales en Septiembre de 1995, apareciendo posteriormente publicado en el Boletín Oficial de la Cortes Generales²⁸⁵. La materia objeto de estudio, se recogía en los arts. 138 al 140, del citado Proyecto de Ley, que transcribimos:

Artículo 138:

“Todas las cuestiones incidentales que se susciten en el proceso, incluso las que se refieren a la nulidad de actuaciones, se sustanciarán en pieza separada y sin suspender el curso de los autos”.

Artículo 139:

“1. Cuando se alegue la nulidad de actuaciones y se deniegue la subsanación, podrá promoverse, en el plazo de cinco días, el correspondiente incidente de nulidad ante el propio órgano jurisdiccional que conozca del procedimiento.

2. También podrá acordarse de oficio la nulidad de actuaciones, previa audiencia de las partes.

3. El incidente de nulidad de actuaciones se resolverá por auto, salvo que se suscite después de haber recaído sentencia no susceptible de recurso alguno o contra la que no se hubiere podido interponer el que hubiera procedido por causa no imputable a la parte perjudicada por la falta, en cuyo caso la resolución del incidente revestirá la forma de sentencia, correspondiendo su conocimiento al órgano jurisdiccional que hubiera dictado la sentencia firme cuya nulidad se postule”.

Artículo 140:

“1. Cuando se alegue que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos establecidos por la presente Ley, la que se halle en tal supuesto podrá subsanar el defecto u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al que se le notifique el escrito que contenga la alegación.

²⁸³ Véase Diario de Sesiones del Congreso de Diputados, Comisión Justicia e Interior, núm. 219, de 26 de mayo de 1994, pág. 6657.

²⁸⁴ Comisión, como decimos, presidida por D. Jesús Leguina Villa, y compuesta por los Señores: García Manzano, García Ortega, Ortega Álvarez, Rodríguez García, y Sánchez Morón, actuando como Secretario de la Comisión, el Sr. Santolaya Machetti. Referido Borrador llevaba fecha de 15 de Junio de 1994, y fue distribuido a las Universidades y otras instituciones, para su estudio y consideración. Como decimos, precipitó en el proyecto de ley que comentamos; proyecto de ley, que a su vez ha decaído, al disolverse, en su día, las Cortes Generales, con motivo de la elecciones de 1996. No obstante, su estudio puede ser de utilidad a los efectos de la presente obra.

²⁸⁵ BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 133-1, de 30 de septiembre de 1995.

2. Cuando el órgano jurisdiccional, de oficio, aprecie la existencia de algún defecto subsanable, dictará providencia en que lo reseñe y otorgue el mencionado plazo para la subsanación, con suspensión, en su caso, del fijado para dictar sentencia.

3. Sólo cuando el defecto sea insubsanable o no se subsane debidamente en plazo, podrá ser decidido el recurso con fundamento en tal defecto”.

De todos ellos, tiene especial interés el art. 139.2, en el cual se preveía que el incidente de nulidad de actuaciones se puede plantear o iniciar de oficio, incluso una vez exista sentencia firme. Naturalmente, de aprobarse algún día una ley similar, se vería afectado el art. 240.2 LOPJ, que si no se reformara y se mantuviera en igual términos a los actuales, entendemos que la reforma pretendida, sólo afectaría al orden jurisdiccional contencioso- administrativo. Precisamente por esta razón, se tramitó, al mismo tiempo que el Proyecto de Ley comentado, otro de reforma de determinados aspectos de la LOPJ. Finalmente, como hemos reiterado, este Proyecto de Ley caducó, al disolverse las Cámaras Parlamentarias, con motivo de las elecciones de 1996. Constituidas nuevamente indicadas Cámaras, tras las elecciones, el nuevo Gobierno presentó sendos Proyectos de Ley, uno de regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa, y el otro de reforma de la LOPJ, que han dado lugar a la novísima LRJCA98, ya citada, y a la LO 6/1998, de la que se hará mención posteriormente. La LRJCA98 tan sólo se refiere a la materia que tratamos en los artículos 137 y 138, que vienen a asumir, prácticamente, el contenido de los artículos 138 y 140 del Proyecto de 1995, comentado²⁸⁶; pero como ya hemos indicado, la LRJCA98 evita la regulación completa de la ineficacia procesal.

2.3. El Proyecto de Ley, adicional al anterior, de reforma de la LOPJ

Como decimos, se tramitó, al cobijo del anterior Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Es más, inicialmente, el proyecto ahora considerado, constituía la Disposición Final Primera de referido Proyecto de Ley; habiendo decidido, la Mesa de la Cámara del Congreso de los Diputados, en aplicación del art. 130 del Reglamento, desglosar indicada Disposición Final del citado Proyecto, y tramitarla como Proyecto de Ley Orgánica²⁸⁷. Indicado proyecto de norma se denominaba como “Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifican determinados preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Y ofrecía una nueva redacción de los apartados 2 y 3 del art. 240 LOPJ, en el siguiente sentido:

²⁸⁶ Así, el art. 137 LRJCA98 establece lo siguiente: “Todas las cuestiones incidentales que se susciten en el proceso, se sustanciarán en pieza separada y sin suspender el curso de los autos”; y el art. 138 preceptúa lo siguiente: “1. Cuando se alegue que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos establecidos por la presente Ley, la que se halle en tal supuesto podrá subsanar el defecto u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación.-2. Cuando el órgano jurisdiccional, de oficio, aprecie la existencia de algún defecto subsanable, dictará providencia en que se reseñe y otorgue el mencionado plazo para la subsanación, con suspensión, en su caso, del fijado para dictar sentencia. -3. Sólo cuando el defecto sea insubsanable o no se subsane debidamente en plazo, podrá ser decidido el recurso con fundamento en tal defecto”.

²⁸⁷ BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 134-1, de 30 de septiembre de 1995.

Artículo 240:

“.....

2. Sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá de oficio y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

3. El incidente de nulidad de actuaciones se resolverá por auto, salvo que se suscite después de dictada sentencia no susceptible de recurso alguno o contra la que no se hubiera interpuesto el procedente por causa no imputable a la parte perjudicada por la infracción procesal, en cuyo caso se decidirá por sentencia, correspondiendo su conocimiento al órgano jurisdiccional que dictó la sentencia firme cuya nulidad se postule”.

Vemos, que en esencia, se limitaba a importar el modelo diseñado para la jurisdicción contencioso-administrativa. Dado que sendos proyectos de ley citados decayeron con la disolución de las Cortes Generales, como ya se ha indicado, nos limitamos a dejar transcrita la propuesta de reforma que se efectuaba. Tan sólo decir que como se aprecia, se pretendía, con supresión del límite temporal²⁸⁸ contenido en el art. 240.2 LOPJ vigente en aquel momento, reflejado en la expresión “...antes de que hubiere recaído sentencia definitiva...”, reinstaurar el “incidente de nulidad de actuaciones”. Finalmente, al aprobarse la novísima LRJCA98, se ha aprobado también la LO 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la LOPJ (BOE de 14 de julio de 1998), en la que para nada se aborda el tema de la nulidad de actuaciones.

3. El desarrollo del art. 53.2 de la Constitución

Durante el *iter legislativo* de la que sería Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, de reforma de la LOPJ, a que ya nos hemos referido, se transaccionó una enmienda de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, que fue aprobada en la Comisión de Justicia e Interior²⁸⁹, y paso a ser la Disposición Adicional Quinta, tras la aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados, del comentado Proyecto²⁹⁰, que vino a decir lo siguiente:

Disposición Adicional Quinta LO 16/1994:

“Desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución Española. *En el plazo de seis meses, a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley de desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución Española*”.

Disposición Adicional que finalmente se aprobó por el Parlamento, en la que hoy es Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica

²⁸⁸ Sobre el cual y la problemática que plantea, hemos tratado con amplitud en la presente obra.

²⁸⁹ Vid el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, núm. 219, de 26 de mayo de 1994, pág. 6658.

²⁹⁰ Boletín Oficial de la Cortes Generales, Senado, Serie II, Proyectos de Ley, núm. 41(a), de 28 de junio de 1994, pág. 27.

6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial (BOE, de 9 de noviembre de 1994), ya citada. Vemos, pues, que el legislador optó, entre la solución del nuevo apartado 3 del art. 240 LOPJ, y el desarrollo del art. 53.2 CE, por esta última solución. En relación con el desarrollo de este art. 53.2 CE y sus ventajas e inconveniente, nos remitimos al estudio doctrinal que ya hemos realizado en el lugar correspondiente de esta obra²⁹¹. Finalmente interesa dejar constancia que se trata de un tema de máximo interés y plena actualidad, como hemos podido ver en referido repaso doctrinal, y que adquirió especial protagonismo con el denominado *conflicto técnico* entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, a que ya nos hemos referido²⁹². En todo caso, es preciso insistir en que continua sin desarrollarse el art. 53.2 CE, en el sentido de instaurar un auténtico recurso de amparo judicial.

4. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998

4.1. Consideración general sobre el Anteproyecto de Ley

Por su indudable interés y actualidad parece obligado dedicar una breve consideración a la regulación que se propone, sobre el régimen procesal de la nulidad de actuaciones judiciales en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de fecha 26 de diciembre de 1997, aprobado por el Consejo de Ministros de fecha 2 de enero de 1998 (ALEC, en lo sucesivo); estudio que consideramos trascendental, si tenemos en cuenta que "...la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil aspira (...) a ser ley procesal común,

²⁹¹ Téngase en cuenta que ya el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, en el discurso pronunciado con ocasión de la solemne apertura del año judicial 1994-95, llega a decir lo siguiente: "...No sería, pues, ocioso, en vez de resucitar el incidente de nulidad de actuaciones con posterioridad a la sentencia definitiva -art. 240.2 LOPJ-, arbitrar un procedimiento que podría, en líneas esenciales, reducirse a una comparecencia de las partes, con intervención del Ministerio Fiscal e informe del Juez o Tribunal a quien se atribuya la lesión, que se residenciaría en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el caso de recursos de amparo deducidos frente a resoluciones de los órganos jurisdiccionales del correspondiente territorio que no son susceptibles de ulterior recurso. Las resoluciones susceptibles de casación, en sus distintas modalidades, encontrarían en estos recursos el amparo adecuado, dada la naturaleza de constituir medios mediante los que se lleva a cabo la unificación de los criterios de interpretación y aplicación de las Leyes. Las vulneraciones, por último, atribuidas a las distintas Salas del Tribunal Supremo en los asuntos de que conozcan en única instancia, podrían ventilarse ante la Sala del art. 61 LOPJ..." Y junto a esta modificación, también propone que se reforme el recurso de amparo constitucional, contra actos u omisiones judiciales, en el sentido de que legislativamente se limite el acceso al recurso de amparo, en relación con los derechos reconocidos en el art. 24 CE e incluso en el art. 14 CE, en cuanto afecten a la igualdad en la aplicación judicial del Derecho (SALA SÁNCHEZ, P. "La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales", discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1994/95). Y en el discurso de apertura del siguiente año judicial, insistió en "...la necesidad de acometer, definitivamente, el desarrollo de la previsión contenida en el art. 53.2 CE, y arbitrar, ante los tribunales ordinarios, un procedimiento preferente y sumario para protección de las libertades y derechos fundamentales..." (SALA SÁNCHEZ, P. "El TS como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes del Derecho", discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1995/96).

²⁹² Sobre el tema, señaladamente: BUSTOS PUECHE, J.E., "Planteamiento técnico del conflicto entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional", en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3601, de 6 de septiembre de 1994

para lo que, a la vez, se pretende que la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, apartándose de su antecesora, de 1870, circunscriba su contenido a lo que indica su denominación y se ajuste, por otra parte, a lo que señala el apartado 1 del artículo 122 de la Constitución, desprendiéndose, así de normas procesales, no pocas de ellas atinadas, pero impropiedades situadas y productoras de numerosas dudas al coexistir con las que contienen las Leyes de Enjuiciamiento...”, sin desdeñar y, por tanto, beneficiándose, de “...cuanto de positivo podía hallarse en la regulación procesal de 1985...”²⁹³; lo cual conduce al pre-legislador a formular, al mismo tiempo que el ALEC, un Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (ARLOPJ, en lo sucesivo), con indicada finalidad²⁹⁴; e implicará, en su momento, la necesaria adaptación de las restantes leyes procesales²⁹⁵.

4.2. Novedades del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de nulidad de actuaciones judiciales

4.2.1. En general

El ALEC dedica los artículos 224 al 229 a la regulación de lo que denomina “nulidad de las actuaciones judiciales”; referidos preceptos constituyen el contenido del capítulo IX, integrado dentro del Título V, titulado “De las actuaciones del juicio”, a su vez ubicado dentro del Libro I, que se refiere a las “Disposiciones generales”. Si comparamos esta propuesta de regulación con la existente en la vigente LEC, sobre la misma materia, es posible destacar las siguientes notas:

a) Que el ALEC contiene una regulación sistemática de la materia referida a la nulidad de actuaciones, a diferencia de la LEC, que carece de la misma; encontrándose la justificación de tal regulación sistemática en la pretendida vocación de *ley procesal común* del ALEC (confr. art. 4 de la misma).

²⁹³ Confr. apartado II de la *exposición de motivos* del ALEC, publicado en edición de separata por el *BIMJ*, en diciembre de 1997. El Anteproyecto lleva fecha de 26 de diciembre de 1997, si bien, al haber sido aprobado por el Consejo de Ministros con fecha 2 de enero de 1998, y remitido al CGPJ para el preceptivo informe (*LA LEY, Diario de Noticias*, 23 de enero de 1998) parece adecuado, al denominarle, asignarle tal año como identificativo del mismo.

²⁹⁴ En la que, además de proceder a la derogación de todas aquellas normas procesales -incluidas las relativas a la regulación sobre la nulidad de actuaciones- que se han incluido en el ALEC, también se propone la modificación del apartado 1 del art. 73 LOPJ, para atribuir a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, en cuanto Salas de lo Civil, las nuevas competencias derivadas del ALEC, señaladamente lo referido al conocimiento del nuevo recurso extraordinario por infracción procesal.

²⁹⁵ En la línea ya avanzada en el Proyecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA) de 1997, actualmente en tramitación parlamentaria (BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 70-1, de 18 de junio de 1997), que tras su proceso de elaboración, en el cual, inicialmente, se efectuaba una regulación completa y diferenciada sobre nulidad de actuaciones en el Borrador LRJCA del año 1994, y que incluso se asumió en el proyecto LRJCA 1995, finalmente no ha sido recogida en el citado Proyecto LRJCA, actualmente en tramitación, que se limita tan sólo a tratar algún aspecto específico de tal régimen, de aplicación tan sólo al proceso contencioso-administrativo, remitiendo, en lo demás, al régimen general. Finalmente, la novísima LRJCA98, como hemos visto, ha mantenido la línea diseñada por el Proyecto de 1997, del que trae su causa.

b) Que indicada propuesta de regulación guarda bastante similitud con la existente, con carácter general, en la LOPJ, que ya ha sido analizada, limitándose, prácticamente, a introducir pequeños retoques.

c) Que además de esa sistemática regulación, se encuentran dispersas por el articulado del texto analizado, menciones o regulaciones fragmentarias de la nulidad, a similitud de lo que también sucede en la vigente LEC, y que tan sólo son particularizaciones de ese régimen general; así, a título de ejemplo cabe citar los artículos: 65.3 y 4, 164, 213, 223, 590, etcétera, todos ellos del ALEC.

d) Finalmente, que de aprobarse esta propuesta de regulación, la misma regiría de forma directa para el proceso civil, y supletoriamente para el resto de órdenes jurisdiccionales, dada la pretensión del ALEC de convertirse en *ley procesal común*, como afirma su exposición de motivos, y ratifica su art. 4 que establece que “...en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”.

Corresponde, por tanto, efectuar a continuación un estudio sistemático de tal propuesta de regulación²⁹⁶, contrastándola con la existente en la LOPJ, y a la vista del estudio que de la misma antecede²⁹⁷.

4.2.2. Nulidad de pleno derecho

La nulidad de pleno derecho pretende regularse en los arts. 224 y 225, cuyo tenor es el siguiente:

Art. 224. Nulidad de pleno derecho.- *Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

- 1.º) *Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.*
- 2.º) *Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.*
- 3.º) *Cuando se infrinja el principio de audiencia o se prescinda sustancialmente de las normas de procedimiento establecidas por la ley.*
- 4.º) *Cuando se realicen sin intervención de Abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria.*
- 5.º) *En los demás casos en que esta Ley así lo establezca.*

Art. 225. Modo de proceder en caso de intimidación o violencia.- *1. Los tribunales cuya actuación se hubiere producido con intimidación o violencia, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y*

²⁹⁶ En las menciones o citas de artículos que realicemos a continuación, y salvo expresión en contrario, nos estaremos refiriendo a los contenidos en el ALEC.

²⁹⁷ LAMO RUBIO, J. de, “Nulidad de actuaciones judiciales y sistema de recursos. Estudio sistemático en relación con el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ponencia expuesta en el curso sobre *El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 30 de marzo a 1 de abril de 1998.

promoverán la formación de causa contra los culpables, poniendo los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal.

2. También se declararán nulos los actos de las partes o de personas que intervengan en el proceso si se acredita que se produjeron bajo intimidación o violencia. La nulidad de estos actos entrañará la de todos los demás relacionados con él o que pudieren haberse visto condicionados o influidos sustancialmente por el acto nulo.

Lo primero que llama la atención de esta regulación es la expresa referencia a *actos procesales*, en vez de “actos judiciales” como preceptúa el art. 238 LOPJ; de modo que así se zanja la discusión sobre si se incluían o no en el régimen de nulidad de actuaciones judiciales todos los actos procesales o tan sólo los judiciales; en todo caso, como ya hemos expuesto, la doctrina era mayoritaria en el sentido de entender que el régimen de nulidad de actuaciones contenido en la LOPJ se refiere a toda clase de actos procesales, a pesar de la mención que en el citado precepto se realice tan sólo a una clase de ellos (los actos judiciales). Entrando en la consideración de los *motivos de nulidad de pleno derecho*, y siguiendo la misma sistemática ya utilizada en relación con la LOPJ, interesa resaltar lo siguiente:

A) En cuanto al *primero de ellos*, se retoca la redacción en relación con la del art. 238.1 LOPJ, por cuanto se deja de hablar de “...manifiesta falta...”, siendo ahora tan sólo precisa la “...falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional”, y se matiza la forma de producción de esos actos nulos, por cuanto se dice que lo serán cuando “...se produzcan por o ante tribunal...”, dando así expresa cabida a la posibilidad de incluir en este motivo de nulidad actos procesales de las partes; en lo demás, el motivo sustancialmente se mantiene igual que en la LOPJ.

B) En relación con el *segundo de los motivos de nulidad de pleno derecho*, que se contempla en el art. 224.2º en relación con el 225, nótese que se suprime la mención, en cuanto a la intimidación, sobre que ésta fuere “...racional y fundada en un mal inminente y grave”, a que se refiere el art. 238.2 LOPJ; en cuanto a la forma de proceder en esos casos, cuando se trate de órganos judiciales cuya actuación se hubiere producido con intimidación o violencia, el art. 225.1 mantiene prácticamente el mismo régimen contemplado en el art. 239 LOPJ y en el 442 LEC, concretando lo relativo a la promoción de causa contra el culpable, a que se refiere la regulación vigente, por la necesidad de poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 225.1 *in fine*); en cambio, constituye importante novedad el art. 225.2, por cuanto expresamente se refiere a los actos de las partes o de terceros que intervengan en el proceso y se hubieren producido bajo intimidación o violencia, para darles un tratamiento procesal similar a los actos judiciales; regulación que clarifica este motivo de nulidad, y acoge la tesis doctrinal mayoritaria que también, con la actual regulación, entiende que en esos supuestos son susceptibles de incluirse toda clase de actos procesales.

C) El *tercero de los motivos de nulidad de pleno derecho*, existente en la LOPJ presenta una injustificada disociación en el ALEC, por cuanto aparentemente se recoge en los apartados 3º y 4º del art. 224 comentado. Con carácter general se observa que la regulación propuesta omite cualquier referencia a la necesaria presencia de *indefensión*

real y efectiva; entendemos desacertada tal omisión, pues evidentemente son muchos los defectos procesales que pueden darse sin indefensión, y que por tanto parece exagerado llevarles todos ellos a la nulidad de pleno derecho, sobre todo a la vista de la abundante jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria, existente al respecto, que con carácter general viene entendiendo que en esos casos, como mucho estaremos en presencia de supuestos de anulabilidad, nunca de nulidad de pleno derecho, radical o absoluta; insistimos, *entendemos necesaria la presencia de indefensión para producirse la nulidad de pleno derecho*, por lo que, en este aspecto la regulación propuesta se considera deficiente. Entrando ya en los submotivos que se contemplan, decir que cuando se habla de que “...se prescinda sustancialmente de las normas de procedimiento establecido por la ley...” (art. 224.3º) se está matizando el submotivo primero de los contemplados en el art. 238.3 LOPJ que exige, como vimos, que se prescinda total y absolutamente de tales normas; ahora, *en la regulación propuesta se suavizan tales exigencias, pues no es lo mismo prescindir sustancialmente de algo, que prescindir total y absolutamente*. Cuando se habla de infracción del principio de audiencia, evidentemente se está recogiendo una de las posibilidades del segundo submotivo del actual art. 238.3 LOPJ, con la única excepción, de que en el art. 224.3º no se exige que se produzca efectiva indefensión; finalmente, cuando el art. 224.4º declara nulos los actos procesales que se realicen sin intervención de Abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria, se está recogiendo la infracción de los principios de asistencia y de defensa a que se refiere el segundo de los submotivos del art. 238.3 LOPJ, si bien, insistimos, ahora no se exige la presencia de indefensión.

D) Finalmente, el art. 224 en su apartado 5º contiene una cláusula general por cuanto establece que también serán nulos de pleno derecho los actos procesales “...en los demás casos en que esta Ley así lo establezca”, de modo que evidencia la ausencia de carácter absoluto de *numerus clausus* de los motivos de nulidad previstos en el art. 224, y aglutina en esa rúbrica los demás motivos de nulidad que, no siendo encajables en ninguno de los anteriores, se prevean expresamente en el ALEC, configurando así un sistema de *numerus clausus* relativo²⁹⁸.

4.2.3. Anulabilidad

En cuanto a la denominada anulabilidad de actos procesales, la misma se contempla en el art. 226.1 en términos idénticos a los previstos en el art. 240.1 LOPJ, ya comentado, por lo cual las observaciones que entonces realizamos son trasladables a este lugar.

²⁹⁸ El texto del ALEC contiene disperso a lo largo de su articulado menciones a la nulidad de determinados actos, la mayoría de ellas encuadrable en alguna de las causas de nulidad analizadas, y otras incluso en supuestos de anulabilidad o nulidad relativa: así, p.ej. las del art. 65.3 y 4, en relación con el reparto de asuntos, son reconducibles al segundo submotivo del art. 224.3º; igual consecuencia cabe predicar de la previsión del art. 223 cuando establece la nulidad de las diligencias de ordenación que decidan cuestiones que deban ser resueltas por auto o sentencia; en cambio la previsión del artículo 164 sobre nulidad y subsanación de los actos de comunicación, traslada tal regulación a configurar en realidad una causa de nulidad relativa, a las que ya nos hemos referido al hilo de análisis de la anulabilidad. Quizá podría ser encuadrable dentro de la cláusula de remisión del apartado 5º del art. 224 la contenida en el art. 590.1 cuando establece que “...será nulo el embargo sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste..”.

4.2.4. Subsanación

Art. 229. Subsanación.- El tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la ley, siempre que ésta no determine un efecto distinto.

En términos generales, tal regulación encuentra su equivalente en el art. 243 LOPJ, ya comentado, si bien se observa el mandato expreso a los órganos judiciales para que posibiliten tal subsanación, en los términos ya expuestos, y como proyección de lo establecido en el artículo 24 CE y 11.3 LOPJ, así como la abundante jurisprudencia existente al respecto²⁹⁹.

4.2.5. Conservación de los actos procesales

Lo relativo al principio de conservación de los actos procesales se recoge en el art. 228, en regulación prácticamente idéntica -a salvo de algún retoque gramatical- a la contenida en el art. 242 LOPJ, lo que nos releva de mayores comentarios.

Art. 228. Conservación de los actos.- 1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido no pudiere haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

2. La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo acto que sean independientes de aquélla.

4.2.6. Actos irregulares

En cuanto a los actos irregulares, a similitud de la regulación contenida en la LOPJ, tan sólo se contiene regulación específica en relación con las actuaciones judiciales realizadas fuera de plazo, en el art. 227, en idénticos términos a lo establecido en el art. 241 LOPJ, y gravitando sobre la esencialidad o no del término³⁰⁰; en cuanto a los actos procesales de las partes, se mantiene, con carácter general, la improrrogabilidad de los plazos (art. 133.1), sin perjuicio de su interrupción - y esto constituye novedad-, en caso de fuerza mayor, y en los términos establecidos en el art. 133.2 ALEC³⁰¹.

²⁹⁹ Entiende el CGPJ que "...ha de merecer un juicio positivo (...) la regulación de la subsanación recogida en el artículo 229 del Anteproyecto. Es un precepto que mejora sustancialmente al artículo 243 Ley Orgánica del Poder Judicial y que, a diferencia de otros apartados de la norma proyectada, sitúa al órgano jurisdiccional en su adecuado lugar..." (Informe del Pleno del CGPJ de 11 de mayo de 1998, sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil).

³⁰⁰ Complemento del mismo es el art. 213 cuando establece que "1. Las providencias, los autos y las sentencias serán dictadas dentro del plazo que la ley establezca.- 2. La inobservancia del plazo dará lugar a corrección disciplinaria, a no medias justa causa, que se hará constar en la resolución".

³⁰¹ El art. 133 ALEC lleva por título el de "improrrogabilidad de los plazos", y su contenido es el siguiente: "1. Los plazos establecidos en esta ley son improrrogables. No obstante, los plazos que concluyan en domingo u otro día inhábil, se entenderán prorrogados hasta el siguiente hábil.- 2. Podrán, no obstante, interrumpirse los plazos y demorarse los términos en caso de fuerza mayor que impida cumplirlos, reanudándose su cómputo en el momento en que hubiera cesado la causa determinante de la

4.3. Aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones

4.3.1. En general

Bajo el epígrafe de “declaración de nulidad”, se pretende recoger en el art. 226 lo relativo al denominado aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones, en regulación que recuerda a la actualmente vigente, que ya ha sido analizada, si bien se contienen algunas novedades que pasamos a considerar. Por lo que se refiere a la denominada *primera y segunda vías* apenas se contemplan modificaciones dignas de reseñar; así, en este aspecto, el apartado 1 del art. 226 es fiel trasunto del art. 240.1 LOPJ, en cuanto a que, con carácter general, la primera vía ha de venir constituida por los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate;³⁰² en cuanto a la denominada declaración de oficio, o segunda vía, se contempla en el artículo 226.2 con redacción similar a la contenida en el art. 240.2 LOPJ con posterioridad a la reforma operada mediante Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, ya comentada, con la única matización consistente en sustituir la expresión “...sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso...”, que contiene el art. 240.2 LOPJ, por la expresión abreviada de “...resolución que ponga fin al proceso...”. En todo caso, la problemática que suscitan estas dos vías ya han sido analizadas, remitiéndonos a lo ya indicado.

En relación con la reforma pretendida, y al hilo del comentario del art. 226 del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ha mostrado especialmente crítico el CGPJ, y así, ha afirmado que “... el artículo 226 viene a ser trasunto literal del artículo 240 Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción que le ha dado la reciente Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La opinión y posición de este Consejo General del Poder Judicial ya quedó adecuadamente expresada en el Informe emitido sobre la ley referida. Baste ahora decir que es necesario acometer con carácter decidido el desarrollo del artículo 53.2 Constitución, lo que permitiría armonizar adecuadamente la protección de los derechos fundamentales lesionados directamente por los Juzgados y Tribunales con la seguridad jurídica y la intangibilidad de las resoluciones judiciales (...) Se decía en el referido informe que "no parece por ello adecuada la generalización del incidente de nulidad de actuaciones, particularmente, si ... queda abierta indefinidamente". Se añadía también en aquella ocasión que los defectos de emplazamiento e infracción de los principios de audiencia, contradicción y defensa pueden ser objeto de reparación, ante todo, mediante los recursos establecidos en la ley, aun cuando ello pudiera comportar la ampliación del ámbito de los diversos medios impugnatorios disponibles contra una sentencia definitiva e incluso firme. También se recogía en el expresado informe que el Tribunal Constitucional, al tiempo que ha seguido una línea favorable a la concesión de un mayor margen de

interrupción o demora. La concurrencia de fuerza mayor habrá de ser apreciada por el tribunal, de oficio o a instancia de una parte, con audiencia de las demás”.

³⁰² Sin perjuicio de la posibilidad, que tienen las partes, en determinados supuestos, de poder dirigir escrito al órgano judicial que entienda del asunto, “...si no existiera resolución expresa frente a la que recurrir..”, precisamente solicitando que se dicte la resolución que se estime pertinente “...para remediar la infracción alegada...”, conforme establece el art. 565.1.3º ALEC, para el caso de infracciones cometidas por el órgano judicial durante el curso de la ejecución.

intervención a los órganos jurisdiccionales, reforzando la aplicación del principio de subsidiariedad del amparo en sede constitucional, ha apuntado también a la necesidad de, ante todo, proceder al desarrollo legislativo del artículo 53.2 de la Constitución, y de modo complementario, reforzar los mecanismos procesales ordinarios de tutela procesal establecidos en los diversos procedimientos y órdenes jurisdiccionales, con preferencia a técnicas como la prevista en el Anteproyecto, de un recurso general e incondicionado a la declaración de nulidad de las sentencias por parte de los mismos órganos jurisdiccionales que hayan dictado éstas (SSTC 98/1993, 189/1994 y 15/1996). Estas mismas razones han de ser ahora reiteradas, máxime teniendo en cuenta el amplio sistema de recursos que recoge el anteproyecto...”³⁰³

4.3.2. Modificaciones en relación con la tercera vía: Especial consideración de la audiencia al rebelde y de la revisión de sentencias firmes

En cuanto a la que hemos denominado *tercera vía*, lo primero que llama la atención es la ausencia de expresa remisión a la misma; pues nótese que actualmente encuentra su razón de ser en la mención que contiene el *in fine* del apartado 1 del art. 240 LOPJ, cuando se refiere a “...los demás medios que establezcan las leyes procesales...”; omisión que no tiene explicación alguna, salvo que se pretenda entender incluidos esos remedios procesales dentro de la expresión “...recursos..”, que contiene el art. 240.1 LOPJ, lo cual sería incurrir en un grave error conceptual, pues es bien conocido, como ya hemos expuesto, que precisamente los remedios procesales que se incluyen en esta tercera vía no son propiamente recursos, pues proceden precisamente contra sentencias o resoluciones firmes, y los recursos, tanto ordinarios, como extraordinarios, tan solo proceden contra sentencias o resoluciones que carecen del carácter de firmeza³⁰⁴. Entre esos remedios procesales se incluyen, como vimos, la audiencia al rebelde, el mal llamado *recurso* de revisión, el recurso de anulación, dentro del Procedimiento Penal Abreviado, y el recurso de amparo constitucional. Curiosamente, el ALEC regula los dos primeros remedios y lo hace en títulos independientes del que dedica a los recursos³⁰⁵, y en tal regulación evita llamarles recursos, pues no utiliza tal expresión, sino que habla de “audiencia al demandado rebelde” o de “revisión de sentencias firmes”; en cuanto al recurso de amparo constitucional, evidentemente el ALEC no

³⁰³ Añadiendo el CGPJ que “...debe insistirse en señalar los gravísimos problemas que puede comportar la introducción generalizada de un incidente de nulidad contra sentencias, no ya definitivas, sino firmes. Como dice el Tribunal Constitucional, la protección judicial carecería de eficacia si se permitiera reabrir una cuestión anteriormente resuelta por sentencia firme (SSTC 119/1988, 231/1991, 142/1991) puesto que la ejecución es parte esencial del derecho a obtener tutela judicial efectiva, salvo que concurra una causa obstativa de la ejecución prevista en el ordenamiento (STC 107/1992, fundamento jurídico 21). Todas estas consideraciones, que ya se indicaron en el Informe mencionado y ahora cabe reiterar, no impiden, sin embargo, que el escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1997 impida hacer una evaluación adecuada de la experiencia derivada de la aplicación del precepto en cuestión...” (“Informe del Pleno del CGPJ de 11 de mayo de 1998, sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”).

³⁰⁴ “...cierto que ese denominado recurso de audiencia al rebelde no tiene naturaleza de recurso ordinario y ni siquiera de recurso, puesto que es, simplemente, un *medio extraordinario rescisorio de sentencias firmes*, como lo es, en otra esfera, el recurso de revisión ...” (STC 5/1997, de 13 de enero).

³⁰⁵ Así, el Título II del Libro II se dedica a los recursos (arts. 454 a 499); el Título III del Libro II se dedica a la rebeldía, rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde (arts. 499 a 511); y el Título IV del Libro II se dedica a la revisión de sentencia firmes (arts. 512 a 529).

puede afectarle, y como es sabido su regulación, con entronque en el art. 161 y siguientes de la CE, se encuentra en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (arts. 41 y ss.), y no se trata de un recurso, en el sentido técnico procesal del término, sino que en realidad es un proceso constitucional. Es evidente, pues, que tales remedios procesales continúan existiendo, y a pesar de que el ALEC no se refiera a ellos, en la regulación que efectúa en relación con el aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones, han de entenderse como constitutivos de la denominada tercera vía, y como algo diferente a los recursos (primera vía); en todo caso, sería deseable que se retocara el precepto comentado, en el sentido de equivaler su redacción con la que actualmente tiene la LOPJ en este punto, y en torno a la cual existe una consolidada doctrina y jurisprudencia. En relación con estos remedios procesales, interesa llamar la atención acerca de la nueva regulación de la rebeldía y de la audiencia al demandado rebelde (arts. 499 y siguientes), que se ha flexibilizado bastante en relación con la regulación contenida en la vigente LEC, y en cuya regulación es notoria la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia³⁰⁶.

En cuanto al recurso de amparo constitucional y su engarce con la nueva regulación de los recursos contenida en el ALEC interesa resaltar la introducción del denominado “recurso extraordinario por infracción procesal”, cuya regulación se contiene en el capítulo IV del Título II del Libro II de indicado texto³⁰⁷. Se crea pues, este recurso extraordinario, contra sentencias de las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia (art. 474), en cuestiones procesales de singular relieve y, en general, para cuanto pueda considerarse violación de los derechos fundamentales que consagra el art. 24 CE³⁰⁸, de modo que podrá fundarse únicamente en los siguientes motivos: 1º)

³⁰⁶ En relación con la audiencia al rebelde es de sumo interés tener en cuenta la doctrina establecida recientemente por el TC, que tras la Sentencia 15/1996, de 30 de enero, *ha flexibilizado bastante los requisitos* para acceder a tal remedio procesal. Un interesante estudio sobre la misma puede verse en GARBERRI LLOBREGAT, J., “La nueva (y polémica) doctrina del Tribunal Constitucional sobre el ‘recurso de audiencia al rebelde’ (A propósito de la STC 15/1996, de 30 de enero)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 240, de 4 de abril de 1996. En la propuesta de regulación contenida en el ALEC se amplían los supuestos de rebeldía a fin de evitar situaciones materiales de indefensión, tales como el desconocimiento por el demandado del proceso “...debido a una notificación viciada de nulidad o completamente ineficaz...” (art. 502), lo cual es considerado positivo por la doctrina (así, GIMENO SENDRA, V., “El recurso de ‘amparo judicial’ y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista Jurídica La Ley*, 17 de noviembre de 1997). La cita contenida en este artículo, se refiere al texto del Borrador ALEC 1997; tal precepto no tiene equivalente en el ALEC 1998, si bien, entre los casos en que procede la audiencia al rebelde, ahora se recoge “...el desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando la citación o emplazamiento se hubieren practicado por cédula, a tenor del artículo 160, *pero ésta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable*” (art. 504.2º), lo cual también implica una ampliación de los supuestos de rebeldía a fin de evitar situaciones materiales de indefensión.

³⁰⁷ Un estudio en detalle sobre tal propuesta de regulación en: GIMENO SENDRA, V., “El recurso extraordinario por infracción procesal”, *Revista General de Derecho*, núms. 646-647, Valencia, julio-agosto, 1998, págs. 8887 y ss.

³⁰⁸ Y así, se explicita en la exposición de motivos que añade que, “...reservada la casación para los aspectos jurídico-materiales o sustantivos -lo que, de otra parte, no deja de enlazar con su origen histórico-, el recurso extraordinario por infracción procesal amplía e intensifica la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales cuyas pretendidas violaciones generan desde hace más de una década la mayor parte de los litigios...” y se añade, en indicada exposición de motivos, que “...merced al recurso en interés de la ley, (...) además de completarse las posibilidades de unificación jurisprudencial

Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional; 2º) Infracción de las normas contenidas en los arts. 214 a 221 incluido, o de otras normas procesales reguladoras de la sentencia en leyes especiales; 3º) Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión; 4º) Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (art. 475.1). Además de esta limitación en cuanto a los motivos del recurso, se establece la carga procesal de denuncia previa, de las infracciones de ley o la vulneración del art. 24 CE, que ha de efectuarse en “..la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia..” y para el caso de que “..la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas” (art. 475.2)³⁰⁹. Así configurado el este medio de impugnación, resulta que los recursos de amparo constitucional fundados en violaciones del art. 24 CE dejarán de ser procedentes si no se intentó en cada caso el “recurso extraordinario por infracción procesal”³¹⁰, potenciándose, de este modo, el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional (confr. art. 53.2 CE).

4.3.3. En relación con la cuarta vía

En los apartados 3 y 4 del art. 226 se contiene la regulación de un *incidente de nulidad de actuaciones* en términos idénticos³¹¹ al que recientemente se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ, ya comentada; por tanto, no existe novedad alguna que reseñar en relación con esta cuarta vía; y por tanto, continúan sin darse respuesta a los problemas que plantea indicado incidente, como pueden ser los relativos a la clase de resolución que ha de ponerle término, al régimen de recursos contra la misma, etcétera; aspectos sobre los que ya nos hemos pronunciado al tratar sobre la actual regulación de referido incidente, siendo válidas las observaciones allí efectuadas en relación con la propuesta de regulación que formula el ALEC, dada la identidad existente entre ambas en este aspecto.

4.4. Balance crítico

encomendadas al Tribunal Supremo, no quedan las materias procesales excluidas del quehacer del Alto Tribunal...”.

³⁰⁹ LAMO RUBIO, J. de, “Nulidad de actuaciones judiciales y sistema de recursos. Estudio sistemático en relación con el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ponencia expuesta en el curso sobre *El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 30 de marzo a 1 de abril de 1998.

³¹⁰ MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN, M., “Una Ley para una Justicia eficaz”, conferencia pronunciada por la Ministra de Justicia en la Jornadas sobre “protección del crédito en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Barcelona, 19 de junio de 1998, publicada en *BIMJ*, núm. 1825, Madrid, 15 de julio de 1998, pág. 10.

³¹¹ A salvo de una pequeña mejora técnica, que afecta a la redacción del apartado 3, por cuanto ahora dice que “...siempre que los primeros no hayan sido posible denunciarlos antes de recaer...” (art. 240.3 LOPJ), y en el ALEC se dice que “...siempre que no haya sido posible denunciar los primeros antes de recaer...” (art. 226.3 ALEC)

Analizada en sus líneas básicas la nueva regulación que, sobre la nulidad de actuaciones judiciales, se formula en el ALEC1998, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

A) En *líneas generales*, merece un juicio positivo el intento de extraer de la LOPJ la regulación tanto de la nulidad de actuaciones como de los demás aspectos relacionados con la misma, y ubicándola en la LECiv, como *ley procesal común*, de modo que siempre que sirva para unificar -para todos los órdenes jurisdiccionales-, el régimen jurídico a dar a esta cuestión, es una reforma bienvenida.

B) En cuanto al *aspecto sustantivo de la nulidad de actuaciones judiciales*, en la regulación propuesta, se aprecian mejoras interesantes y también aspectos negativos que sería preciso evitar; así, entre las mejoras, destaca lo relativo a la mención de *actos procesales*, en vez de actos judiciales, como actualmente se contiene en la LOPJ, lo cual entendemos que es positivo, y acoge la que es doctrina mayoritaria al respecto; en cuanto a los aspectos negativos, los mismos se pueden resumir en la *excesiva flexibilización* del régimen de la nulidad de actuaciones judiciales, generando más inseguridad jurídica; flexibilización que se concreta en lo siguiente: 1º) No exigencia expresa de indefensión en los números 3 y 4 del art. 224 ALEC, que vienen a equivaler al art. 238.3 LOPJ, por lo que va a ser más fácil reunir los requisitos para acceder a la nulidad de actuaciones judiciales, si no se exige la presencia de efectiva indefensión, como actualmente sí hace el art. 238.3 LOPJ; y, 2º) en cuanto a la modificación en lo relativo a prescindir de los trámites esenciales, que en el ALEC se exige tan sólo que se prescinda sustancialmente de las normas de procedimiento, cuando en el art. 238.3 LOPJ se exige que se prescinda total y absolutamente de las mismas, lo cual es más restrictivo que la regulación propuesta en el ALEC. En definitiva, tal flexibilización es, en principio, contraria a los principios que han de inspirar la nulidad de actuaciones, materia que se ha de regular e interpretar con criterios restrictivos, en cuanto implican un fracaso o deterioro del proceso, pues caso de ampliar los motivos de nulidad, o la forma de interpretarlos, se estarían introduciendo, además de grandes dosis de inseguridad jurídica, mayores razones para que los litigantes pudieran dilatar el proceso.

C) En cuanto al *aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones judiciales*, en la regulación propuesta en el ALEC se mantiene, e incluso se empeora la situación existente actualmente con la regulación de la LOPJ, y continua sin resolverse los problemas del efectivo desarrollo del art. 53.2 CE.

Bibliografía

- ARIAS LOZANO, D., “Nota urgente sobre la resurrección del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Otrosí, publicación del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 134-2ª época, Madrid, diciembre, 1997.
- ARIAS RODRÍGUEZ, J.M. “La constitucionalidad del art. 240 LOPJ. La sentencia del TC 185/1990, de 15 de noviembre y algunas de sus consecuencias”, en *BIMJ*, núm. 1647, Madrid.
- BENITO ALONSO, F. “La revocación de sentencias firmes recaídas en procesos viciados de nulidad”, en la *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3432, Madrid, 11 de enero de 1994.
- BENITO ALONSO, F., “Nulidad de actuaciones: una importante carencia legislativa”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 4, Madrid, 1991.
- BERMÚDEZ OCHOA, E., “La nulidad en el proceso penal: tratamiento procesal”, *Cuadernos de Derecho Judicial, sobre Recursos en el orden jurisdiccional penal*, CGPJ, Madrid, 1995.
- BONET NAVARRO, A., “Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, sobre La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- BORRAJO INIESTA, I., “La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, sobre Principios constitucionales en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- BUSTOS GOMEZ-RICO, M. de, “Otros medios de combatir la nulidad de actuaciones”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, sobre La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- BUSTOS PUECHE, J.E., “Planteamiento técnico del conflicto entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional”, en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3601, Madrid, 6 de septiembre de 1994.

- CAPILLA BOLAÑOS, J.A., “La nulidad de actuaciones en el proceso laboral. Su nueva regulación en el anteproyecto de reforma de la LOPJ”, *Actualidad Laboral*, núm., 22, Madrid, 1997.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, aprobado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 12 de agosto de 1996, *Estudios, informes y dictámenes*, CGPJ, Madrid, 1997.
- CORTES DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA Y MORENO CATENA, *Derecho Procesal. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- CHOCLAN MONTALVO, J.A., “Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 137, Madrid, 17 de febrero de 1994
- ESCUADERO MORATALLA, F.J., y FRIGOLA VALLINA, J., “ La nueva facultad atribuida al Secretario Judicial de dictar acuerdos en materia de derecho de acceso de los interesados a libros, archivos y registros judiciales (art. 4 Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de Aspectos accesorios de las actuaciones judiciales)”, *Revista General de Derecho*, Valencia, abril, 1996.
- ESCUADERO MORATALLA, F.J., y FRIGOLA VALLINA, J., “El derecho orgánico procesal analizado bajo el prisma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y otras disposiciones complementarias”, *Revista General de Derecho*, Valencia, julio-agosto 1997.
- ESCUADERO MORATALLA, F.J., “El nuevo derecho orgánico procesal. La secretaría Judicial, según el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ponencia expuesta en el curso sobre *El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 30 de marzo al 1 de abril de 1998.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, L.V., “Funciones del Secretario Judicial y nulidad de actuaciones en el proceso civil”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- GABALDÓN LÓPEZ, J., “Nulidad de actuaciones procesales y recurso de amparo”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- GARBERI LLOBREGAT, J., y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. *Apelación y casación en el proceso civil*, Editorial Colex, 1994.

- GARBERI LLOBREGAT, J., “La nueva (y polémica) doctrina del Tribunal Constitucional sobre el ‘recurso de audiencia al rebelde’ (A propósito de la STC 15/1996, de 30 de enero)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 240, de 4 de abril de 1996.
- GARCÍA VARELA, R., “Efectos del cambio de magistrado ponente no comunicado a los litigantes”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 19 diciembre 1997.
- GARNICA MARTÍN, J.F., “Nulidad de actuaciones después de sentencia firme”, en *Revista Justicia*, 1990, Tomo IV, Barcelona, 1990.
- GARNICA MARTÍN, J.F. “Nulidad de actuaciones sin recurso: nuevas reflexiones sobre un problema crítico de nuestro proceso”, *Revista La Ley*, núm. 3395, Madrid, 19 de noviembre de 1993.
- GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, ALMAGRO NOSETE y CORTES DOMÍNGUEZ. *Derecho Procesal. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GIMENO SENDRA, V., “El recurso de ‘amparo judicial’ y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 17 de noviembre de 1997.
- GIMENO SENDRA, V., “El recurso extraordinario por infracción procesal”, *Revista General de Derecho*, núms. 646-647, Valencia, julio-agosto, 1998.
- GÓMEZ LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario a la STC 110/1988”, en *Revista La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1989.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Nulidad de actuaciones y la Constitución”, *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1992.
- GUI MORI, T., “Nulidad de actuaciones tras sentencia definitiva. La anunciada inconstitucionalidad del art. 240 LOPJ”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1990.
- GUILLO SÁNCHEZ GALIANO, A., “La nulidad de actuaciones en el proceso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Actualidad Administrativa*, Tomo 3, Madrid, 1992.
- LAMO RUBIO, J. de. “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, Madrid, 10 de febrero de 1994.
- LAMO RUBIO, J. de, “El incidente de integración de título civil ilíquido en el procedimiento penal abreviado”, en *BIMJ*, núm. 1706, Madrid, 5 de mayo de 1994.

- LAMO RUBIO, J. de, “Nulidad de actuaciones y ejecución de sentencia”, ponencia inédita, expuesta en el curso sobre *Fe Pública y Nulidad de actuaciones*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 12 al 14 de diciembre de 1994.
- LAMO RUBIO, J. de, “Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales”, publicación de separata en *Revista de los Tribunales de Castilla-La Mancha*, abril, 1997.
- LAMO RUBIO, J. de, *El Código Penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*. Bosch, Casa editorial, S.A., Barcelona, junio, 1997.
- LAMO RUBIO, J. de, “El Juicio de Faltas y el Código Penal de 1995”, *Revista Secretarios Judiciales*, núm. 2, La Ley-Actualidad, Madrid, febrero, 1998.
- LAMO RUBIO, J. de, “Nulidad de actuaciones judiciales y sistema de recursos. Estudio sistemático en relación con el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ponencia expuesta en el curso sobre *El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 30 de marzo a 1 de abril de 1998.
- LAMO RUBIO, J. de, *El procedimiento abreviado (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Legislación)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- LAMO RUBIO, J. de, “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al artículo 1º de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 3 y 4 de agosto de 1998.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, P., “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y su tratamiento en el nuevo Código Penal”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 26 noviembre 1997.
- LORCA MARTÍNEZ, J., “Nulidad de actuaciones en el proceso penal”, *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1984.
- LORCA MARTÍNEZ, J. “Nulidad y presupuestos procesales subjetivos”, en *Memoria Fiscalía General del Estado*, año 1992.
- MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN, M., “Una Ley para una Justicia eficaz”, conferencia pronunciada por la Ministra de Justicia en las Jornadas sobre “protección del crédito en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, celebradas en Barcelona, el 19 de junio de 1998, publicada en *BIMJ*, núm. 1825, Madrid, 15 de julio de 1998.
- MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Editorial Colex, 1991.

- MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M., “Nulidad de actuaciones. Principios informadores y clasificación”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M., *La nulidad de actuaciones en el proceso civil. Análisis constitucional de la nulidad en la LOPJ*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1996.
- MEDINA FERNÁNDEZ, F. “Nulidad de actuaciones: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista General de Derecho*, núm. 643, Valencia, abril, 1998.
- MONTOYA MELGAR, GALIANA MORENO, SEMPERE NAVARRO Y RÍOS SALMERON. *El nuevo Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 1991.
- MORA MATEO, J.E., “La nulidad de actuaciones en el proceso y en los procedimientos civiles no contradictorios”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según el nuevo artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: consideraciones críticas”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 12 de marzo de 1998.
- MORENO CATENA, CORTES DOMÍNGUEZ Y GIMENO SENDRA. *Introducción al Derecho Procesal*. Editorial Tirant lo Blanch, 1993.
- MORENO MONTERO, J.M., “Nulidad de actuaciones y proceso civil”, en *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 1995.
- MUÑOZ ALVAREZ, G., “La incongruencia de las resoluciones de jueces y tribunales y el derecho a la tutela judicial. Jurisprudencia constitucional”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 26 diciembre 1997.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998.
- PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, Madrid, 1994.
- PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “La nulidad de la sentencia firme (Comentario a la STS -Sala 3ª- de 6 de mayo de 1991)”, *Revista Justicia*, Barcelona, 1992.
- RÍOS SALMERÓN, B., en obra conjunta con varios autores, titulada *El nuevo Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 1991.

- ROBLEDO VILLAR, A., “Sobre la nulidad de actuaciones en el apremio de bienes inmuebles por práctica defectuosa de actos de comunicación”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1997.
- ROBLEDO VILLAR, A., *La subasta judicial: El Remate*, Cedecs Editorial, S.L., Barcelona, enero, 1998.
- ROBLES GARZÓN, J.A. y GIMENEZ SÁNCHEZ, M.I., “La constitucionalidad del art. 240 LOPJ (Comentario a la sentencia T.C. 185/1.990, de 15 de noviembre)”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 2, Madrid, 1992.
- RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., “Revisión, recurso de audiencia al rebelde y función subsanadora de la comparecencia del Juicio de menor cuantía”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- RUIZ VADILLO, E., “Relaciones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria en el ámbito de los derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Judicial sobre Jurisdicción y competencia penal*, CGPJ, Madrid, 1996.
- SAINZ DE ROBLES, F.C., “La nulidad de actuaciones. Tribulaciones, muerte y resurrección de una cuestión maldita”, *Tapia. Revista para el mundo del Derecho*, Madrid, enero-febrero, 1998.
- SALADO OSUNA, A., “Ejecución de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la STC de 16 de diciembre de 1.991”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 3, Madrid, 1992.
- SALA SÁNCHEZ, P., “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1.994/95, Madrid, septiembre de 1994.
- SALA SÁNCHEZ, P., “El TS como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes del Derecho”, discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1995/96, Madrid, septiembre de 1995.
- SERRERA CONTRERAS, P.L., “La protección ordinaria de los derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 173, 17 de noviembre de 1994.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*. Ed. Ariel, Barcelona, 1969.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., “El incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Justicia*, Barcelona, 1981.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., “La reforma de la nulidad de actuaciones a través de tres recientes resoluciones judiciales”, *Revista Justicia*, Barcelona, 1984.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “Ideas generales sobre la ejecución de sentencia civiles y penales”, en la obra colectiva dirigida por referido autor y titulada *Ejecución de sentencia civiles y penales*, Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria. Madrid, 1994.

URBANO CASTRILLO, E. de, “ Sobre la nulidad *post sententiam*”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 20 de julio de 1998.

VERGE GRAU, J., “Comentario a la Sentencia TC de 15 de noviembre de 1990, sobre la constitucionalidad del art. 240.2 LOPJ”, *Revista Justicia*, Tomo III, Barcelona, 1992.

VERGE GRAU, J., *La Nulidad de actuaciones*, Editorial Bosch, Barcelona, 1987.

VERGE GRAU, J., “La nulidad procesal después de sentencia”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.

VERGE GRAU, J., “¿Un nuevo incidente de nulidad?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 259, Madrid, 5 de septiembre de 1996.

ANEXOS II a IX

Artículos doctrinales publicados, todos ellos de autoría exclusiva

ANEXO II

“El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, publicado en *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, Madrid, 10 de febrero de 1994, págs. 1-5.

EL RESURGIR DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES

Por:

JAIME DE LAMO RUBIO

Secretario Judicial.

Juzgado de lo Penal núm. 1 de Albacete

I.- INTRODUCCIÓN

A) *El Proyecto de Ley por el que se reforma la LOPJ.*- El Consejo de Ministros en su reunión del pasado 22 de diciembre de 1993 acordó, entre otras cuestiones, aprobar el "Proyecto de Ley Orgánica por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, y su remisión al Congreso de los Diputados, para su legal tramitación; referido Proyecto de Ley se ha publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A. Proyectos de Ley, de fecha 4 de enero de 1994, núm. 45-1, habiéndose acordado su tramitación por el procedimiento de urgencia.

Dicho Proyecto de Ley pretende una reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (en adelante LOPJ), y centrada en algunos aspectos que se considera "presentan una especial urgencia" y que según la exposición de motivos "responden a la conveniencia de perfeccionar el equilibrio entre los poderes del Estado, reconociendo al

Consejo General del Poder Judicial aquellas competencias que el órgano de gobierno del Poder Judicial viene considerando como necesarias para el íntegro ejercicio de sus funciones constitucionales". En síntesis, dicha reforma afecta sustancialmente a las siguientes cuestiones: a) Se modifica el sistema de acceso a la Carrera Judicial y se atribuye la competencia al efecto al Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ), creando el Centro de selección y formación de Jueces y Magistrados, dependiente del CGPJ; b) Se modifica la regulación de los Magistrados suplentes, Jueces sustitutos y Jueces en régimen de provisión temporal; c) se reforma el régimen disciplinario de los Jueces y Magistrados, para que, como proclama la exposición de motivos, "sin merma de las necesarias garantías, resulte eficaz su ejercicio como instrumento indispensable para el adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia y para el debido aseguramiento de la independencia judicial"; d) se amplía la potestad reglamentaria externa del CGPJ, así como su facultad de informe sobre determinados Anteproyectos de Ley y disposiciones generales de las Comunidades Autónomas, modificando el art. 108 LOPJ; e) se reconoce autonomía presupuestaria al CGPJ; f) se reforma el régimen relativo a la adopción de medidas de refuerzo o de apoyo en los órganos jurisdiccionales, que afecten a la titularidad de los mismos; g) y se aprovecha la reforma para modificar o retocar otras cuestiones, así: 1) la relativa a la situación de servicios especiales que se reconoce a los funcionarios superiores destinados en los órganos técnicos del CGPJ; 2) se retoca el régimen de incompatibilidades y prohibiciones de Jueces y Magistrados; y, 3) finalmente se retoca el régimen de nulidad de actuaciones, introduciendo un nuevo apartado en el art. 240 LOPJ, que será objeto especial de estudio en este trabajo.

B) Aproximación a la nulidad de actuaciones.- Expuestas las líneas generales de la pretendida reforma, vamos a centrar este comentario en la reforma del régimen de la nulidad de actuaciones, que si bien, en comparación con los restantes temas que aborda la reforma puede parecer que se trata de una modificación menor, hemos de reconocer que el régimen de la nulidad de actuaciones es de aquellos que, al menos desde la perspectiva de la práctica forense, mantiene siempre su vigencia y actualidad.

Como es bien conocido la actual regulación de la nulidad de actuaciones se contiene en los arts. 238 y siguientes de la LOPJ, en relación con el art. 742.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), fundamentalmente; y la interpretación que se ha realizado sobre la materia, tanto por los Juzgados y Tribunales, como por el propio Tribunal Constitucional (en adelante TC), ha sido vacilante, evolutiva, y en ocasiones contradictoria, pero siempre interesante de estudiar; las soluciones que se han adoptado en los distintos Juzgados y Tribunales y su estudio, exceden con creces el ámbito de este modesto trabajo, por ello nos centraremos en el estudio de la Jurisprudencia del TC, y para entenderla es fundamental partir de la importantísima Sentencia del Pleno del TC núm. 185/1990, de 15 de noviembre, resolviendo autocuestión de inconstitucionalidad núm. 91/1990, sobre el art. 240 LOPJ (BOE de 3 de diciembre de 1990), a la que luego nos referiremos; si bien también será preciso comentar la Sentencia 110/1988, resolviendo recurso de amparo, así como otras que al hilo de las anteriores se irán diciendo.

Dado el carácter de brevedad que inspira a estos comentarios, nos dedicaremos en el siguiente apartado a hacer un somero análisis del actual régimen de la nulidad de actuaciones, para a continuación, en el último apartado, hacer un estudio crítico de la reforma que se pretende en el Proyecto de Ley ya citado.

II.- ACTUAL RÉGIMEN DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES

A) Esquema general sobre la actual regulación de la nulidad de actuaciones.- Como sabemos, la materia se regula en los arts. 238 y siguientes de la LOPJ, siendo susceptible de sistematizarse del siguiente modo:

a) Las causas de nulidad de pleno derecho de los actos judiciales se contemplan en el art. 238, con el contenido que ya conocemos.

b) Los cauces o vías para hacer valer tales causas de nulidad se regulan en el art. 240 y en el 239, si bien este último sólo se refiere a la causa segunda del art. 238 (es decir cuando los actos judiciales se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave).

c) El principio de conservación de los actos en aquello en que no se les invalide, se regula en el art. 242 LOPJ, cuyo contenido también se da por conocido.

d) La subsanación de aquellos actos que aun careciendo de los requisitos exigidos por la ley, no llegan a ser nulos de pleno derecho, se regula en el art. 243 LOPJ.

e) La irregularidad de los actos realizados fuera del tiempo establecido se regula en el art. 241 LOPJ, de donde se infiere que esa extemporaneidad es una mera irregularidad no invalidante del acto, y sólo implicará su nulidad si así lo impusiera la naturaleza del término o plazo.

B) Vías para hacer valer las causas de nulidad.- Realizado el anterior esquema, nos interesa centrar la atención sobre los cauces o vías para hacer valer la nulidad de pleno derecho y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión; y al respecto es esencial partir de la ya citada Sentencia del Pleno Tribunal Constitucional núm. 185/1990, de 15 de noviembre, resolviendo autocuestión de inconstitucionalidad núm. 91/1990, en relación con el art. 240 LOPJ (BOE de 3 de diciembre de 1990) y tras la cual podemos sistematizar las vías para obtener tal declaración de nulidad de actos judiciales, del siguiente modo:

Primera vía.- A través de la interposición de los recursos articulados por las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ). Es decir cuando contra la resolución correspondiente, en la cual se entiende se ha incurrido en uno o más vicios de nulidad, quepa interponer alguno de referidos recursos, tanto ordinarios como extraordinarios, así, "ad exemplum": reposición, apelación, reforma, suplica, queja, casación, suplicación, etc.,

según órdenes jurisdiccionales; en dicho recurso se podrá hacer valer la impugnación basada en alguna o algunas de las causas de nulidad y el órgano jurisdiccional, al resolver el recurso, deberá pronunciarse sobre tales impugnaciones (principio de prohibición del "non liquet").

Segunda vía.- Mediante la declaración de oficio por parte del órgano judicial, previa audiencia de las partes, y siempre que no haya recaído sentencia definitiva (art. 240.2 LOPJ). En relación con la misma es preciso decir que tras un periodo de vacilación, ya superado, en el cual incluso se llegó a interpretar el término "Sentencia definitiva", como equivalente de "Sentencia definitivamente ejecutada" (así Sentencias TC 110/1988, además de SSTC 211, 212 y 213 de 1989), ha venido a ser interpretado por el propio T.C. como equivalente de "Sentencia firme" (en tal sentido se pronunció el Pleno del TC en Sent. 185/1.990, ya calendado y comentada, y además y en igual sentido en muchas otras posteriores, así, p. ej., STC 52/1991, STC 10/1993, etc.). En definitiva, pues, podemos resumir diciendo que la declaración de oficio de nulidad de actuaciones judiciales exige la concurrencia de tres requisitos: a) Que no haya recaído aún sentencia firme, en los términos que hemos comentado; b) que se den alguno o algunos de los supuestos de hecho del art. 238 LOPJ, es decir que concurren los elementos sustantivos que hagan necesaria esa declaración de nulidad de actuaciones; y, c) que se dé audiencia previa a las partes, sobre lo cual no establece la ley forma concreta de hacerlo, siendo la praxis judicial diversa, pues en ocasiones esa audiencia se ha otorgado mediante citación al efecto de las partes a una comparecencia, donde en relación con esa posible nulidad de actuaciones alegan lo que a su derecho conviene, y en otras ocasiones, la mayoría de ellas, dicha audiencia previa se evacua mediante escrito, concediendo a las partes un prudente plazo (3, 5 o 10 días según los casos), para que previa puesta de manifiesto por el órgano judicial de la posible o posibles causas de nulidad, dictando al efecto el correspondiente proveído, puedan las partes, si a su derecho conviene, presentar las alegaciones por escrito, dentro de ese plazo, que estimen conveniente.

En cuanto al trámite de esta declaración de oficio de nulidad de actuaciones, y como ya se ha adelantado, es muy simple, y así, detectado el posible vicio de nulidad por el órgano jurisdiccional, se dictara proveído [que puede adoptar la forma de propuesta de providencia, conforme al art. 290 y 245.1.a) LOPJ] en el que se expresará tal posible causa de nulidad y se concederá a las partes la audiencia previa a que nos hemos referido, otorgándoles un plazo (es la praxis más corrientes) breve, como ya se ha dicho, para que por escrito aleguen lo que a su derecho convenga; presentadas las alegaciones y/o transcurrido el plazo otorgado, se resolverá la cuestión mediante auto, pues así lo exige el art. 245.1.b) LOPJ ("...cuando decidan sobre nulidad del procedimiento.."), auto que no cabe dictar mediante propuesta del Secretario Judicial, pues es de aquellos excluidos de propuesta, conforma al "in fine " del art. 290 LOPJ. Contra dicho auto podrán interponerse los recursos ordinarios que quepa interponer contra los autos en el procedimiento concreto en que se dicte el mismo.

Tercera vía.- Es decir, acudiendo a los demás medios que establezcan las leyes procesales (arts. 240. 1 "in fine" LOPJ). En relación con esta tercera y última vía para declarar actualmente nulidad de actuaciones judiciales, y conforme tiene declarado el

TC, la misma, en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, no es otra que el recurso de amparo constitucional, cuyo carácter extraordinario y subsidiario predicado en el art. 53.2 de la Constitución, ha declarado el TC que no se vulnera por el art. 240 LOPJ (en tal sentido es clarificador el F.J 4, en especial su "in fine" de la Sentencia TC 185/1990, ya comentada; en igual sentido puede verse STC 52/1.991, etc.)

C) Cierre del sistema.- Hasta aquí la exposición sucinta de las tres vías o cauces actuales por los que conseguir la declaración de nulidad de actuaciones judiciales; tan sólo resta por añadir, que como cierre del sistema y como también es conocido, en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra proscrito el incidente autónomo de nulidad de actuaciones, que ya fue suprimido de nuestro ordenamiento procesal civil mediante la nueva redacción dada al párrafo segundo del art. 742 LEC, por Ley 34/1984, de 6 de Agosto, y siendo tal proscripción asumida por la regulación de carácter general --aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales- contenida en los arts. 238 a 243 LOPJ, que han sido estudiados.

III.- EL FUTURO ART. 240.3 LOPJ. LA CUARTA VÍA. REPARACION DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES. CRITICA

A) Texto del futuro art. 240.3 LOPJ.- Pues bien el estado de cosas que acaba de ser descrito se verá modificado, caso de aprobarse por el Parlamento el ya citado " Proyecto de Ley Orgánica por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial" (publicada en el B.O. Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A. Proyectos de Ley, de 4 de enero de 1 994, núm. 45-1) en el sentido de que se introducirá una nueva vía, una cuarta vía, a añadir a las tres ya existentes -- que acaban de ser estudiadas-- y cuya somera regulación aparece en el que será nuevo apartado 3 del art. 240 LOPJ, y cuya proyectada redacción se contiene en el artículo undécimo del citado Proyecto de Ley, que literalmente dice lo siguiente:

"Artículo undécimo. Nulidad de actos judiciales.

Se añade un apartado 3 al artículo 240 de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

"3. Será inadmisibile el incidente de nulidad actuaciones. Sin embargo, podrá excepcionalmente, a instancia de parte legítima, promoverse incidente de nulidad de actuaciones para hacer valer defectos de forma, que hayan producido indefensión y no hayan podido ser advertidos antes de recaer sentencia no susceptible de ulterior recurso o resolución, igualmente irrecurrible, que ponga fin al proceso. Será competente para conocer del incidente el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para promover el incidente será de veinte días, desde la notificación de la sentencia o resolución firme o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto de forma causante de indefensión. El Juzgado o Tribunal inadmitirá a trámite cualquier incidente en el que se hagan valer otras cuestiones. Frente a la resolución definitiva que recaiga en el incidente no se dará recurso alguno "".

B) Justificación.- Modificación normativa que se justifica en la exposición de motivos del tan citado Proyecto de Ley en el actual encorsamiento del art. 240.2 LOPJ, y que según proclama la indicada exposición de motivos..."ha ocasionado no pocos problemas en la práctica diaria singularmente relacionados con la imposibilidad de modificar sentencias sin acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional...". Parece, pues, que lo que se pretende es que ante situaciones manifiestas de nulidad de actuaciones, y aunque exista Sentencia firme, pueda instarse con carácter excepcional un incidente de nulidad de actuaciones, siempre que se plantee dentro de un breve plazo, y a instancia de parte legítima, pudiendo declararse la nulidad de alguna o algunas actuaciones judiciales y sobre todo de la Sentencia o resolución firme que haya puesto fin al proceso, con lo cual, al mismo tiempo se pretende, de una parte disminuir el trabajo del Tribunal Constitucional en la resolución de recursos de amparo, sobre cuestiones que puede resolver el propio órgano judicial que ha originado la indefensión u otro órgano judicial, y de otra parte evitar a aquellos que se ven afectados por ese vicio de nulidad tener que acudir a un recurso que como el de amparo, se les presenta costoso, dilatado en el tiempo y sin certidumbre sobre su resultado. En definitiva, pues, lo que se pretende es resucitar el incidente de nulidad de actuaciones, con carácter excepcional y arbitrarle como cuarta vía para aquellos supuestos en que las partes carecen de todo otro tipo de recursos para hacer valer la nulidad de actuaciones, y siempre y cuando se cumplan los requisitos que más abajo se analizaran.

C) Estudio sistemático.- Desde el punto de vista procesal podemos sistematizar el estudio del esta cuarta vía del siguiente modo:

1.-Supuesto de hecho (objeto).- De todos los supuestos de nulidad de pleno derecho contemplados en el art. 238 LOPJ, a través del nuevo incidente de nulidad de actuaciones tan sólo se podrán sustanciar aquellos que se fundamenten en "defectos de forma que hayan producido indefensión", pero esta clase de nulidad de actuaciones sólo es susceptible de ventilarse por este trámite, si además se cumple la siguiente condición: " que no hayan podido ser advertidos antes de recaer sentencia no susceptible de ulterior recurso o resolución, igualmente irrecurrible que ponga término al proceso".

2.- Competencia.- Se atribuye la competencia para conocer de este incidente al "mismo Juzgado o Tribunal que dictó la Sentencia o resolución que hubiera adquirido firmeza".

3.- Legitimación.- En cuanto a la legitimación activa, se establece que este incidente podrá instarse por "parte legítima"; en cuanto a la legitimación pasiva, nada se dice, pero ha de entenderse que pasivamente estarán legitimados el resto de partes del concreto proceso en que se haga valer esa o esas posibles nulidades.

4.- Plazo.- Podrá promoverse el incidente dentro de los "veinte días, desde la notificación de la sentencia o resolución firme o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto de forma causante de indefensión".

5.-Tramitación.- Nada establece el art. comentado al respecto, aunque al hablar de "incidente" parece que está invitando a que se sigan los trámites de los incidentes contemplados en la LEC; volveremos a tratar sobre el particular más abajo.

6.- Resolución.- Se resuelve el incidente mediante auto. No podía ser de otra forma, dado el tenor del art. 245.1.b) LOPJ, al que ya nos hemos referido; en dicha resolución se declarará la nulidad de alguna o todas actuaciones judiciales, incluida la sentencia firme, y sin perjuicio del principio de conservación de los actos (art. 242 LOPJ).

7.- Recursos.- Contra la resolución definitiva que recaiga en el incidente no se dará recurso alguno; hemos de entender, pues, que el auto que ponga fin al incidente es decir que decide definitivamente dicho incidente [en tal sentido, "mutatis mutandi" art. 245.1.c) sobre el término "definitiva"] es también firme; al respecto decir que aquí la ley recupera la distinción entre resolución definitiva, como aquella que resuelve definitivamente el pleito, incidente, etc., y resolución firme, como aquella contra la que no cabe recurso alguno, salvo el de revisión -- que por tanto no es un recurso, sino un remedio contra sentencias firmes-- u otros extraordinarios que establezca la Ley (vid art. 245.3 LOPJ).

8.-Carácter restrictivo del incidente.- Queda claro el carácter restrictivo de este incidente tanto porque el propio texto del futuro art. 240.3 LOPJ dice..."podrá excepcionalmente,...promoverse...", como por la limitación en los supuestos de hecho que son susceptibles de ventilarse en ese tipo de incidente, así como porque el propio art. dice... "El Juzgado o Tribunal inadmitirá a trámite cualquier incidente en el que se haga valer otras cuestiones..."

D) Análisis crítico.- Para concluir parece conveniente realizar algunas consideraciones críticas sobre este nuevo y excepcional incidente de nulidad de actuaciones judiciales, observaciones en las que, en la medida de lo posible, trataremos de seguir la misma sistemática que en el apartado anterior:

1) En cuanto al objeto del incidente entendido como "defectos de forma que hayan producido indefensión", hay que convenir que se considera acertado; quizá lo es menos el requisito temporal al que se sujeta en el sentido de que se exige que "no hayan podido ser advertidos antes de recaer Sentencia no susceptible de ulterior recurso o resolución, igualmente irrecurrible que ponga fin al proceso"; con tal limitación parece que se está refiriendo a la conclusión, mediante resolución inimpugnable, de la fase declarativa del proceso, o del denominado proceso declarativo --según sectores doctrinales--; pero, ¿qué tratamiento ha de darse a aquellos supuestos de hecho que sean encuadrables en el objeto definido, pero que sucedan una vez exista sentencia firme y se está ejecutando, es decir nos encontremos en la fase de ejecución o proceso de ejecución -- según sectores doctrinales--, y los posibles defectos de forma que han causado indefensión no afectan a la sentencia o resolución firme, que puso término al proceso declarativo?. ¿Podrá en estos casos admitirse este excepcional incidente, o bien deberá ser inadmitido y remitir a las partes a la procelosa vía del recurso de amparo? Esta es una cuestión fundamental a la cual no da respuesta esta reforma, y es conocido que no son pocos los supuestos de nulidad de actuaciones que se plantean en la fase de ejecución de sentencia y que no

afectan al principio de inmodificabilidad de las sentencias, y para las cuales no cupiendo recurso de los articulados por las leyes procesales (art. 240. 1 LOPJ), deberá acudir al recurso de amparo, como ya se ha indicado. Tal como está redactado el texto del proyecto, entendemos que se continúa sin dar respuesta a este problema, Y que podía haberse aprovechado la reforma para darle adecuada solución.

2) En cuanto a la competencia, también se suscitan dudas, y así, p.ej., si la sentencia la dicta la Audiencia Provincial y la causa de nulidad (defecto de forma causante de indefensión) se ha producido ante el órgano "a que" (juzgado de primera Instancia, J. de Instrucción, J. de lo Penal, etc.), pero no ha podido ser advertida hasta después de que esa sentencia ha ganado firmeza, y si se trata de aquellos procesos en los cuales la sentencia de la Audiencia es firme por ministerio de ley, ¿qué órgano es el competente para tramitar y resolver el incidente de nulidad de actuaciones?. ¿Es competente la Audiencia Provincial, que es la que ha dictado la Sentencia firme? ¿O lo es el órgano a que" que ha sido ante el que se ha originado el "defecto de forma que ha producido indefensión"? Si nos atenemos al tenor literal del futuro texto hemos de decir que el competente será la Audiencia, pues ella ha sido la que dictó la Sentencia firme solución que no es muy satisfactoria, dado que si la sentencia hubiera ganado firmeza por ser consentida por las partes, al no haber sido recurrida, la competencia, para conocer del mismo hecho, sería del órgano que dictó en primera instancia la sentencia (JPI, JI, JP, etc.); no parece razonable, según nuestra modesta opinión, que una misma clase de asuntos, sobre todo del tipo de los que estamos tratando, que son cuestiones de orden público, es decir, de "ius cogens", pueda su conocimiento estar atribuido a una u otra clase de órgano judicial, a voluntad indirecta de las partes.

3) En lo referente a la legitimación, decir que en cuanto a la activa, es de destacar la utilización del término "parte legítima", y sobre todo, ¿qué hemos de entender por tal?, ¿tan sólo los que sean partes del concreto proceso donde se origine la causa de nulidad, o también los terceros a quienes pueda afectar? Será en cada caso donde se deba determinar esta cuestión, si bien cabe adelantar que nada impide, en principio, que pueda instar ese incidente uno que aparentemente es tercero al proceso, pues, en el momento en que lo insta no es parte formal, pero que plantee dicho incidente porque entienda que debe ser parte en el concreto proceso y no ha sido llamado al mismo, etc.; en todo caso, la admisión de terceros ha de ser restrictiva y estudiarse caso por caso.

En cuanto a la legitimación pasiva la misma no plantea ningún problema, pues la tendrán el resto de partes intervinientes en el concreto proceso.

4) En relación con el plazo, en primer lugar decir que parece prudente el de veinte días, que han de entenderse procesales, es decir hábiles, y que parece tomado miméticamente del plazo existente para interponer recurso de amparo ante el TC (Confr. art. 44 LOTC); tan sólo decir que de los dos criterios de inicio de cómputo de plazo, el segundo de ellos ("...desde que tuvo conocimiento del defecto de forma causante de indefensión..") puede dar algún problema de prueba sobre su determinación, cuestiones que podrán ser planteadas por las partes contrarias y ser objeto de prueba en el incidente, y de acreditarse su extemporaneidad en dicha fase, dará lugar a la desestimación del incidente, pues conocida es la doctrina jurisprudencial que viene

estableciendo que las causas de inadmisión, advertidas o acreditadas al momento de decidir el recurso o el incidente, se convierten en causas de desestimación del mismo.

5) *En orden a la tramitación*, como ya se dejó apuntado, es preciso indicar que nada prevea la futura Ley, pero como también se dijo, nada obsta a que se entienda que el trámite adecuado es el de los incidentes regulado en la LEC (arts. 741 y ss.), dado el carácter supletorio general que tiene la LEC, y en atención a que antes de la Ley 34/1.984, de 6 de agosto, ya citada, el incidente de nulidad de actuaciones tenía su principal entronque en dicho cauce procesal, naturalmente, la tramitación de este incidente, dada su naturaleza y finalidad, determinará la suspensión del curso de los autos (será, pues, un incidente suspensivo), y consiguientemente se tramitará en los propios autos principales, sin necesidad de formar pieza separada. En síntesis, el trámite de los incidentes es un cauce procesal que garantiza suficientemente los principios de defensa, contradicción audiencia bilateral, etc., y que parece indicado para tramitar las cuestiones a que nos estamos refiriendo.

6) *En relación con la resolución a adoptar* está claro, como ya se ha dicho, que ha de tratarse de un Auto, y que el mismo podrá declarar la nulidad de la Sentencia o resolución firme que hubiera puesto fin al proceso, configurándose, por tanto, este incidente como una especie de remedio contra Sentencias firmes (o resoluciones de análoga significación), y constituyendo, pues, una excepción al principio de "inmodificabilidad de las Sentencias", consagrado en el art. 267.1 LOPJ, lo cual se infiere tanto del propio texto del futuro artículo comentado, como de la exposición de motivos de referido Proyecto de Ley.

7) *En orden a la imposibilidad de interponer recurso alguno contra el auto* que resuelva el incidente, hay que decir que dicha previsión parece acertada para aquellos supuestos en que se acceda a la nulidad de actuaciones, pues contra la nueva Sentencia que se dicte, una vez repuestas las actuaciones, sí que podrá interponerse el correspondiente recurso; pero, en cambio, parece poco acertada tal inimpugnabilidad en aquellos supuestos en que se desestime la pretensión, pues tal como está regulado el tema, ahí acaba el incidente; entendemos que quizá podría articularse que contra la resolución que desestime el incidente pueda interponerse el mismo recurso que estuviera previsto contra la sentencia en esa concreta clase de procedimiento, donde supuestamente se hubiera producido la nulidad de actuaciones, si bien dicho recurso debería ser admisible en un sólo efecto.

8) *Finalmente decir que nos parece muy acertada la configuración restrictiva* de este incidente de nulidad de actuaciones, pues con ello se logra obtener una posición de forzado equilibrio entre la actual situación del régimen de nulidad de actuaciones y la situación existente antes de la Ley 34/84, ya citada, en cuya época se había abusado de tal incidente con finalidades espúreas al mismo, es decir con finalidad dilatoria, etc., y ahora parece que se busca obtener una solución a la problemática que había ocasionado la tan férrea configuración del acceso a la nulidad de actuaciones, sobre todo en aquellos casos en que las partes se velan privadas de acceder a la misma mediante los recursos articulados por las leyes procesales.

En conclusión, la reforma, en líneas generales, nos parece positiva, con las matizaciones que se han efectuado.

ANEXO III

“Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales”, publicado en separata a la *Revista Tribunales de Castilla La Mancha*, núm. 4, Euroius Editorial Jurídica, S.A, Madrid, abril 1997, págs. 1-22, separata.

INEFICACIA PROCESAL Y NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES

Por:

JAIME DE LAMO RUBIO.
Secretario Judicial

SUMARIO: 1.INTRODUCCIÓN. 2.INEFICACIA PROCESAL. PLANTEAMIENTO DOCTRINAL.- 2.1. El acto procesal. Concepto. 2.2. Clases de actos procesales . 2.2.1. *Actos del órgano judicial.* 2.2.2. *Actos de parte.* 2.2.3. *Actos de terceros.* 2.3. Ineficacia procesal. Concepto y categorías. 2.4. Inexistencia. 2.5. Nulidad absoluta. 2.6. Nulidad relativa. 2.7. Anulabilidad. 2.8. Irregularidad (Actos irregulares). 3. LA INEFICACIA PROCESAL EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL. 3.1. Normativa. 3.2. Nulidad de pleno derecho. 3.2.1. *Manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.* 3.2.2. *Actos realizados bajo violencia o intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave.* 3.2.3. *Actos realizados prescindiendo total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecido por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.* 3.3. Anulabilidad. 3.4. Subsanción de actos procesales defectuosos. 3.5. Principio de conservación de los actos procesales. 3.6. Tratamiento procesal de los actos irregulares. 4. ASPECTO PROCEDIMENTAL DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES.- 4.1. Primera vía: Los recursos legalmente previstos. 4.2.Segunda vía: Declaración de oficio. 4.3.Tercera vía: Demás medios que establezcan las leyes procesales. El recurso de amparo constitucional. 5. PERSPECTIVAS DE REFORMA.

1. Introducción

Intentar justificar la importancia del tema de la nulidad de actuaciones judiciales puede ser un esfuerzo inútil, pues es generalmente admitida la trascendencia del tema propuesto; importancia que se proyecta tanto en el aspecto práctico, como a nivel doctrinal, y que, por supuesto, tiene una especial resonancia en el tratamiento jurisprudencial de la cuestión.

Pues bien, en este trabajo pretendemos tratar el tema de la nulidad de actuaciones judiciales desde la perspectiva que nos proporciona el estudio de la *Teoría General de la Ineficacia Procesal*, que abordaremos -sin ánimo de exhaustividad- desde el múltiple aspecto doctrinal, jurisprudencial y normativo; con especial atención a la regulación que de la materia hace la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ), y analizando, sobre todo, la trascendencia práctica de la nulidad de actuaciones judiciales.

2. Ineficacia procesal. Planteamiento doctrinal

2.1. El acto procesal. Concepto

Para acceder al concepto de ineficacia procesal, en cuanto ineficacia de los actos procesales, se hace necesario primeramente definir lo que sean los actos procesales. La doctrina tradicional (PRIETO CASTRO, etc..) entiende por actos procesales los que realizan las partes y el Tribunal para preparar, iniciar, impulsar y terminar el proceso, logrando el fin que se proponen.

VERGE GRAU entiende que para determinar si existe o no acto procesal es preciso recurrir a un doble criterio ontológico: a) si el acto reúne los requisitos que la Ley procesal considera esenciales para ser el que pretende ser (demanda, sentencia, embargo, etc.); y, b) si es un acto del proceso, o sea, si se realiza dentro del proceso.¹

CORTES DOMINGUEZ partiendo del concepto generalmente aceptado por la doctrina, del acto procesal como aquél que desarrolla unos efectos primarios, directos y específicos, legalmente previstos, en la constitución, desarrollo y fin del proceso, realiza a la misma dos observaciones: 1) que siendo el proceso ese conjunto de actos que lo conforman, no puede ser distinto al propio acto procesal, y entiende que desde este punto de vista parecería mucho más acertado afirmar que acto procesal es no sólo aquel que conforma el proceso, sino también aquel que hace posible una relación o una situación procesal en cuanto que de todo acto procesal inevitablemente se tiene que deducir un derecho, una carga, una facultad, etc., procesales; y, 2) no todo acto que produce efectos procesales puede considerarse un acto procesal (y cita como ejemplo el acto de otorgamiento de poder a procuradores).² Matiza, finalmente, el citado autor (CORTES DOMÍNGUEZ) que el hecho de que un acto configure el proceso y que produzca efectos procesales no significa que igualmente no pueda producir efectos extraprocesales [cita como ejemplo la demanda, que produce efectos materiales como, interrupción de la prescripción (art. 1.945 CC), constituir en mora al deudor (art. 1100 CC), etc..].

En resumen, podemos *conceptuar los actos procesales* como aquellos que desarrollan sus efectos, de acuerdo con la legalidad vigente, en la constitución,

¹ VERGE GRAU, J. *La Nulidad de actuaciones*. Editorial Bosch, 1.987, pág. 46.

² MORENO CATENA, CORTES DOMINGUEZ Y GIMENO SENDRA. *Introducción al Derecho Procesal*. Editorial Tirant lo Blanch, 1993, págs. 236 y sigs.

desarrollo y fin del proceso, sin perjuicio de que, ocasionalmente, puedan también desarrollar otros efectos en ámbitos ajenos al proceso, y sin que sea exclusivo de los actos procesales la producción de efectos procesales, toda vez que existen actos que no son estrictamente procesales y producen efectos de carácter procesal.

2.2. Clases de actos procesales

Tradicionalmente los actos procesales se han clasificado en atención, entre otros, a un criterio que podríamos denominar subjetivo, del modo que a continuación se expondrá, y sin que dicha clasificación agote, naturalmente, las posibles en esta materia, si bien, entre las existentes, éste es la que más nos interesa, a los efectos de este estudio.

2.2.1. Actos del órgano judicial

Son aquellos que provienen del órgano judicial, dentro de ellos podemos distinguir los siguientes:

2.2.1.1. Actos del Juez o Tribunal.- Entre los cuales cabe citar los siguientes: Sentencias, autos, providencias, etc...

2.2.1.2. Actos del Secretario Judicial.- Se pueden citar los siguientes: Propuestas de resolución (de auto o de providencia), diligencias de ordenación, actas, diligencias, notas, comunicaciones, notificaciones, etc..

2.2.1.3. Actos del Agente.- Así por ejemplo: Ejecución material de los embargos, lanzamientos, etc., en los procesos en que se requieran, así como notificaciones, citaciones, etc., cuando procedan.

2.2.2. Actos de parte

Son los que provienen de las partes (físicas o jurídicas) que integran las posiciones de demandante, demandado, acusación particular, acusado, etc., dentro del respectivo proceso; así, por ejemplo. demanda, contestación a la demanda, petición de prueba, escrito de conclusiones provisionales, escritos de recurso, etc..

2.2.3. Actos de terceros

Son aquellos realizados por personas (físicas o jurídicas) ajenas a la relación jurídico-procesal, es decir, los actos de terceras personas que intervienen o pueden intervenir en el proceso; así, testigos, peritos, etc.

Visto, someramente³, tanto el concepto como las clases de actos procesales, corresponde a continuación abordar el tema relativo a la ineficacia procesal.

³ Naturalmente, el estudio de los actos procesales por sí sólo, daría lugar a tema para varios estudios; pero sirvan las anteriores notas para centrar el tema objeto del presente trabajo.

2.3. Ineficacia procesal. Concepto y categorías

La ineficacia procesal se nos presenta como un concepto aglutinador de todas aquellas situaciones en que el acto procesal no despliega los efectos normales que le corresponden de acuerdo con la legalidad vigente, es decir, aquellas situaciones en que en uno u otro grado -desde el más absoluto al más nimio-, por diversas causas, que se analizarán, el acto procesal deja de desplegar todos o algunos de los efectos que está llamado a producir.

Como ya hemos adelantado, las situaciones que pueden presentarse, en cuanto a ineficacia procesal se refiere, son muy variadas, pero han sido agrupadas por la doctrina en varias categorías, siendo la clasificación más pacífica la que distingue entre : *a) inexistencia; b) nulidad absoluta, radical o de pleno derecho; c) nulidad relativa; d) anulabilidad; y, e) mera irregularidad.*

2.4. Inexistencia

Estaremos ante un acto procesal inexistente cuando falten los presupuestos o requisitos esenciales y necesarios para el nacimiento del acto procesal. Es el grado máximo de ineficacia procesal. De todos modos, hay que advertir que su admisión no es pacífica en la doctrina, y así p.ej. MARTÍN DE LA LEONA, viene a decir que en tanto se trata de una categoría cuyo contenido es precisamente, *el no ser* desde un punto de vista procesal, supone que desde un punto de vista lógico se trata de una categoría inaceptable⁴; aunque añade dicho autor que desde una perspectiva puramente práctica y operativa puede, no sin reservas, ser aceptada.⁵ Para este mismo autor, han de considerarse inexistentes todas aquellas actuaciones realizadas fuera del ámbito de un proceso válidamente constituido por demanda, y substanciado ante un Juez o Tribunal, investidos de jurisdicción, a los que la constitución (Confr. art. 117.3) atribuye en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado⁶

Como ejemplos de supuestos de inexistencia, la doctrina suele citar los siguientes: el de la Sentencia firmada por alguien que no es juez; una demanda en la que no se contenga petición alguna (*sin petitum*), etc..

Para VERGE GRAU la consecuencia práctica de la inexistencia de un acto procesal es que se reputa, lógicamente, como no producido o no nacido, y en el caso de la inexistencia de sentencia impide, evidentemente, la formación de la cosa juzgada, su simple alegación o excepción en periodo de ejecución deben ser suficientes para que la

⁴ MARTÍN DE LA LEONA, J.M . “Nulidad de actuaciones. Principios informadores y clasificación”, en Cuadernos de Derecho Judicial del C.G.P.J., sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*. Madrid, 1993. Pág. 24 y ss.

⁵ MARTÍN DE LA LEONA, cita a otros autores partidarios de tal tesis: MADRIOLI, LIEBMAN, PALLARES, SERRA DOMINGUEZ, etc.; *op. cit.*, pág. 25.

⁶ MARTÍN DE LA LEONA, *op. cit.*, págs. 48 y ss.

sentencia inexistente no produzca ningún efecto procesal inherente a la cosa juzgada. La inexistencia del acto ni tan sólo precisa ser declarada por el tribunal. No obstante, si reviste una apariencia de acto procesal, podrá ser necesario, especialmente en el caso de Sentencia aparente, ejercer la acción de nulidad -quizá más propiamente de inexistencia-, que CALAMENDREI configura como un residuo de la antigua *querela nulitatis*.⁷

En todo caso, ha de quedar claro que la inexistencia no produce efecto alguno (carece de cualquier efecto) y que es, por su propia naturaleza, insubsanable.

2.5. Nulidad absoluta

La doctrina la denomina indistintamente nulidad absoluta, radical o de pleno derecho. Siguiendo al prof. SERRA DOMÍNGUEZ podemos afirmar que estaremos en presencia de un acto procesal nulo de pleno derecho cuando a referido acto le falte, al menos, una circunstancia o requisito considerado esencial y fijado en las leyes procesales como necesario para que el acto produzca sus efectos normales, sin que sea imprescindible que la Ley declare expresamente la nulidad en cada supuesto, sino que es suficiente con que la infracción exista para poder considerar su nulidad.⁸

Como acertadamente indica VERGE GRAU normalmente el defecto se referirá a los presupuestos -sujetos, objeto y forma- del acto. El acto es procesal y presenta una apariencia externa de legitimidad, aunque infringe la ley procesal en algún aspecto considerado de orden público y por ello debe ser anulado.⁹

MARTÍN DE LA LEONA, con cita de la Sentencia del TS de 27 de mayo de 1986, viene a decir que "...más concretamente, como ha señalado la jurisprudencia, se considerará nulo todo acto en el que se hubiere prescindido totalmente de un trámite esencial, se frustrase la finalidad del acto, o se hubiesen disminuido efectiva y trascendentalmente las garantías procesales con resultado de indefensión".

Podemos decir, con VERGE GRAU, que la nulidad procesal es la sanción que contempla infracciones procesales de interés público, de *ius cogens*, o que vulnera principios procesales básicos (de iniciativa de parte, de impulso oficial, de dualidad de partes o controversia, dispositivo sobre el objeto del proceso, etc.), de procedimiento o, en fin, principios de rango constitucional.¹⁰

Como ejemplos de nulidad absoluta, y sin perjuicio del detallado examen que se realizará al estudiar el régimen previsto en la LOPJ, podemos citar los siguientes: Falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional, etc.

⁷ CALAMANDREI. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires, 1962. Tomo III, págs. 295 y ss.; esta cita está recogida de VERGE GRAU, *op. cit.*, pág. 49.

⁸ SERRA DOMINGUEZ, M. "El incidente de nulidad de actuaciones". *Revista Justicia*, 1981, págs.45 y ss.

⁹ VERGE GRAU, *op. cit.*, págs. 49 y ss.

¹⁰ VERGE GRAU, *op. cit.*, págs. 51 y ss.

Y en todo caso, ha de quedar claro que la nulidad de pleno derecho produce sus efectos *ex tunc* (desde el momento de realización del acto nulo), y que no procede la subsanación ni la convalidación, con carácter general; si bien un sector de la doctrina (FERNÁNDEZ VELASCO) entiende que cabe la “sanación del vicio en virtud de otro [acto procesal, se entiende] realizado posteriormente”¹¹; o bien puede subsanarse o convalidarse el vicio de nulidad si recae sentencia definitiva, como dice VERGE GRAU¹²

2.6. Nulidad relativa

Siguiendo a VERGE GRAU, que a su vez cita a SERRA DOMINIGUEZ y a FENECH¹³ podemos decir que la nulidad relativa se diferencia de la nulidad absoluta únicamente en la posibilidad de subsanación; y así, tenemos que el acto procesal que está viciado con nulidad relativa se equipara, si no es subsanado, al acto nulo de pleno derecho, no siendo susceptible de producir ningún efecto, pero si se produce la subsanación, los efectos del acto se retrotraen al momento de la realización del acto defectuoso. Referido autor cita como ejemplo el art. 180 LECRIM y el art. 279 LEC, que se refieren a notificaciones, citaciones, etc. nulas pero que surtirán sus efectos si la persona a que se refieren se da por enterada en el juicio, en similar sentido, art. 61 LPL de 1995, etc..

Según estos autores, la nulidad relativa no necesita ser denunciada por las partes, sino que opera, precisamente por el silencio de esa parte. En esto se distingue de la anulabilidad, que como veremos, necesita ser denunciada por la parte.

De todos modos, la distinción entre nulidad relativa y anulabilidad no es pacífica en la doctrina, y otros sectores identifican ambas categorías.

2.7. Anulabilidad

Según la doctrina mayoritaria estamos ante un acto procesal anulable cuando le falte algún requisito distinto de los de carácter de orden público y que no sea esencial, produciendo efectos referido acto, mientras no sea impugnado por alguna de las partes. Se trata de actos susceptibles de ser convalidados o sanados, y si se declara su ineficacia por así denunciarlo la parte y tras los trámites oportunos, referida ineficacia opera *ex nunc*¹⁴, es decir, desde el momento de su declaración.

¹¹ FERNÁNDEZ DE VELASCO, L.V. “Funciones del Secretario Judicial y nulidad de actuaciones en el proceso civil”, en Cuadernos....., cit., sobre *La nulidad.....*, op. cit. págs. 132 y ss.

¹² VERGE GRAU., op. cit. pág. 53.

¹³ VERGE GRAU., op. cit., pág. 58.

¹⁴ A favor de los efectos *ex nunc* de la anulabilidad se pronuncia también MORA MATEO, J.E. “La nulidad de actuaciones en el proceso y en los procedimientos civiles no contradictorios”, en Cuadernos....., cit., sobre *La nulidad.....*, op. cit., págs. 60 y ss.

Para VERGE GRAU actos anulables serían aquellos cuyo defecto, sin atentar gravemente a los principios básicos del proceso, tiene entidad suficiente para permitir a las partes provocar su anulación. Una vez provocada y declarada la nulidad, sus efectos son los mismos que en el supuesto de actos nulos. En ambos casos, la resolución sobre nulidad tiene efectos meramente declarativos (*ex tunc*) y suprime el acto nulo o anulable como si no se hubiese realizado¹⁵.

Como ejemplos de anulabilidad podemos citar la incompetencia territorial, insuficiencia del poder de procurador, etc..

Con carácter general hay también que afirmar que en los actos anulables rige el principio de preclusión, en el sentido de que existe o están sometidos a determinados plazos para impugnarlos, transcurrido los cuales las partes han perdido esa oportunidad procesal y no les es posible ya la válida impugnación, quedando convalidado el acto.

2.8. Irregularidad (actos irregulares)

Los actos procesales irregulares son actos procesales incorrectos cuyo defecto no impide la total producción de sus efectos, y tan sólo pueden llevar aparejada una sanción para el funcionario causante de la irregularidad. Desde el punto de vista procesal los actos procesales son totalmente eficaces. Como ejemplo podemos citar: Sentencia dictada fuera de plazo; no observación de los plazos de tramitación, etc.

Analizada someramente la ineficacia procesal desde el punto de vista doctrinal, a continuación nos ocupamos del estudio de esa misma materia desde la óptica del derecho positivo.

3. La ineficacia procesal en la Ley Orgánica del Poder Judicial

3.1. Normativa

Actualmente la materia relativa a la ineficacia de los actos procesales se regula en los arts. 238 al 243 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial (LOPJ), en relación con la cual cabe destacar las siguientes notas.

1. Que pretende dar una regulación global y más o menos completa de la materia.
2. Que referida normativa es de aplicación a todos los órdenes jurisdiccionales, salvo que se disponga lo contrario en las correspondientes normas reguladoras de los diversos procesos.
3. Que se aprecia un gran mimetismo con la normativa administrativa vigente al momento del dictado de la LOPJ, la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1958¹⁶.

¹⁵ VERGE GRAU, *op. cit.*, pág. 61.

¹⁶ Así lo ha puesto de relieve, entre otros, GUI MORI, “Nulidad de actuaciones tras sentencia definitiva. La anunciada inconstitucionalidad del art. 240 LOPJ”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1990-1, págs. 118 y ss.

A continuación estudiaremos referida regulación, tratando de seguir, en la medida de lo posible, una sistemática similar a la que precede en relación con el estudio realizado desde la perspectiva doctrinal.

3.2. Nulidad de pleno derecho

Desde el punto de vista del derecho positivo, se recoge en el art. 238 LOPJ, que literalmente dice:

“Los actos judiciales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1.º Cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2.º Cuando se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave.

3.º Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión”

De lo que antecede cabe realizar la siguiente clasificación, en cuanto a ***motivos de nulidad de pleno derecho***.

3.2.1. Manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional

En primer lugar, y siguiendo a MARTÍN DE LA LEONA es preciso decir, con carácter general, que esos vicios determinantes de nulidad de pleno derecho (NPD) han de ser manifiestos, es decir, evidentes, de manera que no sea necesario esfuerzo dialéctico alguno para su comprobación por saltar está a la vista, esto es, han de mostrarse de forma clara, ostensible y grave¹⁷.

3.2.1.1. Falta de jurisdicción

En relación con la misma hay que comenzar afirmando que la jurisdicción, como es conocido, se refiere a la habilidad para enjuiciar dentro de cada uno de los órdenes jurisdiccionales; así, existirá falta de jurisdicción si, por ejemplo, un juez civil conoce de asuntos sociales o contencioso-administrativos, etc.

Las normas que regulan la jurisdicción, como es sabido, son de derecho necesario o *ius cogens*.

¹⁷ MARTÍN DE LA LEONA, J.M. “Nulidad de actuaciones. Principios...”, *op. cit.*, págs. 33 y ss.

La falta de jurisdicción, a pesar de ser calificada por la LOPJ como causa o motivo de NPD, puede presentar un doble cariz: 1) puede dar lugar a un acto inexistente, cuando , p.ej., la sentencia la dicta un no juez [*ya vimos este supuesto*]; y , 2) puede dar lugar a un acto nulo de pleno derecho, propiamente dicho, cuando p.ej., la sentencia la dicta un juez de lo civil y la materia corresponde a otro orden jurisdiccional : social, contencioso-administrativo, etc., para el cual el juez de lo civil carece de jurisdicción.

3.2.1.2. Falta de competencia objetiva o funcional

Como sabemos, las normas que regulan la competencia objetiva y/o funcional, tienen carácter de derecho necesario, de *ius cogens*, y consiguientemente afectan al orden público, por lo que resultan indisponibles para las partes.

Nótese que tan sólo se refiere el precepto estudiado a la competencia objetiva o funcional, sin mencionar la territorial, lo cual nos lleva a la conclusión de que no son nulos de pleno derecho los actos judiciales emanados de un órgano territorialmente incompetente, los cuales tendrán, a lo sumo, la categoría de anulables.

3.2.2. Actos realizados bajo violencia o intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave

En este punto, el precepto comentado ha de ser puesto en relación con el art. 239 LOPJ, que literalmente dice:

“Los Jueces o Tribunales cuya actuación se hubiese producido con intimidación o violencia, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán la formación de causa contra los culpables”

En similar sentido se pronuncia el art. 443 LEC, que dice:

“Serán nulos todos los actos judiciales practicados bajo intimidación o la fuerza.

Los Jueces y Salas que hubiesen cedido a la intimidación o a la fuerza, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán al mismo tiempo la formación de causa contra los culpables”.

De todo ello, cierto sector doctrinal entiende que este motivo de nulidad sólo se refiere a los actos del Juez o tribunal, si bien una interpretación sistemática, y teniendo en cuenta la mención que en el art. 238 LOPJ se hace a los *actos judiciales*, que ha de entenderse como sinónimo de *actos procesales*, hace preferible la interpretación que incluye dentro de este motivo a todos los actos procesales, y no sólo a los del Juez o Tribunal¹⁸.

¹⁸ En el mismo sentido se expresa MARTÍN DE LA LEONA, *op. cit.*, pág. 39 y ss.

MARTÍN DE LA LEONA entiende que este es un caso en el cual no rige el límite temporal del art. 240.2 LOPJ, por lo que esta causa de nulidad podría hacerse valer incluso una vez existiera sentencia firme; otro sector doctrinal, así CORTES DOMÍNGUEZ, entiende que el problema no es de fácil solución, y dice que la resolución no debería anularse si no es perjudicial para la parte que no utilizó la violencia o intimidación, debiéndose anular en todo caso cuando la resolución es perjudicial a dicha parte, o cuando la violencia o intimidación provino de ambas partes¹⁹.

En relación con los conceptos de violencia e intimidación, los mismos son extraíbles de la Teoría General del Derecho, sin presentar especialidades, por lo cual, y dado el objeto del presente trabajo, no profundizamos al respecto, por exceder del ámbito del mismo.

3.2.3. Actos realizados prescindiendo total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecido por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión

Con carácter general, hay que comenzar diciendo con BORRAJO INIESTA que la idea de indefensión esta llamada a asumir el papel principal en esta materia²⁰; o como afirma MARTÍN DE LA LEONA, la indefensión se convierte, con la regulación de la LOPJ, en la piedra angular para el estudio de la nulidades procesales²¹.

De todos modos, el primer problema que plantea la redacción del 238.3 LOPJ es el de si la necesidad de efectiva indefensión es predicable de los dos submotivos que se recogen en el precepto o sólo del último de ellos; VERGE GRAU se inclina por la tesis de entender que sólo se exige respecto del segundo submotivo, es decir, cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento, según este autor, no es necesario que se haya producido indefensión, para entender el acto nulo de pleno derecho; MARTÍN DE LA LEONA, después de analizar varias resoluciones del Tribunal Constitucional y tribunales ordinarios, parece que también se inclina a favor de esa tesis, si bien a continuación dice que es difícil imaginar que la omisión total y absoluta de unas normas esenciales no impliquen también efectiva indefensión.

Nosotros entendemos, desde la perspectiva restrictiva que ha de inspirar la interpretación de la materia relativa a la nulidad de actuaciones, que lo más correcto es exigir en ambos submotivos la presencia de efectiva indefensión, pues si no es así, no estaríamos ante un acto procesal nulo, sino tan sólo anulable, dado que, en mera teoría, puede ocurrir que se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento correspondiente y no se cause indefensión, aunque esta hipótesis sea muy difícil de suceder, pero puede darse. Y a mayor abundamiento, desde el criterio

¹⁹ CORTES DOMÍNGUEZ, en la obra colectiva ya citada *Introducción al Derecho Procesal*, pág. 281.

²⁰ BORRAJO INIESTA, I., “La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en Cuadernos..., cit., sobre *Principios constitucionales en el proceso civil*, Madrid, 1993. Pág. 269.

²¹ MARTÍN DE LA LEONA, J.M., *op. cit.*, pág. 42.

sistemático y gramatical (confr. art. 3.1 Código Civil), tenemos que si el legislador hubiera querido que la efectiva indefensión sólo se predicará del segundo submotivo, lo hubiera tenido muy sencillo: hacer dos submotivos independientes y autónomos, incardinados en números distintos dentro del art. 238 LOPJ; y si así no lo hizo, y reguló la materia en un único apartado, parece que es porque entendía que la efectiva indefensión debía exigirse en ambos submotivos.

En similar sentido se pronuncia el prof. BORRAJO INIESTA, que, comentando el art. 238.3 LOPJ, llega a decir lo siguiente: “...Pero la restricción más seria de las causas de nulidad proviene de otro fragmento del art., 238.3 LOPJ: su inciso final, que exige para declarar la nulidad de un acto judicial que *efectivamente se haya producido indefensión*. Este punto es esencial. Hasta ahora, la legislación cifraba la nulidad en la infracción de la Ley Procesal. Sólo excepcionalmente se atendía a los efectos que dicha transgresión ocasionaba en los justiciables. Desde 1985, o un año antes en el proceso civil, solamente cuando alguna de las personas que toma parte en el proceso, o hubieran debido tomarla, se encuentran en una situación de efectiva indefensión, procede la nulidad de actuaciones”²².

En todo caso, en relación con el concepto de indefensión existe una copiosa jurisprudencia, sobre todo del Tribunal Constitucional (TC), a tenor de la cual podemos afirmar que existirá indefensión siempre que los titulares de derechos e intereses legítimos se vean imposibilitados de ejercitar las acciones legales suficientes para su defensa, originando situaciones de tal gravedad que han de ser apreciadas judicialmente en cualquier momento e instancia en que se encuentre el proceso, tan pronto se tenga noticias de las mismas (Sentencias TC 18/1985, de 1 de febrero; 48/1986, de 23 de Abril; 175/1986, de 3 de noviembre; 156/1988, de 27 de Julio, etc..).

En todo caso, siguiendo a BORRAJO INIESTA, interesa resaltar las siguientes dos ideas²³:

A. La indefensión ha de ser real y efectiva.- Y como paradigma de tal requisito interesa traer a colación un párrafo de la S. TC 48/1986, ya citada, que dice “...una indefensión ... relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y de un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella”

B. La indefensión ha de ser imputable al órgano judicial.- Lo cual tiene su entronque con la obligación del órgano judicial de prestar tutela judicial efectiva, a quien la impetra ante referido órgano en defensa jurídica de todos los derechos, de

²² BORRAJO INIESTA, op. cit. págs. 271 y 279 y ss. En igual sentido se pronuncia GUILLO SÁNCHEZ GALIANO, “La nulidad de actuaciones en el proceso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Actualidad Administrativa*, 1992-3, págs. 359 y ss., que llega a decir que ... “cabe destacar la exigencia de *indefensión efectiva* que el número tercero del precepto (*se refiere al 238.3 LOPJ*) anuda a la infracción de normas esenciales de procedimiento o a la omisión de los principios de audiencia, asistencia y defensa..”, op. cit., pág. 360.

²³ Véase nota anterior.

modo que no se le puede causar indefensión (art. 24.1 CE). En definitiva, este planteamiento excluye como causante de indefensión a las partes o a terceros ajenos al proceso; tan sólo el órgano judicial puede causar indefensión, a los efectos que nos interesan.

Esbozado el concepto de indefensión, corresponde a continuación la consideración de los submotivos de nulidad que contempla el art. 238.3 LOPJ.

3.2.3.1. Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley, siempre que efectivamente se haya producido indefensión

Independientemente de las consideraciones que se han efectuado sobre el concepto de indefensión, en el estudio de este submotivo, el acento recae sobre el inciso “...normas esenciales de procedimiento”, sobre cuya conceptualización la doctrina más significativa (MARTÍN DE LA LEONA) tras realizar un amplio estudio, viene a decir que ... “cabe concluir que puede calificarse esencial toda norma de procedimiento que siendo imperativa y por tanto de obligado cumplimiento o de orden público, o reguladora en definitiva de alguno de los principios o garantías del proceso, es susceptible de colocar en indefensión efectiva a una o ambas partes del proceso en caso de ser totalmente omitidas”²⁴.

El elenco de manifestaciones más importantes, de supuestos en que se puede presentar este submotivo, excede del ámbito de la presente exposición, de todos modos, para quien esté interesado en ello, puede acudir a los estudios que se ocupan específicamente de ello²⁵.

3.2.3.2. Actos procesales con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se hayan producido indefensión.

Como ya hemos insistido, no ha de ser cualquier tipo de infracción de los principios inspiradores del proceso, sino aquellos que efectivamente causen indefensión, como ya se ha razonado. Veámoslo separadamente.

3.2.3.2.1. Principio de audiencia.

El principio de audiencia, o derecho a ser oído, se configura como un elemento integrante de la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 CE. La audiencia, en cuanto tal, permite la introducción del principio de contradicción, que ha de darse en términos de igualdad de partes, según tiene reiterado el Tribunal Constitucional (SSTC 9/1981, de 31 de marzo, 48/1983, de 31 de mayo; 117/1983, de 12 de diciembre, 112/1987, de 2 de julio; etc.).

²⁴ MARTÍN DE LA LEONA, *op. cit.*, pág. 49.

²⁵ Así, entre otros de interés, cabe citar: MARTÍN DE LA LEONA, *op. cit.*, pág. 49 y ss.; FERNÁNDEZ DE VELASCO, *op. cit.*, págs. 132 y ss.; VERGE GRAU, *op. cit.*, págs. 86 y ss.

Naturalmente, el derecho a ser oído, derecho de audiencia, ha de entenderse como posibilidad que ha de concederse a la parte, por el órgano judicial, para ser oído, en términos de igualdad, en el proceso al que está llamado a ser parte, o ya está constituido en parte, pero dicho derecho de audiencia se cumple con el otorgamiento de esa oportunidad procesal a ser oído, sin que el órgano judicial pueda obligar a la parte a exponer su planteamiento, pues también le cabe a dicha parte, ante determinados actos procesales, dejar transcurrir el plazo que se le haya otorgado, sin realizar manifestación alguna, así, p.ej. situaciones de rebeldía, etc.; la esencia, pues, del derecho de audiencia, es la oportunidad procesal que se le ofrece a la parte para actuar en el proceso, oportunidad procesal sujeta a la correspondiente preclusión.

Por tanto, la vulneración se produciría si no se le concede esa oportunidad de ser oído en juicio, pero si concedida conforme a la ley, la correspondiente parte (demandado, demandante, acusador, etc.) decide no hacer uso de esa posibilidad, tan sólo a él le es imputable el actuar de ese modo, y por tanto el acto procesal correspondiente es totalmente válido.

3.2.3.2.2. Principio de asistencia

Con bastante claridad expone MARTÍN DE LA LEONA que el derecho de asistencia o defensa formal se incluye en el conjunto de garantías que integran el derecho a un proceso justo, formando parte del más amplio derecho a un proceso con todas las garantías a que alude el art. 24.2 CE. Se refiere este principio, como es sabido, a que el justiciable ha de ser asistido por Letrado, para evitar quebrantos en su posición frente a la contraparte, y sin perjuicio de aquellos supuestos en que la misma ley procesal excluya la preceptiva intervención de letrado.

La intervención preceptiva de Letrado y sus posibles excepciones se regulan en las respectivas normas procesales, así, en el proceso civil en el art. 10 LEC, en el proceso penal en el art. 118 , 520, 788.3, etc. LECRIM; en el proceso laboral en el art. 18 y ss. LPL de 1995; en el proceso contencioso-administrativo en el art. 33 LRJCA; etc..

No está de más insistir que la vulneración del principio de asistencia, por sí sola no causa nulidad sino que es preciso que se produzca, por parte del órgano jurisdiccional, efectiva y real indefensión a la o las partes.

3.2.3.2.3. Principio de defensa.

Siguiendo a MARTÍN DE LA LEONA, y la jurisprudencia que cita, podemos afirmar que el derecho de defensa forma parte, en el plano constitucional, del derecho a un proceso justo que el art. 24.2 CE consagra para todos los procesos, y supone, de una parte, la obligación de respeto y protección por parte de los órganos jurisdiccionales, y de otra, la necesidad de que la defensa sea efectiva desde el primer momento del proceso y a lo largo de todas sus fases (así, SSTC: 245/988, de 19 de diciembre; 16/1982, de 28 de abril; 18 noviembre de 1983; etcétera..). Y en consecuencia, ha de considerarse vulnerado el derecho de defensa cuando lo hubiesen sido las garantías de contradicción, de igualdad, y en general el resto de garantías contenidas en el art. 24.2

CE (SSTC: 18/1985, de 11 de febrero; 114/1986, de 2 de octubre; 13/1981, de 22 de abril; etc..).

Y teniendo en cuenta que no procederá la nulidad cuando la vulneración del derecho de defensa lo hubiera provocado la falta de pericia técnica en la utilización de los medios que ofrece el ordenamiento jurídico, o cuando el litigante que se dice indefenso ha colaborado con su conducta a la producción de su propia indefensión, debido a su inactividad, su negligencia o su falta de diligencia (STC: 110/1985, de 8 de octubre.).

3.3. Anulabilidad

La LOPJ no utiliza el término anulabilidad, pero determinado sector doctrinal entiende que tanto la anulabilidad como la nulidad relativa se recogen en el art. 240.1 LOPJ, que literalmente dice:

1. “ La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales”.

Los supuestos de anulabilidad serían, naturalmente, los que se recogen bajo la categoría de ... *“defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión”.*

Su carácter de actos procesales anulables viene dada por la doble circunstancia de:

1. Que no se recogen en el art. 238 como actos nulos de pleno derecho y que además se especifican en el art. 240.1 como categoría distinta a la nulidad de pleno derecho.

2. Que de la redacción del art. 240.1 en relación con el art. 240.2, parece que tan sólo pueden ser declarados nulos si tales vulneraciones son denunciadas a través de los correspondientes recursos por las partes, nunca de oficio. Aunque al respecto, cierto sector doctrinal entiende que también cabe la declaración de oficio de la nulidad de esos actos, dada la amplitud de la redacción del art. 240.2, cuando dice en su *in fine* “ la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular”.

3.4. Subsanción de actos procesales defectuosos

Con el prof. SERRA DOMÍNGUEZ podemos definir la subsanción como “la posibilidad de que un acto privado de eficacia pueda adquirirla mediante la realización de actos posteriores que se la otorguen²⁶ .

La LOPJ se refiere a la subsanción en el art. 243, que literalmente dice:

²⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios de Derecho Procesal*. Ed. Ariel, Barcelona, 1.969, pág. 466.

“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”.

Artículo que hay que poner en relación con el art. 11.3 de la misma LOPJ, que establece:

“ Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes”.

Encontrando referidos artículos su fundamento último en el art. 24.1 CE.

Al respecto, el prof. BONET NAVARRO, tras analizar la jurisprudencia del T.C. sobre la materia, viene a decir que:

1º. Los Tribunales deben responder resolviendo siempre sobre las pretensiones que se les formulen (art. 24.1 CE y 11.3 LOPJ).

2º. La desestimación de una pretensión por motivos formales sólo puede darse cuando un acto procesal adolezca de un defecto insubsanable (art. 11.3 LOPJ).

3º. Si concurre un defecto subsanable en un acto, debe darse la oportunidad de subsanarlo (art. 243 LOPJ) para que sea eficaz.

4º. Sólo será ineficaz un acto cuando tenga un defecto insubsanable (art. 238 y 240 LOPJ), o que siendo subsanable, no se haya subsanado en el plazo concedido (art. 11.3 LOPJ), llevando consigo la declaración de nulidad de todas las actuaciones o de alguna de ellas²⁷.

3.5. Principio de conservación de los actos procesales

La LOPJ, en el art. 242, se refiere al principio de conservación, tanto en relación con los actos posteriores al declarado nulo, como en relación con las partes de un acto, que haya sido declarado nulo en algunos aspectos. Referido precepto dice:

*“1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aún sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.
2. La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo que sean independientes de aquélla”.*

²⁷ BONET NAVARRO, A. “Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil”, en Cuadernos..., cit., sobre *La nulidad...*, op. cit., págs. 361 y ss.

El principio de conservación de actos procesales tiene el mismo fundamento que el de subsanación, es decir, el art. 24.1 CE. La claridad del precepto transcrito hace innecesario, a los efectos de este trabajo, mayores comentarios.

3.6. Tratamiento procesal de los actos irregulares

Al concepto de actos irregulares ya nos hemos referido en el lugar oportuno de esta exposición; en cuanto a la LOPJ, la misma se refiere a la materia en el art. 241, que textualmente dice:

“Las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo”.

Es decir, salvo que se trate de un *término esencial*, la extemporaneidad de un acto no implica su nulidad, sino que se trata de una mera irregularidad, pero el acto produce todos sus efectos, de igual modo que si hubiera sido dictado o producido dentro de plazo.

Como se observa, la LOPJ, de todas las posibles irregularidades no invalidantes, sólo se refiere al plazo.

En relación con el precepto comentado, la única cuestión que plantea es la de determinar qué términos o plazos son de los denominados *esenciales*, es decir, que por su naturaleza determinen la anulación de la actuación; con carácter general tan sólo decir, que el retraso en dictar sentencia, o en proveer algún escrito, por sí sólo, no origina más que una mera irregularidad, y sobre todo teniendo en cuenta la actual situación de sobrecarga de trabajo y escasez de medios materiales y personales que se da en muchos juzgados y tribunales.

En cambio, como conocemos (art. 306 LEC), los plazos que se otorgan a las partes, por regla general, tiene carácter preclusivo, y por tanto esencial.

4. Aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones judiciales

Corresponde a continuación ocuparnos del aspecto procedimental de la *Teoría General de la Ineficacia Procesal*, centrado en el estudio de las vías o cauces a través de los cuales hacer valer y, en su caso, declarar, la nulidad de actuaciones judiciales.

Al respecto es esencial el art. 240 LOPJ, que establece:

“1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.

2. Sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá, de oficio antes de que hubiere recaído sentencia definitiva, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular”.

Artículo que ha de ser matizado con la jurisprudencia del TC., que sobre la materia se ha producido; significando que en dicha jurisprudencia la tendencia es a equiparar lo que hemos denominado motivo de anulabilidad (art. 240.1) con las causas estrictas de nulidad de pleno derecho (art. 238), *en lo que se refiere a este aspecto procedimental*, naturalmente; y por tanto, partiendo de la Sentencia TC 185/1990, de 15 de noviembre, resolviendo *autocuestión de inconstitucionalidad* núm. 91/1990, en relación con el art. 240.2 LOPJ [BOE de 3 de diciembre de 1.990], podemos decir que para hacer valer y, en su caso, declarar la nulidad de pleno derecho y los defectos de forma de los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, existen *tres vías o cauces*, a saber:

4.1. Primera vía: Los recursos legalmente previstos

Es decir, la primera vía se articula a través de la interposición de los recursos previstos en las leyes procesales (art. 240.1); esto significa que cuando contra la resolución correspondiente, en la que se entiende que se ha incurrido en uno o más vicios determinantes de nulidad, quepa interponer alguno de los referidos recursos, tanto ordinarios como extraordinarios²⁸, en referido recurso se podrá hacer valer la impugnación basada en alguna o algunas de las causas de nulidad o anulabilidad y el órgano judicial, al resolver el recurso, deberá pronunciarse sobre tales impugnaciones (principio de prohibición del *non liquet*, art. 1.7 Cód. Civil, y art. 11.3 LOPJ).

4.2. Segunda vía: Declaración de oficio

La segunda vía la representa la declaración de oficio por parte del órgano judicial, previa audiencia de la partes, y siempre que no haya recaído sentencia definitiva (art. 240.2 LOPJ). En relación con esta vía es preciso decir que tras un periodo de vacilación, ya superado, en el cual incluso se llegó a interpretar el término *sentencia definitiva*, como equivalente a *sentencia definitivamente ejecutada* (así, Sentencias TC 110/1988, 211, 212 y 213 de 1989)²⁹, ha venido a ser interpretado por el T.C., como equivalente de *sentencia firme*³⁰.

²⁸ Así, por ejemplo: reposición, apelación, reforma, suplica, queja, casación, suplicación, etc., según órdenes jurisdiccionales.

²⁹ Sendas visiones y críticas, muy interesantes ambas, sobre la S. TC 110/1.988, se pueden leer en GÓMEZ LIAÑO GONZÁLEZ, “Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario a la S.TC 110/1.988”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1.989-1, págs. 905 y ss., y en GARNICA MARTÍN, J.F., “Nulidad de actuaciones después de sentencia firme”, en *Revista Justicia*, 1990, Tomo IV, págs. 897 y ss.

³⁰ En tal sentido se pronunció el Pleno del TC en la citada Sentencia 185/1990, y además en muchas otras en iguales o parecidos términos: Así STC 52/1.991, 10/1993; etc. En relación con el término *sentencia definitiva*, la Jurisprudencia constitucional ha pasado, fundamentalmente, por tres momentos o etapas, a

En definitiva, pues, podemos resumir diciendo que la declaración de oficio de nulidad de actuaciones judiciales exige la concurrencia de tres *requisitos*:

- a) Que no haya recaído aún Sentencia firme, en los términos que ya hemos comentado.
- b) Que se dé alguno o algunos de los supuestos de hecho del art. 238.3 LOPJ o del art. 240.1 LOPJ, es decir, que concurren los elementos sustantivos que hagan necesaria esa declaración de nulidad de actuaciones, y,
- c) Que se dé audiencia previa a las partes.

En cuanto al *trámite de esta declaración de oficio de nulidad de actuaciones*, el mismo no está expresamente desarrollado en la ley; pero, con fundamento en los principios generales del Derecho Procesal y atendiendo a la práctica forense más frecuente, podemos configurar y esquematizar referidos trámites del siguiente modo:

- 1) Detectado el posible vicio de nulidad (o anulabilidad) por el órgano judicial, o puesto de manifiesto el mismo por alguna de las partes, se dictará proveído³¹.
- 2) En referida resolución se expresarán con claridad los hechos determinantes del vicio de nulidad y su incardinación jurídica, poniéndose así de manifiesto a las partes, a las cuales se les concede la audiencia previa que preceptúa la ley, en esa misma resolución.
- 3) En relación con tal audiencia previa, la misma puede llevarse a cabo mediante la citación de las partes a una comparecencia, o bien otorgándoles un breve plazo, para que por escrito aleguen lo que a su derecho convenga, en relación con la cuestión de referencia³².

saber: a) hasta la S. TC 110/1988, en que tomaba como base la doctrina mayoritaria (GUASP, GÓMEZ ORBANEJA, GÓMEZ DE LIAÑO, etc..) que entendía por *sentencia definitiva* aquella que resuelve o da solución jurídica a las cuestiones objeto de debate, y contra la cual cabe interponer recurso ordinario o extraordinario (confr. art. 369 LEC), y por *sentencia firme* aquella contra la que no cabe recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario, sin perjuicio de que contra las sentencias firme se admitan determinados remedios procesales, como el mal llamado *recurso de revisión* -vid infra nota 37-, la audiencia al rebelde, etc.. (confr. art. 369 LEC y 245.3 LOPJ); pues bien, el TC, partiendo de esa diferenciación, en referida etapa, entendió que procedía declarar nulidad de actuaciones de oficio, hasta que existiera sentencia firme, pero respetando siempre la sentencia definitiva: ej., nulidad de notificación, etc.; b) la STC 110/1988, como es conocido, vino a interpretar la expresión *sentencia definitiva* como equivalente de *sentencia definitivamente ejecutada* -vid nota anterior-; c) finalmente, la Sentencia del Pleno del TC 185/1990, ya citada, vino a restablecer la interpretación que se hacía hasta la sentencia de 1988, comentada, es decir, recuperó la interpretación de la que hemos denominado primera etapa.

³¹ Que, entendemos, procede adoptar a través de la forma de propuesta de providencia, conforme al art. 290 y 245.1.a) LOPJ.

³² La praxis más frecuente es que tal audiencia se sustancie en trámite escrito; en cuanto al plazo que se concede a las partes para evacuarla suele ser variable, así, 3, 5, 10 días, etc., en función de la dificultad del caso, y de los dictados de la prudencia en cada supuesto.

- 4) Presentadas las alegaciones y/o transcurrido el plazo otorgado, o bien en la otra hipótesis, celebrada la comparecencia, se resolverá la cuestión mediante auto, pues así lo exige el art. 245.1. b) LOPJ³³.
- 5) Contra dicho auto podrán interponerse los recursos ordinarios que quepa interponer contra los autos en el procedimiento concreto en que se dicte el mismo³⁴.

4.3. Tercera vía: Demás medios que establezcan las leyes procesales. El recurso de amparo constitucional.

Finalmente, cabe denunciar, y en su caso, declarar, la nulidad de actuaciones, acudiendo a los demás medios que establezcan las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ). En relación con esta tercera y última vía para declarar actualmente nulidad de actuaciones judiciales, y conforme tiene declarado el TC, cuando contra las situaciones de indefensión jurisdiccional, causadas por esos vicios de nulidad, no estén previstos remedios procesales ante los Tribunales ordinarios, el único remedio, una vez haya recaído sentencia definitiva y firme, es acudir al *recurso de amparo constitucional*, cuyo carácter extraordinario y subsidiario predicado por el art. 53. 2 CE, ha declarado el propio T.C., que no se vulnera por el art. 240.2 LOPJ³⁵.

En relación con esos otros remedios procesales ante los Tribunales ordinarios - a que ya nos hemos referido-, la doctrina se encuentra dividida, existiendo incluso opiniones contradictorias³⁶; problemática sobre la que no nos detendremos, pues su análisis supera los límites del presente trabajo.

Nos interesa tan sólo llamar la atención sobre esta tercera vía, que viene a quedar reducida, en la mayoría de los supuestos, al recurso de amparo constitucional -salvo que proceda audiencia al rebelde, o el remedio del mal llamado *recurso de revisión*³⁷,

³³ Nótese que indicado precepto dice que las resoluciones judiciales adoptarán la forma de auto, entre otros supuestos, ... “cuando decidan sobre nulidad del procedimiento...”; tratando de un auto directo, sin que proceda ser dictado mediante propuesta del Secretario Judicial, pues se trata de uno de los supuestos excluidos de propuesta, conforme al *in fine* del art. 290 LOPJ.

³⁴ Cierta doctrina, entiende que ese auto es irrecurrible, así, a título de ejemplo, puede consultarse: GÓMEZ DE LIAÑO, “Nulidad de actuaciones y la Constitución”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1992-1, pág. 795.

³⁵ En tal sentido es clarificador el fundamento jurídico cuarto, en especial el *in fine* de la Sentencia T.C. 185/1.990, citada, en similar sentido: SSTC 52/1991; 130/1992; 131/1992; 196/1992; 221/1993; 315/1993; etc.

³⁶ Como significativos de tal exposición pueden consultarse: PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 20, año 1994, pág. 7, el cual sigue en su exposición a FERNÁNDEZ GALILEA, en la obra que referido autor cita en su nota 37. También puede consultarse: BENITO ALONSO, F. “La revocación de sentencias firmes recaídas en procesos viciados de nulidad”, en la *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3.432, de 11 de enero de 1994.

³⁷ Decimos mal llamado *recurso de revisión*, pues precisamente procede su interposición contra sentencias firmes, contra las cuales, por definición, no cabe recurso; por lo que es más adecuado llamarle de forma distinta a recurso, p.ej., *remedio procesal*, etc.; como se puede comprobar, el art. 245.3 LOPJ incurre en la imprecisión jurídica de referirse -si bien implícitamente- al remedio de la revisión, como un recurso.

etc.-; lo cual ha ocasionado una desnaturalización del recurso de amparo constitucional, puesta incluso de manifiesto por el Presidente del T.S. y del C.G.P.J., Excmo. Sr. Sala Sánchez, en el discurso pronunciado con ocasión de la solemne apertura del año judicial 1994/95³⁸, y que forzosamente ha de llevar a la búsqueda de soluciones superadoras de tal situación, entre las cuales se encuentra el desarrollo del art. 53.2 CE y otros que propone la doctrina³⁹.

5. Perspectivas de reforma

Como decimos, la previsión establecida en la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la LOPJ, en el sentido de desarrollar legislativamente el artículo 53.2 de la Constitución, no se ha llevado aún a cabo; en cambio, se ha vuelto a intentar la vía de la modificación del régimen de nulidad de actuaciones⁴⁰, tras sentencia firme, en el Proyecto de 1996, de reforma de la LOPJ⁴¹ se contiene en el artículo primero una propuesta de modificación del artículo 240 LOPJ, en el sentido de añadir dos apartados nuevos, el 3 y el 4, con el siguiente tenor:

“Artículo primero

En el artículo 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial se añaden los apartados 3 y 4 del siguiente tenor:

“3. No se admitirá el incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hubieran causado indefensión y que no haya sido posible denunciar antes de recaer

³⁸ SALA SÁNCHEZ, P. Discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1994/95, leído el 12 de septiembre de 1994, y versando sobre: *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales*.

³⁹ Al respecto interesa tener en cuenta la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la LOPJ, que dice... *“En el plazo de seis meses, a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de Ley de desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución Española”*; previsión legislativa que, a la fecha de hoy (marzo de 1997), habiendo transcurrido, con creces, el plazo previsto, no tenemos noticia de que haya sido llevada a cabo.

⁴⁰ Recuérdese que el proyecto de reforma de la LOPJ de 1994, que luego daría lugar a la citada Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, contenía un artículo undécimo en el cual se añadía un apartado 3 al artículo 240 LOPJ, modificación que, finalmente, no prosperó. Sobre la propuesta, pueden consultarse: PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 20, año 1.994 y LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, de 10 de febrero de 1994.

⁴¹ Se trata del Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 13-1, de 18 de septiembre de 1996. Actualmente este proyecto se encuentra en tramitación parlamentaria. Un primer comentario de esta propuesta de modificación puede verse en VERGE GRAU, J. “¿Un nuevo incidente de nulidad?”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 259, de 5 de septiembre de 1996.

sentencia no susceptible de ulterior recurso o resolución, igualmente irrecurrible, que ponga fin al proceso.

Será competente para conocer de este incidente el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la sentencia o la resolución firme o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión. El Juzgado o tribunal inadmitirá a trámite cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones.”

“4. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado tercero de este artículo, quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles y se dará traslado de dicho escrito a las demás partes, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde. Si la parte que pide la nulidad considerara necesaria la celebración de vista para la práctica de prueba relativa al vicio o defecto, lo solicitará así en el escrito, indicando con la posible precisión las pruebas de que pretende valerse.

En el plazo común de cinco días, las demás partes podrán evacuar el referido traslado y formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que estimen pertinentes.

Si el Juez o Tribunal estimase necesaria la vista, dispondrá que ésta se celebre en el plazo de diez días y, dentro del quinto día siguiente, dictará la resolución que proceda, que no será susceptible de recurso alguno.”

Estableciéndose, en la disposición transitoria primera, lo siguiente:

“Lo dispuesto por el artículo primero de esta Ley será también de aplicación a los procesos que hubiesen finalizado por resolución o sentencia irrecurrible dentro del mes anterior a la promulgación de la presente Ley. En tales casos, el plazo para solicitar la nulidad, establecido en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se contará a partir del día siguiente a dicha promulgación.”

Como ya hemos señalado este proyecto de ley se encuentra, en la fecha en que estas líneas se escriben, aún en tramitación parlamentaria; tan sólo lo dejamos apuntado, pues, su estudio en detalle excede con mucho el ámbito del presente; y, por su interés, merece, quizá, la atención en otro artículo independiente.

ANEXO IV

“El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al artículo 1 de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, publicado en *Revista Jurídica La Ley*, núms. 4597 y 4598, Madrid, 3 y 4 de agosto de 1998.

EL NUEVO INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES

Comentario al artículo 1º de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre,
de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Por:

JAIME DE LAMO RUBIO
Secretario Judicial

SUMARIO: 1. Planteamiento.- 2. La regulación de la nulidad de actuaciones judiciales hasta la Ley Orgánica 5/1997 de 4 de diciembre.- 3. Análisis crítico de la reforma en materia de nulidad de actuaciones. 3.1. Introducción. 3.2. Modificaciones en cuanto a la declaración de oficio de la nulidad de actuaciones. 3.3. Estudio sistemático del nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. 3.3.1. *Introducción*. 3.3.2. *Objeto*. 3.3.3. *Competencia*. 3.3.4. *Legitimación*. 3.3.5. *Plazo*. 3.3.6. *Tramitación*. 3.3.7. *Resolución*. 3.3.8. *Régimen de recursos*. 3.3.9. *Epílogo*.

1. Planteamiento

El Boletín Oficial del Estado del pasado día 5 de diciembre de 1997, publicó la *Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, y como afirma su *exposición de motivos* se modifica, fundamentalmente, “... la regulación de dos materias de muy distinta naturaleza, pero que coinciden en la necesidad de un cambio legal urgente. De un lado, un importante aspecto del tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones, que la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, innovó decisivamente con carácter general. Por otro lado, aquellas normas sobre situaciones administrativas del personal de la Administración de Justicia, en especial las del estatuto de los Jueces y Magistrados que se refieren al desempeño por éstos de cargos públicos de carácter político ajenos a la Administración de Justicia...”; junto a lo anterior, en referida Ley también se establece

“... un sistema de promoción de categoría para los Secretarios Judiciales similar al de los Jueces, así como la posibilidad de atender, en régimen de provisión temporal, Secretarías vacantes por haber quedado desierta la plaza convocada a concurso de traslado, o no ocuparla su titular por encontrarse en situación administrativa legalmente autorizada”; y se retocan otras cuestiones puntuales de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De todas esas materias nos ocuparemos de la reforma que se efectúa en relación con el *tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, que se contiene en el artículo 1º de la Ley ya citada, y que dice lo siguiente:

“Artículo primero.

Se modifica el apartado 2 del artículo 240 de la ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y se añaden al mismo los apartados 3 y 4 en los siguientes términos:

“2. Sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído sentencia definitiva o 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”

“3. No se admitirá el incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma, que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que éstas no sean susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida.

Será competente para conocer de este incidente el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la sentencia, la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último supuesto, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución. El Juzgado o Tribunal inadmitirá a trámite cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones.”

“4. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado 3 de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa 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.”

Estableciéndose, en la *disposición transitoria primera*, lo siguiente:

“Lo dispuesto por el artículo primero de esta Ley será también de aplicación a los procesos que hubiesen finalizado por resolución o sentencia irrecurrible dentro del mes anterior a la promulgación de la presente Ley. En tales casos, el plazo para solicitar la nulidad, establecido en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se contará a partir del día siguiente a dicha promulgación.”

En cuanto a la entrada en vigor de la Ley comentada, se establece en la disposición final que se producirá al día siguiente de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, y en consecuencia, se encuentra en vigor desde el día 6 de diciembre de 1997.

2. La regulación de la nulidad de actuaciones judiciales hasta la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre

Hasta la entrada en vigor de la Ley que comentamos, el régimen de la nulidad de actuaciones judiciales, que se regula en los artículos 238 y siguientes de la LOPJ, podía sintetizarse del siguiente modo: *a) las causas de nulidad de pleno derecho de los actos judiciales* se contemplan en el artículo 238 LOPJ; *b) los cauces o vías para hacer valer tales causas de nulidad* se regulan en el artículo 240 y en el 239, si bien este último tan sólo se refiere a la causa segunda del artículo 238 LOPJ (es decir, cuando los actos judiciales se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave); *c) el principio de conservación de los actos* en aquello en que no se les invalide, se regula en el artículo 242 LOPJ; *d) la subsanación de aquellos actos* que aun careciendo de los requisitos exigidos por la ley, no llegan a ser nulos de pleno derecho, se regula en el artículo 234 LOPJ; *e) la irregularidad de los actos realizados fuera del tiempo* establecido se regula en el artículo 241 LOPJ, de donde se infiere que esa extemporaneidad es una mera irregularidad no invalidante del acto, y sólo implicará su nulidad si así lo impusiera la naturaleza del término o plazo¹.

En cuanto al *aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones judiciales*, y centrado en el estudio de las vías o cauces a través de los cuales hacer valer y, en su caso, declarar la nulidad de actuaciones judiciales, se hace preciso partir del contenido del artículo 240 LOPJ, con anterioridad a la reforma comentada, que establecía:

Art. 240 LOPJ

“1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.

¹ LAMO RUBIO, J. de., “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, de 10 de febrero de 1994.

2. Sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá, de oficio antes de que hubiere recaído sentencia definitiva, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular”.

Artículo que ha de ser matizado con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que sobre la materia se ha producido; significando que en dicha jurisprudencia y en lo que se refiere a *este aspecto procedimental* la tendencia es a equiparar los denominados motivos de anulabilidad (art. 240.1) con las causas estrictas de nulidad de pleno derecho (art. 238); y por tanto, partiendo de la Sentencia TC 185/1990, de 15 de noviembre, resolviendo *autocuestión de inconstitucionalidad* núm. 91/1990, en relación con el art. 240.2 LOPJ [BOE de 3 de diciembre de 1.990], podemos decir² que para hacer valer y, en su caso, declarar la nulidad de pleno derecho y los defectos de forma de los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, y siempre que no proceda la subsanación³, existen **tres vías o cauces**, a saber:

A) Primera vía: Los recursos legalmente previstos.- Es decir, la primera vía se articula a través de la interposición de los recursos previstos en las leyes procesales (art. 240.1); esto significa que cuando contra la resolución correspondiente, en la que se entiende que se ha incurrido en uno o más vicios determinantes de nulidad, quepa interponer alguno de los referidos recursos, tanto ordinarios como extraordinarios⁴, en referido recurso se podrá hacer valer la impugnación basada en alguna o algunas de las causas de nulidad o anulabilidad y el órgano judicial, al resolver el recurso, deberá pronunciarse sobre tales impugnaciones [principio de prohibición del *non liquet* (art. 1.7 Cód. Civil, y art. 11.3 LOPJ)].

B) Segunda vía: Declaración de oficio.- La segunda vía la representa la declaración de oficio por parte del órgano judicial, previa audiencia de las partes, y siempre que no

² LAMO RUBIO, J. de., “Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales”, publicación de separata en *Revista de los Tribunales de Castilla-La Mancha*, abril, 1997. Como cierre del sistema hasta la entrada en vigor de la reforma que ahora comentamos, en nuestro ordenamiento jurídico se encontraba proscrito el incidente autónomo de nulidad de actuaciones, que ya fue suprimido de nuestro ordenamiento procesal civil mediante la nueva redacción dada al párrafo segundo del artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), por Ley 34/1984, de 6 de agosto, y siendo tal proscripción asumida por la regulación de carácter general aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales contenida en los artículos 238 a 243 LOPJ, ya citados.

³ Al respecto, el prof. BONET NAVARRO, tras analizar la jurisprudencia del TC sobre la materia, afirma lo siguiente: 1º) Los Tribunales deben responder resolviendo siempre sobre las pretensiones que se les formulen (art. 24.1 CE y 11.3 LOPJ); 2º) la desestimación de una pretensión por motivos formales sólo puede darse cuando un acto procesal adolezca de un defecto insubsanable (art. 11.3 LOPJ); 3º) si concurre un defecto subsanable en un acto, debe darse la oportunidad de subsanarlo (art. 243 LOPJ) para que sea eficaz; 4º) sólo será ineficaz un acto cuando tenga un defecto insubsanable (art. 238 y 240 LOPJ), o que siendo subsanable, no se haya subsanado en el plazo concedido (art. 11.3 LOPJ), llevando consigo la declaración de nulidad de todas las actuaciones o de alguna de ellas (BONET NAVARRO, A. “Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil”, en *Cuadernos de Derecho Judicial sobre La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 361 y ss.)

⁴ Así, por ejemplo: reposición, apelación, reforma, suplica, queja, casación, suplicación, etcétera, según órdenes jurisdiccionales.

haya recaído sentencia definitiva (art. 240.2 LOPJ). En relación con esta vía es preciso decir que tras un periodo de vacilación, ya superado, en el cual incluso se llegó a interpretar el término *sentencia definitiva*, como equivalente a *sentencia definitivamente ejecutada* (así, Sentencias TC 110/1988, 211, 212 y 213 de 1989)⁵, ha venido a ser interpretado por el TC, como equivalente de *sentencia firme*⁶. En definitiva, pues, podemos resumir diciendo que la declaración de oficio de nulidad de actuaciones judiciales exige la concurrencia de tres *requisitos*: a) que no haya recaído aún Sentencia firme, en los términos que ya hemos comentado; b) que se dé alguno o algunos de los supuestos de hecho del art. 238.3 LOPJ o del art. 240.1 LOPJ, es decir, que concurren los elementos sustantivos que hagan necesaria esa declaración de nulidad de actuaciones, y, c) que se dé audiencia previa a las partes.

En cuanto al *trámite de esta declaración de oficio de nulidad de actuaciones*, el mismo no está expresamente desarrollado en la ley; pero, con fundamento en los principios generales del Derecho Procesal y atendiendo a la práctica forense más frecuente, podemos configurar y esquematizar referidos trámites del siguiente modo: 1º) detectado el posible vicio de nulidad (o anulabilidad) por el órgano judicial, o puesto de manifiesto el mismo por alguna de las partes, se dictará proveído⁷ al efecto; 2º) en referida resolución se expresarán con claridad los hechos determinantes del vicio de nulidad y su incardinación jurídica, poniéndose así de manifiesto a las partes, a las cuales se les concede la audiencia previa que preceptúa la ley, en esa misma resolución; 3º) en relación con tal audiencia previa, la misma puede llevarse a cabo mediante la citación de las partes a una comparecencia, o bien otorgándoles un breve plazo, para que por escrito aleguen lo que a su derecho convenga, en relación con la cuestión de referencia⁸; 4º) presentadas las alegaciones y/o transcurrido el plazo otorgado, o bien en

⁵ Sendas visiones y críticas, sobre la STC 110/1.988, se pueden leer en GÓMEZ LIAÑO GONZÁLEZ, “Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario a la STC 110/1988”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1989-1, págs. 905 y ss., y en GARNICA MARTÍN, J.F., “Nulidad de actuaciones después de sentencia firme”, en *Revista Justicia*, 1990, Tomo IV, págs. 897 y ss.

⁶ En tal sentido se pronunció el Pleno del TC en la citada Sentencia 185/1990, y además en muchas otras en iguales o parecidos términos: Así STC 52/1991, 10/1993; etc. En relación con el término *sentencia definitiva*, la Jurisprudencia constitucional ha pasado, fundamentalmente, por tres momentos o etapas, a saber: a) hasta la S. TC 110/1.988, en que tomaba como base la doctrina mayoritaria (GUASP, GÓMEZ ORBANEJA, GÓMEZ DE LIAÑO, etc..) que entendía por *sentencia definitiva* aquella que resuelve o da solución jurídica a las cuestiones objeto de debate, y contra la cual cabe interponer recurso ordinario o extraordinario (confr. art. 369 LEC), y por *sentencia firme* aquella contra la que no cabe recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario, sin perjuicio de que contra las sentencias firme se admitan determinados remedios procesales, como el mal llamado *recurso de revisión* -vid infra nota 37-, la audiencia al rebelde, etc.. (confr. art. 369 LEC y 245.3 LOPJ); pues bien, el TC, partiendo de esa diferenciación, en referida etapa, entendió que procedía declarar nulidad de actuaciones de oficio, hasta que existiera sentencia firme, pero respetando siempre la *sentencia definitiva*: ej., nulidad de notificación, etc.; b) la STC 110/1988, como es conocido, vino a interpretar la expresión *sentencia definitiva* como equivalente de *sentencia definitivamente ejecutada* -vid nota anterior-; c) finalmente, la Sentencia del Pleno del TC 185/1990, ya citada, vino a restablecer la interpretación que se hacía hasta la sentencia de 1.988, comentada, es decir, recuperó la interpretación de la que hemos denominado primera etapa.

⁷ Que, entendemos, procede adoptar a través de la forma de propuesta de providencia, conforme al art. 290 y 245.1.a) LOPJ.

⁸ La praxis más frecuente es que tal audiencia se sustancie en trámite escrito; en cuanto al plazo que se concede a las partes para evacuarla suele ser variable, así, 3, 5, 10 días, etc., en función de la dificultad del caso, y de los dictados de la prudencia en cada supuesto.

la otra hipótesis, celebrada la comparecencia, se resolverá la cuestión mediante auto, pues así lo exige el art. 245.1. b) LOPJ⁹; 5º) contra dicho auto podrán interponerse los recursos ordinarios que quepa interponer contra los autos en el procedimiento concreto en que se dicte el mismo¹⁰.

C) Tercera vía: Demás medios que establezcan las leyes procesales. El recurso de amparo constitucional.- Finalmente, cabe denunciar, y en su caso, declarar, la nulidad de actuaciones, acudiendo a los demás medios que establezcan las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ). En relación con esta tercera vía para declarar actualmente nulidad de actuaciones judiciales, y conforme tiene declarado el TC, cuando contra las situaciones de indefensión jurisdiccional, causadas por esos vicios de nulidad, no estén previstos remedios procesales ante los Tribunales ordinarios, el único remedio, una vez haya recaído sentencia definitiva y firme, es acudir al *recurso de amparo constitucional*, cuyo carácter extraordinario y subsidiario predicado por el art. 53. 2 CE, ha declarado el propio T.C., que no se vulnera por el art. 240.2 LOPJ¹¹. En relación con esos otros remedios procesales ante los Tribunales ordinarios - a que ya nos hemos referido-, la doctrina se encuentra dividida, existiendo incluso opiniones contradictorias¹²; problemática sobre la que no nos detendremos, pues su análisis supera los límites del presente trabajo. Nos interesa tan sólo llamar la atención sobre esta tercera vía, que viene a quedar reducida, en la mayoría de los supuestos, al recurso de amparo constitucional -salvo que proceda audiencia al rebelde, o el remedio del mal llamado *recurso de revisión*¹³, etcétera.-; lo cual ha ocasionado una desnaturalización del recurso de amparo constitucional, puesta incluso de manifiesto por el entonces Presidente del TS y del CGPJ, Excmo. Sr. Sala Sánchez, en el discurso pronunciado con ocasión de la solemne apertura del año judicial 1.994/95¹⁴, y que forzosamente ha de llevar a la

⁹ Nótese que indicado precepto dice que las resoluciones judiciales adoptarán la forma de auto, entre otros supuestos, “cuando decidan sobre nulidad del procedimiento...”; tratando de un auto directo, sin que proceda ser dictado mediante propuesta del Secretario Judicial, pues se trata de uno de los supuestos excluidos de propuesta, conforme al *in fine* del art. 290 LOPJ.

¹⁰ Cierta doctrina entiende que ese auto es irrecurrible, así, a título de ejemplo, puede consultarse: GÓMEZ DE LIAÑO, “Nulidad de actuaciones y la Constitución”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1992-1, pág. 795.

¹¹ En tal sentido es clarificador el fundamento jurídico cuarto, en especial el *in fine* de la Sentencia TC 185/1.990, citada, en similar sentido: SSTC 52/1991; 130/1992, 131/1992; 196/1992; 221/1993; 315/1993; etcétera.

¹² Como significativos de tal exposición pueden consultarse: PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, año 1994, pág. 7, el cual sigue en su exposición a FERNÁNDEZ GALILEA, en la obra que referido autor cita en su nota 37. También puede consultarse: BENITO ALONSO, F. “La revocación de sentencias firmes recaídas en procesos viciados de nulidad”, en la *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3.432, de 11 de enero de 1994.

¹³ Decimos mal llamado *recurso de revisión*, pues precisamente procede su interposición contra sentencias firmes, contra las cuales, por definición, no cabe recurso; por lo que es más adecuado llamarle de forma distinta a recurso, p.ej., *remedio procesal*, etc.; como se puede comprobar, el art. 245.3 LOPJ incurre en la imprecisión jurídica de referirse -si bien implícitamente- al remedio de la revisión, como un recurso.

¹⁴ SALA SÁNCHEZ, P. Discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1.994/95, leído el 12 de septiembre de 1994, y versando sobre: *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales*.

búsqueda de soluciones superadoras de tal situación, entre las cuales se encuentra el desarrollo del art. 53.2 CE y otros que propone la doctrina¹⁵.

3. Análisis crítico de la reforma en materia de nulidad de actuaciones

3.1. Introducción

Justifica la *exposición de motivos* de la Ley comentada la reforma que aborda en materia de nulidad de actuaciones judiciales, por “...los problemas planteados¹⁶, las sucesivas posturas del Tribunal Constitucional 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 Tribunal Constitucional, aconsejan vivamente ofrecer aquí solución inmediata al perturbador estado de cosas actual...”, resultando “... apremiante superar la indeseable situación, muchas veces repetida, resultante del tenor literal del apartado 2 del artículo 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en virtud del cual no existe cauce para declarar la nulidad de actuaciones por vicio procesal una vez “hubiere recaído sentencia definitiva”..”. Y a tales efectos, “...la Ley opta por establecer un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible...”. Como ya tuvimos ocasión de afirmar¹⁷, “...lo que se pretende es resucitar el incidente de nulidad de actuaciones, con carácter excepcional y arbitrarle como cuarta vía para aquellos supuestos en que las partes carecen de todo otro tipo de recursos para hacer valer la nulidad de actuaciones, y siempre y cuanto se cumplan los requisitos...” que establece el artículo que comentamos. En esencia, la reforma de 1997 de la LOPJ, en cuanto a la nulidad de actuaciones judiciales se refiere, afecta fundamentalmente al que hemos denominado aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones, en dos cuestiones, a saber: a) se retoca el régimen de la denominada declaración de oficio

¹⁵ Al respecto interesa tener en cuenta la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 16/1.994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la LOPJ, que dice... “*En el plazo de seis meses, a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de Ley de desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución Española*”; previsión legislativa que, a la fecha en que estas líneas se escriben (diciembre de 1997), habiendo transcurrido, con creces, el plazo previsto, no tenemos noticia de que haya sido llevada a cabo; si bien, la exposición de motivos de la Ley ahora comentada afirma que “...con esta reforma, queda planteada en términos más razonables la cuestión del desarrollo legal del apartado 2 del artículo 53 de la Constitución, acerca de la tutela judicial ordinaria, por cauces preferentes y sumarios de los derechos fundamentales..”.

¹⁶ El texto publicado en el BOE de 5 de diciembre dice liberalmente “plantados”, lo que entendemos se trata de una mera errata y quiere decirse “planteados”.

¹⁷ LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, de 10 de febrero de 1994, citado, en el que se comentaba el proyecto de reforma de la LOPJ de 1994, que luego daría lugar a la citada Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, que contenía un artículo undécimo en el cual se añadía un apartado 3 al artículo 240 LOPJ, modificación que, finalmente, no prosperó; pues es de ver, que la reforma que ahora se comenta trae su última causa del proyecto de reforma de la LOPJ que se analizó en aquel trabajo; sobre indicado Proyecto también puede consultarse el trabajo de PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 20, año 1994.

(segunda vía); y, b) se crea una cuarta vía de declaración de nulidad de actuaciones judiciales: el incidente previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ.

3.2. Modificaciones en cuanto a la declaración de oficio de la nulidad de actuaciones

La reforma comentada contiene unas ligeras innovaciones en relación con la que hemos denominado segunda vía o cauce a través del cual declarar la nulidad de actuaciones judiciales, que se preveía en el apartado 2 del artículo 240 LOPJ y que, tras la nueva redacción que se da al mismo en la comentada Ley, pueden sintetizarse indicadas modificaciones del siguiente modo:

a) Se establece expresamente la posibilidad de que el mini-procedimiento de declaración de oficio de la nulidad de actuaciones pueda ser iniciado “ ..a instancia de parte...”, modificación que parece positiva por cuanto viene a aclarar un aspecto que ofrecía dudas interpretativas en esa modalidad de declaración de la nulidad, de forma que las praxis existentes eran diversas, y así unos órganos jurisdiccionales entendían que no era posible que tal nulidad de actuaciones fuera excitada por las partes, y otros, en cambio, admitían que la misma fuera instada por alguna de las partes, con la reforma queda claro que las partes tienen capacidad de postulación a efectos incoatorios de ese mini-procedimiento de declaración de nulidad de actuaciones; y por tanto, la denominación del mismo como de “declaración de oficio” pierde parte de su virtualidad. En todo caso, por parte, en el sentido que se refiere el nuevo apartado 2 del artículo 240 LOPJ ha de entenderse tan sólo las partes en sentido técnico procesal.

b) De otra parte, manteniéndose el límite temporal en la que se continúa denominando *sentencia definitiva*¹⁸, se añaden las resoluciones de análogo eficacia, por cuanto se agrega la expresión “.. o resolución que ponga fin al proceso...”, de modo que también con esta modificación se viene a recoger una praxis que se derivaba de la misma configuración de la norma precedente, por cuanto se venía entendiendo que ese límite temporal era de aplicación tanto para las sentencias como para otras resoluciones con similar eficacia.

En resumen, con la nueva redacción del artículo 240.2 LOPJ parece más acertado considerar esa vía, no como una declaración de oficio de la nulidad de actuaciones, sino como una posibilidad de denunciar y, en su caso, declarar la nulidad de actuaciones judiciales, hasta que hubiere recaído sentencia definitiva, entendida conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional, o resolución de análoga eficacia, como ya hemos indicado; de modo que ahora, la *nota característica de esta vía* o cauce procedimental (la denominada *segunda vía*) no la constituye la forma en que se puede acceder a la misma, sino *el límite temporal-procesal que se señala* para poder acudir a referido mini-procedimiento de declaración de nulidad de actuaciones judiciales.

¹⁸ Sobre el concepto de sentencia definitiva y su interpretación por parte del Tribunal constitucional a efectos del precepto comentado, puede consultarse una nota anterior, de este mismo trabajo; en todo caso, es preciso indicar que el TC viene diferenciando los conceptos clásicos de sentencia definitiva y sentencia firme, y entiende que procede aplicar este precepto hasta que exista sentencia firme, pero respetando siempre la sentencia definitiva.

3.3. Estudio sistemático del nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales

3.3.1. Introducción

El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales viene a configurarse como una *cuarta vía* de declaración de tales vicios de nulidad, y se regula en los nuevos apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ; como ya hemos indicado, trae su última causa de la propuesta de introducción del artículo 240.3 LOPJ que se incluyó en el proyecto de la reforma de 1994 de la LOPJ, si bien, ese apartado 3 del artículo 240 que se pretendía introducir en aquella ocasión no fue, finalmente, aprobado por el Parlamento, en la que resulto ser la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre; ahora, en la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, se introducen esos dos nuevos apartados (el 3 y el 4) en el artículo 240 LOPJ, instaurando así *un nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales*, que pretende diferenciarse de las demás vías de acceso a la nulidad de actuaciones, en la existencia de sentencia o resolución de análoga eficacia contra las que no procedan ulteriores recursos, así como en determinados vicios de nulidad anteriores o coetáneos a indicada resolución, detectados con posterioridad a la firmeza de la misma.

En términos generales es preciso indicar que el incidente ahora considerado se configura con carácter restrictivo, lo cual se infiere tanto porque el propio texto del nuevo artículo 240.3 LOPJ expresamente dice que “..excepcionalmente... podrán...”, como por la limitación de los supuestos de hecho que son susceptibles de ventilarse en el analizado incidente, así como porque el mismo comentado artículo insiste en que “...el Juzgado o Tribunal inadmitirá a trámite cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones...”, en expresión que habrá de entenderse referida a posibles incidentes solicitando nulidad de actuaciones que no encajen perfectamente en la delimitación que efectúa el nuevo incidente¹⁹. Carácter restrictivo que se apuntala con la lectura de la exposición de motivos de la ley comentada, cuando dice que “...la Ley opta por establecer un sencillo incidente para tratar *exclusivamente* los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible...”.

3.3.2. Objeto

De todas los posibles supuestos de nulidad de actuaciones judiciales, tan sólo es posible sustanciar a través del nuevo incidente los dos siguientes: a) aquellos que se fundamenten en “ defectos de forma, que hubieran causado indefensión...”; y, b) aquellos que se funden en la incongruencia del fallo de la sentencia o resolución irrecurrible.

En relación con los *defectos de forma causantes de nulidad de actuaciones judiciales*, se exigen los siguientes requisitos para acudir a este cauce procesal, a saber:

¹⁹ Pues, naturalmente, nada impide que se admitan incidentes de otro índole, siempre que aparezcan previstos en la ley que venga en aplicación en cada caso.

a) que hayan causado indefensión²⁰; b) que no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso; y, c) que la sentencia, o en su caso, resolución que pongan término al proceso, “..no sean susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida..” En líneas generales nos parece acertada la configuración de este supuesto de hecho habilitante del nuevo incidente de nulidad de actuaciones; pero hemos de afirmar que continúan vigentes las objeciones que ya efectuáramos en su momento, en relación con el anterior intento de reforma del régimen de declaración de la nulidad de actuaciones²¹, por cuanto con la expresión “.. no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso..”, se introduce una limitación temporal que conduce a tener que entender que se está refiriendo tan sólo a los procesos declarativos (o según otros sectores doctrinales fase declarativa del proceso), y por tanto, siguen vigentes los interrogantes que nos hacíamos en aquella otra ocasión, pues, ¿ qué tratamiento ha de darse a aquellos supuestos de hecho que sean encuadrables en el objeto definido, pero que sucedan una vez exista sentencia firme o se está ejecutando, es decir, nos encontramos en el proceso de ejecución (o fase de ejecución, según otros sectores doctrinales), y los posibles defectos de forma que han causado indefensión no afectan a la sentencia o resolución firme, que puso término al proceso declarativo?. ¿ Podrá en estos casos admitirse este excepcional incidente, o bien deberá ser inadmitido y remitir a las partes a la procelosa vía del recurso de amparo...?. Es esta una cuestión bastante trascendental, pues son frecuentes los supuestos de nulidad de actuaciones que se plantean en el proceso de ejecución²² (o fase de ejecución de sentencia) por hechos posteriores al momento de la firmeza de la sentencia y que no afectan al principio de inmodificabilidad de las sentencias, y para los cuales no procediendo alguno de los recursos articulados por las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ), debería acudir²³, en principio, al recurso de

²⁰ Sobre el concepto de indefensión, a efectos de nulidad de actuaciones, puede consultarse, entre otros: BORRAJO INIESTA, I., “La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *Principios constitucionales en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 269 y ss.; GUILLO SÁNCHEZ- GALIANO, A., “La nulidad de actuaciones en el proceso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *Actualidad Administrativa*, 1992-3, pág. 360 y ss.; LAMO RUBIO, J. de., “Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales”, publicación de separata en *Revista de los Tribunales de Castilla-La Mancha*, abril, 1997; MARTÍN DE LA LEONA, J.M., “Nulidad de actuaciones. Principios informadores y clasificación”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *Nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 24 y ss.; etcétera.

²¹ LAMO RUBIO, J. de., “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, op. cit.

²² Un interesante estudio sobre un importante aspecto de esa nulidad de actuaciones en ejecución de sentencia, puede consultarse en: ROBLEDO VILLAR, A., “Sobre la nulidad de actuaciones en el apremio de bienes inmuebles por práctica defectuosa de actos de comunicación”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1997-1, pág. 2035 y ss.

²³ LAMO RUBIO, J. de., “Nulidad de actuaciones y ejecución de sentencia”, ponencia inédita, expuesta en el curso sobre *Fe Pública y Nulidad de actuaciones*, organizado por el Servicio de Formación de la Secretaría General de Justicia, y que tuvo lugar en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, durante los días 12 al 14 de diciembre de 1994, en Madrid; en aquella ponencia analizábamos en profundidad estas cuestiones; a la vista de la jurisprudencia allí expuesta, tanto del TC como del TS, podemos llegar a las siguientes conclusiones: A) Se aprecia una tendencia evolutiva en la Jurisprudencia del TC, que pretende flexibilizar la aparentemente encorsetada interpretación que se verificó en la Sentencia 185/1990; flexibilización que nos parece muy adecuada y que supone un esfuerzo en esa reinterpretación del Ordenamiento Jurídico a la que el propio TC animó a los operadores jurídicos en indicada Sentencia. B) Quizá sea preciso añadir que esa flexibilización parte del discernimiento entre aquellos supuestos de nulidad de actuaciones que afectan de forma directa a la Sentencia y aquellos otros supuestos que afectan de forma directa a otra clase de resoluciones distintas a Sentencia, sin resultar éstas

amparo, como ya se ha indicado, pues no tienen tampoco cabida en el nuevo incidente de nulidad de actuaciones que ahora estrenamos²⁴.

El otro supuesto susceptible de ventilarse a través del nuevo incidente lo constituye la *nulidad de actuaciones fundada “..en la incongruencia del fallo..”*, que naturalmente exige que la sentencia o resolución tachada de incongruencia “..no sean susceptibles de recurso..”, pues en caso de proceder alguno, deberá hacerse valer tal vicio a través del recurso correspondiente; y, naturalmente, este cauce no procederá cuando tal incongruencia del fallo sea susceptible de ser reparada a través de cualquier otro remedio procesal, señaladamente mediante la denominada *aclaración de sentencias*, que se regula en el artículo 267 LOPJ. En los demás casos procederá acudir al incidente ahora analizado si se dan, además, los demás requisitos que iremos exponiendo. En cuanto al concepto de incongruencia del fallo, ha de estarse a los respectivos órdenes jurisdiccionales, y en sede de los mismos partir de los respectivos conceptos de congruencia²⁵ de sentencias y demás resoluciones judiciales.

3.3.3. Competencia

Se atribuye la competencia para conocer del nuevo incidente de nulidad de actuaciones al “...mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza...”, en redacción similar a la del proyecto de 1994, por lo que entendemos vigentes las objeciones ya efectuadas en aquella ocasión, y así, se suscita la duda, p. ej., en el caso de que la sentencia o resolución de que se trate sea dictada por la Audiencia Provincial y la causa de nulidad (sobre todo en caso de defectos de forma causantes de indefensión) se ha producido ante el órgano judicial *a quo* (JPI, JI, JP, etcétera), pero no ha podido ser advertida hasta después de que esa sentencia haya ganado firmeza, y se trata de aquellos procesos en los cuales la sentencia de la Audiencia es firme por ministerio de ley, en cuyo caso, ¿qué órgano judicial es el competente²⁶ para tramitar y resolver el incidente de nulidad de actuaciones?. Si nos

afectadas; discriminación que es muy importante, y además adecuada a la diferente consideración que el ordenamiento jurídico confiere a esas dos grandes categorías de resoluciones judiciales. C) Y además, esta tendencia jurisprudencial nos puede ofrecer determinadas claves, e incluso soluciones, para afrontar aquellos supuestos de nulidad de actuaciones que, presentados en ejecución de sentencia, para nada afectan a la sentencia, preservando en todo caso el principio de inmodificabilidad de oficio de las sentencias una vez firmadas. Entendemos, pues, que esta Jurisprudencia ofrece al intérprete múltiples vías de solución del, a veces, acuciante problema de la nulidad de actuaciones, sobre todo de oficio. D) Pero en todo caso, lo deseable sería que se clarificará la situación legislativa sobre la materia, sin que todas las soluciones necesarias de esta clase de problemas pasen, precisamente, por el pretendido desarrollo del art. 53.2 de la Constitución.

²⁴ Hubiera sido esta reforma una buena ocasión para dar también adecuada solución a esa rica problemática que plantean las *nulidades de actuaciones en ejecución de sentencia y por hechos posteriores a la firmeza de la sentencia*. Entendemos que, con la reforma analizada, sigue sin darse respuesta adecuada a esa cuestión. ¿Tendremos que esperar a que algún día se instaure una *quinta vía*...?

²⁵ Así, no es preciso recordar que no es equivalente el concepto de congruencia existente en el aspecto penal del proceso penal, que en el aspecto civil dentro de esa misma clase de procesos; y que en los órdenes civil, contencioso-administrativo, etcétera, existen las respectivas matizaciones al principio de congruencia de las resoluciones.

²⁶ Se plantea la duda entre sí puede ser la Audiencia Provincial, que es la que ha dictado la sentencia firme, o bien el órgano judicial *a quo*, que ha sido ante el que se ha originado el “defecto de forma que ha

atenemos al tenor literal del precepto comentado (art. 240.3 LOPJ) hemos de concluir que será competente la Audiencia Provincial, pues es el órgano judicial que ha dictado la sentencia firme; solución que no es muy satisfactoria, dado que si la sentencia hubiera ganado firmeza por ser consentida por las partes, al no haberse recurrido, la competencia para conocer del mismo hecho sería del órgano judicial que dictó en primera instancia la sentencia (el órgano judicial *a quo*); como ya tuvimos ocasión de manifestar, no parece razonable que una misma clase de asuntos, sobre todo del tipo de los que estamos tratando, que son cuestiones de orden público, es decir, de *ius cogens*, pueda estar atribuido su conocimiento a una u otra clase de órgano judicial, a voluntad indirecta de las partes²⁷.

3.3.4. Legitimación

En cuanto a la legitimación activa, se establece que el incidente ahora analizado podrá instarse por “parte legítima”, y al respecto se suscita la cuestión acerca de qué hemos de entender por tal parte legítima; es decir, sobre si tal expresión se está tan sólo refiriendo a las partes en sentido técnico procesal, o también comprende a los terceros a los que pueda afectar la nulidad que se pretende. A similitud de lo que ya decíamos con ocasión del proyecto de 1994, deberá estarse al caso concreto para dar respuesta a esta cuestión, si bien entendíamos y continuamos ahora haciéndolo que nada impide, en principio, que pueda instar este incidente alguien que aparentemente sea un tercero al proceso, pues, en el momento en el que lo insta no es parte en sentido formal, pero que plantee dicho incidente, precisamente, porque entienda que debe ser parte en el concreto proceso de que se trate y al que no ha sido llamado en forma; si bien, en todo caso, hemos de insistir que la admisión de terceros ha de ser restrictiva y analizarse caso a caso.

En cuanto a la legitimación pasiva nada se dice en el precepto analizado, pero ha de entenderse que pasivamente están legitimados el resto de partes del concreto proceso en que se pretenda hacer valer esa posible nulidad de actuaciones.

3.3.5. Plazo

Establece el segundo inciso del segundo párrafo del apartado 3 del artículo 240 LOPJ que “...el plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la sentencia, la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión...”; como ya afirmamos en relación con el proyecto de reforma de 1994, parece prudente el establecimiento del plazo de veinte días²⁸, que han de entenderse procesales, es decir hábiles; y también poníamos de manifiesto que el segundo de los criterios de computo, es decir, el que se establece en relación con la fecha en que la parte legítima tuvo conocimiento del defecto de forma causante de indefensión, podía suscitar problemas de prueba de tal conocimiento; ahora, en el texto

producido indefensión.” (LAMO RUBIO, J., de “El resurgir del incidente...”, op. cit.). Naturalmente, el ejemplo puede también trasladarse a la intervención de otras clases de órganos jurisdiccionales.

²⁷ LAMO RUBIO, J., de “El resurgir del incidente...”, op. cit.

²⁸ Plazo que parece tomado, miméticamente del existente para interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (confr. art. 44 LOTC).

que comentamos, se establece una prevención en evitación de esos problemas, y entendemos que también para ofrecer más seguridad jurídica²⁹ a las sentencias y demás resoluciones susceptibles de cuestionarse a través del nuevo incidente de nulidad, por cuanto se establece que en esos supuestos -es decir, cuando se pretenda computar el plazo desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión-, en ningún caso puede "...solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución..."; se trata de un límite de carácter temporal absoluto que pretende poner coto a posibles situaciones indeseadas de "debilitamiento" de la firmeza de determinadas sentencias y resoluciones de análoga eficacia.

En relación con el cómputo del plazo se establece, en la disposición transitoria primera de la Ley comentada, una norma específica de carácter intertemporal, para aquellos procesos que hubiesen finalizado por resolución o sentencia irrecurrible dentro del mes anterior a la promulgación de la citada Ley, en cuyo caso, "...el plazo para solicitar la nulidad, establecido en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se contará a partir del día siguiente a dicha promulgación."

3.3.6. Tramitación

En el proyecto de 1994 nada se establecía en relación con la tramitación a dar al incidente que entonces se pretendía establecer; ante lo cual se suscitaba, precisamente, la duda acerca de cuál sería el trámite a seguir³⁰; en cambio en el nuevo incidente de nulidad introducido en la reforma de 1997 se dedica, precisamente, el apartado 4 del nuevo artículo 240 LOPJ a regular, sucintamente, tal aspecto.

La petición de nulidad que se pretenda sustanciar por el nuevo incidente deberá formularse mediante escrito, pues así lo establece expresamente en el apartado 3 del artículo 240 LOPJ, cuando dice que las partes legítimas "...podrán pedir por escrito...", y

²⁹ En estos supuestos y en relación con la proyectada reforma de 1994, PÉREZ-CRUZ MARTÍN se pronunció a favor del establecimiento de "...un plazo de prescripción (a semejanza del establecido en el art. 1800 LEC) a partir de la fecha de la notificación de la sentencia que impidiera prolongar "*sine die*" la incertidumbre frente a cualquier resolución firme.." (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. "Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ", en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, año 1.994, pág. 12). En similar sentido, VERGE GRAU comentando el proyecto de Ley que ha dado lugar a la Ley Orgánica ahora comentada, en el cual no se contenía la previsión de ese límite absoluto de los cinco años desde la notificación de la sentencia, afirmaba que "... si se concede el incidente de nulidad después de sentencia firme, que puede presentarse en el plazo de veinte días desde que la parte "*tuvo conocimiento del defecto*", se va a permitir, tanto a las partes personadas como a los ausentes (involuntarios o rebeldes) mantener, indefinidamente, la precariedad de una sentencia firme, perpetuando *la inseguridad jurídica ad libitum*..." (VERGE GRAU, J., "¿ Un nuevo incidente de nulidad?, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 259, 5 de septiembre de 1996).

³⁰ Así, nosotros nos inclinábamos por entender que la tramitación a dar sería la de los incidentes de la LEC (LAMO RUBIO, J. de, "El resurgir del incidente....", op. cit.); para PÉREZ-CRUZ MARTÍN la tramitación podría "...acomodarse a un procedimiento declarativo abreviado, muy parecido al actual verbal..." (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. "Comentario al artículo undécimo del proyecto.." op. cit., pág. 13). Ahora, en el texto aprobado en la reforma de 1997 se evita esa indeseada indeterminación, al fijar expresamente un trámite a seguir.

también se refiere al mismo el apartado 4 del mismo artículo; a dicho escrito pueden acompañarse los documentos que se estimen conducentes a acreditar lo que se alegue (“..para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde..”, dice el apartado 4 del artículo 240 LOPJ), y copia para las restantes partes, tanto del escrito como de los documentos.

Presentado el escrito y, en su caso, documentos acompañatorios, así como copias de todo ello, pidiendo la nulidad de actuaciones en alguna de las modalidades objeto del incidente analizado, el órgano judicial competente procederá a decidir sobre si admite o no a trámite tal pretensión; al respecto, pueden darse varias hipótesis:

a) En el supuesto de que no se trate de un supuesto de nulidad de actuaciones de los que dan entrada a este incidente, o bien que haya transcurrido el plazo para solicitar la incoación del mismo, procederá inadmitir a trámite el escrito, pues así se deriva tanto del *in fine* del artículo 240.3 LOPJ, como del carácter restrictivo del nuevo incidente de nulidad. Nada se dice sobre la forma que ha de adoptar tal decisión; evidentemente, conforme a las normas generales [confr. art. 245.1.b) LOPJ] deberá ser mediante auto. Tampoco se dice nada acerca del régimen de recursos contra esa resolución de inadmisión; ante el silencio legal entendemos que se aplicará el régimen de recursos ordinarios que contra los autos procedan en la clase de procedimiento en que se sustancie la petición que se inadmite.

b) Caso de no presentarse copias con el escrito y documentos acompañados, y, si *prima facie*, proceda la admisión del escrito, procederá, con carácter previo el requerimiento a la parte para que, en el breve plazo que se le señale, las aporte, con apercibimiento de que caso contrario serán expedidas a su costa; dictando al efecto providencia, adoptada mediante la preceptiva propuesta del Secretario Judicial [arts. 245.1.a) y 290 LOPJ].

c) Y finalmente, en aquellos supuestos en que se cubran los requisitos establecidos, ya detallados, se procederá a admitir a trámite la petición formulada. Tampoco, en este supuesto, se dice la forma que ha de adoptar esta decisión; al respecto, entendemos que se aplicarán las normas generales [art. 245.1.a) y 290 LOPJ], y en consecuencia se tratará de una providencia, adoptada mediante propuesta del Secretario Judicial. En referida resolución admitiendo a trámite el incidente de nulidad de actuaciones junto con la decisión de admisión a trámite, se acordará además dar traslado, a las demás partes, por un plazo común de cinco días, para que puedan “...formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañaran los documentos que estimen pertinentes...” (*in fine* del art. 240.4 LOPJ).

En el supuesto de admisión a trámite del escrito e incoación del incidente de nulidad se suscitan varias cuestiones:

1ª) Una primera es la relativa a la eficacia suspensiva o no de la sentencia o resolución a la que se achaca el vicio de nulidad. Al respecto, el propio artículo 240.4 LOPJ establece la regla general de que la admisión a trámite del escrito en que se pida la nulidad que venimos comentando, “..no quedará en suspenso la ejecución y eficacia

de la sentencia o resolución irrecurribles..”]; regla general que encuentra su excepción en aquellos supuestos en que caso de no suspender tal ejecución y eficacia “...el incidente pudiera perder su finalidad..”, en cuyo supuesto deberá decretarse la suspensión. Nada se establece al respecto sobre trámite a dar a tal artículo de suspensión; entendemos que dada la simplicidad que se pretende imprimir al nuevo incidente de nulidad, en cuanto a la cuestión de la suspensión de la sentencia o resolución tildada de alguno de los vicios determinantes de nulidad que son objeto del mismo, deberá interesarse por la parte promotora del incidente, lo cual podrá efectuarse en el mismo escrito incoatorio, mediante el correspondiente otrosí, y de tal pretensión deberá darse traslado al resto de partes, en un breve plazo (2 o 3 días), o incluso por el mismo plazo que el traslado principal, con independencia del traslado sobre la cuestión principal, resolviéndose mediante auto, contra el que procederán los recursos ordinarios. En todo caso, parece prudente entender que, en la práctica forense, la regla que pretende ser general, acabará siendo la excepción, y que dados los parámetros³¹ que se establecen en el precepto comentado para acordar la suspensión, la excepción acabará haciéndose regla general, pues es difícil imaginar supuestos en que la no suspensión de la ejecución y eficacia de las resoluciones sospechosas de nulidad no frustre la finalidad del incidente de nulidad que se entabla.

2ª) Otra cuestión de interés es la relativa a si el incidente ha de sustanciarse en los autos principales o bien ha de formarse pieza separada. Al respecto nada se dice expresamente en el comentado precepto. Ante el silencio legal, y teniendo en cuenta el espíritu de simplicidad que inspira el incidente analizado, así como la que es práctica generalizada en relación con el mini-procedimiento a que da lugar el art. 240.2 LOPJ, ya comentado, y las reglas sobre la suspensión de la ejecución y eficacia de las resoluciones atacadas en el incidente como sospechosas de nulidad, así como los criterios establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la formación de pieza separada en los incidentes (confr. arts. 744 a 746 LEC) nos inclinamos por entender que no será precisa la formación de pieza separada, debiéndose sustanciar en los autos principales, cuando se acuerde la suspensión de la eficacia y ejecución de la resolución atacada; y en cambio será precisa la formación de pieza separada cuando no se acceda a la suspensión de tal resolución.

3ª) Finalmente se suscita la cuestión sobre si el incidente de nulidad admite otros tipos de prueba distintos a la documental a que se refiere el artículo 240.4 LOPJ. Al respecto nada dice el precepto comentado. En cambio, al referirse expresamente a los documentos parece querer excluir el resto de pruebas, pues lo evidencia el hecho de que no se dispone nada acerca de apertura de periodo probatorio alguno. Entendemos que,

³¹ Entre los cuales se echa de menos, para evitar la utilización del incidente con efectos dilatorios, etcétera, la falta de previsión de algún tipo de cautela o caución a adoptar a cargo de quien inste la suspensión de la ejecución de la resolución firme, en los supuestos en que se acuerde la misma, a similitud, p.ej., de lo que se prevé, para el caso de interposición de recursos durante la ejecución forzosa, en el artículo 578 del *Borrador del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997* (en el cual se lee lo siguiente: “Art. 578. *Interposición de recursos ordinarios y suspensión.*- La interposición de recursos ordinarios no suspenderá, por sí misma, el curso de las actuaciones ejecutivas. Sin embargo, si el ejecutado acredita que la resolución frente a la que recurre le produce daño de difícil reparación podrá solicitar del Juez la suspensión de la actuación recurrida, *prestando fianza suficiente para responder de los perjuicios que el retraso pudiera producir*”).

dada la simplicidad que se pretende imprimir al incidente de nulidad estudiado, no serán admisibles otras pruebas que las consistentes en documentos tendentes a acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde (art. 240.4 LOPJ); no admitiéndose otra clase de pruebas y no existiendo propiamente periodo probatorio, carece, por tanto, también de sentido la existencia de fase conclusiva del incidente, a la cual tampoco se refiere el precepto estudiado.

3.3.7. Resolución

El incidente de nulidad de actuaciones que se establece en los apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ concluye bien cuando contestan las restantes partes al traslado conferido, o bien cuando dejan transcurrir, las que no contesten, el plazo concedido, con lo que habrá precluido su oportunidad procesal de hacerlo; en cualquiera de esos supuestos, ha de tenerse por concluido el incidente, dictando al efecto diligencia de ordenación por el Secretario Judicial, en la que así se acuerde y además se disponga que pasen los autos al Juez o Magistrado Ponente -según se trate de órgano judicial unipersonal o colegiado-, para dictar la resolución que ponga término al citado incidente. Nada se dice en la ley sobre la clase de resolución que ha de poner término al incidente analizado. Ante el silencio legal hemos de acudir a las normas generales, y así, a tenor del contenido del artículo 245.1.b) LOPJ (que, precisamente, establece que las resoluciones judiciales adoptarán la forma de auto, entre otras, en aquellos supuestos en que se resuelva sobre nulidad del procedimiento) entendemos que deberá adoptar la forma de auto³², que estará excluido del régimen de propuesta a que se refiere el artículo 290 LOPJ; referida resolución puede tener dos contenidos alternativos: a) denegar la declaración de nulidad de actuaciones interesada; o, b) declarar la nulidad de alguna, algunas o todas actuaciones judiciales, incluida la sentencia firme, y sin perjuicio del principio de conservación de los actos procesales, a que se refiere el art. 242 LOPJ.

Nótese que mediante el auto que pone término al nuevo incidente de nulidad de actuaciones puede incluso decretarse la nulidad de una sentencia firme, o resolución de análoga eficacia que hubiera puesto fin al correspondiente proceso de declaración; de modo que se configura este incidente de nulidad de actuaciones como *una especie de remedio contra sentencias firmes*, y constituye una excepción al principio de *inmodificabilidad de las sentencias*, consagrado en el artículo 267.1 LOPJ.

3.3.8. Régimen de recursos

Tampoco establece nada expresamente la ley comentada sobre el régimen de recursos admisibles contra la resolución que ponga fin al nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. En cambio, en el proyecto de reforma de 1994 se establecía expresamente la irrecurribilidad de tal resolución; y en similar sentido aparecía en el

³² Postura que ya mantuvimos con ocasión del proyecto de reforma de 1994 (LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente...”, op. cit.); en aquella ocasión y con motivo de indicado proyecto de reforma, a favor de que adoptará la forma de sentencia, por ser incardinable en el art. 245.1.c) LOPJ, se mostraba PÉREZ-CRUZ MARTÍN (“Comentario al artículo undécimo del proyecto...”, op. cit., pág. 13).

proyecto³³ de 1996, que ha dado lugar a la reforma de 1997, que comentamos. Pero, en el *iter* legislativo, se ha suprimido tal previsión de irrecurribilidad, y en cambio, nada se dice sobre el particular. Ante el silencio legal, y por las mismas razones dadas en relación con el mini-procedimiento del artículo 240.2 LOPJ, al que nos hemos referido más arriba, entendemos que contra dicho auto podrán interponerse los recursos ordinarios que quepa interponer contra los autos en el procedimiento concreto en que se dicte el mismo³⁴.

3.3.9. Epílogo

En resumen, la reforma comentada diseña un nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales para la resolución de las cuestiones puntuales a las que el mismo se contrae, en una norma que suscita no pocas dudas interpretativas, algunas de las cuales se han desgranado más arriba y que, a buen seguro, la práctica ira perfilando; se pretende, en definitiva, con esta reforma la búsqueda de una solución que dé respuesta a la situación de sobrecarga de trabajo³⁵ que se había generado, con el planteamiento de determinadas nulidades de actuaciones, sobre todo ante el Tribunal Constitucional, intentando una aproximación, como afirma la exposición de motivos, a “..la cuestión del desarrollo legal del apartado 2 del artículo 53 de la Constitución...”, y evitando crear situaciones similares a las existentes antes de la Ley 34/1984, de reforma de la LEC, en la que se había abusado de tal incidente, con finalidades espúreas al mismo: dilación, etcétera; si bien se echa de menos en la reforma, como ya hemos apuntado, la clarificación de las situaciones determinantes de nulidad de actuaciones que, producidas en ejecución de sentencia, lo son por causas ocurridas con posterioridad a sentencia firme, es decir, durante el proceso (o fase, según sectores doctrinales) de ejecución de sentencia. Quizás, ¿ en la próxima reforma...?. Pero, ¿ hasta cuándo...?. ¿ Será una *quinta vía*, o se desarrollará, definitivamente, el artículo 53.2 de la Constitución...?

³³ Que expresamente decía que “el juez o tribunal... dictará la resolución que proceda, que no será susceptible de recurso alguno” (Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 13-1, de 18 de septiembre de 1996).

³⁴ En relación con el proyecto de reforma de 1994 mantuvimos que la previsión de irrecurribilidad parecía “...acertada para aquellos supuestos en que se acceda a la nulidad de actuaciones, pues contra la nueva sentencia que se dicte, una vez repuestas las actuaciones, sí que podrá interponerse el correspondiente recurso; pero, en cambio, parece poco acertada tal inimpugnabilidad en aquellos supuestos en que se desestime la pretensión, pues tal como está regulado el tema, ahí acaba el incidente, entendemos que quizá podría articularse que contra la resolución que desestime el incidente pueda interponerse el mismo recurso que estuviera previsto contra la sentencia en esa concreta clase de procedimiento, donde supuestamente se hubiera producido la nulidad de actuaciones, si bien dicho recurso debería ser admisible en un sólo efecto...” (LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente..”, op. cit.). En cambio, la regulación que en definitiva se contiene en la reforma del 1997, al no existir previsión legal alguna, parece más acertado mantener la tesis de admisibilidad del régimen de recursos que procedan en el concreto procedimiento de que se trate contra los autos.

³⁵ Al respecto VERGE GRAU, al tratar sobre el proyecto de Ley que ha dado lugar a la Ley Orgánica ahora comentada, afirmaba que “...la modificación parece hecha pensando más en los tribunales que en los ciudadanos...”, y que “..el incidente que se propone es notoriamente excesivo y entraña peligros desproporcionados a su finalidad. Bastaría un ligero retoque en los arts. 279 LEC y 180 LECr relativos a los actos de comunicación...” (VERGE GRAU, J., “¿ Un nuevo incidente de nulidad?, op. cit.).

ANEXO V

“Nulidad de actuaciones judiciales y sistema de recursos. Estudio sistemático en relación con el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, publicado en Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1998, págs. 125-202.

NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES Y SISTEMA DE RECURSOS

**Estudio sistemático en relación con el
Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil**

Por:

JAIME DE LAMO RUBIO
Secretario Judicial

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES.- 1.
Introducción 2. Regulación actual de la nulidad de actuaciones. 2.1.En general. 2.2.Nulidad de pleno derecho. 2.3. Anulabilidad. 2.4. Subsanación. 2.5.Conservación de los actos procesales. 2.6. Actos irregulares. 2.7. Aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones. 2.7.1.Primera vía: Los recursos legalmente previstos. 2.7.2.Segunda vía: Declaración de oficio o hasta sentencia firme o resolución análoga. 2.7.3. Tercera vía: Demás medios que establezcan las leyes procesales. El recurso de amparo constitucional. 2.7.4. Cuarta vía: El incidente de nulidad de actuaciones creado por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 3.Novedades del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de nulidad de actuaciones judiciales. 3.1.En general. 3.2. Nulidad de pleno derecho. 3.3. Anulabilidad. 3.4. Subsanación. 3.5. Conservación de los actos procesales. 3.6.Actos irregulares. 3.7.Aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones. A) En general. B) Modificaciones en relación con la tercera vía: Especial consideración de la audiencia al rebelde y del recurso de revisión. C) En relación con la cuarta vía.- III. SISTEMA DE RECURSOS EN EL ANTEPROYECTO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. 1. Planteamiento. 2. Disposiciones generales. 3. Recurso de reposición. 3.1.Resoluciones contra las que procede. 3.2.Competencia. 3.3.Tramitación. 4.Recurso

de apelación. 4.1.La segunda instancia en el proceso civil. 4.2.Resoluciones contra las que procede y resoluciones excluidas. 4.3.Competencia. 4.4.Partes.Legitimación. 4.5.Efectos del recurso de apelación. 4.6.Tramitación. 4.6.1. Ante el órgano *a quo*. 4.6.2. Ante el órgano *a quem*. 4.7. Decisión. 5. Recurso extraordinario por infracción procesal. 5.1. Planteamiento. 5.2. Resoluciones contra las que procede y motivos en que puede fundarse. 5.3. Competencia. 5.4. Partes. 5.5. Tramitación. 5.5.1. Ante el órgano *a quo*. 5.5.2. Ante el órgano *a quem*. 5.6.Decisión. 6.Recurso de casación. 6.1.Breve referencia a la historia y evolución de la casación civil. 6.2.Resoluciones contra las que procede y motivos de casación. 6.3.Competencia. 6.4.Partes. 6.5.Tramitación. 6.5.1. Ante el órgano *a quo*. 6.5.2. Ante el órgano *a quem*. 6.6. Decisión. 7. Recurso en interés de ley. 7.1.Resoluciones contra las que procede.7.2.Competencia. 7.3.Legitimación activa. 7.4.Tramitación. 7.5.Decisión. 8. Recurso de queja. 8.1. Características 8.2. Resoluciones contra las que procede. 8.3.Competencia. 8.4.Tramitación. 9. Régimen transitorio.

I. PLANTEAMIENTO

“La Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881, ha sido y es un elemento histórico y cultural de incalculable valor. A lo largo de más de un siglo, las frecuentes reformas en ella introducidas han respetado la mayoría de sus disposiciones y lo sustancial de su espíritu y estructura...”, sin embargo, “...es indudable (...) la conveniencia y oportunidad de una nueva ley procesal civil común...”, como se encarga de resaltar la exposición de motivos¹ del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, aprovechando “...la experiencia jurídica de más de un siglo para construir un sistema procesal civil que no presente la prolija complejidad que hoy ofrece la Ley antigua, con sus innumerables retoques y disposiciones extravagantes...”, todo lo cual condujo al Ministerio de Justicia a la elaboración del correspondiente borrador,² que fue distribuido, en abril de 1997, entre organismos e instituciones a las cuales afectaba su aplicación, para que pudieran formular las observaciones que consideraran de interés al citado texto,³ cristalizando, posteriormente, en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ALEC, en lo sucesivo) que, según noticias aparecidas en la prensa especializada,⁴ fue aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión del pasado 2 de

¹ También el *Libro Blanco de la Justicia del Consejo General del Poder Judicial de 1997*, se muestra partidario de “... la necesidad de reformar a fondo el proceso civil y de evitar tanto las reformas parciales cuanto la tendencia de los últimos tiempos -motivada sin duda por la insatisfacción de la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil- de incluir nuevos tipos de proceso cada vez que se reforma un texto sustantivo o se introduce una ley especial. La reforma global del proceso civil y la eliminación de los procesos especiales contenidos en leyes no procesales es, pues, una de las prioridades a la hora de abordar los aspectos procesales de la jurisdicción civil...” (*op. cit.*, pág. 170).

² Por lo que no es de extrañar que parte de la doctrina que citemos a lo largo de la presente ponencia se refiera a indicado Borrador; en cada caso, efectuaremos las matizaciones que procedan, a la vista del texto del ALEC 1998

³ De ahí, que continúe la exposición de motivos citada, indicando que “...los numerosos preceptos acertados de la Ley de 1881, la ingente jurisprudencia y doctrina de muchas décadas, con sus obligados antecedentes, los muy numerosos informes y sugerencias recibidos de distintos órganos y Corporaciones, así como de profesionales y expertos prestigiosos, han sido, junto con algún meritorio trabajo proponiendo articuladamente una nueva regulación procesal civil, elementos de gran valor e interés, detenidamente considerados para elaborar esta nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...”

⁴ LA LEY, *Diario de Noticias*, 23 de enero de 1998.

enero de 1998, y remitido al Consejo General del Poder Judicial, para el preceptivo informe.⁵

En la presente ponencia, inserta dentro del curso sobre el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, organizado por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, se dirige al Cuerpo de Secretarios Judiciales, se pretenden abordar dos importantes aspectos de la regulación contenida en indicado texto: de una parte lo relativo a la *nulidad de actuaciones judiciales*, y de otra, e íntimamente relacionado con lo anterior, lo referente al *nuevo sistema de recursos* que se diseña en indicado texto; la general elevada cualificación procesal de los destinatarios del curso en que se inserta la presente exposición, nos dispensa tanto de justificar la importancia de la reforma que pretende llevar a cabo el Ministerio de Justicia, como de los temas que nos proponemos abordar. Tan sólo indicaremos que en la elaboración de esta ponencia se ha partido del texto del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de fecha 26 de diciembre de 1997, aprobado por el Consejo de Ministros de fecha 2 de enero de 1998, al que ya nos hemos referido.

II. NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES

1. Introducción

Un estudio riguroso del nuevo régimen de nulidad de actuaciones judiciales que pretende introducir el ALEC exige partir de la consideración de la actual regulación de la materia, de modo que efectuaremos un análisis previo de cómo se encuentra en la actualidad regulado el mismo, con especial énfasis en la normativa contenida en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), tamizada por la abundante jurisprudencia, fundamentalmente del Tribunal Constitucional, existente sobre la materia, así como con las múltiples aportaciones doctrinales que en torno a tan interesante materia se han producido, para, desde la perspectiva que nos ofrece tal estudio, pasar a considerar la propuesta de regulación que sobre referida materia se contiene en el ALEC.

Estudio que consideramos trascendental, si tenemos en cuenta que “...la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil aspira (...) a ser ley procesal común, para lo que, a la vez, se pretende que la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, apartándose de su antecesora, de 1870, circunscriba su contenido a lo que indica su denominación y se ajuste, por otra parte, a lo que señala el apartado 1 del artículo 122 de la Constitución, desprendiéndose, así de normas procesales, no pocas de ellas atinadas, pero impropriadamente situadas y productoras de numerosas dudas al coexistir con las que contienen las Leyes de Enjuiciamiento...”, sin desdeñar y, por tanto, beneficiándose, de “...cuanto de positivo podía hallarse en la regulación procesal de 1985...”;⁶ lo cual conduce al pre-legislador a formular, al mismo tiempo que el ALEC, un Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (ARLOPJ, en lo

⁵ El Anteproyecto lleva fecha de 26 de diciembre de 1997, si bien, al haber sido aprobado por el Consejo de Ministros con fecha 2 de enero de 1998, parece adecuado, al denominarle, asignarle tal año como identificativo del mismo.

⁶ Confr. apartado II de la *exposición de motivos* del ALEC.

sucesivo), con indicada finalidad;⁷ e implicará, en su momento, la necesaria adaptación de las restantes leyes procesales.⁸

2. Regulación actual de la nulidad de actuaciones

2.1. En general

Actualmente, la materia relativa a la ineficacia de los actos procesales se regula en los arts. 238 al 243 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, que ha sido recientemente modificada mediante la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre (BOE 05/12/1997); en relación con indicada normativa cabe destacar las siguientes notas: a) que pretende dar una regulación global y más o menos completa de la materia; b) que referida normativa es de aplicación a todos los órdenes jurisdiccionales, salvo que se disponga lo contrario en las correspondientes normas reguladoras de los diversos procesos; c) que se aprecia un gran mimetismo con la normativa administrativa vigente al momento del dictado de la LOPJ, la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1.958.⁹

La ineficacia procesal se nos presenta como un concepto aglutinador de todas aquellas situaciones en que el acto procesal no despliega los efectos normales que le corresponden de acuerdo con la legalidad vigente, es decir, aquellas situaciones en que en uno u otro grado -desde el más absoluto al más nimio-, por diversas causas, que se analizarán, el acto procesal deja de desplegar todos o algunos de los efectos que está llamado a producir. Las situaciones que pueden presentarse, en cuanto a ineficacia procesal se refiere, son muy variadas, pero han sido agrupadas por la doctrina en varias categorías, siendo la clasificación más pacífica la que distingue entre : a) *inexistencia*; b) *nulidad absoluta, radical o de pleno derecho*; c) *nulidad relativa*; d) *anulabilidad*; y, e) *mera irregularidad*. Clasificación que, en cierta medida como comprobaremos, es seguida por la sistemática utilizada en esta materia por la LOPJ.

2.2. Nulidad de pleno derecho

⁷ En la que, además de proceder a la derogación de todas aquellas normas procesales -incluidas las relativas a la regulación sobre la nulidad de actuaciones- que se han incluido en el ALEC, también se propone la modificación del apartado 1 del art. 73 LOPJ, para atribuir a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, en cuanto Salas de lo Civil, las nuevas competencias derivadas del ALEC, señaladamente lo referido al conocimiento del nuevo recurso extraordinario por infracción procesal.

⁸ En la línea ya avanzada en el Proyecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA) de 1997, actualmente en tramitación parlamentaria (BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 70-1, de 18 de junio de 1.997), que tras su proceso de elaboración, en el cual, inicialmente, se efectuaba una regulación completa y diferenciada sobre nulidad de actuaciones en el Borrador LRJCA del año 1994, y que incluso se asumió en el proyecto LRJCA 1995, finalmente no ha sido recogida en el citado Proyecto LRJCA, actualmente en tramitación, que se limita tan sólo a tratar algún aspecto específico de tal régimen, de aplicación tan sólo al proceso contencioso-administrativo, remitiendo, en lo demás, al régimen general.

⁹ Así lo ha puesto de relieve, entre otros, GUI MORI, "Nulidad de actuaciones tras sentencia definitiva. La anunciada inconstitucionalidad del art. 240 LOPJ", en *Revista Jurídica La Ley*, 1990-1, págs. 118 y ss.

Doctrinalmente es posible distinguir entre inexistencia y nulidad de pleno derecho, absoluta o radical. Así, se entiende que un acto procesal es *inexistente* cuando faltan los presupuestos o requisitos esenciales y necesarios para el nacimiento del acto procesal. Es el grado máximo de ineficacia procesal. De todos modos, hay que advertir que su admisión no es pacífica en la doctrina, y así p.ej. MARTÍN DE LA LEONA, viene a decir que en tanto se trata de una categoría cuyo contenido es precisamente, *el no ser* desde un punto de vista procesal, supone que desde un punto de vista lógico se trata de una categoría inaceptable;¹⁰ aunque añade dicho autor que desde una perspectiva puramente práctica y operativa puede, no sin reservas, ser aceptada.¹¹ Para este mismo autor, han de considerarse inexistentes todas aquellas actuaciones realizadas fuera del ámbito de un proceso válidamente constituido por demanda, y substanciado ante un Juez o Tribunal, investidos de jurisdicción, a los que la Constitución (Confr. art. 117.3) atribuye en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.¹² En cambio, estaremos en presencia de un acto procesal *nulo de pleno derecho* cuando a referido acto le falte, al menos, una circunstancia o requisito considerado esencial y fijado en las leyes procesales como necesario para que el acto produzca sus efectos normales, sin que sea imprescindible que la Ley declare expresamente la nulidad en cada supuesto, sino que es suficiente con que la infracción exista para poder considerar su nulidad¹³ (SERRA DOMÍNGUEZ). Como acertadamente indica VERGE GRAU normalmente el defecto se referirá a los presupuestos -sujetos, objeto y forma- del acto. El acto es procesal y presenta una apariencia externa de legitimidad, aunque infringe la ley procesal en algún aspecto considerado de orden público y por ello debe ser anulado.¹⁴ En todo caso, ha de quedar claro que la nulidad de pleno derecho produce sus efectos *ex tunc* (desde el momento de realización del acto nulo), y que no procede la subsanación ni la convalidación, con carácter general; si bien un sector de la doctrina (FERNÁNDEZ VELASCO) entiende que cabe la “...sananación del vicio en virtud de otro (*acto procesal, se entiende*) realizado posteriormente...”;¹⁵ o bien puede subsanarse o convalidarse el vicio de nulidad si recae sentencia definitiva¹⁶ (VERGE GRAU). La LOPJ se refiere a la nulidad de pleno derecho en el artículo 238, que dice:

¹⁰ MARTÍN DE LA LEONA, J.M . “Nulidad de actuaciones. Principios informadores y clasificación”, en *Cuadernos de Derecho Judicial sobre La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 24 y ss.

¹¹ MARTÍN DE LA LEONA, cita a otros autores partidarios de tal tesis: MADRIOLI, LIEBMAN, PALLARES, SERRA DOMINGUEZ, etc.; *op. cit.*, pág. 25.

¹² MARTÍN DE LA LEONA, *op. cit.*, págs. 48 y ss. Como ejemplos de supuestos de inexistencia, la doctrina suele citar los siguientes: el de la Sentencia firmada por alguien que no es juez; una demanda en la que no se contenga petición alguna (*sin petitum*), etcétera.

¹³ SERRA DOMINGUEZ, M. “El incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Justicia*, 1981, págs. 45 y ss.

¹⁴ VERGE GRAU, *La Nulidad de actuaciones*. Bosch, Barcelona, 1987, págs. 49 y ss. Como ejemplos de nulidad absoluta, podemos citar los siguientes: Falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional, etcétera.

¹⁵ FERNÁNDEZ DE VELASCO, L.V. “Funciones del Secretario Judicial y nulidad de actuaciones en el proceso civil”, en *Cuadernos de Derecho Judicial sobre La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 132 y ss.

¹⁶ VERGE GRAU., *op. cit.* pág. 53.

Art. 238 LOPJ

“Los actos judiciales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1.º Cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2.º Cuando se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave.

3.º Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión”

A la vista de lo cual, es posible referirse a los siguientes *motivos de nulidad de pleno derecho*:

1. Manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional. En primer lugar, es preciso decir, con carácter general, que esos vicios determinantes de nulidad de pleno derecho (NPD) han de ser manifiestos, es decir, evidentes, de manera que no sea necesario esfuerzo dialéctico alguno para su comprobación por saltar ésta a la vista, esto es, han de mostrarse de forma clara, ostensible y grave¹⁷ (MARTÍN DE LA LEONA). En relación con la *falta de jurisdicción* hay que comenzar afirmando que la jurisdicción, como es conocido, se refiere a la habilidad para enjuiciar dentro de cada uno de los órdenes jurisdiccionales; así, existirá falta de jurisdicción si, por ejemplo, un juez civil conoce de asuntos sociales o contencioso-administrativos, etcétera. Las normas que regulan la jurisdicción, como es sabido, son de derecho necesario o *ius cogens*. La falta de jurisdicción, a pesar de ser calificada por la LOPJ como causa o motivo de NPD, puede presentar un doble cariz: 1) puede dar lugar a un acto inexistente, cuando p.ej., la sentencia la dicta un no juez; y , 2) puede dar lugar a un acto nulo de pleno derecho, propiamente dicho, cuando p.ej., la sentencia la dicta un juez de lo civil y la materia corresponde a otro orden jurisdiccional : social, contencioso-administrativo, etc., para el cual el juez de lo civil carece de jurisdicción. En cuanto a la *falta de competencia objetiva o funcional* es preciso recordar que las normas que regulan la competencia objetiva y/o funcional, tienen carácter de derecho necesario, de *ius cogens*, y consiguientemente afectan al orden público, por lo que resultan indisponibles para las partes. Nótese que, el precepto estudiado, tan sólo se refiere a la competencia objetiva o funcional, sin mencionar *la territorial*, lo cual nos lleva a la conclusión de que no son nulos de pleno derecho los actos judiciales emanados de un órgano territorialmente incompetente, los cuales tendrán, a lo sumo, la categoría de anulables.¹⁸

2. Actos realizados bajo violencia o intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave. En relación con este motivo de nulidad de pleno derecho, es preciso poner en relación el artículo 238.2 LOPJ, con el art. 239 de la misma ley, en virtud del

¹⁷ MARTÍN DE LA LEONA, J.M. “Nulidad de actuaciones. Principios...” op. cit., págs. 33 y ss.

¹⁸ Desde el análisis de las múltiples normas que actualmente establecen la necesidad de que el órgano judicial examine de oficio su propia competencia territorial, entiende MORENO MONTERO que “...la competencia territorial, aunque no mencionada en el art. 238.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tiene que amoldarse a su régimen cuando viene impuesta por la ley...” (MORENO MONTERO, J.M., “Nulidad de actuaciones y proceso civil”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1995-2, pág. 758).

cual, “los Jueces o Tribunales cuya actuación se hubiese producido con intimidación o violencia, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán la formación de causa contra los culpables”; en similar sentido se pronuncia el art. 442 LEC, que preceptúa que “Serán nulos todos los actos judiciales practicados bajo intimidación o la fuerza.- Los Jueces y Salas que hubiesen cedido a la intimidación o a la fuerza, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán al mismo tiempo la formación de causa contra los culpables”. De todo ello, cierto sector doctrinal entiende que este motivo de nulidad sólo se refiere a los actos del Juez o tribunal, si bien una interpretación sistemática, y teniendo en cuenta la mención que en el art. 238 LOPJ se hace a los *actos judiciales*, que ha de entenderse como sinónimo de *actos procesales*, hace preferible la interpretación que incluye dentro de este motivo a todos los actos procesales, y no sólo a los del Juez o Tribunal.¹⁹ En relación con los conceptos de violencia e intimidación, los mismos son extraíbles de la Teoría General del Derecho, sin presentar especialidades dignas de mención.

3. *Actos realizados prescindiendo total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecido por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.* Con carácter general, hay que comenzar diciendo con BORRAJO INIESTA que la idea de indefensión esta llamada a asumir el papel principal en esta materia;²⁰ o como afirma MARTÍN DE LA LEONA, la indefensión se convierte, con la regulación de la LOPJ, en la piedra angular para el estudio de la nulidades procesales.²¹ De todos modos, el primer problema que plantea la redacción del 238.3 LOPJ es el relativo a si la necesidad de efectiva indefensión es predicable de los dos submotivos que se recogen en el precepto o sólo del último de ellos; VERGE GRAU se inclina por la tesis de entender que sólo se exige respecto del segundo submotivo; es decir, cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento, según este autor, no es necesario que se haya producido indefensión, para entender el acto nulo de pleno derecho; MARTÍN DE LA LEONA, después de analizar varias resoluciones del Tribunal Constitucional y tribunales ordinarios, parece que también se inclina a favor de esa tesis, si bien a continuación dice que es difícil imaginar que la omisión total y absoluta de unas normas esenciales no impliquen también efectiva indefensión. Nosotros entendemos, desde la perspectiva restrictiva que ha de inspirar la interpretación de la materia relativa a la nulidad de actuaciones, que lo más correcto es exigir en ambos submotivos la presencia de efectiva indefensión, pues si no es así, no

¹⁹ En el mismo sentido se expresa MARTÍN DE LA LEONA, *op. cit.*, pág. 39 y ss.; y añade este autor que este es un caso en el cual no rige el límite temporal del art. 240.2 LOPJ, por lo que esta causa de nulidad podría hacerse valer incluso una vez existiera sentencia firme; otro sector doctrinal, así CORTES DOMÍNGUEZ, entiende que el problema no es de fácil solución, y dice que la resolución no debería anularse si no es perjudicial para la parte que no utilizó la violencia o intimidación, debiéndose anular en todo caso cuando la resolución es perjudicial a dicha parte, o cuando la violencia o intimidación provino de ambas partes. (CORTES DOMÍNGUEZ, en la obra colectiva titulada *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 281).

²⁰ BORRAJO INIESTA, I. “La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Cuadernos de Derecho Judicial sobre Principios constitucionales en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 269.

²¹ MARTÍN DE LA LEONA, J.M., *op. cit.*, pág. 42.

estaríamos ante un acto procesal nulo, sino tan sólo anulable, dado que, en mera teoría, puede ocurrir que se prescindiera total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento correspondiente y no se cause indefensión, aunque esta hipótesis sea muy difícil de suceder, pero puede darse; y a mayor abundamiento, desde la perspectiva del criterio sistemático y gramatical (confr. art. 3.1 Código Civil), tenemos que si el legislador hubiera querido que la efectiva indefensión sólo se predicara del segundo submotivo, lo hubiera tenido muy sencillo: hacer dos submotivos independientes y autónomos, incardinados en números distintos dentro del art. 238 LOPJ; y si no lo hizo así, y reguló la materia en un único apartado, parece que es porque entendía que la efectiva indefensión debía exigirse en ambos submotivos.²²

En relación con el concepto de indefensión existe una copiosa jurisprudencia, sobre todo del Tribunal Constitucional (TC), a tenor de la cual podemos afirmar que existirá indefensión siempre que los titulares de derechos e intereses legítimos se vean imposibilitados de ejercitar las acciones legales suficientes para su defensa, originando situaciones de tal gravedad que han de ser apreciadas judicialmente en cualquier momento e instancia en que se encuentre el proceso, tan pronto se tenga noticias de las mismas (SSTC 18/1985, de 1 de febrero; 48/1986, de 23 de abril; 175/1986, de 3 de noviembre; 156/1988, de 27 de julio, etcétera). En todo caso, siguiendo a BORRAJO INIESTA, interesa resaltar las siguientes dos ideas:²³ a) *la indefensión ha de ser real y efectiva*, pues “...una indefensión (...) relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejen consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y de un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella...” (STC 48/1986, entre otras); b) *la indefensión ha de ser imputable al órgano judicial*, lo cual tiene su entronque con la obligación del órgano judicial de prestar tutela judicial efectiva, a quien la impetra ante referido órgano en defensa jurídica de todos los derechos, de modo que no se le puede causar indefensión (art. 24.1 CE). En definitiva, este planteamiento excluye como causante de indefensión a las partes o a terceros ajenos al proceso; tan sólo el órgano judicial puede causar indefensión, a los efectos que nos interesan.

Como ya hemos avanzado el art. 238.3 LOPJ contempla dos submotivos de nulidad. En relación con *el primero de ellos* decir que el acento recae sobre el inciso “...normas

²²En similar sentido se pronuncia el prof. BORRAJO INIESTA, que, comentando el art. 238.3 LOPJ, llega a decir que “...la restricción más seria de las causas de nulidad proviene de otro fragmento del art., 238.3 LOPJ: su inciso final, que exige para declarar la nulidad de un acto judicial que *efectivamente se haya producido indefensión*. Este punto es esencial. Hasta ahora, la legislación cifraba la nulidad en la infracción de la Ley Procesal. Sólo excepcionalmente se atendía a los efectos que dicha transgresión ocasionaba en los justiciables. Desde 1985, o un año antes en el proceso civil, solamente cuando alguna de las personas que toma parte en el proceso, o hubieran debido tomarla, se encuentran en una situación de efectiva indefensión, procede la nulidad de actuaciones” (BORRAJO INIESTA, *op. cit.* págs. 271 y 279 y ss.) . En igual sentido se pronuncia GUILLO SÁNCHEZ GALIANO, A., que llega a decir que “...cabe destacar la exigencia de *indefensión efectiva* que el número tercero del precepto (*se refiere al 238.3 LOPJ*) anuda a la infracción de normas esenciales de procedimiento o a la omisión de los principios de audiencia, asistencia y defensa...”, (“La nulidad de actuaciones en el proceso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Actualidad Administrativa*, 1992-3, págs. 359 y ss.)

²³ BORRAJO INIESTA, *op. cit.* págs. 279 y ss.

esenciales de procedimiento...”, sobre cuya conceptualización la doctrina más significativa (MARTÍN DE LA LEONA) tras realizar un amplio estudio, viene a decir que “...cabe concluir que puede calificarse esencial toda norma de procedimiento que siendo imperativa y por tanto de obligado cumplimiento o de orden público, o reguladora en definitiva de alguno de los principios o garantías del proceso, es susceptible de colocar en indefensión efectiva a una o ambas partes del proceso en caso de ser totalmente omitidas...”²⁴ El elenco de manifestaciones más importantes, de supuestos en que se puede presentar este submotivo, excede del ámbito de la presente exposición, de todos modos, para quien esté interesado en ello, puede acudir a los estudios que se ocupan específicamente de ello.²⁵

En cuanto al *segundo y último de los citados submotivos*, insistir en que no ha de tratarse de cualquier tipo de infracción de los principios inspiradores del proceso, sino aquellos que efectivamente causen indefensión, como ya se ha razonado; y así, es preciso distinguir los siguientes principios:

a) *Principio de audiencia.* El principio de audiencia, o derecho a ser oído, se configura como un elemento integrante de la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 CE. La audiencia, en cuanto tal, permite la introducción del principio de contradicción, que ha de darse en términos de igualdad de partes, según tiene reiterado el Tribunal Constitucional (SSTC 9/1981, de 31 de marzo, 48/1983, de 31 de mayo; 117/1983, de 12 de diciembre, 112/1987, de 2 de julio; etcétera). Naturalmente, el derecho a ser oído, derecho de audiencia, ha de entenderse como posibilidad que ha de concederse, por el órgano judicial, a la parte para ser oída, en términos de igualdad, en el proceso al que está llamado a ser parte, o ya está constituido en parte, pero dicho derecho de audiencia se cumple con el otorgamiento de esa oportunidad procesal a ser oído, sin que el órgano judicial pueda obligar a la parte a exponer su planteamiento, pues también le cabe a dicha parte, ante determinados actos procesales, dejar transcurrir el plazo que se le haya otorgado, sin realizar manifestación alguna, así, p.ej. situaciones de rebeldía, etc.; la esencia, pues, del derecho de audiencia, es la oportunidad procesal que se le ofrece a la parte para actuar en el proceso, oportunidad procesal sujeta a la correspondiente preclusión. Por tanto, la vulneración se produciría si no se le concede esa oportunidad de ser oído en juicio, pero si concedida conforme a la ley, la correspondiente parte (demandado, demandante, acusador, etcétera) decide no hacer uso de esa posibilidad, tan sólo a él le es imputable el actuar de ese modo, y por tanto el acto procesal correspondiente es totalmente válido.

b) *Principio de asistencia.* Con bastante claridad expone MARTÍN DE LA LEONA que el derecho de asistencia o defensa formal se incluye en el conjunto de garantías que integran el derecho a un proceso justo, formando parte del más amplio derecho a un proceso con todas las garantías a que alude el art. 24.2 CE. Se refiere este principio, como es sabido, a que el justiciable ha de ser asistido por Letrado, para evitar quebrantos en su posición frente a la contraparte, y sin perjuicio de aquellos supuestos

²⁴ MARTÍN DE LA LEONA, *op. cit.*, pág. 49.

²⁵ Así, entre otros de interés, cabe citar: MARTÍN DE LA LEONA, *op. cit.*, pág. 49 y ss.; FERNÁNDEZ DE VELASCO, *op. cit.*, págs. 132 y ss.; VERGE GRAU, *op. cit.*, págs. 86 y ss.; etcétera.

en que la misma ley procesal excluya la preceptiva intervención de letrado. La intervención preceptiva de Letrado y sus posibles excepciones se regulan en las respectivas normas procesales, así, en el proceso civil en el art. 10 LEC, en el proceso penal en el art. 118 , 520, 788.3, etc. LECRIM; en el proceso laboral en el art. 18 y ss. LPL de 1995; en el proceso contencioso-administrativo en el art. 33 LRJCA; etcétera; no está de más insistir en que la vulneración del principio de asistencia, por sí sola no causa nulidad sino que es preciso que se produzca, por parte del órgano jurisdiccional, efectiva y real indefensión a la o las partes.

c) *Principio de defensa.* Siguiendo a MARTÍN DE LA LEONA, y la jurisprudencia que cita, podemos afirmar que el derecho de defensa forma parte, en el plano constitucional, del derecho a un proceso justo que el art. 24.2 CE consagra para todos los procesos, y supone, de una parte, la obligación de respeto y protección por parte de los órganos jurisdiccionales, y de otra, la necesidad de que la defensa sea efectiva desde el primer momento del proceso y a lo largo de todas sus fases (así, SSTC 245/1988, de 19 de diciembre; 16/1982, de 28 de abril; 18 noviembre de 1983; etcétera). Y en consecuencia, ha de considerarse vulnerado el derecho de defensa cuando lo hubiesen sido las garantías de contradicción, de igualdad, y en general el resto de garantías contenidas en el art. 24.2 CE (SSTC 18/1985, de 11 de febrero; 114/1986, de 2 de octubre; 13/1981, de 22 de abril; etcétera..). Y teniendo en cuenta que no procederá la nulidad cuando la vulneración del derecho de defensa lo hubiera provocado la falta de pericia técnica en la utilización de los medios que ofrece el ordenamiento jurídico, o cuando el litigante que se dice indefenso ha colaborado con su conducta a la producción de su propia indefensión, debido a su inactividad, su negligencia o su falta de diligencia (STC 110/1985, de 8 de octubre).

2.3. Anulabilidad

La doctrina distingue entre nulidad relativa y anulabilidad; así, siguiendo a VERGE GRAU, que a su vez cita a SERRA DOMINGUEZ y a FENECH podemos decir que la *nulidad relativa* se diferencia de la nulidad absoluta únicamente en la posibilidad de subsanación;²⁶ y así, tenemos que el acto procesal que está viciado con nulidad relativa se equipara, si no es subsanado, al acto nulo de pleno derecho, no siendo susceptible de producir ningún efecto, pero si se produce la subsanación, los efectos del acto se retrotraen al momento de la realización del acto defectuoso. Referido autor cita como ejemplo el art. 180 LECRIM y el art. 279 LEC, que se refieren a notificaciones, citaciones, etcétera, nulas pero que surtirán sus efectos si la persona a que se refieren se da por enterada en el juicio (en similar sentido, art. 61 LPL de 1995, etcétera). Según estos autores, la nulidad relativa no necesita ser denunciada por las partes, sino que opera, precisamente por el silencio de esa parte. En esto se distingue de la anulabilidad, que como veremos, necesita ser denunciada por la parte. En cuanto a la *anulabilidad*, entiende la doctrina mayoritaria que estamos en presencia de un acto procesal anulable cuando le falte algún requisito distinto de los de carácter de orden público y que no sea esencial, produciendo efectos referido acto, mientras no sea impugnado por alguna de las partes. Se trata de actos susceptibles de ser convalidados o sanados, y si se

²⁶ VERGE GRAU., *op. cit.*, pág. 58.

declara su ineficacia por así denunciarlo la parte y tras los trámites oportunos, referida ineficacia opera *ex nunc*, es decir, desde el momento de su declaración.²⁷ Para VERGE GRAU actos anulables serían aquellos cuyo defecto, sin atentar gravemente a los principios básicos del proceso, tiene entidad suficiente para permitir a las partes provocar su anulación. Una vez provocada y declarada la nulidad, sus efectos son los mismos que en el supuesto de actos nulos. En ambos casos, la resolución sobre nulidad tiene efectos meramente declarativos (*ex tunc*) y suprime el acto nulo o anulable como si no se hubiese realizado.²⁸ Como ejemplos de anulabilidad podemos citar la incompetencia territorial, insuficiencia del poder de procurador, etcétera. Con carácter general hay también que afirmar que en los actos anulables rige el principio de preclusión, en el sentido de que existe o están sometidos a determinados plazos para impugnarlos, transcurrido los cuales las partes han perdido esa oportunidad procesal y no les es posible ya la válida impugnación, quedando convalidado el acto.

La LOPJ no utiliza el término anulabilidad, pero determinado sector doctrinal entiende que tanto la *anulabilidad* como la *nulidad relativa* se recogen en el art. 240.1, que literalmente dice:

Art. 240 LOPJ

“ 1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales ”. (...)

Los supuestos de anulabilidad serían, naturalmente, los que se recogen bajo la categoría de “...defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión”. Su carácter de actos procesales anulables viene dada por la doble circunstancia de que no se recogen en el art. 238 como actos nulos de pleno derecho y que además se especifican en el art. 240.1 como categoría distinta a la nulidad de pleno derecho; y, que de la redacción del art. 240.1 en relación con el art. 240.2, parece que tan sólo pueden ser declarados nulos si tales vulneraciones son denunciadas, por las partes, a través de los correspondientes recursos o demás medios que establezcan las leyes procesales, nunca de oficio; aunque al respecto, cierto sector doctrinal entiende que también cabe la declaración de oficio de la nulidad de esos actos, dada la amplitud de la redacción del art. 240.2, cuando dice en su *in fine* “ la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular”.

2.4. Subsanación

²⁷ A favor de los efectos *ex nunc* - es decir, desde el momento de su declaración- de la anulabilidad se pronuncia también MORA MATEO, J.E. “La nulidad de actuaciones en el proceso y en los procedimientos civiles no contradictorios”, en *Cuadernos....*, cit., sobre *La nulidad....*, *op. cit.*, págs. 60 y ss.

²⁸ VERGE GRAU, *op. cit.*, pág. 61.

Siguiendo al profesor SERRA DOMÍNGUEZ podemos definir la subsanación como “...la posibilidad de que un acto privado de eficacia pueda adquirirla mediante la realización de actos posteriores que se la otorguen...”²⁹ La LOPJ se refiere a la subsanación en el art. 243, que literalmente dice:

Art. 243 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”.

Artículo que hay que poner en relación con el art. 11.3 de la misma LOPJ, que establece que: “ *Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes*”.³⁰ Encontrando referidos artículos su fundamento último en el art. 24.1 CE. Al respecto, el prof. BONET NAVARRO, tras analizar la jurisprudencia del TC sobre la materia, viene a decir lo siguiente: “...1º. Los tribunales deben responder resolviendo siempre sobre las pretensiones que se les formulan (art. 24.1 (CE) y 11.3 LOPJ).- 2º. La desestimación de una pretensión por motivos formales sólo puede darse cuando un acto procesal adolezca de un defecto insubsanable (art. 11.3 LOPJ).- 3º. Si concurre un defecto subsanable en un acto, debe darse la oportunidad de subsanarlo (art. 243 LOPJ) para que sea eficaz.- 4º. Sólo será ineficaz un acto cuando tenga un defecto insubsanable (art. 238 y 240 LOPJ), o que siendo subsanable, no se haya subsanado en el plazo concedido (art. 11.3 LOPJ), llevando consigo la declaración de nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular (art. 240.2 LOPJ)...”³¹

2.5. Conservación de los actos procesales

La LOPJ, en el art. 242, se refiere al principio de conservación, tanto en relación con los actos posteriores al declarado nulo, como en relación con las partes de un acto, que haya sido declarado nulo en algunos aspectos.

Art. 242 LOPJ

“1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aún sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

2. La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo que sean independientes de aquélla”.

²⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios de Derecho Procesal*. Ed. Ariel, Barcelona, 1969, pág. 466.

³⁰ Precepto que no se ve afectado por el ARLOPJ, y por tanto, de aprobarse el ALEC y aquel otro Anteproyecto, subsistirá el precepto comentado.

³¹ BONET NAVARRO, A. “Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil”, en *Cuadernos...*, cit., sobre *La nulidad...*, op. cit., págs. 361 y ss.

El principio de conservación de actos procesales tiene el mismo fundamento que el de subsanación, es decir, el art. 24.1 CE. La claridad del precepto transcrito nos releva de efectuar comentario alguno.

2.6. Actos irregulares

Los actos procesales irregulares son actos procesales incorrectos cuyo defecto no impide la total producción de sus efectos, y tan sólo pueden llevar aparejada una sanción para el funcionario causante de la irregularidad; la LOPJ se refiere a la materia en el art. 241, que textualmente dice:

Art. 241 LOPJ

“Las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo”.

Es decir, salvo que se trate de un *término esencial*, la extemporaneidad de un acto no implica su nulidad, sino que se trata de una mera irregularidad, pero el acto produce todos sus efectos, de igual modo que si hubiera sido dictado o producido dentro de plazo. Como se observa, la LOPJ, de todas las posibles irregularidades no invalidantes, sólo se refiere al plazo. En relación con el precepto comentado, la única cuestión que plantea es la de determinar qué términos o plazos son de los denominados *esenciales*, es decir, que por su naturaleza determinen la anulación de la actuación; con carácter general tan sólo decir, que el retraso en dictar sentencia, o en proveer algún escrito, por sí sólo, no origina más que una mera irregularidad. En cambio, como conocemos (art. 306 LEC), los plazos que se otorgan a las partes, por regla general, tiene carácter preclusivo, y por tanto esencial.

2.7. Aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones

En cuanto al *aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones judiciales*, y centrado en el estudio de las vías o cauces a través de los cuales hacer valer y, en su caso, declarar la nulidad de actuaciones judiciales, se hace preciso partir del contenido del artículo 240 LOPJ, que se ha visto afectado por la reciente reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre (BOE 05/12/1997), ya citada, y que tras su vigencia - desde el 6 de diciembre de 1997 (confr. disposición final de indicada LO)- presenta la siguiente redacción:

Art. 240 LOPJ

“1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.

2. Sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído sentencia definitiva o 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

3. No se admitirá el incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma, que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que éstas no sean susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida.

Será competente para conocer de este incidente el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la sentencia, la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último supuesto, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución. El Juzgado o Tribunal inadmitirá a trámite cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones.

4. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado 3 de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa 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.”

Artículo que ha de ser matizado con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que sobre la materia se ha producido; significando que en dicha jurisprudencia y en lo que se refiere a *este aspecto procedimental* la tendencia es a equiparar los denominados motivos de anulabilidad (art. 240.1) con las causas estrictas de nulidad de pleno derecho (art. 238); y por tanto, partiendo de la Sentencia Pleno TC 185/1.990, de 15 de noviembre, resolviendo *autocuestión de inconstitucionalidad* núm. 91/1990, en relación con el art. 240.2 LOPJ [BOE de 3 de diciembre de 1.990], podemos decir³² que para hacer valer y, en su caso, declarar la nulidad de pleno derecho y los defectos de forma de los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para

³² LAMO RUBIO, J. de, “Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales”, publicación de separata en *Revista de los Tribunales de Castilla-La Mancha*, abril, 1997. Como cierre del sistema hasta la entrada en vigor de la reforma que ahora comentamos, en nuestro ordenamiento jurídico se encontraba proscrito el incidente autónomo de nulidad de actuaciones, que ya fue suprimido de nuestro ordenamiento procesal civil mediante la nueva redacción dada al párrafo segundo del artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), por Ley 34/1984, de 6 de agosto, y siendo tal proscripción asumida por la regulación de carácter general aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales contenida en los artículos 238 a 243 LOPJ, ya citados.

alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, y siempre que no proceda la subsanación,³³ existen *cuatro vías o cauces*,³⁴ que detallaremos a continuación.

2.7.1. Primera vía: Los recursos legalmente previstos

Es decir, la primera vía se articula a través de la interposición de los recursos previstos en las leyes procesales (art. 240.1); esto significa que cuando contra la resolución correspondiente, en la que se entiende que se ha incurrido en uno o más vicios determinantes de nulidad, quepa interponer alguno de los referidos recursos, tanto ordinarios como extraordinarios,³⁵ en referido recurso se podrá hacer valer la impugnación basada en alguna o algunas de las causas de nulidad o anulabilidad y el órgano judicial, al resolver el recurso, deberá pronunciarse sobre tales impugnaciones [principio de prohibición del *non liquet* (art. 1.7 Cód. Civil, y art. 11.3 LOPJ)].

2.7.2. Segunda vía: Declaración de oficio o hasta sentencia firme o resolución análoga

La segunda vía la representa la declaración por parte del órgano judicial, de oficio o a instancia de parte,³⁶ previa audiencia de las partes, y siempre que no haya recaído sentencia definitiva (art. 240.2 LOPJ). En relación con esta vía es preciso decir que tras un periodo de vacilación, ya superado, en el cual incluso se llegó a interpretar el término *sentencia definitiva*, como equivalente a *sentencia definitivamente ejecutada*³⁷ (así, SSTC 110/1.988, 211, 212 y 213 de 1.989), ha venido a ser interpretado por el TC,

³³ Sobre el concepto de subsanación, así como la jurisprudencia existente sobre la materia, y la necesidad, en su caso, de dar a las partes la posibilidad de subsanar, ya nos hemos referido más arriba; lugar al que nos remitimos.

³⁴ Hasta la citada LO 5/1997, de 4 de diciembre, la jurisprudencia y doctrina era unánime en el sentido de entender que tan sólo existían *tres vías*; tras la citada ley, y por lo que se refiere al régimen de nulidad de actuaciones, tras retocar la denominada segunda vía, *se ha introducido una cuarta vía, creando un nuevo incidente de nulidad de actuaciones*; un estudio en detalle sobre el mismo puede consultarse en LAMO RUBIO, J. de, “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al artículo 1º de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, pendiente de publicación en la fecha en que este trabajo se redacta.

³⁵ Así, por ejemplo: reposición, apelación, reforma, suplica, queja, casación, suplicación, etcétera, según órdenes jurisdiccionales; entendiendo el término recurso en sentido estricto, como el que tan sólo procede contra sentencias o resoluciones que aún no tienen el carácter de firmeza.

³⁶ El apartado 2 del artículo 240 LOPJ ha sido retocado por la LO 5/1997, de 4 de diciembre, en un doble sentido: a) se establece expresamente la posibilidad de que el mini-procedimiento de declaración de oficio de la nulidad de actuaciones pueda ser iniciado “.. a instancia de parte...”; y, b) manteniéndose el límite temporal en la que se continua denominado sentencia definitiva - con el sentido que expondremos a continuación- se añaden las resoluciones de análoga eficacia, por cuanto se agrega la expresión “... o resolución que ponga fin al proceso...” (LAMO RUBIO, J. de., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones..”, *op. cit.*).

³⁷ Sendas visiones y críticas, sobre la STC 110/1.988, se pueden leer en GÓMEZ LIAÑO GONZÁLEZ, “Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario a la S.TC 110/1.988”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1.989-1, págs. 905 y ss., y en GARNICA MARTÍN, J.F., “Nulidad de actuaciones después de sentencia firme”, en *Revista Justicia*, 1990, Tomo IV, págs. 897 y ss.

como equivalente de *sentencia firme*, pero respetando la sentencia definitiva.³⁸ En definitiva, pues, podemos resumir diciendo que la declaración de oficio de nulidad de actuaciones judiciales exige la concurrencia de tres *requisitos*: a) que no haya recaído aún Sentencia firme, en los términos que ya hemos comentado; b) que se dé alguno o algunos de los supuestos de hecho del art. 238.3 LOPJ o del art. 240.1 LOPJ, es decir, que concurren los elementos sustantivos que hagan necesaria esa declaración de nulidad de actuaciones, y, c) que se dé audiencia previa a las partes.³⁹

En cuanto al *trámite de esta declaración de oficio de nulidad de actuaciones*, el mismo no está expresamente desarrollado en la ley; pero, con fundamento en los principios generales del Derecho Procesal y atendiendo a la práctica forense más frecuente, podemos configurar y esquematizar referidos trámites del siguiente modo: 1º) detectado el posible vicio de nulidad (o anulabilidad) por el órgano judicial, o puesto de manifiesto el mismo por alguna de las partes, se dictará proveído⁴⁰ al efecto; 2º) en referida resolución se expresarán con claridad los hechos determinantes del vicio de nulidad y su incardinación jurídica, poniéndose así de manifiesto a las partes, a las cuales se les concede la audiencia previa que preceptúa la ley, en esa misma resolución; 3º) en relación con tal audiencia previa, la misma puede llevarse a cabo mediante la citación de las partes a una comparecencia, o bien otorgándoles un breve plazo, para que por escrito aleguen lo que a su derecho convenga, en relación con la cuestión de

³⁸ En tal sentido se pronunció el Pleno del TC en la citada Sentencia 185/1990, y además en muchas otras en iguales o parecidos términos: Así SSTC 52/1991, 10/1993; etc. En relación con el término sentencia definitiva, la Jurisprudencia constitucional ha pasado, fundamentalmente, por tres momentos o etapas, a saber: a) hasta la STC 110/1988, en que tomaba como base la doctrina mayoritaria (GUASP, GÓMEZ ORBANEJA, GÓMEZ DE LIAÑO, etc..) que entendía por *sentencia definitiva* aquella que resuelve o da solución jurídica a las cuestiones objeto de debate, y contra la cual cabe interponer recurso ordinario o extraordinario (confr. art. 369 LEC), y por *sentencia firme* aquella contra la que no cabe recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario, sin perjuicio de que contra las sentencias firme se admitan determinados remedios procesales, como el mal llamado *recurso de revisión* -vid *infra* nota 47-, la audiencia al rebelde, etc.. (confr. art. 369 LEC y 245.3 LOPJ); pues bien, el TC, partiendo de esa diferenciación, en referida etapa, entendió que procedía declarar nulidad de actuaciones de oficio, *hasta que existiera sentencia firme, pero respetando siempre la sentencia definitiva*: ej., nulidad de notificación, etc.; b) la STC 110/1988, como es conocido, vino a interpretar la expresión *sentencia definitiva* como equivalente de *sentencia definitivamente ejecutada* -vid nota anterior-; c) finalmente, la Sentencia del Pleno del TC 185/1990, ya citada, vino a restablecer la interpretación que se hacía hasta la sentencia de 1.988, comentada, es decir, recuperó la interpretación de la que hemos denominado primera etapa, es decir, hasta que exista sentencia firme, pero respetando siempre la sentencia definitiva, como consecuencia del principio de inmodificabilidad de oficio de las sentencias y demás resoluciones; así, p.ej., nulidad en la notificación de la sentencia, en virtud de la cual, al declarar la misma, se anularía también la declaración de firmeza de la sentencia, pero, respetando la sentencia definitiva, se posibilitaría la interposición del recurso que procediera contra indicada sentencia definitiva, y obtener más tarde, en su caso, en la instancia ulterior la anulación de aquella misma sentencia definitiva, por la vía adecuada a estos fines (en tal sentido es importante la doctrina que se fija en la STC 198/1994, de 4 de julio).

³⁹ Audiencia previa a las partes que es esencial, y cuya ausencia determina, a su vez, la nulidad de la declaración de nulidad así efectuada; incluso aunque tal nulidad de actuaciones se suscite *ex officio* en la segunda instancia (en tal sentido es clarificadora la STC 10/1993, de 18 de enero).

⁴⁰ Que, entendemos, procede adoptar a través de la forma de propuesta de providencia, conforme al art. 290 y 245.1.a) LOPJ.

referencia;⁴¹ 4º) presentadas las alegaciones y/o transcurrido el plazo otorgado, o bien en la otra hipótesis, celebrada la comparecencia, se resolverá la cuestión mediante auto, pues así lo exige el art. 245.1. b) LOPJ;⁴² 5º) contra dicho auto podrán interponerse los recursos ordinarios que quepa interponer contra los autos en el procedimiento concreto en que se dicte el mismo.⁴³

2.7.3.Tercera vía: Demás medios que establezcan las leyes procesales. El recurso de amparo constitucional

También cabe denunciar, y en su caso, declarar, la nulidad de actuaciones, acudiendo a los demás medios que establezcan las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ). En relación con esta tercera vía para declarar actualmente nulidad de actuaciones judiciales, y conforme tiene declarado el TC, cuando contra las situaciones de indefensión jurisdiccional, causadas por esos vicios de nulidad, no estén previstos remedios procesales ante los Tribunales ordinarios, el único remedio, una vez haya recaído sentencia definitiva y firme, es acudir al *recurso de amparo constitucional*, cuyo carácter extraordinario y subsidiario predicado por el art. 53. 2 CE, ha declarado el propio TC, que no se vulnera por el art. 240.2 LOPJ.⁴⁴ En relación con esos otros remedios procesales ante los Tribunales ordinarios - a que ya nos hemos referido-, la doctrina se encuentra dividida, existiendo incluso opiniones contradictorias.⁴⁵ Nos interesa tan sólo llamar la atención sobre esta tercera vía, que viene a quedar reducida, en la mayoría de los supuestos, al recurso de amparo constitucional -salvo que proceda audiencia al rebelde,⁴⁶ o el remedio del mal llamado *recurso* de revisión,⁴⁷ etcétera.-; lo

⁴¹ La praxis más frecuente es que tal audiencia se sustancie en trámite escrito; en cuanto al plazo que se concede a las partes para evacuarla suele ser variable, así, 3, 5, 10 días, etc., en función de la dificultad del caso, y de los dictados de la prudencia en cada supuesto.

⁴² Nótese que indicado precepto dice que las resoluciones judiciales adoptarán la forma de auto, entre otros supuestos, ... “cuando decidan sobre nulidad del procedimiento...”; tratando de un auto directo, sin que proceda ser dictado mediante propuesta del Secretario Judicial, pues se trata de uno de los supuestos excluidos de propuesta, conforme al *in fine* del art. 290 LOPJ.

⁴³ Cierta doctrina entiende que ese auto es irrecurrible, así, a título de ejemplo, puede consultarse: GÓMEZ DE LIAÑO, “Nulidad de actuaciones y la Constitución”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1992-1, pág. 795.

⁴⁴ En tal sentido es clarificador el fundamento jurídico cuarto, en especial el *in fine* de la Sentencia Pleno TC 185/1990, citada, en similar sentido: SSTC 52/1991; 130/1992, 131/1992; 196/1992; 221/1993; 315/1993; etcétera.

⁴⁵ Como significativos de tal exposición pueden consultarse: PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, año 1.994, pág. 7, el cual sigue en su exposición a FERNÁNDEZ GALILEA, en la obra que referido autor cita en su nota 37. También puede consultarse: BENITO ALONSO, F. “La revocación de sentencias firmes recaídas en procesos viciados de nulidad”, en la *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3.432, de 11 de enero de 1.994.

⁴⁶ En relación con la audiencia al rebelde es de sumo interés tener en cuenta la doctrina establecida recientemente por el TC, que tras la Sentencia 15/1996, de 30 de enero, *ha flexibilizado bastante los requisitos* para acceder a tal remedio procesal. Un interesante estudio sobre la misma puede verse en GARBERI LLOBREGAT, J., “La nueva (y polémica) doctrina del Tribunal Constitucional sobre el ‘recurso de audiencia al rebelde’(A propósito de la STC 15/1996, de 30 de enero)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 240, de 4 de abril de 1996.

cual ha ocasionado una desnaturalización del recurso de amparo constitucional, puesta incluso de manifiesto por el entonces Presidente del TS y del CGPJ, en el discurso⁴⁸ pronunciado con ocasión de la solemne apertura del año judicial 1.994/95, y que forzosamente ha de llevar a la búsqueda de soluciones superadoras de tal situación, entre las cuales se encuentra el desarrollo del art. 53.2 CE y otros que propone la doctrina.⁴⁹

2.7.4. Cuarta vía: El incidente de nulidad de actuaciones creado por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Precisamente, la reforma introducida por la LO 5/1997, pretende, como afirma su exposición de motivos, dejar planteada “...en términos más razonables la cuestión del desarrollo legal del apartado 2 del artículo 53 de la Constitución, acerca de la tutela judicial ordinaria, por cauces preferentes y sumarios de los derechos fundamentales...” y añade que siendo “...apremiante superar la indeseable situación, muchas veces repetida, resultante del tenor literal del apartado 2 del artículo 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en virtud del cual no existe cauce para declarar la nulidad de actuaciones por vicio procesal una vez ‘hubiere recaído sentencia definitiva’...” Y a tales efectos, “...la Ley opta por establecer un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible...”; instaurándose un nuevo incidente de nulidad de actuaciones que viene a configurarse como una cuarta vía de declaración de tales vicios, y que se regula en los apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ; a la vista de referida regulación, podemos sintetizar indicado incidente de la siguiente forma:

1º) En cuanto a su *objeto*, decir que de todas los posibles supuestos de nulidad de actuaciones judiciales, tan sólo es posible sustanciar a través del nuevo incidente los dos siguientes: a) aquellos que se fundamenten en “...defectos de forma, que hubieran causado indefensión...”, en relación con los cuales se exigen los siguientes requisitos

⁴⁷ Decimos mal llamado *recurso* de revisión, pues precisamente procede su interposición contra sentencias firmes, contra las cuales, por definición, no cabe recurso; por lo que es más adecuado llamarle de forma distinta a recurso, p.ej., *remedio procesal*, etc.; como se puede comprobar, el art. 245.3 LOPJ incurre en la imprecisión jurídica de referirse -si bien implícitamente- al remedio de la revisión, como un recurso.

⁴⁸ SALA SÁNCHEZ, P., “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1.994/95, leído el 12 de septiembre de 1.994.

⁴⁹ Al respecto interesa tener en cuenta la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 16/1.994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la LOPJ, que dice... “En el plazo de seis meses, a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de Ley de desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución Española”; previsión legislativa que, a la fecha en que estas líneas se escriben (enero de 1998), habiendo transcurrido, con creces, el plazo previsto, no tenemos noticia de que haya sido llevada a cabo; una interesante propuesta sobre el desarrollo del artículo 53.2 CE es la formulada por SERRERA CONTRERAS (“La protección ordinaria de los derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 173, 17 de noviembre de 1994).

para acudir a este cauce procesal, a saber: a') que hayan causado indefensión;⁵⁰ b') que no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso; y, c') que la sentencia, o en su caso, resolución que pongan término al proceso, “..no sean susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida..”; y, b) un segundo grupo de supuestos de nulidad lo constituyen *aquellos que se funden en la incongruencia del fallo de la sentencia o resolución irrecurrible*, que naturalmente exige que la sentencia o resolución tachada de incongruencia “..no sean susceptibles de recurso..”, pues en caso de proceder alguno, deberá hacerse valer tal vicio a través del recurso correspondiente; y, naturalmente, este cauce no procederá cuando tal incongruencia del fallo sea susceptible de ser reparada a través de cualquier otro remedio procesal, señaladamente mediante la denominada *aclaración de sentencias*, que se regula en el artículo 267 LOPJ. En todo caso, sigue sin darse solución a los supuestos de nulidad de actuaciones que se susciten en ejecución de sentencia por hechos posteriores al momento de la firmeza de la sentencia o resolución de análoga eficacia y que no afectan al principio de inmodificabilidad de las sentencias, y para los cuales en caso de no proceder alguno de los recursos o remedios articulados por las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ), deberá acudir, en principio, al recurso de amparo, como ya se ha indicado, pues no tienen tampoco cabida en el nuevo incidente de nulidad de actuaciones analizado.⁵¹

2º) La *competencia* para conocer de este incidente se atribuye al “...mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza...”, de donde resulta que para los supuestos en que la sentencia o resolución análoga hubiere sido recurrida y revocada por el órgano judicial *a quem*, corresponderá a éste la competencia para conocer del nuevo incidente; y si en cambio no hubiera sido revocada, o no hubiera sido recurrida, la competencia corresponderá al órgano judicial que conoció en primera o única instancia del proceso.⁵²

3º) En cuanto a la *legitimación activa*, se establece que el incidente ahora analizado podrá instarse por “parte legítima”, y al respecto se suscita la cuestión acerca de qué hemos de entender como parte legítima; por tal, en principio deberá entenderse las partes personadas, sin perjuicio de que pueda instar el incidente un tercero que no sea parte formal, pero que plantee el incidente, precisamente, porque entienda que debe ser

⁵⁰ Sobre el concepto de indefensión, a efectos de nulidad de actuaciones, ya nos hemos pronunciado con anterioridad, en este mismo trabajo.

⁵¹ Hubiera sido esta reforma una buena ocasión para dar también adecuada solución a esa rica problemática que plantean las *nulidades de actuaciones en ejecución de sentencia y por hechos posteriores a la firmeza de la sentencia*, cuando no proceda recurso o remedio alguno establecido en la ley. Sobre tal interesante problemática ya tuvimos ocasión de pronunciarnos (LAMO RUBIO, J. de., “Nulidad de actuaciones y ejecución de sentencia”, ponencia inédita, expuesta en el curso sobre *Fe Pública y Nulidad de actuaciones*, organizado por el Servicio de Formación de la Secretaría General de Justicia, y que tuvo lugar en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, durante los días 12 al 14 de diciembre de 1.994, en Madrid). Entendemos que, con la reforma analizada, sigue sin darse respuesta adecuada a esa cuestión. ¿Tendremos que esperar a que algún día se instaure una *quinta vía*...?

⁵² No parece razonable que una misma clase de asuntos, sobre todo del tipo de los que estamos tratando, que son cuestiones de orden público, es decir, de *ius cogens*, pueda estar atribuido su conocimiento a una u otra clase de órgano judicial, a voluntad indirecta de las partes

parte en el concreto proceso al que no fue llamado en forma; en cuanto a la *legitimación pasiva*, a pesar de nada expresar el precepto, la tendrán el resto de partes del proceso en que se sustancie el incidente.

4º) El *plazo* para pedir la nulidad “...será de veinte días, desde la notificación de la sentencia, la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión...” (art. 240.3); matizando que en los supuestos en que se pretenda computar el plazo desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, en ningún caso puede “...solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución...”.

5º) En cuanto a la *tramitación* se establecen las líneas esenciales en la norma comentada, a cuyo tenor podemos indicar lo siguiente: a) la petición de nulidad que se pretenda sustanciar por el nuevo incidente deberá formularse mediante escrito (art. 240.3); a dicho escrito pueden acompañarse los documentos que se estimen conducentes a acreditar lo que se alegue (“...para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde..”, dice el apartado 4 del artículo 240 LOPJ), y copia para las restantes partes, tanto del escrito como de los documentos; b) presentado el escrito, varias con las hipótesis que se pueden dar: a’) si no se trata de un supuesto de nulidad de actuaciones de los que dan entrada a este incidente, o bien si ha transcurrido el plazo para solicitar la incoación del mismo, procederá inadmitir a trámite el escrito, pues así se deriva tanto del *in fine* del artículo 240.3 LOPJ, como del carácter restrictivo del nuevo incidente de nulidad. Nada se dice sobre la forma que ha de adoptar tal decisión; evidentemente, conforme a las normas generales [confr. art. 245.1.b) LOPJ] deberá ser mediante auto. Tampoco se dice nada acerca del régimen de recursos contra esa resolución de inadmisión; ante el silencio legal entendemos que se aplicará el régimen de recursos ordinarios que contra los autos procedan en la clase de procedimiento en que se sustancie la petición que se inadmite; b’) caso de no presentarse copias con el escrito y documentos acompañados, y, si *prima facie*, proceda la admisión del escrito, procederá, con carácter previo el requerimiento a la parte para que, en el breve plazo que se le señale, las aporte, con apercibimiento de que caso contrario serán expedidas a su costa; dictando al efecto providencia, adoptada mediante la preceptiva propuesta del Secretario Judicial [arts. 245.1.a) y 290 LOPJ]; y, c) finalmente, en aquellos supuestos en que se cubran los requisitos establecidos, ya detallados, se procederá a admitir a trámite la petición formulada. Tampoco, en este supuesto, se dice la forma que ha de adoptar esta decisión; al respecto, entendemos que se aplicarán las normas generales [art. 245.1.a) y 290 LOPJ], y en consecuencia se tratará de una providencia, adoptada mediante propuesta del Secretario Judicial. En referida resolución admitiendo a trámite el incidente de nulidad de actuaciones junto con la decisión de admisión a trámite, se acordará además dar traslado, a las demás partes, por un plazo común de cinco días, para que puedan “...formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañaran los documentos que estimen pertinentes...” (*in fine* del art. 240.4 LOPJ).⁵³

⁵³ En el supuesto de admisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones, se suscitan varios interrogantes, algunos de los cuales dejamos tan sólo apuntados; así, p. ej., acerca de la eficacia suspensiva o no de tal admisión sobre la sentencia o resolución a la que se achaca el vicio de nulidad, dada la deficiente regulación que sobre este aspecto efectúa el art. 240.4 LOPJ; o la relativa a si el incidente debe tramitarse en los autos principales, o bien en pieza separada, sobre cuyo particular nada

6º) En relación con la *resolución* que ponga término al incidente nada se dice en la ley sobre la clase de resolución que ha de poner término al incidente analizado. Ante el silencio legal hemos de acudir a las normas generales, y así, a tenor del contenido del artículo 245.1.b) LOPJ -que, precisamente, establece que las resoluciones judiciales adoptarán la forma de auto, entre otras, en aquellos supuestos en que se resuelva sobre nulidad del procedimiento- entendemos que deberá adoptar la forma de auto,⁵⁴ que estará excluido del régimen de propuesta a que se refiere el artículo 290 LOPJ; referida resolución puede tener dos contenidos alternativos: a) denegar la declaración de nulidad de actuaciones interesada; o, b) declarar la nulidad de alguna, algunas o todas actuaciones judiciales, incluida la sentencia firme, y sin perjuicio del principio de conservación de los actos procesales, a que se refiere el art. 242 LOPJ, ya comentado.

7º) Finalmente, en relación con *los recursos* procedentes contra indicada resolución tampoco se establece nada en la norma comentada; ante el silencio legal, y por las mismas razones dadas en relación con el mini-procedimiento del artículo 240.2 LOPJ, al que nos hemos referido más arriba, entendemos que contra dicho auto podrán interponerse los recursos ordinarios que quepa interponer contra los autos en el procedimiento concreto en que se dicte el mismo.⁵⁵

3. Novedades del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de nulidad de actuaciones judiciales

3.1. En general

indica la norma comentada; también se suscita la cuestión relativa a si se posible admitir otros medios de prueba distintos a la documental a que se refiere el apartado 4 del art. 240 LOPJ (LAMO RUBIO, J. de, “El nuevo incidente de nulidad...”, *op. cit.*).

⁵⁴ Postura que ya mantuvimos con ocasión del proyecto de reforma de 1994 (LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, de 10 de febrero de 1994, en el que se comentaba el proyecto de reforma de la LOPJ de 1994, que luego daría lugar a la citada Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, que contenía un artículo undécimo en el cual se añadía un apartado 3 al artículo 240 LOPJ, modificación que, finalmente, no prosperó); en aquella ocasión y con motivo de indicado proyecto de reforma, a favor de que adoptará la forma de sentencia, por entenderla incardinable en el art. 245.1.c) LOPJ, se mostraba PÉREZ-CRUZ MARTÍN (“Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, año 1994, pág. 13).

⁵⁵ En relación con el proyecto de reforma de 1994 mantuvimos que la previsión de irrecurribilidad parecía “...acertada para aquellos supuestos en que se acceda a la nulidad de actuaciones, pues contra la nueva sentencia que se dicte, una vez repuestas las actuaciones, sí que podrá interponerse el correspondiente recurso; pero, en cambio, parece poco acertada tal inimpugnabilidad en aquellos supuestos en que se desestime la pretensión, pues tal como está regulado el tema, ahí acaba el incidente, entendemos que quizá podría articularse que contra la resolución que desestime el incidente pueda interponerse el mismo recurso que estuviera previsto contra la sentencia en esa concreta clase de procedimiento, donde supuestamente se hubiera producido la nulidad de actuaciones, si bien dicho recurso debería ser admisible en un sólo efecto...” (LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente...”, *op. cit.*). En cambio, con la regulación que en definitiva se contiene en la reforma del 1997, al no existir previsión legal alguna, parece más acertado mantener la tesis de admisibilidad del régimen de recursos que procedan en el concreto procedimiento de que se trate contra los autos.

El ALEC dedica los artículos 224 al 229 a la regulación de lo que denomina “nulidad de las actuaciones judiciales”; referidos preceptos constituyen el contenido del capítulo IX, integrado dentro del Título V, titulado “De las actuaciones del juicio”, a su vez ubicado dentro del Libro I, que se refiere a las “Disposiciones generales”. Si comparamos esta propuesta de regulación con la existente en la vigente LEC, sobre la misma materia, resulta lo siguiente: a) que el ALEC contiene una regulación sistemática de la materia referida a la nulidad de actuaciones, a diferencia de la LEC, que carece de la misma; b) que indicada propuesta de regulación guarda bastante similitud con la existente, con carácter general, en la LOPJ, que ya ha sido analizada, limitándose, prácticamente, a introducir pequeños retoques; c) que además de esa sistemática regulación, se encuentran dispersas por el articulado del texto analizado, menciones o regulaciones fragmentarias de la nulidad, a similitud de lo que también sucede en la vigente LEC, y que tan sólo son particularizaciones de ese régimen general; así, a título de ejemplo cabe citar los artículos: 65.3 y 4, 164, 213, 223, 590, etcétera, todos ellos del ALEC; y, d) finalmente, que de aprobarse esta propuesta de regulación, la misma regiría de forma directa para el proceso civil, y supletoriamente para el resto de órdenes jurisdiccionales, dada la pretensión del ALEC de convertirse en *ley procesal común*, como afirma su exposición de motivos. Corresponde, por tanto, efectuar a continuación un estudio sistemático de tal propuesta de regulación,⁵⁶ contrastándola con la existente en la LOPJ, y a la vista del estudio que de la misma antecede.

3.2. Nulidad de pleno derecho

La nulidad de pleno derecho pretende regularse en los arts. 224 y 225, cuyo tenor es el siguiente:

Art. 224. Nulidad de pleno derecho.- *Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

- 1.º Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.*
- 2.º Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.*
- 3.º Cuando se infrinja el principio de audiencia o se prescinda sustancialmente de las normas de procedimiento establecidas por la ley.*
- 4.º Cuando se realicen sin intervención de Abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria.*
- 5.º En los demás casos en que esta Ley así lo establezca.*

Art. 225. Modo de proceder en caso de intimidación o violencia.- *1. Los tribunales cuya actuación se hubiere producido con intimidación o violencia, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán la formación de causa contra los culpables, poniendo los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal.*

2. También se declararán nulos los actos de las partes o de personas que intervengan en el proceso si se acredita que se produjeron bajo intimidación o

⁵⁶ En las menciones o citas de artículos que realicemos a continuación, y salvo expresión en contrario, nos estaremos refiriendo a los contenidos en el ALEC.

violencia. La nulidad de estos actos entrañará la de todos los demás relacionados con él o que pudieren haberse visto condicionados o influidos sustancialmente por el acto nulo.

Lo primero que llama la atención de esta regulación es la expresa referencia a *actos procesales*, en vez de “actos judiciales” como preceptúa el art. 238 LOPJ; de modo que así se zanja la discusión sobre si se incluían o no en el régimen de nulidad de actuaciones judiciales todos los actos procesales o tan sólo los judiciales; en todo caso, como ya hemos expuesto, la doctrina era mayoritaria en el sentido de entender que el régimen de nulidad de actuaciones contenido en la LOPJ se refiere a toda clase de actos procesales, a pesar de la mención que en el citado precepto se realice tan sólo a una clase de ellos (los actos judiciales). Entrando en la consideración de los *motivos de nulidad de pleno derecho*, y siguiendo la misma sistemática ya utilizada en relación con la LOPJ, interesa resaltar lo siguiente:

A) En cuanto al *primero de ellos*, se retoca la redacción en relación con la del art. 238.1 LOPJ, por cuanto se deja de hablar de “...manifiesta falta..”, siendo ahora tan sólo precisa la “...falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional”, y se matiza la forma de producción de esos actos nulos, por cuanto se dice que lo serán cuando “...se produzcan por o ante tribunal...”, dando así expresa cabida a la posibilidad de incluir en este motivo de nulidad actos procesales de las partes; en lo demás, el motivo sustancialmente se mantiene igual que en la LOPJ.

B) En relación con el *segundo de los motivos de nulidad de pleno derecho*, que se contempla en el art. 224.2º en relación con el 225, nótese que se suprime la mención, en cuanto a la intimidación, sobre que ésta fuere “..racional y fundada en un mal inminente y grave”, a que se refiere el art. 238.2 LOPJ; en cuanto a la forma de proceder en esos casos, cuando se trate de órganos judiciales cuya actuación se hubiere producido con intimidación o violencia, el art. 225.1 mantiene prácticamente el mismo régimen contemplado en el art. 239 LOPJ y en el 442 LEC, concretando lo relativo a la promoción de causa contra el culpable, a que se refiere la regulación vigente, por la necesidad de poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 225.1 *in fine*); en cambio, constituye importante novedad el art. 225.2, por cuanto expresamente se refiere a los actos de las partes o de terceros que intervengan en el proceso y se hubieren producido bajo intimidación o violencia, para darles un tratamiento procesal similar a los actos judiciales; regulación que clarifica este motivo de nulidad, y acoge la tesis doctrinal mayoritaria que también, con la actual regulación, entiende que en esos supuestos son susceptibles de incluirse toda clase de actos procesales.

C) El *tercero de los motivos de nulidad de pleno derecho*, existente en la LOPJ presenta una injustificada disociación en el ALEC, por cuanto aparentemente se recoge en los apartados 3º y 4º del art. 224 comentado. Con carácter general se observa que la regulación propuesta omite cualquier referencia a la necesaria presencia de *indefensión real y efectiva*; entendemos desacertada tal omisión, pues evidentemente son muchos los defectos procesales que pueden darse sin indefensión, y que por tanto parece exagerado llevarles todos ellos a la nulidad de pleno derecho, sobre todo a la vista de la abundante jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria, existente al respecto, que

con carácter general viene entendiendo que en esos casos, como mucho estaremos en presencia de supuestos de anulabilidad, nunca de nulidad de pleno derecho, radical o absoluta; insistimos, entendemos necesaria la presencia de indefensión para producirse la nulidad de pleno derecho, por lo que, en este aspecto la regulación propuesta se considera deficiente. Entrando ya en los submotivos que se contemplan, decir que cuando se habla de que “...se prescinda sustancialmente de las normas de procedimiento establecido por la ley..” (art. 224.3º) se está matizando el submotivo primero de los contemplados en el art. 238.3 LOPJ que exige, como vimos, que se prescinda total y absolutamente de tales normas; ahora, en la regulación propuesta se suavizan tales exigencias, pues no es lo mismo prescindir sustancialmente de algo, que prescindir total y absolutamente. Cuando se habla de infracción del principio de audiencia, evidentemente se está recogiendo una de las posibilidades del segundo submotivo del actual art. 238.3 LOPJ, con la única excepción, de que en el art. 224.3º no se exige que se produzca efectiva indefensión; finalmente, cuando el art. 224.4º declara nulos los actos procesales que se realicen sin intervención de Abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria, se está recogiendo la infracción de los principios de asistencia y de defensa a que se refiere el segundo de los submotivos del art. 238.3 LOPJ, si bien, insistimos, ahora no se exige la presencia de indefensión.

D) Finalmente, el art. 224 en su apartado 5º contiene una cláusula general por cuanto establece que también serán nulos de pleno derecho los actos procesales “...en los demás casos en que esta Ley así lo establezca”, de modo que evidencia la ausencia de carácter absoluto de *numerus clausus* de los motivos de nulidad previstos en el art. 224, y aglutina en esa rúbrica los demás motivos de nulidad que, no siendo encajables en ninguno de los anteriores, se prevean expresamente en el ALEC, configurando así un sistema de *numerus clausus* relativo.⁵⁷

3.3. Anulabilidad

En cuanto a la denominada anulabilidad de actos procesales, la misma se contempla en el art. 226.1 en términos idénticos a los previstos en el art. 240.1 LOPJ, ya comentado, por lo cual las observaciones que entonces realizamos son trasladables a este lugar.

3.4. Subsanación

⁵⁷ El texto del ALEC contiene disperso a lo largo de su articulado menciones a la nulidad de determinados actos, la mayoría de ellas encuadrable en alguna de las causas de nulidad analizadas, y otras incluso en supuestos de anulabilidad o nulidad relativa: así, p.ej. las del art. 65.3 y 4, en relación con el reparto de asuntos, son reconducibles al segundo submotivo del art. 224.3º; igual consecuencia cabe predicar de la previsión del art. 223 cuando establece la nulidad de las diligencias de ordenación que decidan cuestiones que deban ser resueltas por auto o sentencia; en cambio la previsión del artículo 164 sobre nulidad y subsanación de los actos de comunicación, traslada tal regulación a configurar en realidad una causa de nulidad relativa, a las que ya nos hemos referido al hilo de análisis de la anulabilidad. Quizá podría ser encuadrable dentro de la cláusula de remisión del apartado 5º del art. 224 la contenida en el art. 590.1 cuando establece que “...será nulo el embargo sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste..”.

Art. 229. Subsanción.- *El tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la ley, siempre que ésta no determine un efecto distinto.*

En términos generales, tal regulación encuentra su equivalente en el art. 243 LOPJ, ya comentado, si bien se observa el mandato expreso a los órganos judiciales para que posibiliten tal subsanción, en los términos ya expuestos, y como proyección de lo establecido en el artículo 24 CE y 11.3 LOPJ, así como la abundante jurisprudencia existente al respecto.

3.5. Conservación de los actos procesales

Lo relativo al principio de conservación de los actos procesales se recoge en el art. 228, en regulación prácticamente idéntica -a salvo de algún retoque gramatical- a la contenida en el art. 242 LOPJ, lo que nos releva de mayores comentarios.

Art. 228. Conservación de los actos.- *1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido no pudiere haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.*

2. La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo acto que sean independientes de aquélla.

3.6. Actos irregulares

En cuanto a los actos irregulares, a similitud de la regulación contenida en la LOPJ, tan sólo se contiene regulación específica en relación con las actuaciones judiciales realizadas fuera de plazo, en el art. 227, en idénticos términos a lo establecido en el art. 241 LOPJ, y gravitando sobre la esencialidad o no del término;⁵⁸ en cuanto a los actos procesales de las partes, se mantiene, con carácter general, la improrrogabilidad de los plazos (art. 133.1), sin perjuicio de su interrupción - y esto constituye novedad-, en caso de fuerza mayor, y en los términos establecidos en el art. 133.2 ALEC.

3.7. Aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones

A) En general

Bajo el epígrafe de “declaración de nulidad”, se pretende recoger en el art. 226 lo relativo al denominado aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones, en regulación que recuerda a la actualmente vigente, que ya ha sido analizada, si bien se contienen algunas novedades que pasamos a considerar. Por lo que se refiere a la denominada *primera y segunda vías* apenas se contemplan modificaciones dignas de reseñar; así, en este aspecto, el apartado 1 del art. 226 es fiel trasunto del art. 240.1 LOPJ, en cuanto a que, con carácter general, la primera vía ha de venir constituida por

⁵⁸ Complemento del mismo es el art. 213 cuando establece que “1. Las providencias, los autos y las sentencias serán dictadas dentro del plazo que la ley establezca.- 2. La inobservancia del plazo dará lugar a corrección disciplinaria, a no medias justa causa, que se hará constar en la resolución”.

los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate;⁵⁹ en cuanto a la denominada declaración de oficio, o segunda vía, se contempla en el artículo 226.2 con redacción similar a la contenida en el art. 240.2 LOPJ con posterioridad a la reforma operada mediante Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, ya comentada, con la única matización consistente en sustituir la expresión “...sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso...”, que contiene el art. 240.2 LOPJ, por la expresión abreviada de “...resolución que ponga fin al proceso...”. En todo caso, la problemática que suscitan estas dos vías ya han sido analizadas, remitiéndonos a lo ya indicado.

B) Modificaciones en relación con la tercera vía: Especial consideración de la audiencia al rebelde y del recurso de revisión

En cuanto a la que hemos denominado *tercera vía*, lo primero que llama la atención es la ausencia de expresa remisión a la misma; pues nótese que encontraba su razón de ser en la mención que contiene el *in fine* del apartado 1 del art. 240 LOPJ, cuando se refiere a “...los demás medios que establezcan las leyes procesales...”; omisión que no tiene explicación alguna, salvo que se pretenda entender incluidos esos remedios procesales dentro de la expresión “...recursos..”, que contiene el art. 240.1 LOPJ, lo cual sería incurrir en un grave error conceptual, pues es bien conocido, como ya hemos expuesto, que precisamente los remedios procesales que se incluyen en esta tercera vía no son propiamente recursos, pues proceden precisamente contra sentencias o resoluciones firmes, y los recursos, tanto ordinarios, como extraordinarios, tan solo proceden contra sentencias o resoluciones que carecen del carácter de firmeza.⁶⁰ Entre esos remedios procesales se incluyen, como vimos, la audiencia al rebelde, el mal llamado *recurso* de revisión, y el recurso de amparo constitucional. Curiosamente, el ALEC regula los dos primeros remedios y lo hace en títulos independientes del que dedica a los recursos,⁶¹ y en tal regulación evita llamarles recursos, pues no utiliza tal expresión, sino que habla de “audiencia al demandado rebelde” o de “revisión de sentencias firmes”; en cuanto al recurso de amparo constitucional, evidentemente el ALEC no puede afectarle, y como es sabido su regulación, con entronque en el art. 161 y siguientes de la CE, se encuentra en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (arts. 41 y ss.), y no se trata de un recurso, en el sentido técnico procesal del término, sino que en realidad es un proceso constitucional. Es evidente, pues, que tales remedios procesales continúan existiendo, y a pesar de que el ALEC no se refiera a ellos, en la regulación que efectúa en relación con el aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones, han de entenderse como constitutivos de la denominada

⁵⁹ Sin perjuicio de la posibilidad, que tienen las partes, en determinados supuestos, de poder dirigir escrito al órgano judicial que entienda del asunto, “...si no existiera resolución expresa frente a la que recurrir..”, precisamente solicitando que se dicte la resolución que se estime pertinente “...para remediar la infracción alegada...”, conforme establece el art. 565.1.3º ALEC, para el caso de infracciones cometidas por el órgano judicial durante el curso de la ejecución.

⁶⁰ “...cierto que ese denominado recurso de audiencia al rebelde no tiene naturaleza de recurso ordinario y ni siquiera de recurso, puesto que es, simplemente, un *medio extraordinario rescisorio de sentencias firmes*, como lo es, en otra esfera, el recurso de revisión...” (STC 5/1997, de 13 de enero).

⁶¹ Así, el Título II del Libro II se dedica a los recursos (arts. 454 a 499); el Título III del Libro II se dedica a la rebeldía, rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde (arts. 499 a 511); y el Título IV del Libro II se dedica a la revisión de sentencia firmes (arts. 512 a 529).

tercera vía, y como algo diferente a los recursos (primera vía); en todo caso, sería deseable que se retocara el precepto comentado, en el sentido de equivaler su redacción con la que actualmente tiene la LOPJ en este punto, y en torno a la cual existe una consolidada doctrina y jurisprudencia. En relación con estos remedios procesales, tan sólo interesa ahora llamar la atención acerca de la nueva regulación de la rebeldía y de la audiencia al demandado rebelde (arts. 499 y siguientes), que se ha flexibilizado bastante en relación con la regulación contenida en la vigente LEC, y en cuya regulación es notoria la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia.⁶²

C) En relación con la cuarta vía

En los apartados 3 y 4 del art. 226 se contiene la regulación de un *incidente de nulidad de actuaciones* en términos idénticos⁶³ al que recientemente se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ, ya comentada; por tanto, no existe novedad alguna que reseñar en relación con esta cuarta vía; y por tanto, continúan sin darse respuesta a los problemas que plantea indicado incidente, como pueden ser los relativos a la clase de resolución que ha de ponerle término, al régimen de recursos contra la misma, etcétera; aspectos sobre los que ya nos hemos pronunciado al tratar sobre la actual regulación de referido incidente, siendo válidas las observaciones allí efectuadas en relación con la propuesta de regulación que formula el ALEC, dada la identidad existente entre ambas en este aspecto.

III. SISTEMA DE RECURSOS EN EL ANTEPROYECTO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

⁶² En relación con la audiencia al rebelde es de sumo interés tener en cuenta la doctrina establecida recientemente por el TC, que tras la Sentencia 15/1996, de 30 de enero, *ha flexibilizado bastante los requisitos* para acceder a tal remedio procesal. Un interesante estudio sobre la misma puede verse en GARBERRI LLOBREGAT, J., “La nueva (y polémica) doctrina del Tribunal Constitucional sobre el ‘recurso de audiencia al rebelde’ (A propósito de la STC 15/1996, de 30 de enero)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 240, de 4 de abril de 1996. En la propuesta de regulación contenida en el ALEC se amplían los supuestos de rebeldía a fin de evitar situaciones materiales de indefensión, tales como el desconocimiento por el demandado del proceso “...debido a una notificación viciada de nulidad o completamente ineficaz...” (art. 502), lo cual es considerado positivo por la doctrina (así, GIMENO SENDRA, V., “El recurso de ‘amparo judicial’ y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista Jurídica La Ley*, 17 de noviembre de 1997). La cita contenida en este artículo, se refiere al texto del Borrador ALEC 1997; tal precepto no tiene equivalente en el ALEC 1998, si bien, entre los casos en que procede la audiencia al rebelde, ahora se recoge “...el desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando la citación o emplazamiento se hubieren practicado por cédula, a tenor del artículo 160, *pero ésta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable*” (art. 504.2º), lo cual también implica una ampliación de los supuestos de rebeldía a fin de evitar situaciones materiales de indefensión.

⁶³ A salvo de una pequeña mejora técnica, que afecta a la redacción del apartado 3, por cuanto ahora dice que “...*siempre que los primeros no hayan sido posible denunciarlos antes de recaer...*” (art. 240.3 LOPJ), y en el ALEC se dice que “...*siempre que no haya sido posible denunciar los primeros antes de recaer...*” (art. 226.3 ALEC)

1. Planteamiento

Como ya hemos tenido ocasión de apreciar, la primera vía a través de la cual denunciar y, en su caso, declarar la nulidad de todas o algunas de las actuaciones judiciales la constituye los recursos previstos en las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ); el derecho de acceso a los recursos ha sido ampliamente abordado por el Tribunal Constitucional que, tratando de precisar el contenido del art. 24.1 CE, ha distinguido entre el derecho de acceso a la jurisdicción, que nace directamente de la Constitución y es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en dicho precepto, y el derecho de acceso a los recursos contra las resoluciones judiciales, que es un derecho de configuración legal que no nace *ex Constitutione* sino de lo que, en cada momento, hayan dispuesto las leyes procesales; y así, ha afirmado lo siguiente.

“... el acceso a la justicia como elemento esencial del contenido de la tutela judicial, consistente en provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión de un Juez (STC 19/1981 [RTC 1981\19]). En este acceso, o entrada, funciona con toda su intensidad el principio *pro actione que*, sin embargo, ha de ser matizado cuando se trata de los siguientes grados procesales que, eventualmente puedan configurarse. El derecho a poder dirigirse a un Juez en busca de protección para hacer valer el derecho de cada quien, tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la propia Ley Suprema. En cambio, que se revise la respuesta judicial, meollo de la tutela, que muy bien pudiera agotarse en sí misma, es un derecho cuya configuración se defiende a las leyes. Son, por tanto, cualitativa y cuantitativamente distintos.

El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan salvo en lo penal (SSTC 140/1985 [RTC 1985\140], 37/1988 [RTC 1988\37], y 106/1988 [RTC 1988\106]). No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983 [RTC 1983\3])...”

Auto TC 100/1996, de 24 de abril de 1996

“...como ya se afirmó en la temprana STC 3/1983, es diferente el relieve constitucional del derecho de acceso a la jurisdicción y el de acceso a los recursos legalmente establecidos, resultando éste mero colorario de aquél en cuanto el derecho de acceder a la justicia no viene otorgado por la ley sino por la Constitución misma. De ahí, la diferente transcendencia que desde la perspectiva constitucional cabe otorgar a uno o a otro, pues es distinto el enjuiciamiento que puedan recibir las normas, y la aplicación que de ellas se haga, según actúen

como impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción o simplemente como limitadoras de un recurso contra una decisión anterior en un proceso con todas las garantías (SSTC 3/1983 y 249/1994). La aplicación de aquéllas puede eliminar el derecho a someter el caso a un Juez y la de las segundas solamente privaría de la revisión de la respuesta judicial ya pronunciada en la Sentencia de instancia, con lo cual se habría satisfecho el núcleo fundamental del derecho reconocido en el art. 24.1. CE en cuanto a derecho a obtener la tutela judicial efectiva del juez (STC 255/1993).

La diferencia entre ambos supuestos se precisó en la STC 37/1995, y posteriormente STC 58/1995, afirmando en ellas que “el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en materia penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988). Como consecuencia de ello, “el principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión cuya es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos”. Como también hemos declarado reiteradamente “no corresponde a este Tribunal indicar la interpretación que ha de darse a la legislación ordinaria, pues esta función se atribuye en exclusiva a los Tribunales del orden judicial correspondiente” (STC 274/1983, con cita de las anteriores 164/1991, 192/1992, 101/1993). O dicho con otras palabras, no es nuestra función constitucional “examinar la interpretación legal hecha por los Tribunales, salvo que, en cuanto manifiestamente arbitraria o claramente errónea, determine una consecuencia contraria al derecho fundamental” (STC 58/1995)..”

Sentencia TC 176/1997, de 27 de octubre. Pont. Sr. Vives Antón

El ALEC tiene el mérito de efectuar un tratamiento unitario y sistemático de la materia relativa al sistema de recursos, y así, dedica a la misma el Título II del Libro II, de modo que dentro de indicado Libro que lleva por rúbrica “de los procesos declarativos ordinarios”, el Título II, bajo el epígrafe “de los recursos”, se estructura en siete capítulos, con el siguiente contenido: Capítulo I dedicado a las “disposiciones generales sobre los recursos” (arts. 454-456); capítulo II, “del recurso de reposición” (arts. 457-460); capítulo III, “del recurso de apelación y de la segunda instancia” (arts. 461-473); capítulo IV “del recurso de extraordinario por infracción procesal” (arts. 474-481); capítulo V, “del recurso de casación” (arts. 482- 492); capítulo VI, “del recurso en interés de la Ley”(arts. 493-496); y, capítulo VII, “del recurso de queja”(arts. 497- 498). También con acertado criterio deja fuera del Título II y lo regula en títulos independientes, lo relativo a la rebeldía y la “rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde” (Título III, del Libro II : arts. 499-511), y “la revisión de sentencias firmes” (Título IV, del Libro II : arts. 512- 519), pues, como ya hemos tenido ocasión de razonar, ni la audiencia al rebelde, ni la revisión de sentencias firmes son propiamente recursos, sino que se trata, en realidad de remedios procesales contra

sentencias firmes; de ahí que entendamos acertada⁶⁴ la regulación que se propone en el ALEC; finalmente, en parte de las disposiciones transitorias, se contiene la regulación necesaria a fin de dar la adecuada seguridad jurídica a las múltiples situaciones de derecho intertemporal que se pueden suscitar, de entrar en vigor la regulación contenida en el texto analizado.

Razones sistemáticas, nos conducen a tratar de la normativa propuesta en relación con la regulación del *sistema de recursos*, entendido en *sentido estricto*, es decir, nos ocuparemos, fundamentalmente, del estudio del Título II del Libro II, ya desglosado. La doctrina entiende por recurso el mecanismo apto para impugnar, consistente en el acto procesal de parte que frente a una resolución impugnada pide la actuación de la ley a su favor⁶⁵ (CORTES DOMÍNGUEZ); es decir, el recurso procede precisamente contra resoluciones que carezcan de fuerza de cosa juzgada formal, entendida ésta como equivalente a firmeza o carácter de inimpugnabilidad; pues, precisamente, como afirma el propio ALEC, “..son resoluciones firmes aquellas contra las que no quepa recurso alguno” (art. 208.2). Dentro de las clasificaciones usuales acerca de los recursos, es posible distinguir, atendiendo a la limitación o no de los motivos de impugnación, entre *recursos ordinarios* y *extraordinarios*, de forma que los primeros pueden interponerse fundados en cualquier motivo de impugnación; y en cambio los extraordinarios tienen tasados los motivos por lo que procede su interposición; también se distingue, atendiendo a si el conocimiento del recurso corresponde al mismo órgano que dictó o no la resolución impugnada, entre *recursos devolutivos*, en los que el recurso ha de ser conocido por un órgano judicial distinto al que dictó la resolución atacada por el recurso, y *no devolutivos*, que son conocidos por el mismo órgano judicial que dictó la resolución recurrida.

Desde esta perspectiva conviene avanzar que los recursos que se regulan en el Título II del Libro II son propiamente recursos, salvo uno de ellos, el denominado “recurso en interés de la ley”, que procede precisamente contra sentencias firmes divergentes de las Salas de lo Civil y Penal, actuando como Salas de lo Civil, de los Tribunales Superiores

⁶⁴ En similar sentido se pronuncia GARBERI LLOBREGAT, que afirma que “...con muy bien criterio sistemático (...) se han separado del anterior conjunto normativo las disposiciones reguladoras de la “audiencia al rebelde” y de la “revisión de sentencias firmes” (...) que, como de todos es sabido, no constituyen verdaderos recursos, sino, en realidad, acciones autónomas de impugnación...” (GARBERI LLOBREGAT, J., “La ‘segunda instancia’ en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista Jurídica La Ley*, 18 de noviembre de 1997).

⁶⁵ CORTES DOMÍNGUEZ, V., en la obra colectiva con GIMENO SENDRA, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal. Proceso civil*, Tirran lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 277 y ss. Matizando aún ese concepto, se distingue, entre *recurso* y *medio de gravamen*; distinción que parte, a su vez de diferenciar un doble orden de motivos por los que puede estar viciada la resolución impugnada: de una parte los *vicios de actividad*, que consisten en irregularidades en algunos de los actos externos que componen la resolución y el proceso que la antecede, de modo que la resolución impugnada supone una actividad contraria a la ley; y, *defectos de juicio* que hacen referencia a las equivocaciones o desviaciones que sufre el juez en la labor lógica que debe llevar a cabo en ese acto de pensamiento que conocemos por sentencia, auto o resolución, de modo que la misma atribuye a la ley una voluntad distinta a la que realmente tiene. El *gravamen* existe cuando hay una diferencia entre lo pedido al juez y lo que éste concede y cuando la diferencia entre lo pedido u lo concedido perjudica a la parte. Y así, el *medio de gravamen* “...es el mecanismo procesal adecuado para luchar contra las sentencias que consideramos equivocadas, y por tanto perjudiciales...” (CORTES DOMÍNGUEZ, V., *op. cit.*, pág. 276).

de Justicia, regulado en el capítulo VI de indicado Título II (arts. 493-496), por cuanto procede, precisamente contra sentencias firmes; no obstante, el redactor del ALEC es consciente de ello, pues se afirma en la exposición de motivos que “...no se trata, es cierto, de un recurso en sentido propio, pues la sentencia que se dicte no revocará otra sentencia no firme ni rescindirá la firme, pero se opta por esta denominación, en aras de lo que resulta, por los precedentes, más expresivo y comunicativo...”;⁶⁶ el resto de los medios de impugnación regulados en indicado Título II son propiamente recursos, y dentro de ellos existen recursos ordinarios (p. ej., apelación), extraordinarios (p.ej., casación), no devolutivos (p.ej., reposición), devolutivos (apelación, casación, extraordinario por infracción procesal, etcétera).

2. Disposiciones generales

El capítulo I del Título II del Libro II ahora examinado, bajo el epígrafe de “disposiciones generales sobre los recursos”, contiene tres preceptos que se dedican a regular básicamente lo relativo al derecho a recurrir, cómputo del plazo para recurrir, a la necesidad de consignar determinadas cantidades, en alguna clase de procesos, para acceder al recurso, y finalmente sobre el desistimiento de los recursos.

A) *Derecho a recurrir.* Se establece en el art. 454.1 que “contra las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente podrán las partes interponer los recursos previstos en la ley”, con lo que se está limitando el precepto a recoger la doctrina general existente sobre acceso a los recursos, por cuanto a) configura el recurso como un acto procesal de parte; b) parece exigir la presencia de un gravamen, entendido como perjuicio entre lo solicitando y lo concedido, requisito que se contiene implícitamente en la expresión “...que les afecten desfavorablemente...”; pero, como veremos, no todos los recursos requieren gravamen; y c) limita la posibilidad de recurrir a lo previsto en la ley, acogiendo la doctrina jurisprudencial ya examinada, en el sentido de que es posible que el legislador ordinario diseñe un sistema de recursos en el que se contemple la exclusión de recurrir determinadas resoluciones, o materias; así, tan sólo a título de ejemplo, pueden encontrarse manifestaciones de esas limitaciones, en el sentido de excluir de recurso determinadas resoluciones, en los siguientes artículos: 112.2; 126.4; 240.3; 332.3; 458.II; 460; 532.4; 713.1, etcétera.

B) *Cómputo del plazo para recurrir.* En el artículo 454.2 se recoge una norma específica acerca del cómputo de los plazos para recurrir, al señalar que “...se contarán desde el día siguiente al de la notificación de la resolución que se recurra, o, en su caso, a la notificación de su aclaración o de la denegación de ésta...”, precepto que es una mera concreción del régimen general establecido en el artículo 132.

⁶⁶ Aunque, al afirmar como argumento para excluir al denominado “recurso en interés de la Ley”, de entre los recursos, el consistente en que “no rescindirá la firme...”, parece que se está implícitamente, aceptando que los medios de impugnación que rescinden sentencias firmes - p.ej., audiencia al rebelde, o revisión de sentencias firmes- son recursos, lo cual es contradictorio con el tratamiento que a estos medios autónomos de impugnación se realiza en el texto analizado; en definitiva, entendemos que la frase seleccionada no es precisamente muy acertada, pues no guarda la debida coherencia con el acertado planteamiento que se realiza sobre este aspecto, como ya hemos expuesto.

C) *Necesidad de consignar cantidades, en determinados procesos.* El art. 455, bajo el enunciado de “derecho a recurrir en casos especiales”, viene a recoger la necesidad de que, en determinados procesos, para recurrir la sentencia, se efectúen las consignaciones de cantidades que se indican, y así, es posible distinguir:

a) *Procesos sobre desahucio por falta de pago*, en los cuales no se admitirán al demandado los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación si, al prepararlos no acredita tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas, o si no las consigna judicial o notarialmente; debiendo además, el demandado ir abonando o consignando las plazos que venzan o deba adelantar durante la tramitación del recurso, pues caso de no hacerlo se declarará el recurso desierto; y sin perjuicio de la facultad del arrendatario para, cautelarmente, adelantar o consignar el pago de varios periodos no vencidos, los cuales se sujetarán a liquidación una vez firme la sentencia. Naturalmente, el abono de dichos importes no se entenderá novación del contrato (arts. 455.1 y 2).

b) *Procesos por daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor*, en los cuales no se admitirán al condenado a pagar la indemnización los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación si no acredita, al prepararlos, haber constituido depósito, en el establecimiento destinado al efecto, del importe de la condena que se le hubiere impuesto incrementado con los intereses y recargos exigibles (art. 455.3). Nótese, que con alguna matización, el precepto comentado se limita a recoger y sistematizar la actual normativa sobre el particular, con las benéficas matizaciones que en la misma ha efectuado la Jurisprudencia,⁶⁷ tanto del Constitucional como del Supremo.

⁶⁷ Así, el TC ha afirmado en relación con “...la materia de arrendamientos urbanos, otro sector en que el legislador ha sometido la viabilidad procesal del recurso de apelación a la acreditación de haber abonado las rentas vencidas al tiempo de la interposición del mismo o el haberlas consignado por parte del arrendatario vencido en primera instancia [arts. 1566 y 1567 de la LECiv y 148.2 de la LAU (RCL 1964\2885; RCL 1965\86 y NDL 1844)], el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la cuestión [SSTC 59/1984 (RTC 1984\59), 29/1985 (RTC 1985\29), 90/1986 (RTC 1986\90), 113/1986 (RTC 1986\113), 46/1989 (RTC 1989\46) y 31/1992 (RTC 1992\31)]. La doctrina sentada en estas resoluciones viene a precisar que la exigencia de consignar las rentas para recurrir tiene la finalidad de asegurar los intereses del arrendador que ha recibido una Sentencia favorable, evitando que el proceso arrendaticio sea instrumentalizado por el locatario como una maniobra dilatoria en claro perjuicio del arrendador y de sus legítimos intereses a un pronto lanzamiento. En consecuencia, la exigencia de consignación para recurrir, (...) en materia arrendaticia constituyen situaciones materiales de desigualdad o diferenciaciones que gozan de una justificación objetiva y razonable, que las adecuan plenamente a las exigencias del art. 14 CE (STC 84/1992, de 28-5-1992); y en relación con los hechos de tráfico y la necesidad de consignar en esos procesos, también ha afirmado el TC que existe “...una justificación objetiva y razonable del precepto en cuanto que permite garantizar a la víctima de un accidente de circulación la percepción futura de la indemnización acordada a su favor, y la protege de recursos temerarios o meramente dilatorios que posterguen y perpetúen en el tiempo el perjuicio sufrido como consecuencia de los daños físicos o materiales derivados del accidente. De lo que se trata con la consignación previa es de proteger el derecho a una eficaz y rápida tutela del perjudicado, plasmada, tanto en la exigencia de garantizar a través del depósito el cobro puntual de la indemnización, como en proteger al mismo frente a recursos abusivos o dilatorios por parte del responsable civil, que podrían perpetuar en el tiempo el derecho de crédito de la víctima a ser resarcido, una vez que este derecho ha sido reconocido en una Sentencia de condena. Es precisamente ese derecho constitucional, el derecho a la tutela de la víctima, el que legitima al legislador a establecer la referida diferencia procesal de trato, y la que avala la

D) *Desistimiento de los recursos.*- Finalmente, en el artículo 456 se ofrece una regulación general del desistimiento de los recursos, proclamando, de una parte, el derecho de todo recurrente a desistir del recurso, y fijando como límite temporal, obviamente, la resolución del recurso (“...antes de que sobre él recaiga resolución...”), y de otra parte, se establecen los efectos en los supuestos de ser varios los recurrentes, y solo alguno/s desistir, de modo que “..la resolución recurrida no será firme en virtud del desistimiento, pero se tendrán por abandonadas las pretensiones de impugnación que fueren exclusivas de quienes hubieren desistido”. Naturalmente, en el caso de ser único el recurrente, o bien caso de ser varios, si todos ellos desisten, la consecuencia de tal actuación procesal será la declaración de firmeza de la resolución impugnada, variando las actuaciones a realizar según el estado que mantenga la tramitación del correspondiente recurso del que se desiste.

Y así concluyen esas denominadas disposiciones generales sobre los recursos; quizá hubiera sido deseable incluir dentro de las mismas otras normas que, dispersas por la específica regulación de los concretos recursos, son de aplicación a toda clase de recursos, como p.ej., la relativa a los efectos de los recursos (los denominados efectos devolutivo y suspensivo), que si bien se regulan parcialmente en relación con el de apelación (confr. arts. 462 y 465), quizá su adecuada sede hubiera sido dentro de las disposiciones generales, pues, en principio, se trata de materia de interés para toda clase de recursos.⁶⁸

Finalmente, resaltar que nada se dice acerca sobre la necesidad o no de indicar los recursos procedentes al momento de notificar las respectivas resoluciones, por lo que ha de estarse a las normas generales (art. 248.4 LOPJ; en similar sentido art. 209.4 ALEC), siendo significativa la Jurisprudencia existente al respecto; y así el Tribunal Constitucional tiene afirmado que

“...la llamada instrucción de recursos no forma parte del *decisum de la sentencia* (SSTC 175/1985 [RTC 1985\175] y 155/1991 [RTC 1991\155]) y por tanto no supone una decisión que cierre el paso al recurso ni que fije de manera definitiva las condiciones en que deba interponerse. Además, hay que distinguir las situaciones creadas por la mera omisión de la indicación de recursos contra una resolución concreta, de aquellas otras en las que se da una instrucción o información errónea que induzca a error al litigante (SSTC 50/1987 [RTC 1987\50], 107/1987 [RTC 1987\107] y 376/1993 [RTC 1993\376]), pues la omisión en una resolución de los recursos utilizables -como información prescrita legalmente- no impide en modo alguno la posibilidad de recurrir, en tanto en cuanto esta falta no vincula a la parte ni es obstáculo para que pudiera efectivamente recurrir (SSTC 145/1986 [RTC 1986\145], 50/1987), como así lo hizo en el presente caso, toda vez que los defectos u omisiones en la instrucción de los recursos pueden ser salvados por el propio interesado.

exigencia del depósito para recurrir por ser dicha medida cautelar proporcionada al fin constitucional perseguido...” (STC 84/1992, de 28 de mayo; ponente Sr. Gimeno Sendra).

⁶⁸ En similar sentido se pronuncia CORTES DOMÍNGUEZ, si bien en relación con la vigente regulación (confr. art. 383 LEC) (*op. cit.*, pág. 281).

Por otra parte, la advertencia de los recursos procedentes no afecta a cuál sea el procedimiento para la tramitación de los mismos que es, en realidad, lo debatido en este caso.

No puede, por tanto, apreciarse la lesión denunciada del art. 24.1 CE, por cuanto aquella omisión no impidió la efectiva interposición del recurso de apelación frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

STC 70/1996, de 24 de abril de 1996. Pont. Sr. García-Mon y González Regueral

3. Recurso de reposición

El capítulo II del Título II del Libro II, bajo la rúbrica “Del recurso de reposición”, comprende los artículos 457 al 460 que pretenden dar un tratamiento sistemático a la regulación de denominado medio de impugnación. El recurso de reposición es el único recurso *no devolutivo* que se contempla en el ALEC, y en el mismo se aglutinan el recurso de reposición ya existente en la actualidad (arts. 376 y ss. LEC) y el denominado recurso de súplica (art. 402 LEC) reconduciendo ambos hacía la actual normativa del recurso de reposición, enriquecida con la aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que sobre el mismo se han producido.

3.1. Resoluciones contra las que procede

El recurso de reposición cabe contra todas las providencias y autos no definitivos dictados por cualquier tribunal civil (art. 457), bien sea unipersonal o colegiado; en cuanto al concepto de providencia y de auto hay que estar a las normas generales (arts. 245 y ss. LOPJ y art. 207 y ss. ALEC); por auto definitivo ha de entenderse aquel que ponga fin a la primera instancia y los que decidan los recursos interpuestos frente a ellos (art. 208.1) y por tanto serán autos no definitivos todos los demás; es decir, serán recurribles en reposición los autos no definitivos o interlocutorios, precisamente aquellos contra los que no procede la apelación (art. 461). Igualmente son susceptibles de recurso de reposición las diligencias de ordenación, cuando infrinjan algún precepto legal o resuelvan cuestiones que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deban ser decididas por el tribunal mediante providencia (art. 223.2 y 3), o, se trate de diligencias de ordenación nulas de pleno derecho por decidir cuestiones que, conforme a la ley, hayan de ser resueltas por medio de auto o de sentencia⁶⁹ (art. 223.1).

3.2. Competencia

Como típico recurso no devolutivo, corresponde conocer del mismo al órgano judicial que hubiere dictado la resolución que se impugna, ante el cual se interpondrá y tramitará referido recurso de reposición; se trata de una cuestión tan evidente, que el

⁶⁹ Cuando las diligencias de ordenación decidan cuestiones que, conforme a la ley, hayan de ser resueltas por medio de auto o de sentencia, serán nulas de pleno derecho (art. 223), y por tanto, como ya hemos indicado al analizar el tema de la nulidad de actuaciones, podrán ser declaradas como nulas, a través de cualquiera de los medios previstos para declarar la nulidad de actuaciones, el primero de los cuales, precisamente, lo constituyen los recursos, y por tanto, también procederá contra ellas recurso de reposición, en su caso, sin perjuicio de la posibilidad de declaración de oficio de esa nulidad.

articulado examinado no se preocupa de explicitarla, y a lo sumo se infiere implícitamente (así, “...el tribunal resolverá...” - art. 459.2-).

3.3. Tramitación

a) *Plazo*. El recurso de reposición debe interponerse dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la resolución impugnada (art. 458.1 y 454).

b) *Forma*. Debe interponerse mediante escrito, con carácter general, salvo cuando expresamente se admita la interposición verbalmente - actos a presencia judicial que así lo admita la ley-, y cubriéndose los requisitos de postulación que en cada clase de proceso se exijan.

c) *Otros requisitos*. En el recurso de reposición deberá interponerse, “...expresándose la disposición que el recurrente considera infringida” (art. 458.I); requisito tradicional y que se hereda de la anterior regulación, mejorando la redacción, a fin de evitar los problemas interpretativos que el art. 377 LEC han planteado y asumiendo la jurisprudencia existente acerca del mismo.⁷⁰

d) *Inadmisión*. Si no se cumple el requisito temporal (plazo) y/o el consistente en la necesidad de expresar o citar la resolución que se considera infringida, se inadmitirá el recurso de reposición, dictando auto al efecto, contra el que no procede ulterior recurso (art. 458.II).

e) *Admisión y posteriores trámites*. Reunidos los requisitos preciso para proceder a la admisión, se procederá a ello mediante diligencia de ordenación, en la que se acordará tal admisión y dar traslado del recurso a las demás partes personadas por un plazo común de cinco días para impugnarlo, si lo estiman conveniente (art. 459.1). En cuanto a los efectos de la interposición y admisión del recurso de reposición es preciso tener en cuenta que la mera admisión del recurso no produce efectos suspensivos de la resolución impugnada, pues así lo explicita el *in fine* del art. 457, cuando dice que sin perjuicio de la impugnación, “...se llevará a cabo lo acordado” en la resolución impugnada. Transcurrido el plazo de impugnación, háyanse o no presentado escritos, el

⁷⁰ Nótese que el art. 377 LEC se refiere a la necesidad de citar “..la disposición de esta Ley que haya sido infringida”, en relación con el cual el TC ha afirmado que tal requisito “...no debe exigirse de un modo rígido y formalista, que desconozca la finalidad que se persigue con este requisito, por lo que cuando a través del recurso de reposición lo que se impugne no sea el incumplimiento de una norma de carácter procesal sino la infracción de un precepto sustantivo, que tenga relación con el fondo de la cuestión debatida y no con el procedimiento seguido, no cabe exigir al recurrente que cite expresamente un precepto o disposición concreta de la Ley procesal; afirmar lo contrario significaría tanto como obligarle a citar imaginarias infracciones de preceptos procesales. Por consiguiente, cuando el recurso se fundamente exclusivamente en la infracción de preceptos sustantivos, no existe obligación alguna de citar normas procesales que no han sido vulneradas, razón por la cual la inadmisión en estos casos del recurso de reposición con apoyo en el art. 377 LECiv, resulta contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, de la que forma parte el derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos cuando se cumplan los requisitos y presupuestos establecidos por las leyes procesales (SSTC 69/1987, 113/1988, 162/1990, 213/1993 [RTC 1993\213], 172/1995)...” (STC 194/1996, de 26-11-1996. Pont. Sr. Gimeno Sendra; en similar sentido STC 199/1997, de 24-11-1997; 226/1997, de 15-12-1997).

órgano judicial resolverá sin más trámites, mediante auto, en un plazo de cinco días (art. 459.2).

f) *Régimen de recursos contra el auto que resuelve la reposición*. El auto que resuelve el recurso de reposición, y salvo los casos en que proceda el recurso de queja, es irrecurrible, sin perjuicio, en su caso, de reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuere procedente, la sentencia definitiva (art. 460). Se mejora así el régimen existente, en este punto, en la LEC, donde la interpretación de los artículos 376 y 381 había suscitado algunas dudas.⁷¹

4. Recurso de apelación

4.1. La segunda instancia en el proceso civil

“En nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (artículos 862 y 863 LECiv), como una *revisio prioris instantiae*, en la que el Tribunal Superior u órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (*quaestio facti*) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (*quaestio iuris*), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius*, y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (*tantum devolutum quantum appellatum*) (ATC 315/1994)...” (STC 3/1996, de 15-1-1996. Pont. Sr. Viver Pi-Sunyer), “...ya que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal «*ad quem*» para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un «*novum iudicium*» (SSTC 124/1983, 54/1985, 145/1987, 194/1990, 21/1993, 272/1994, 37/1995 o 157/1995)...” (ATC 275/1996, de 2-10-1996). Constituye el recurso de apelación el recurso ordinario por antonomasia, mediante el cual se da plena satisfacción al principio de la doble instancia en el proceso civil, si bien no existe un derecho absoluto a la segunda instancia, pues “...no puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de un doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos...” (SSTC 3/1983, 37/1988, 176/1997, entre otras), correspondiendo al legislador, con plena libertad, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes contra las resoluciones judiciales, el cual tan sólo tiene el límite previsto en

⁷¹ Así, el TS ha dicho “...que contra las providencias que dicten los Jueces de Primera Instancia, no se dará otro recurso que el de reposición, sin perjuicio del cual, se llevará a efecto la providencia; y este auto resolutorio, como se dice, lo fue del recurso de reposición frente a la providencia dictada, en la citada fecha; mientras que el 381 párr. 1.º, anhelado en el motivo, se refiere a los autos que inicialmente dicten los juzgados en cuyo caso, dichos autos son objeto de recurso de reposición y contra los autos resolutorios de ese recurso de reposición, sí cabe entonces la apelación; mas, como se dice, no es justamente el supuesto de hecho al que se refiere la irregularidad denunciada por el motivo, por lo cual, el mismo ha de decaer...” (STS 29-7-1993. Pont. Sr. Martínez Calcerrada Gómez. RJA 1993\6495).

el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con la materia penal (STC 374/1993).

En uso de la libertad de que dispone el legislador en esta materia, se propone en la normativa examinada que asuma una regulación de la segunda instancia, que se contempla en el Capítulo III, del Título II, del Libro II, bajo el epígrafe “Del recurso de apelación y de la segunda instancia”⁷² (arts. 461- 473), caracterizándose por las siguientes notas: a) se pretende dar una regulación unitaria para los recursos de apelación dentro del proceso civil, lo cual como ya ha indicado la doctrina es loable,⁷³ sin perjuicio de las normas dispersas por el articulado del texto que se limitan a particularizar o completar tal normativa, en aquellos casos que se estima preciso; b) a diferencia del sistema vigente, en el cual, en determinados supuestos se excluyen de la apelación algunas materias,⁷⁴ lo cual había sido ampliamente criticado por la doctrina,⁷⁵ en cambio en el sistema propuesto la apelación está prevista para toda clase de sentencias dictadas en cualquier juicio civil, y para los autos definitivos, sin cortapisa ni limitación alguna ni por la clase de resolución, ni por la exigencia de *summa gravaminis*, que es inexistente; c) en cuanto al modelo de tramitación, se opta por dar cabida, preferentemente al principio de escritura, si bien residenciando el núcleo de tal tramitación ante el órgano judicial ad quem, de modo que el sistema propuesto se asemeja al diseñado por la Reforma de 1992, para el juicio verbal y de cognición, si bien se disocia la preparación o anuncio del recurso, que se efectúa ante el órgano judicial *a quo*, de la interposición del mismo, que, mediante escrito fundado, se realiza ante el órgano *ad quem*, continuando la tramitación ante el mismo: impugnación, adhesión, eventual prueba, vista, en su caso, y resolución.

4.2. Resoluciones contra las que procede y resoluciones excluidas

Procede el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en toda clase de juicio y contra los autos definitivos (art. 461); por auto definitivo ha de entenderse aquel que ponga fin a la primera instancia y los que decidan los recursos interpuestos frente a ellos (art. 208.1), todos los demás serán autos no definitivos o interlocutorios, contra los que

⁷² Denominación que ha sido cuestionada por la doctrina, pronunciándose a favor de que se limite a “Del recurso de apelación” (GARBERI LLOBREGAT, J., “La ‘segunda instancia’ en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista Jurídica La Ley*, 18 de noviembre de 1997). Propuesta que parece acertada por las propias razones esgrimidas, y además por cuanto sistemáticamente sería la que más se ajusta al tenor de los epígrafes de los restantes capítulos del título examinado.

⁷³ GARBERI LLOBREGAT, J., *op. cit.*, Simplificándose, de esta forma, los cuatro distintos tipos procedimentales de la apelación existente en la LEC (el del mayor cuantía, el del menor cuantía, el del juicio verbal y de cognición, y el de los incidentes).

⁷⁴ Así, recuérdese, en la apelación del juicio verbal civil, tras la reforma de 1992, y en concreto en el artículo 732.2 LEC. Sobre tal reforma procesal ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en su día: LAMO RUBIO, J. de., “El nuevo régimen de la apelación en los juicios verbal civil y de cognición. Estudio de la reforma efectuada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal”, en *BIMJ*, núm. 1639, de 25 de junio de 1992, págs. 82 y ss.

⁷⁵ Pronunciándose, mayoritariamente, a favor de la supresión del citado art. 732.2 LEC; un estudio en detalle, que a su vez remite a otros muchos, puede consultarse en: GARBERI LLOBREGAT, J., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Apelación y casación en el proceso civil*, Colex, Madrid, 1994, págs. 119 y ss.

tan sólo cabra interponer con carácter general recurso de reposición (art. 457) o, en su caso, recurso de queja (art. 497), salvo, en ambos supuestos, que se trate de autos expresamente excluidos de recurso. Evidentemente, tampoco procederá interponer apelación contra las providencia ni contra las diligencias de ordenación.⁷⁶

4.3. Competencia

En cuanto al órgano judicial *a quo*, evidentemente será el que haya conocido del juicio en primera instancia, pues así deberá interpretarse la formula tan amplia que contiene el artículo 461 cuando se refiere a “..todo clase de juicio”, insistimos, por tal deberá entenderse el proceso en primera instancia, pues caso de efectuar una interpretación literal nos llevaría a la absurda consecuencia de incluir entra las sentencias y autos definitivos apelables incluso los dictados en segunda instancia, o en casación; los órganos de primera instancia en el proceso civil (es decir los órganos judiciales *a quo*), y a salvo de especialidades, son el Juzgado de Paz (art.100.1 LOPJ) y el Juzgado de Primera Instancia o de primera Instancia e Instrucción (art.85.1 LOPJ).

En relación con los órganos judiciales *ad quem*, a tenor del art. 461.2 corresponde conocer de las apelaciones de las resoluciones susceptibles de tal recurso, respectivamente, a los Juzgados de Primera Instancia o Primera Instancia e Instrucción, en el supuesto de recursos de apelación contra resoluciones de los Juzgados de Paz de su partido (en similar sentido, art. 85.3 LOPJ) y a las Audiencias Provinciales de las resoluciones apelables dictadas por los Juzgados de Primera Instancia o Primera Instancia e Instrucción de su circunscripción (en similar sentido, art. 82.4 LOPJ). Es decir, no siempre conocerá del recurso de apelación, en el sentido de resolver el mismo, un órgano judicial colegiado.⁷⁷

4.4. Partes. Legitimación

Con carácter general, para recurrir en apelación se encuentra legitimada cualquiera de las partes del proceso, siempre que pueda alegar la existencia de *gravamen*, entendido como perjuicio entre lo solicitado por dicha parte y lo concedido en la sentencia, sin necesidad de alegar ni probar que la sentencia sea ilegal o injusta; ahora bien, junto a esta norma general, característica del recurso de apelación, también se establece la posibilidad de atacar la sentencia o auto definitivo por infracción de normas o garantías procesales, en cuyo caso no es suficiente con la existencia de perjuicio o gravamen, sino que es necesario alegar y probar que se haya cometido en el proceso o en la resolución recurrida algún tipo de irregularidad que se concreta en la infracción de normas o garantías procesales que hayan podido causar indefensión, exigiéndose al recurrente la cita de las normas infringidas, la alegación de indefensión y acreditar que se reclamó oportunamente la subsanación de la falta o infracción, en cuanto se tuvo oportunidad procesal para ello (art. 467). En definitiva, se configura la apelación, con

⁷⁶ Un estudio en detalle, sobre indicadas exclusiones, lo realiza GARBERI LLOBREGAT, J., *op. cit.*

⁷⁷ No obstante, el texto examinado, en ocasiones parece dar por supuesto que siempre se tratará de un órgano colegiado el que resolverá el recurso de apelación (así, los arts. 471.1, 2 y 3 se refiere a “..la Sala..”, el art. 469.1 se refiere a “...la Audiencia...”; sin duda se trata de *lapsus* que serán corregidos en el proceso definitivo de elaboración de la norma, cuya propuesta ahora se analiza).

carácter general, como un *medio de gravamen*, y también como un *medio de impugnación*, entendido, este último, como un proceso para anular sentencias ilegales o injustas.

Se prevé también la posibilidad de utilizar el mecanismo denominado adhesión a la apelación (art. 469, apartados 1 y 4), lo cual implica una acumulación de recursos, por cuanto tal adhesión supone utilizar el recurso del apelante para impugnar aquellos extremos de la sentencia que sean perjudiciales al apelado⁷⁸ (CORTES DOMÍNGUEZ).

4.5. Efectos del recurso de apelación

Como ya hemos avanzado, se establece dentro de la regulación del recurso de apelación, un precepto (art. 462) bajo el epígrafe de “efectos de la apelación”, que regula parcialmente lo relativo a los denominados efectos devolutivo y suspensivo de los recursos, pues tan sólo se ocupa de alguno de los aspectos de referidos efectos; norma, en todo caso, que quizá debiera trasladarse al capítulo I del título examinado, dándole un sentido de mayor generalidad, por las razones ya apuntadas.

El *efecto devolutivo* implica que en virtud del recurso que lo lleve aparejado, en este caso, el de apelación, será resuelto el mismo por un órgano judicial distinto del que dictó la resolución recurrida; se trata, por tanto, de un efecto típico del recurso de apelación, en cuanto que el mismo plasma el denominado derecho a la segunda instancia.⁷⁹ Por tanto, cuando del recurso de apelación se trata, se dará siempre el efecto devolutivo (art. 461.2); y así, cuando la ley dice, p.ej., que se admitirá el recurso de apelación en un sólo efecto, se está refiriendo al efecto devolutivo.

En cuanto al *efecto suspensivo*, mediante el mismo se suspende la jurisdicción del Juez que dictó la resolución recurrida y la ejecución de la misma, en aquellos casos de resoluciones de condena. En tal sentido el texto examinado establece que “...las sentencias estimatorias de la demanda, contra las que se interponga el recurso de apelación, tendrán, según su naturaleza y contenido de sus pronunciamientos, la eficacia que establece el Título segundo del Libro Tercero de esta Ley”;⁸⁰ referida remisión lo es, precisamente, a las normas que regulan la ejecución provisional de las resoluciones

⁷⁸ De modo que la parte que luego se adhiere al recurso, “...se encuentra ante la posibilidad de recurrir o no la sentencia y hacerlo sólo cuando se recurre por la contraparte; pues, ante la inexistencia de recurso por la parte contraria se contenta con la sentencia aunque sea parcialmente perjudicial. Es, así, un buen sistema para evitar recursos no estrictamente necesarios...” (CORTES DOMÍNGUEZ, V., en la obra colectiva, *Derecho Procesal. Proceso civil, op. cit.*, pág. 291).

⁷⁹ ¿Quizá por eso, el pre-legislador ha optado por regular lo relativo a los efectos de los recursos dentro de la regulación del de apelación?. De todos modos, el art. 462 no se refiere expresamente al efecto devolutivo, sino que tan solo se refiere parcialmente a algunos aspectos del *efecto suspensivo*; precepto que ha de ser completado con lo dispuesto en el art. 465, como veremos; y en cuanto al *efecto devolutivo* se refiere al mismo, implícitamente, el art. 461.2, al establecer la competencia para conocer del recurso de apelación.

⁸⁰ Quizá era más clarificador el precepto equivalente del Borrador 1997, que establecía que “...sin perjuicio de lo dispuesto para la ejecución provisional, la interposición del recurso de apelación dejará en suspenso la eficacia o la ejecución de las resoluciones susceptibles de dicho recurso, salvo disposición expresa en sentido contrario” (art. 463.2)

judiciales⁸¹ (arts. 526 y ss.); en todo caso, es más clara la referencia al efecto suspensivo que efectúa el art. 465, cuando establece que “..preparado el recurso de apelación, la jurisdicción del tribunal que hubiere dictado la resolución recurrida se limitará a las siguientes actuaciones: 1.º Las relativas a la ejecución provisional de la resolución apelada. 2.º Las relativas a las medidas cautelares que hubieren sido adoptadas o a la adopción de nuevas medidas”(art. 465), es decir, con carácter general, salvo las excepciones indicadas, el órgano judicial *a quo* pierde la jurisdicción al tener por preparado el recurso de apelación. En todo caso, es preciso tener en cuenta la generosa regulación de la ejecución provisional⁸² (arts. 526 y ss.). Finalmente, en relación con el efecto suspensivo, se contiene una norma parcialmente innecesaria, cuyo antecedente en el Borrador 1997 era el art. 463.3 que establecía que “...si la resolución apelada fuere de contenido negativo, no podrá quedar en suspenso en virtud del recurso de apelación, que en ningún caso determinará que se proceda o actúe en sentido contrario a lo que hubiere sido negado o desestimado”; precepto que fue criticado con acierto por la doctrina;⁸³ ahora, el ALEC 1998, en el art. 462.1 establece que “...la apelación contra sentencias desestimatorias de la demanda y contra autos que pongan fin al proceso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto”; norma que si bien mejora la redacción de su precedente, continua haciéndose acreedora, al menos en lo relativo a las sentencias desestimatorias de la demanda, de las mismas críticas que la norma equivalente del Borrador; en cambio, nada que objetar en relación con la carencia de efectos suspensivos en relación con los autos que pongan término al proceso; por eso decimos que se trata de una norma parcialmente innecesaria.

4.6. Tramitación

En cuanto a la tramitación o sustanciación de la apelación, es preciso indicar que se ha optado por un modelo procedimental con predominio del principio de escritura, y tomando por referencia, básicamente, el modelo existente en el juicio verbal tras la reforma de 1992, si bien disociando la preparación del recurso, que se encomienda al

⁸¹ Regulación que establece, con carácter general, la ejecución provisional de las sentencias de condena no firmes (art. 526), excluyendo de ejecución provisional tan solo las siguientes sentencias: “...1º. Las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso. 2º. Las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad. 3º. Las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial” (art. 527).

⁸² En la “...que resulta destacable que, por ejemplo, ya no es el ejecutante - como incomprensiblemente sucede hoy en día (art. 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)- sino el ejecutado el que ha de prestar fianza si quiere paralizar el procedimiento (arts. 531 y 532.3 y 4, ejecutado, además, que sólo será oído una vez despachada la ejecución (art. 532.1)...” (GARBERI LLOBREGAT, J., “La ‘segunda instancia’ en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista Jurídica La Ley*, 18 de noviembre de 1997). Téngase en cuenta que las referencias son al articulado del Borrador 1997; en todo caso, las mismas se equivalen, en líneas generales, con los arts. 529 y 530, respectivamente, del ALEC 1998.

⁸³ Pues, con carácter general, los pronunciamientos judiciales de carácter negativo no son susceptibles de ejecución de ningún tipo (GARBERI LLOBREGAT, J., “La ‘segunda instancia’ en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *cit.*).

órgano judicial *a quo*, de la interposición del mismo, que se realiza ante el órgano judicial *ad quem*; modelo al que no le han faltado ya algunas interesantes críticas.⁸⁴

4.6.1. Ante el órgano a quo

a) *Preparación del recurso*. El recurso de apelación se preparará ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de cinco días contados desde el día siguiente a la notificación de aquella (art. 463.1), mediante escrito de preparación en el cual el apelante se limitará a citar la resolución apelada y a expresar su voluntad de recurrir, expresando, en su caso, los pronunciamientos que impugna (art. 463.2), cubriéndose, por lo demás, los correspondientes requisitos de postulación.

b) *Inadmisión*. Si la resolución no es apelable y/o si el recurso no se hubiere preparado dentro de indicado plazo, el órgano judicial *a quo* dictará auto denegando la admisión de la apelación; indicado auto de inadmisión es susceptible de recurso de queja (arts. 463.4 y 497).

c) *Admisión y emplazamiento*. En el supuesto de que la resolución recurrida fuera apelable y el recurso se hubiere preparado dentro de plazo, el órgano judicial *a quo* dictará providencia - adoptable mediante propuesta del Secretario Judicial (art. 290 LOPJ) - en la que tendrá por preparado el recurso y emplazará a las partes por veinte días para que comparezcan ante el tribunal competente para resolver la apelación (órgano judicial *ad quem*) (art. 463.3), y acordará la remisión de los autos originales a aquel órgano, sin perjuicio de lo dispuesto en caso de ejecución provisional de la resolución recurrida (art. 464). Indicada providencia es irrecurrible, sin perjuicio de poder la/s contraparte/s la inadmisibilidad de la apelación en el trámite de impugnación del recurso, ante el órgano judicial *ad quem* (art. 463.5).

d) *Posibilidad de ejecución provisional*. La ejecución provisional puede solicitarse en cualquier momento anterior a que la sentencia sea firme; si se solicita al tiempo del emplazamiento, el órgano judicial *a quo* acordará que quede en el mismo testimonio de lo necesario para la ejecución, y acordará la remisión de los autos al órgano judicial *ad quem* (art. 464.1); si se solicita después de haberse remitido los autos al tribunal competente para resolver la apelación, el solicitando deberá obtener previamente de éste testimonio de lo que sea necesario para la ejecución (art. 464.2); en lo demás, deberá estarse a la específica regulación de la ejecución provisional (arts. 526 y ss.).

4.6.2. Ante el órgano a quem

⁸⁴ Así, GARBERI LLOBREGAT, postula, “una reforma del Borrador en este punto, y siendo realistas con la situación actual de nuestra Administración de Justicia..” se inclina “... por adoptar el modelo procedimental en la actualidad vigente para el juicio verbal...” (“La ‘segunda instancia’ en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *cit.*). Un estudio en detalle de tal regulación puede consultarse en LAMO RUBIO, J. de., “El nuevo régimen de la apelación en los juicios verbal civil y de cognición. Estudio de la reforma efectuada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal”, en *BIMJ*, núm. 1639, de 25 de junio de 1992, págs. 82 y ss.

a) *Interposición del recurso*. Dentro del plazo que se le ha concedido, el apelante deberá personarse ante el órgano judicial *ad quem* e interponer el recurso mediante escrito en el que se expondrán las alegaciones en que se base la impugnación; es en el escrito de interposición del recurso donde se formaliza el mismo, debiendo contener las necesarias alegaciones, como requisito esencial del mismo⁸⁵ (art. 466.1); si el apelante no se persona y formula el escrito de interposición, una vez transcurra el término del emplazamiento, se dictará auto declarando desierto el recurso y firme la resolución recurrida, con imposición de las costas del recurso al apelante (art. 466.2 y 3), siendo dicho auto susceptible tan sólo de recurso de reposición (art. 457).

Cuando en la apelación se alegue infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, el escrito de interposición, además de los requisitos indicados, deberá reunir los siguientes: a) citar las normas que se consideren infringidas; b) alegar, en su caso, la indefensión sufrida; y, c) acreditar que se denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para hacerlo (art. 467).

b) *Solicitud de pruebas*. Es consustancial a la configuración de la apelación como una segunda instancia, la posibilidad de solicitar prueba, y el tribunal llamado a resolverlo posee amplios poderes para practicarla; es decir, en la apelación es esencial la posibilidad de admitir *nova facta*, pero sin que ello suponga alegar hechos que impliquen alterar el objeto del proceso o los términos en los que está concebida la demanda, pues en caso contrario se vulneraría el principio de la prohibición de la *mutatio libellis* (art. 308). Al respecto, con carácter general, establece el art. 468 lo

⁸⁵ Es clara la necesidad de fundamentación de tal escrito, como lo es actualmente la del escrito de formalización del recurso de apelación contra sentencias civiles, conforme a la Ley 10/1992, según defendimos en su momento (LAMO RUBIO, J. de., “El nuevo régimen de la apelación en los juicios verbal civil y de cognición...”, *op. cit.*, , págs. 88) , y que la doctrina del Tribunal Constitucional se ha encargado de proclamar, y así, ha dicho que “...la motivación del recurso resulta (...) esencial para que el órgano *ad quem* pueda conocer los motivos de impugnación de que es objeto la resolución apelada, a la vez que permite que el apelado pueda contraargumentar frente a los alegatos del apelante y ejercer, en consecuencia, adecuadamente su derecho a la defensa en la segunda instancia con plena aplicación de los principios de contradicción e igualdad.- En la primitiva regulación de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil la alegación de los motivos en que el apelante fundaba el recurso y su refutación por el apelado, quedaba reservada para el acto de la vista (artículo 709 LECiv). Sin embargo, la Ley 10/1992 ha introducido en el sistema una notable modificación cuando se trata de recursos de apelación contra Sentencias dictadas en los juicios verbales y en los juicios de cognición, pues ahora, en el propio escrito de interposición del recurso, el apelante debe exponer las alegaciones en las que base la apelación y, en su caso, solicitar la práctica de la prueba en la segunda instancia (artículo 733 LECiv y artículo 62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952). De igual modo, una vez admitida la apelación, tras el oportuno traslado del escrito de interposición al apelado, éste debe formular las alegaciones que estime convenientes en su escrito de impugnación o de adhesión al recurso (artículo 734 LECiv).- La importancia que el legislador ha querido atribuir a los escritos de alegaciones de las partes, trasladando el momento de fundamentación de la apelación del acto de la vista a los escritos de interposición y de impugnación del recurso, con lo que la vista ha perdido su carácter esencial para convertirse en un trámite no siempre necesario que, no obstante, es obligado cuando se practique prueba en la segunda instancia (artículo 736 LECiv), trae consigo que el incumplimiento por el apelante de la carga de motivar el escrito de interposición con las alegaciones en que sustente la apelación, entrañe la inobservancia de un requisito procesal esencial para el correcto desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva en la fase de recurso, cuya omisión permitirá acordar la inadmisión del recurso en la fase inicial del procedimiento o, en su caso, facultará al órgano *ad quem* para desestimar el recurso sin entrar en el fondo de la pretensión impugnatoria (STC 64/1992 [RTC 1992(64)]...)” (Sentencia TC 3/1996, de 15-1-1996. Pont. Sr. Viver Pi-Sunyer).

siguiente: a) en cuanto a la prueba documental, tan solo podrán acompañarse al escrito de interposición los documentos que se encuentren en alguno de los casos previstos en el art. 272 y que no hayan podido aportarse en la primera instancia, así como los que hubieren sido inadmitidos en la primera instancia conforme a lo dispuesto en el artículo 274; b) en relación con las demás pruebas, en el escrito de interposición podrán pedirse, para practicar en segunda instancia, las siguientes: 1º. Las que fuesen útiles y pertinentes según el objeto del proceso, cuando la primera instancia hubiese finalizado en momento anterior al de proposición de la prueba; 2º. 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; 3º. 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; 4º. 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.⁸⁶

En el caso del demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiere personado en los autos después del plazo concedido para proponer la prueba en la primera instancia, podrá pedir en la segunda que se practique toda la que convenga a su derecho (art. 468.3).

En relación con los recursos que se fundamenten en infracción de normas o garantías procesales no se establece, a diferencia de lo que sucedía en el Borrador 1997, ninguna norma específica sobre la prueba de las mismas;⁸⁷ en todo caso, entendemos que la proposición de prueba por parte del recurrente que fundamente su recurso en tales infracciones, puede tener su amparo en el art. 467, y deberá girar sobre el acreditamiento de la infracción de tales normas o garantías y de la indefensión denunciada.

c) *Traslado del recurso al resto de partes y posturas que pueden adoptar.* Del escrito de interposición del recurso de apelación, y en su caso documentos aportados, se dará traslado a las demás partes que se hubieren personado en tiempo y forma ante el órgano judicial *ad quem* (sic, "...la Audiencia...", dice el texto analizado), por término de diez días para que presenten escrito de impugnación del recurso o, en su caso, se adhieran al

⁸⁶ Criticaba, con razón, la doctrina, el relación con el Borrador ALEC, el mantenimiento de la solemnidad del juramento o promesa, que actualmente contempla también el art. 862.4 LEC, pues, se decía que "...es una reminiscencia del proceso romano clásico (*iuramentum malitiae* o *iuramentum calumniae*) que, más que imperfecto técnicamente, en realidad no pasa de ser una simple e inútil fórmula de estilo, tal y como han podido poner de manifiesto procesalistas de la talla de los Profs. PRIETO-CASTRO o FAIREN, al no vincular al tribunal ni existir sanción alguna a su incumplimiento (GARBERI LLOBREGAT, J., "La 'segunda instancia' en el anteproyecto...", *op. cit.*); de ahí, que el ALEC 1998, haya suprimido tal solemnidad del *juramento* o *promesa* de la parte de haber tenido conocimiento de los hechos de relevancia con posterioridad al comienzo del plazo para dictar sentencia, por la necesidad de que la *parte justifique* tal circunstancia de conocimiento tardío (art. 468.2.4°).

⁸⁷ Así, establecía el Borrador 1997, en el art. 469.3 que "...podrán proponerse también cuantas pruebas estime necesarias el apelante para acreditar las infracciones de normas o garantías procesales cometidas durante la primera instancia y la indefensión que las mismas le hayan ocasionado"

mismo respecto de los pronunciamientos de la resolución apelada que les sean perjudiciales (art. 469.1). Esta actuación, naturalmente, exige que previamente las demás partes se hayan personado ante el órgano *ad quem*, dentro del término de emplazamiento que les concede el órgano *a quo*; tal personación se realiza mediante un simple escrito al efecto; la falta de personación del resto de partes distintas a la apelante no implica que el recurso se declare desierto, sino que el mismo continúa, pero sin la intervención de las partes, distintas de la apelante, que no se hubieren personado.

Los *escritos de impugnación* y, en su caso, *adhesión al recurso* se formularán con arreglo a lo establecido para el escrito de interposición (art. 469.2), pudiéndose acompañar los documentos y solicitarse las pruebas que la parte o partes apeladas consideren necesarios, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 468, así como formularse las alegaciones que se estimen oportunas sobre la admisibilidad de los documentos aportados y de las pruebas propuestas por el apelante (art. 469.3). De los escritos de adhesión al recurso se dará traslado al *apelante principal*, para que en el plazo de diez días manifieste lo que tenga por conveniente (art. 469.4); nótese que tan sólo se refiere al apelante principal; quizá debiera preverse también el traslado al resto de partes, caso de existir, sobre todo en supuestos de pluralidad de partes.

d) *Decisiones sobre la prueba*. En el supuesto de que se hubiere formulado petición en relación con la prueba, corresponde al órgano judicial *ad quem*, dentro de los diez días siguientes a la presentación del escrito de impugnación o, en su caso, del de contestación a la adhesión, o transcurridos los plazos sin que se hayan presentado, resolver mediante auto sobre la admisibilidad de los documentos aportados y de las pruebas que se hubieren propuesto (art. 470.1). Si se hubiere suscitado cuestión acerca de la ilicitud de la obtención de cualquiera de las pruebas propuestas o si el tribunal apreciare la existencia de datos o circunstancias que permitan dudar de la lícita obtención u origen de aquellos o de éstas, se oirá a las partes en una comparecencia, en la que podrán practicarse las pruebas útiles y pertinentes que las partes propongan y las que el tribunal acuerde de oficio sobre la lícitud de los documentos y pruebas, resolviéndose a continuación por medio de auto lo que proceda (art. 470.2), el cual tan solo es susceptible de recurso de reposición (art. 457).

4.7. Decisión

a) *Celebración de vista*. Cuando se hubiere admitido toda o parte de la prueba propuesta por las partes, el órgano *ad quem* señalará, en la misma resolución en que decida sobre la prueba, día para la vista, que se celebrará con arreglo a lo previsto para el juicio verbal (art. 471.1 en relación con el 449 y ss.). Si no se hubiere propuesto prueba o si toda la propuesta hubiere sido inadmitida, podrá acordarse también la celebración de vista siempre que así lo haya solicitado alguna de las partes, y el órgano judicial *ad quem* lo considere necesario (art. 471.2).

b) *Resolución del recurso*. En caso de haberse celebrado vista, el recurso deberá resolverse dentro de los diez días siguientes a la terminación de aquella. Si no se hubiere celebrado vista, el plazo se contará desde el día siguiente a aquél en que se haya presentado el escrito de impugnación o de contestación a la adhesión o desde que haya

finalizado el plazo concedido para presentarlos sin que se haya efectuado (art. 471.3). En cuanto al contenido de la resolución a dictar por el órgano judicial *a quem*, es preciso distinguir dos grandes hipótesis:

1ª) Cuando el recurso de apelación se hubiera fundado en infracción procesal, en cuyo caso en los apartados 4 y 5 del art. 471 se contienen normas específicas que son posible sistematizar del siguiente modo: a) si la infracción procesal alegada se hubiere cometido al dictar sentencia en la primera instancia, el tribunal de apelación, tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso; b) si no fuera de aplicación lo anterior, y la infracción procesal fuera de las que originan la nulidad radical de las actuaciones o de parte de ellas, el tribunal lo declarará así, reponiéndolas al estado en que se hallasen cuando la infracción se cometió; y, c) si el vicio o defecto procesal pudiera ser subsanado en la segunda instancia, no se declarará la nulidad, sino que se procederá a la subsanación correspondiente, y una vez ello, y, en su caso, oídas las partes y practicada la prueba admisible, el tribunal de apelación dictará sentencia sobre la cuestión o cuestiones objeto del pleito;.

2ª) En los demás casos, es decir, cuando el recurso de apelación actúe como un auténtico medio de gravamen, y no se hubiere alegado infracción procesal alguna, sino que se ataque el fondo de la sentencia recurrida por entenderla perjudicial a los intereses del recurrente, nada se establece en la ley sobre el contenido de la resolución a dictar, quizá por la obviedad de la misma, pues el tribunal de la apelación en estos casos tiene tres grandes posibilidades: a) estimar el recurso, revocando la sentencia apelada; b) desestimar el recurso, confirmando la sentencia recurrida; y, c) estimar parcialmente el recurso, con la revocación parcial que proceda de la sentencia apelada.

c) *Recursos contra la sentencia de segunda instancia.* Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia⁸⁸ de cualquier tipo de proceso civil podrá interponerse el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación. Si se preparasen por la misma parte y contra la misma resolución los dos recursos anteriormente citados, se tendrá por inadmitido el recurso de casación. Cuando los distintos litigantes de un mismo proceso opten, cada uno de ellos, por distinta clase de recurso extraordinario, se estará a lo dispuesto en el art. 492, que analizaremos al hilo del estudio del recurso de casación (art. 472).

En el art. 473 se contiene una norma específica que pretende dar respuesta a aquellos supuestos en que estimado un recurso extraordinario por infracción procesal, deba nuevamente resolver sobre el fondo la Audiencia Provincial, en cuyo caso se establece que no es admitirá contra esa nueva sentencia de la Audiencia, el citado recurso extraordinario, salvo que se funde en infracciones y cuestiones diferentes de la que fue objeto del primer recurso. Se trata de una norma que pretende explicitar los efectos de

⁸⁸ Nótese que se excluyen de ese régimen de recursos las sentencias dictadas en segunda instancia por el Juzgado de Primera Instancia resolviendo recurso de apelación contra sentencias dictadas por los Juzgados de Paz, lo cual está en concordancia con los arts. 474 y 482; de donde se infiere que las mismas tendrán el carácter de firmes.

cosa juzgada de la primera sentencia dictada en el recurso extraordinario por infracción procesal.

5. Recurso extraordinario por infracción procesal

5.1. Planteamiento

Novedad importante, es la relativa a la pretensión de instauración del que se denomina “recurso extraordinario por infracción procesal”, sin precedente ni en nuestro derecho histórico, ni en el actual;⁸⁹ regulación que se contiene en el capítulo IV del Título II del Libro II de indicado texto. En realidad, a pesar del nombre que se utiliza, se trata, como ha puesto de relieve la doctrina⁹⁰ de “un recurso de casación por quebrantamiento de forma”, con la pretensión de hacer valer a través del mismo la vulneración de derechos fundamentales, pero que a la postre “...los únicos derechos fundamentales que hacen honor a la denominación de este recurso extraordinario como “amparo judicial” son los derechos a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías...”⁹¹ Precisamente, parece que atendiendo a estas críticas doctrinales, en el ALEC de 1998 se ha optado por denominar a este recurso como “extraordinario por infracción procesal”. En definitiva, pues, se trata de un recurso devolutivo extraordinario; es devolutivo, por cuanto del mismo conoce un órgano judicial distinto al que dicta la resolución recurrida; y es extraordinario dado que tan sólo procede contra determinadas resoluciones, y por unos concretos motivos tasados, como veremos. Y evidentemente, a similitud de lo que sucede con el recurso de casación, el ahora examinado no constituye, en modo alguno, una tercera instancia, sino que se inscribe, dentro de la actividad jurisdiccional prevista como ulterior a la segunda

⁸⁹ En cambio, en la doctrina, han existido múltiples voces a favor de instaurar alguna vía ordinaria de protección de los derechos fundamentales, como ya tuvimos ocasión de exponer al analizar el régimen de la nulidad de actuaciones.

⁹⁰ Una primera impresión, dado el nombre utilizado en el Borrador 1997 que lo denominaba como “recurso de amparo judicial”, podría hacernos pensar que se trataba del desarrollo del artículo 53.2 CE, pero nada más lejos de la realidad, como puso de manifiesto tempranamente la doctrina, así GIMENO SENDRA, que ya indicaba que en realidad se trataba de un recurso de casación por *vicios in procedendo*, es decir, del recurso de casación por quebrantamiento de forma, con la única matización de atribuir la competencia a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia; añadiendo que “... ni el artículo 53.2 ni ningún otro precepto de la Constitución obliga al legislador a establecer un recurso extraordinario por infracción procesal ordinario...” (GIMENO SENDRA, V., “El recurso de ‘amparo judicial’ y el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista Jurídica La Ley*, 17 de noviembre de 1997). El ALEC 1998 ha sustituido el nombre de “recurso de amparo judicial” por el de “recurso extraordinario por infracción procesal”, que como veremos es más adecuado a la regulación que del mismo se efectúa, y evita confusiones indeseadas.

⁹¹ GIMENO SENDRA, V., “El recurso de ‘amparo judicial’ y el anteproyecto...”, *op. cit.*, que fundamenta tal afirmación en virtud del contenido del art. 475.1.4º, por cuanto entiende que al amparo del mismo “...tan sólo se podrá hacer valer la infracción de todas las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva (el derecho de acceso, a la prueba, a la obtención de una sentencia motivada y congruente, a los recursos y a la ejecución de las sentencias) y la del derecho a un proceso con todas las garantías que, como es sabido, constituye una especie de ‘cajón de sastre’ en donde el Tribunal Constitucional encuadra todas las violaciones de las garantías procesales que no tienen encaje en su doctrina sobre el derecho a la tutela (así, violación de los principios dispositivo, de igualdad de armas, el derecho a la prueba, etc.)...”

instancia. Se crea pues, este recurso extraordinario, contra sentencias de las Audiencias Provinciales en cuestiones procesales de singular relieve y, en general, para cuanto pueda considerarse violación de los derechos fundamentales que consagra el art. 24 CE.⁹²

5.2. Resoluciones contra las que procede y motivos en que puede fundarse

En cuanto recurso extraordinario que es, el recurso ahora analizado procede, tan sólo, contra las sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia (art. 474). También característica propia del carácter de recurso extraordinario lo constituye la limitación de motivos de impugnación, y así, se establece que el recurso ahora considerado podrá fundarse únicamente en los siguientes motivos: 1º) Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional; 2º) Infracción de las normas contenidas en los arts. 214 a 221 incluido, o de otras normas procesales reguladoras de la sentencia en leyes especiales; 3º) Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión; 4º) Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (art. 475.1). Además de esta limitación en cuanto a los motivos del recurso, se establece la carga procesal de denuncia previa, de las infracciones de ley o la vulneración del art. 24 CE, que ha de efectuarse en “...la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia...” y para el caso de que “...la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas” (art. 475.2).

5.3. Competencia

El órgano judicial *a quo* será, en todo caso, la Audiencia Provincial, pues el recurso analizado tan sólo procede contra sentencias y autos dictados por las mismas que pongan fin a la segunda instancia (art. 474). En cuanto al órgano judicial *a quem*, con carácter general la competencia se atribuye a las Salas de lo Civil y Penal de los

⁹² Y así, se explicita en la exposición de motivos que añade que, “...reservada la casación para los aspectos jurídico-materiales o sustantivos -lo que, de otra parte, no deja de enlazar con su origen histórico-, el recurso extraordinario por infracción procesal amplía e intensifica la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales cuyas pretendidas violaciones generan desde hace más de una década la mayor parte de los litigios...” y se añade, en indicada exposición de motivos, que “...merced al recurso en interés de la ley, (...) además de completarse las posibilidades de unificación jurisprudencial encomendadas al Tribunal Supremo, no quedan las materias procesales excluidas del quehacer del Alto Tribunal...”; opinión ésta última que, con razón, no es compartida por la doctrina, y así para GIMENO SENDRA “...de nada servirá la doctrina procesal que pueda surgir de los escasos recursos en interés de la Ley que puedan interponerse, y ello por mucho que se pretenda ampliar la legitimación activa a determinadas Corporaciones de Derecho público. Al no afectar este ‘recurso’ a las ‘situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas’ (art. 496), ni siquiera el particular se tomará la molestia de poner ‘su caso’ en conocimiento de dichas Corporaciones...” (GIMENO SENDRA, V., “El recurso de ‘amparo judicial’ y el anteproyecto...”, *op. cit.*). Deberá tenerse en cuenta que se está refiriendo al Borrador de 1997; en el ALEC 1998, como veremos, tan sólo se atribuye legitimación activa, para interponer el denominado “recurso en interés de la Ley”, al Ministerio Fiscal (art. 494).

Tribunales Superiores de Justicia actuando como Salas de lo Civil (art. 474), si bien, en los supuestos en que alguna de las partes hubiere preparado recurso extraordinario por infracción procesal y otra u otras recurso de casación contra la misma resolución, deberá estarse a lo establecido en el artículo 492, que analizaremos al estudiar el recurso de casación. Esta nueva atribución competencial a favor de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Sala de lo Civil, como ya hemos adelantado, se verifica en el ARLOPJ, que la residencia en el art. 73.1.c) LOPJ.

5.4. Partes

Partes en el recurso de extraordinario por infracción procesal lo serán las mismas que lo fueron en la segunda instancia; no es necesario insistir, que el recurso ahora analizado no es, en absoluto, una tercera instancia. Dado el carácter del recurso examinado, como *medio de impugnación*, entendemos que no es preciso gravamen alguno para legitimar a la parte en orden a acudir a este recurso extraordinario.⁹³

5.5. Tramitación

5.5.1. Ante el órgano a quo

a) *Preparación del recurso*. El recurso extraordinario por infracción procesal se preparará mediante escrito presentado ante el tribunal que hubiere dictado la sentencia o auto en el plazo de los diez días siguientes al de su notificación (art.476); el escrito de preparación del recurso deberá tener, al menos el siguiente contenido: a) citar la resolución recurrida; b) alegar alguno de los motivos a que se refiere el art. 475.1; c) en su caso, acreditar haber procedido previamente con arreglo a lo establecido en el art. 475.2, que trata sobre la necesidad de previa denuncia de la infracción legal o constitucional, y de la posibilidad, en su caso, de subsanación; y, d) expresar la voluntad de recurrir la resolución de que se trate.

b) *Inadmisión*. Si la resolución no es recurrible, o, siéndolo sin el recurso se prepara fuera del plazo, o no se alega alguno de los motivos a que se refiere el art. 475.1, o no se acredita haber procedido conforme al art. 475.2, procederá que el órgano judicial *a quo* dicte auto inadmitiendo el recurso y por tanto denegando el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos al órgano judicial *a quem*. Contra este auto únicamente podrá interponerse recurso de queja (art. 476.4 y 497).

c) *Admisión y emplazamiento*. En el supuesto de que se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 2 del art. 476, la Audiencia dictará providencia -adoptable mediante propuesta del Secretario Judicial (art. 290 LOPJ)- en la que tendrá por

⁹³ De ahí, que estimemos positiva la supresión del art. 476 que se contenía en el Borrador 1997, y que establecía que "...el recurso podrá interponerse por quienes hayan sido parte en el proceso del que traiga causa, siempre que hayan sido perjudicados por la resolución"; pues la exigencia del perjuicio o gravamen, como requisito de legitimación, producía el efecto de aproximar este recurso a un medio de gravamen, olvidándose que estamos en presencia de un *medio de impugnación* (entendido como un proceso para anular sentencias ilegales o injustas), el cual no hace precisa la presencia de gravamen; de ahí que estimemos acertada la supresión, en el ALEC 1998, de tal distorsionadora norma.

preparado el recurso y emplazará a las partes por veinte días para que comparezcan ante el órgano judicial *ad quem*; y practicados los emplazamientos, los autos originales se remitirán a indicado órgano judicial dentro de los cinco días siguientes (art. 476.4). Indicada providencia es irrecurrible, sin perjuicio de poder alegar la/s contraparte/s la inadmisibilidad del recurso al comparecer⁹⁴ ante el órgano judicial *ad quem* (art. 476.5).

d) *Posibilidad de ejecución provisional.* Nada se expresa en la regulación del recurso analizado acerca de la posibilidad de ejecución provisional, quizá debido a que se parte de que, en caso de interesar la misma ya se hubiere solicitado; ahora bien, nada impide que de no haberse solicitado la misma, pueda hacerse en este momento procesal, en cuyo caso se seguirán los trámites ya analizados para el recurso de apelación, en lo que sean de aplicación, en relación con la específica normativa de la ejecución provisional (art. 526 y ss.).

5.5.2. Ante el órgano a quem

a) *Interposición del recurso.* Dentro del plazo que se le ha concedido, el recurrente ha de personarse ante el órgano judicial *ad quem* y presentar el escrito de interposición del recurso, en el que se expondrá razonadamente la infracción o vulneración cometida, expresando, en su caso, de qué manera influyeron en el resultado del proceso (art. 477.1); en dicho escrito de interposición se podrá solicitar la práctica de alguna prueba⁹⁵ que se considere imprescindible para acreditar la infracción o vulneración producida, así como la celebración de vista (art. 477.2). Finalizado el plazo para interponer el recurso sin haber presentado el escrito de interposición, por parte del recurrente, el recurso se declarará desierto, y firme la resolución recurrida, ordenándose la devolución de las actuaciones al tribunal del que procedan (art. 477.3), dictando auto al efecto, que tan sólo será susceptible de recurso de reposición (art. 457). Si las contrapartes recurridas no se personan ante el órgano *ad quem* dentro del término de emplazamiento, el mismo no se declarará desierto, sino que continúa, pero sin la intervención de las partes, distintas de las que se hubieren personado en tiempo y forma; esta personación de las contrapartes tan sólo exige de un simple escrito al efecto, con los requisitos generales de postulación.

b) *Trámite de admisión.* Una vez presentado el escrito de interposición del recurso de extraordinario por infracción procesal, se pasarán las actuaciones al magistrado ponente para que se instruya y someta a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso (art. 478.1); la Sala, antes de resolver, en el caso de que entienda que concurre alguna causa de inadmisión, pondrá de manifiesto la posible causa de inadmisión del recurso a las partes personadas para que, en el plazo de

⁹⁴ Con buen criterio, en relación con la tramitación del recurso de apelación se adelanta el momento en que la parte debe denunciar ante el órgano judicial *ad quem* la inadmisibilidad del recurso a la comparecencia ante este órgano, en vez de dejarla diferida al trámite de impugnación, pues al existir un trámite de admisión a sustanciar ante el órgano judicial *ad quem*, éste, en dicho trámite puede pronunciarse sobre tal cuestión; trámite que, en cambio, no existe en el recurso de apelación.

⁹⁵ Nótese que tan sólo se permite la prueba de las infracciones o vulneraciones producidas y alegadas; en ningún caso procede pedir prueba sobre *nova facta*, pues al no tratarse, el recurso examinado, de una nueva instancia, la alegación y prueba de nuevos hechos se encuentra proscrita.

diez días, formulen las alegaciones que estimen procedentes(art. 478.3); las posibles causas de inadmisión son las siguientes: 1º) Si, no obstante haberse tenido por preparado el recurso, se apreciare en este trámite la falta de los requisitos establecidos en los artículos 473, 474 y 475, ya examinados; y, 2º) si el recurso careciere manifiestamente de fundamento (art. 478.2). El artículo sobre la inadmisión se resuelve mediante auto; si la Sala entiende que concurre alguna de las causas de inadmisión, dictará auto declarando la inadmisión del recurso y la firmeza de la resolución recurrida; si la causa de inadmisión no afectara más que a alguna de las infracciones alegadas, resolverá también mediante auto la admisión del recurso respecto de las demás que el recurso denuncie (art. 478.4); contra el auto que resuelva sobre la admisión no se dará recurso alguno (art. 478.5).

c) *Traslado del recurso al resto de partes y posturas que pueden adoptar.* Admitido total o parcialmente el recurso, se acordará entregar copia del escrito de interposición a las contrapartes recurridas y que se hayan personado en tiempo y forma, para que, si a su derecho conviene, formalicen por escrito su oposición en el plazo de veinte días, durante el cual estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría (art. 479.1). El *escrito de oposición* podrán tener el siguiente contenido: a) alegar las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal; b) impugnar los motivos en que se funde el recurso; c) solicitar las pruebas que se estimen pertinentes, en apoyo de las anteriores alegaciones; d) pedir la celebración de vista, en su caso; y, e) suplicar que se desestime el recurso.

Nótese que no se prevé la posibilidad de *adhesión al recurso*; lo cual es una manifestación clara de la pretensión de configurar el recurso examinado como un medio de impugnación y no como un medio de gravamen, pues la adhesión al recurso es un instituto típico del recurso de apelación, el cual es, con carácter general, un medio de gravamen, por cuanto la adhesión al recurso implica la posibilidad de utilizar por las contrapartes el recurso ya interpuesto para impugnar aquellos extremos de la sentencia que sean perjudiciales a los recurridos.

5.6. Decisión

a) *Celebración de vista.* Deberá celebrarse vista en tres supuestos: a) siempre que lo soliciten todas las partes; y, b) si se hubiere pedido y admitido la práctica de alguna prueba; y c) si la Sala lo considera oportuno para la mejor impartición de la justicia (art. 480.2); por tanto, antes de decidir sobre la celebración de la vista, - y a pesar de que nada expresamente se dice en el texto analizado-, la Sala deberá decidir sobre la admisión o no de la prueba; caso de admitirse, su práctica se regirá por lo dispuesto para la vista de los juicios verbales (art. 480.3 en relación con el 449 y ss.). La decisión sobre la prueba puede realizarse acumulativamente con la decisión sobre celebración de la vista; en todo caso, deberán producirse una vez transcurrido el plazo de traslado a las contrapartes del recurso, se hayan o no presentado escritos de oposición; si la Sala decide celebrar vista, señalará día y hora para llevarla a cabo, y en su caso acordará lo necesario para la práctica de la prueba admitida; si la Sala decide no celebrar vista, deberá señalar también día y hora para la votación y fallo del recurso (art. 480.1). Caso de celebrarse vista, la misma se producirá, en su caso, una vez practicada la prueba, y

comenzará con el informe de la parte recurrente, para después proceder al de la parte recurrida; si fueren varias las partes recurrentes, se estará al orden de interposición de los recursos, y siendo varias las partes recurridas, se estará al orden de las comparencias, dice el art. 480.2, queriendo referirse al orden de las respectivas personaciones.

b) *Resolución del recurso*. La Sala dictará sentencia dentro de los veinte días siguientes al de finalización de la vista, o al señalado para la votación y fallo (art. 481.1). Tal sentencia puede tener uno de estos contenidos: a) *estimatorio del recurso*, por todas o algunas de las infracciones o vulneraciones alegadas, en cuyo caso, la Sala anulará la resolución recurrida y ordenará que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiere incurrido en la infracción o vulneración; y, b) *desestimatorio*, en el supuesto de que la Sala no considerare procedente ninguno de los motivos alegados, en cuyo caso ordenará la devolución de las actuaciones al tribunal del que procedan (art. 481.2). Nada se dice sobre la posibilidad de que en este estado del recurso se estime la concurrencia de alguna causa de inadmisibilidad, de las que es posible alegar por las contrapartes del recurso en el escrito de oposición, a las que se refiere el artículo 479.2; ante el silencio legal, entendemos que tales causas, de ser apreciadas, determinarían la desestimación del recurso, pues es abundante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que dice que las causas de inadmisión de los recursos, apreciadas al momento de decidir sobre el mismo, se convierten en causas de desestimación del recurso.

La sentencia que dicte la Sala resolviendo el recurso extraordinario por infracción procesal es firme; y contra ella tan sólo procede el remedio del mal llamado *recurso en interés de ley* ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que se regula en los arts. 493 y ss., y del que nos ocuparemos, en detalle, con posterioridad.

6. Recurso de casación

6.1. Breve referencia a la historia y evolución de la casación civil

Como es sobradamente conocido, la casación civil española tiene su origen en el modelo francés, donde en 1790 se había establecido un *Tribunal de cassation*, a causa del recelo existente contra los jueces del *Ancien Régime* que habían sido nombrados por el Rey, para que se ajustaran al texto de las leyes, intentando impedir que con la aplicación de las normas se convirtieran en legisladores;⁹⁶ se trataba de un modelo creado, básicamente, por motivos políticos; en España, a pesar de tomar referencia en ese modelo, ya inicialmente la casación civil adquirió perfiles propios, que se caracterizaron por el predominio de la defensa del derecho de los litigantes (*ius litigatoris*). Posteriormente fue evolucionado a lo largo del siglo XIX hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, de la cual, y de las reformas contenidas en la Ley de 1878, se tomó el modelo que se contiene en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual fue modificada, profundamente, mediante Ley 34/1984, de 6 de agosto; de esta

⁹⁶ MORENO CATENA, V., en la obra colectiva con CORTES DOMÍNGUEZ, V., y GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 299; en la exposición de los antecedentes históricos de la casación, seguiremos básicamente esta obra.

reforma puede destacarse "...la unificación del procedimiento, suprimiendo los anteriores tipos de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, (...); la reducción de los motivos en que puede fundarse el recurso (...); la introducción del recurso de casación directo contra la resolución de la primera instancia, y una pretendida y confesada flexibilización de los trámites.."; finalmente, la Ley 10/1992, de 30 de abril también ha introducido sustanciales modificaciones en la casación civil, y así: "...por una parte, regula la inadmisibilidad del recurso por carecer manifiestamente de fundamento o haberse desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales (art. 1710.3º LEC). Por otra parte, suprime la denuncia y el examen de los hechos en este extraordinario recurso, desapareciendo el tradicional motivo de casación por 'error en la apreciación de la prueba'...", limitándose, por tanto, el tribunal de casación a una función meramente revisora de la aplicación de la Ley hecha por los tribunales de instancia.⁹⁷

En cuanto a las funciones del recurso de casación civil es tradicional en la doctrina distinguir entre dos finalidades del mismo: a) de una parte, una denominada defensa del *ius constitutionis*, es decir, de defensa del ordenamiento jurídico, a través de dos vías: la *función nomofiláctica*, de protección o salvaguarda de la norma, y la *función uniformadora* de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del Derecho objetivo, para lograr la unidad del ordenamiento jurídico; b) defensa del *ius litigatoris*, entendida como defensa del derecho de los litigantes, que se manifiesta en la supresión del reenvío al tribunal de instancia para que éste resuelva, resolviendo, en cambio, la Sala de casación sobre la concretas peticiones de las partes, evitando así dilaciones y mayores inconvenientes y gastos a los litigantes. Básicamente, este es el esquema de la casación civil, si bien, naturalmente, en la doctrina existen planteamientos diversos acerca de cómo ha de entenderse y configurarse la misma,⁹⁸ así como múltiples propuestas de reforma,⁹⁹ en cuyo detalle no podemos entrar, pues se excedería el ámbito de la presente.

Finalmente, en el ALEC en el capítulo V del Título II del Libro II, y bajo el epígrafe "Del recurso de casación", contiene una novedosa propuesta de regulación del mismo, que se caracteriza por lo siguiente: a) se restringe la casación civil tan solo a los denominados vicios *in iudicando*, es decir se limita a la infracción de ley o jurisprudencia aplicable al caso; b) se limita el acceso a la casación evitando utilizar criterios fundados en el señalamiento de una *summa gravaminis*, sino que se acude a dar entrada, en abstracto, a todas la sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, si bien siempre que sean contradictorias con otra u otras sentencias del Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y/o Audiencias

⁹⁷ MORENO CATENA, V., op. cit., pág. 300; que añade que la "...desaparición del antiguo motivo 4º del art. 1692 de la LEC impedirá que mediante la casación pueda entrarse en el examen del material factico contenido en la sentencia, evitando que este recurso se convierta, como en la práctica se había tratado de utilizar, en una tercera instancia..."

⁹⁸ Un interesante resumen de las corrientes doctrinales existentes en esta materia, puede consultarse en MARIN CASTÁN, F., "La reforma de la casación civil", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 257, 1 de agosto de 1996, que también formula una propuesta de reforma de la casación civil.

⁹⁹ Especialmente sensible a tal reforma se muestra el *Libro Blanco de la Justicia* de 1997, CGPJ, Madrid, 1997, págs. 170 y ss.

Provinciales, dictadas en situaciones sustancialmente iguales por razón de los hechos y fundamentos alegados y de las pretensiones deducidas;¹⁰⁰ también, junto a esas sentencias, se admite la casación, novedosamente, para aquellas que resuelvan cuestiones con fundamento en normas que no lleven más de cinco años de vigor y no exista jurisprudencia relativa a normas anteriores de igual o similar contenido; c) se insiste en la línea introducida por la reforma procesal de 1992, de alejar la casación civil de una tercera instancia, suprimiendo cualquier posibilidad de modificar los hechos de la instancia, y por tanto haciéndose innecesaria la prueba;¹⁰¹ d) se potencia la función protectora del *ius constitutionis*, sin perjuicio de mantener la protección del *ius litigatoris*; e) y, en definitiva, se mantiene el carácter de recurso devolutivo y extraordinario de la casación.

6.2. Resoluciones contra las que procede y motivos de casación

Se establecen tres grandes grupos de resoluciones susceptibles de recurso de casación, introduciendo, al propio tiempo, importantes novedades, como ya hemos indicado, en la configuración de la casación civil; esos grupos de sentencias son los siguientes:

A) Sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 CE (art. 482.1º); en este grupo de sentencias recurribles no existe limitación en cuanto a los motivos de impugnación, sino que la restricción viene marcada por la materia sobre la que versen esos procesos civiles, de forma que tan sólo aquellos que traten sobre derechos fundamentales encajan en este grupo de sentencias, con la lógica excepción de los del artículo 24 CE, pues la vulneración de los mismos son precisamente objeto del motivo de impugnación previsto en el art. 475.1.4º, dentro del recurso extraordinario por infracción procesal.

B) Sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en cualquier clase de proceso civil, cuando hayan infringido normas aplicables¹⁰² para resolver las cuestiones objeto del litigio, si incurrieran en contradicción con lo resuelto

¹⁰⁰ Se acoge, parcialmente, la propuesta efectuada por el *Libro Blanco de la Justicia*, en tal sentido (*op. cit.*, pág. 174).

¹⁰¹ Pues “...este recurso con fundamento en motivos tasados, «*numerus clausus*», (...) sólo permite revisar la interpretación del Derecho, dejando intocados los hechos que dieron por ciertos los Jueces de la instancia...”(ATC 100/1996, de 24-4-1996); “...en casación ha de partirse de la base fáctica sentada por los Tribunales de instancia, pues lo que corresponde a esta Sala de Casación es determinar si los hechos históricos, los hechos de la vida real, se corresponden, una vez que han quedado incólumes, inconcusos, por no haberse atacado con éxito la valoración probatoria, con los hechos normativos, deslindando entonces si las consecuencias jurídicas obtenidas son las adecuadas a la norma jurídica que se aplica, defendiendo así el ordenamiento jurídico positivo (nomofilaquia)...” (STS 7-2-1997.[RJA 1997\663]).

¹⁰² En cuanto a la alegación de infracción de jurisprudencia aplicable al caso deberá tenerse en cuenta que se exigen “...dos requisitos (...) para invocar tal infracción, como es el especificar las sentencias que formulan determinada doctrina jurisprudencial (SS. 22 diciembre 1976 [RJ 1976\5576], 5 mayo 1970 [RJ 1970\2225], 20 junio 1975 [RJ 1975\2516], 25 marzo 1976 [RJ 1976\1429], 15 febrero 1982 [RJ 1982\689]...) y que debe referirse a la fundamentación constitutiva de la «*ratio decidendi*» (SS. 14 noviembre 1990 [RJ 1990\8709] y 16 julio 1992 [RJ 1992\6618])...” (STS 21-2-1997 [RJ 1997\1011]).

en alguna de las siguiente clase de sentencias, que se dirá, pronunciadas en situaciones sustancialmente iguales por razón de los hechos y fundamentos alegados y de las pretensiones deducidas; debiendo proceder esas sentencias de alguno de los siguientes órganos judiciales: a) una o más sentencias dictadas por el Tribunal Supremo; b) una o más sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia al conocer de los recursos de casación que les corresponden; y, c) una o más sentencias de la misma o distinta Audiencia Provincial¹⁰³ [números 2º, 3º y 4º del art. 432]. Este grupo de sentencias, como susceptibles de casación civil, constituyen también importante novedad, pues, partiendo de la imposibilidad de lograr, como indica la exposición de motivos, “...una casación civil en la que no se descarte ninguna materia civil o mercantil y en la que tampoco se descarte ninguna sentencia de segunda instancia...”, se intenta una solución imaginativa, para desde esa idea global, limitar el acceso a la casación, no por criterios de *summa gravaminis*, como ocurre en el sistema actual, sino recurriendo al mecanismo de contraste, por contradicción, de las sentencias de Audiencia Provincial con las de otros órganos judiciales (TS, TSJ, AP) en las que se den las identidades que establecen los números 2º, 3º y 4º del art. 482, citado. En este grupo de sentencias los únicos motivos de impugnación son la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver el objeto de litigio; se trata con claridad, de vicios *in iudicando*.

C) Sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en cualquier clase de proceso civil, cuando hayan infringido normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del litigio, si dichas normas no llevarán más de cinco años en vigor y no existiere jurisprudencia relativa a normas anteriores de igual o similar contenido (art. 482.5º); y se ha de entender, que tampoco exista jurisprudencia sobre esa novedosa norma. Se trata, a través de este cauce, de que determinadas materias que de otra forma difícilmente accederían a la casación, tenga la oportunidad de ser tratadas por el tribunal de casación, para así fijar un cuerpo de jurisprudencia que sirva de referencia interpretativa de indicadas normas.

En definitiva, analizados los tres grupos de sentencias susceptibles de casación civil, se aprecia lo siguiente: a) que aparentemente se configura una casación civil amplia, en cuanto a la clase de resolución susceptibles de la misma, si bien en realidad las limitaciones del art. 483 reducirán ostensiblemente la misma; b) que tan sólo se contemplan sentencias, excluyéndose los autos, que en cambio sí se recogen en la normativa vigente (art. 1687.2º LEC); c) que se pretende que a través de la casación se encaucen tan sólo los vicios *in iudicando* como susceptibles de casación, dejando los vicios *in procedendo* para el recurso extraordinario por infracción procesal.

6.3. Competencia

Como acabamos de examinar, el recurso de casación procede tan sólo contra las sentencias de las Audiencias Provinciales a que se refiere el art. 482, de donde tenemos

¹⁰³ En el adecuado conocimiento de las sentencias de las Audiencias Provinciales y demás órganos judiciales ha de jugar un papel importante el *Centro de Documentación Judicial*, regulado por el Reglamento 1/1997, aprobado por Acuerdo de 7 de mayo de 1997, del Pleno del CGPJ (BOE de 23 de mayo de 1997).

que éste será el órgano judicial *a quo*. Con carácter general el conocimiento del recurso de casación, en materia civil, corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo (art. 483.1); ahora bien, corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, si se dan dos requisitos: a) que el recurso se funde en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y, b) cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución (art. 483.2). En relación con los posibles problemas de delimitación competencial, se establece que cuando la misma parte prepare recurso de casación contra una misma sentencia ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal Superior de Justicia, se tendrá por no presentado el primero de ellos, en cuanto se acredite esta circunstancia (art. 483.3).

6.4. Partes

En el recurso de casación, serán partes las mismas que lo hayan sido en el proceso del que trae causa. A similitud de lo que sucede en relación con el recurso extraordinario por infracción procesal - actual casación por quebrantamiento de forma - se establece en relación con las partes, ni con la legitimación, ni con la necesidad de la presencia de gravamen alguno, lo cual nos parece acertado, como corresponde a la naturaleza de medio de impugnación del recurso de casación; el cual, en ningún caso puede ser considerado como un medio de gravamen.

6.5. Tramitación

6.5.1. Ante el órgano a quo

a) *Preparación*. El recurso de casación se preparará mediante escrito presentado ante el tribunal que hubiere dictado la sentencia, dentro de los diez días siguientes al de la notificación de la misma; el contenido mínimo del escrito de preparación variará en función de la clase de sentencias que se recurra: a) si se pretendiere recurrir sentencia de las previstas en el número 1º del art. 482, será el siguiente: a') expresar la sentencia de que se trate; b') exponer sucintamente la vulneración del derecho fundamental que se considera cometida; c') expresar la voluntad de recurrir en casación la resolución de que se trate (art. 484.2); b) si se pretende recurrir conforme a los números 2º, 3º y 4º del art. 482, será el siguiente: a') expresar la sentencia de que se trate; b') expresar la infracción legal que se considera cometida en la resolución recurrida; c') citar las sentencias que pongan de manifiesto la discrepancia con la que se recurre; d') expresar la voluntad de recurrir en casación la resolución de que se trate (art. 484.3); c) si se trata de sentencias a que se refiere el número 5º del art. 482, será el siguiente: a') indicar la sentencia de que se trate; b') expresar sucintamente la infracción jurídica que se considera cometida en la resolución recurrida; c') explicitar la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos; d') expresar la voluntad de recurrir en casación la resolución de que se trate (art. 484.4) .

b) *Inadmisión*. Si el escrito de preparación no cumpliera los requisitos establecidos, el tribunal dictará auto inadmitiendo el recurso y denegando el emplazamiento de las

partes y remisión de las actuaciones al órgano judicial *ad quem*; contra este auto únicamente podrá interponerse recurso de queja (art. 485.2 y 497).

c) *Admisión y emplazamiento*. En el supuesto de que se cumplan los requisitos temporales y formales examinados, la Audiencia dictará providencia - adoptable mediante propuesta del Secretario Judicial (art. 290 LOPJ)- en la que tendrá por preparado el recurso de casación y ordenará el emplazamiento de las partes, por término de veinte días, ante el órgano judicial *ad quem*; y practicados los emplazamientos, se remitirán las actuaciones a indicado órgano dentro de los cinco días siguientes (art. 485.1). Indicada providencia es irrecurrible, sin perjuicio de poder alegar la/s contraparte/s la inadmisibilidad del recurso al comparecer ante el órgano judicial *ad quem*¹⁰⁴ (art 485.3).

Para el caso de que algún litigante distinto de quien recurra en casación hubiese preparado recurso por infracción procesal contra la misma sentencia, sólo se remitirá a la Sala competente para conocer el recurso de casación testimonio de la sentencia y de los particulares que el recurrente en casación interese, poniéndose nota expresiva de haberse preparado recurso extraordinario por infracción procesal, a los efectos de los que dispone el art. 492 (art. 485.1.II).

6.5.2. Ante el órgano a quem

a) *Interposición del recurso*.- Dentro del plazo que se le ha concedido al recurrente, ha de personarse ante el órgano judicial *ad quem* y presentar escrito de interposición del recurso, en el que se expondrán, con la necesaria extensión, sus fundamentos y se podrá pedir la celebración de vista (art. 486.1); además de lo anterior, en el caso de recurso de casación de los números 2º, 3º o 4º del art. 482, deberá acompañarse al escrito de interposición certificaciones de la sentencia impugnada y de las que se aduzcan como contradictorias o, en defecto de estas certificaciones, copia simple del texto de las sentencias y justificación documental de haberse solicitado las certificaciones;¹⁰⁵ y también en estos supuestos, en el escrito de interposición se hará relación precisa y circunstanciada de las identidades determinantes de la contradicción que se alegue (art. 486.2.I). Si el órgano judicial *ad quem* precisará las certificaciones en relación con las cuales tan sólo ha sido posible presentar copia simple, las reclamará del tribunal o tribunales que deban expedirlas (art. 486.2.II). En los supuestos del número 5º del art. 482, en el escrito de interposición, además de fundamentarse el recurso, se habrá de manifestar razonadamente cuanto se refiera a la inexistencia de jurisprudencia relativa a la norma que se estime infringida (art. 486.3).

¹⁰⁴ Nótese que en este extremo, al igual que en otros muchos, la tramitación del recurso de casación es muy similar a la del recurso extraordinario por infracción procesal.

¹⁰⁵ Inopinadamente se prevé en el art. 486.2.II que "...si el recurso se hubiese tenido por preparado, la negativa o resistencia a expedir las certificaciones será corregida disciplinariamente...", lo cual constituye un claro retroceso en materia disciplinaria, toda vez que se trata de una norma de la denominada *responsabilidad disciplinaria intraprocesal*, que ha sido suprimida por Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, de modificación de la LOPJ, la cual tan solo contempla la *responsabilidad disciplinaria extraprocesal*; en todo caso, nótese que el mero retraso o demora en la expedición de las certificaciones no constituye motivo de sanción disciplinaria.

Nada se establece expresamente sobre la declaración de desierto del recurso para el caso de que, transcurrido el plazo de personación el recurrente no compareciere ante el tribunal de casación; ante la falta de previsión de norma expresa - que sería deseable se corrigiera- se aplicarán las normas generales, sirviendo al efecto lo establecido para el caso del recurso extraordinario por infracción procesal en el art. 477.3. Similar criterio deberá seguirse en relación con las contrapartes.

b) *Trámite de admisión.*¹⁰⁶ Una vez presentado el escrito de interposición del recurso de casación, se pasarán las actuaciones al Magistrado ponente para que se instruya y someta a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso (art. 487.1); la Sala, antes de resolver, en el caso de que entienda que concurre alguna causa de inadmisión, pondrá de manifiesto la posible causa de inadmisión del recurso a las partes personadas para que, en el plazo de diez días, formulen las alegaciones que estimen procedentes (art. 487.3); las posibles causas de inadmisión son: 1º) Si, pese a haberse tenido por preparado el recurso, éste fuere improcedente, por no ser recurrible la sentencia o por cualquier defecto de forma en que se hubiese incurrido en la preparación; 2º) si el escrito de interposición del recurso no cumpliera los requisitos establecidos, para los distintos casos, en el art. 486; 3º) si, tratándose del recurso previsto en los números 2º, 3º o 4º del art. 483, fuere manifiesto que las sentencias aducidas no resolvieron casos sustancialmente iguales o no incurrieron en la contradicción aducida; 4º) si, en caso de los recursos a que se refiere el número 5º del art. 482, la norma que se pretende infringida llevase vigente más de cinco años o, a juicio de la Sala, existiese jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre dichas normas o sobre cuestiones anteriores de contenido igual o similar (art. 487.2). El artículo sobre la inadmisión se resuelve mediante auto; si la Sala entiende que concurre alguna de las causas de inadmisión, dictará auto declarando la inadmisión del recurso y la firmeza de la resolución recurrida; si la causa de inadmisión no afectara más que a alguna de las infracciones alegadas, resolverá también mediante auto la admisión del recurso respecto de las demás que el recurso denuncie (art. 487.4); contra el auto que resuelva sobre la admisión no se dará recurso alguno (art. 487.5).

En este trámite de admisión se establece, en el art. 488, una norma específica sobre decisión acerca de competencia, en el sentido de que la Sala examinará su competencia para conocer del recurso, antes de pronunciarse sobre la admisibilidad del mismo; si no se considera competente acordará, previa audiencia de las partes por plazo de diez días, la remisión de las actuaciones y emplazamiento de las partes para que comparezcan ante la Sala que se estime competente, concediéndoles el plazo de diez días. Una vez recibidas y personadas las partes ante la Sala que se haya considerado competente,

¹⁰⁶ El recurso de casación "...está clasificado entre los extraordinarios y, en consecuencia, su admisibilidad queda sometida no sólo a los requisitos meramente extrínsecos -tiempo y forma- y a los presupuestos comunes exigibles para el ordinario de apelación, sino a otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y viabilidad de la pretensión, cuyo régimen es más severo por su propia naturaleza. Como consecuencia de ello, el principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión cuya es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos..."(Auto TC 100/1996, de 24-4-1996).

continuará la sustanciación del recurso desde el trámite de admisión. Debiéndose tener en cuenta, conforme al art. 488.3, que las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia no podrán declinar su competencia para conocer los recursos de casación que les hayan sido remitidos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, lo cual no es otra cosa que una particularización de lo establecido en el art. 52 LOPJ.

c) *Traslado del recurso al resto de partes y posturas que pueden adoptar.* Admitido el recurso de casación, se acordará entregar copia del escrito de interposición, con sus documentos adjuntos, a las contrapartes recurridas y que se hayan personado en tiempo y forma, para que, si a su derecho conviene, formalicen por escrito su oposición en el plazo de veinte días, y manifiesten si consideran necesaria la celebración de vista (art. 489.1). El *escrito de oposición* podrá tener el siguiente contenido: a) alegar las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal (art. 489.2); b) impugnar los motivos en que se funde el recurso; c) pedir la celebración de vista, en su caso; y, d) suplicar que se desestime el recurso.

Nótese que no se prevé la posibilidad de *adhesión al recurso*; lo cual es una manifestación clara de la configuración del recurso de casación como un medio de impugnación y no como un medio de gravamen, pues la adhesión al recurso es un instituto típico del recurso de apelación, el cual es, con carácter general, un medio de gravamen, por cuanto la adhesión al recurso implica la posibilidad de utilizar por las contrapartes el recurso ya interpuesto para impugnar aquellos extremos de la sentencia que sean perjudiciales a los recurridos.

También como una derivación propia de la naturaleza del recurso de casación, tenemos la ausencia de actividad probatoria, a la cual ni siquiera se refiere la regulación del mismo, dando por supuesto que en dicho recurso la prueba carece de sentido, a la vista de las notas características del mismo, que como hemos expuesto, pretende fundamentalmente desplegar una función de unificación jurisprudencial, función nomofiláctica que, sin perjuicio del *ius litigatoris*, hace innecesaria de la presencia de prueba.

6.6. Decisión

a) *Celebración de vista.* Deberá celebrarse vista siempre que lo solicitaren todas las partes (art. 490.2); en los demás supuestos, se celebrará vista si el tribunal lo considera conveniente para la mejor impartición de justicia; caso de no celebrarse vista deberá señalarse fecha para votación y fallo (art. 490.1). La decisión sobre celebración de vista o no deberá adoptarse una vez transcurra el plazo concedido a los contrapartes para oponerse al recurso, háyanse o no presentado escritos de oposición (art. 490.1). De celebrarse vista, la misma comenzará con el informe de la parte recurrente, para después proceder al de la parte recurrida; si fueren varias las partes recurrentes, se estará al orden de interposición de los recursos, y siendo varias las partes recurridas, al orden de las comparecencias (art. 490.2).

b) *Resolución del recurso*. La sentencia resolviendo el recurso deberá dictarse dentro de los veinte días siguientes al de finalización de la vista, o al día señalado para la votación y fallo (art. 491.1). Pueden distinguirse varios supuestos:

1º) Si se tratare del recurso de casación previsto en el número 1º del art. 482, la sentencia que ponga fin al mismo confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida (art. 491.2).

2º) Cuando el recurso de casación sea de los previstos en los números 2º a 5º del art. 482, a su vez se puede distinguir: a) si se considera fundado el recurso, la sentencia casará la resolución impugnada, y resolverá sobre el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la contradicción o divergencia de doctrina jurisprudencial; debiéndose tener presente, que los pronunciamientos de la sentencia que se dicte en casación en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias, distintas de la impugnada, que se hubieren invocado (art. 491.3); b) si se entendiere que el recurso de casación no es fundado, se declarará no haber lugar al mismo. En cualquiera de los supuestos hasta ahora expuestos, el tribunal de casación acordará devolver los autos a la respectiva Audiencia, con certificación de lo resuelto, para su conocimiento y ejecución, si procede.

3º) Cuando el Tribunal Supremo, en la decisión del recurso, estimare que no concurre la infracción de precepto constitucional invocado, si además se hubiere fundado en infracción de norma de Derecho civil, foral o especial, remitirá las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia que corresponda¹⁰⁷ con emplazamiento de las partes para que comparezcan ante dicho Tribunal por plazo de diez días (art. 491.4), ante el cual continuará la sustanciación del recurso.

Finalmente, en el artículo 492 se establece una norma que pretende dar respuesta a los supuestos en que un mismo pleito unos litigantes opten por el recurso de casación y otros por el extraordinario por infracción procesal, en cuyo caso, el que se funde en infracción procesal se sustanciará por el tribunal competente con preferencia al de casación; iniciándose, también, la tramitación del recurso de casación hasta que se decida su admisión, en cuyo momento procesal se decretará la suspensión del recurso de casación hasta tanto se resuelva el otro recurso extraordinario (art. 492.1). A partir de esas actuaciones, las hipótesis que pueden darse son las siguientes: a) si se dictara sentencia totalmente desestimatoria del recurso por infracción procesal, se comunicará de inmediato al tribunal competente para la casación, que alzará de inmediato la suspensión del recurso de casación, el cual se tramitará con arreglo a lo que los trámites que ya hemos expuesto (art. 492.2); y, b) si se estimare el recurso por infracción

¹⁰⁷ Esta remisión de actuaciones, en este estado tan avanzado del recurso, a otro órgano judicial podría, en una primera impresión considerarse como un *peregrinaje de jurisdicciones*; pero si se profundiza en la cuestión, se descarta tal inicial impresión, pues en realidad se trata de una norma acertada que obedece a la delimitación competencial efectuada entre sendos tribunales, y trata de evitar posibles fraudes de ley que se podrían conseguir, pues de no existir tal norma, con tan sólo alegar infracción de precepto constitucional, además de los restantes motivos fundados en derecho civil, foral o especial, la competencia del recurso pasaría al Tribunal Supremo, sustrayéndola del Tribunal Superior de Justicia.

procesal, producirá la consecuencia de quedar sin efecto el recurso de casación, sin perjuicio de lo previsto en el art. 473, al que ya nos hemos referido (art. 492.3).

7. Recurso en interés de ley

El capítulo VI del Título II del Libro II bajo el epígrafe “ Del recurso en interés de la Ley” (arts. 493-496) , regula un peculiar instrumento impugnatorio, que se caracteriza, precisamente, por no ser propiamente un recurso, pues como ya tuvimos ocasión de afirmar procede precisamente *contra sentencias firmes* divergentes de las Salas de lo Civil y Penal, actuando como Salas de lo Civil, de los Tribunales Superiores de Justicia; no obstante, el redactor del ALEC es consciente de ello, pues se afirma en la exposición de motivos que “...no se trata, es cierto, de un recurso en sentido propio, pues la sentencia que se dicte no revocará otra sentencia no firme ni rescindirán la firme,¹⁰⁸ pero se opta por esta denominación, en aras de lo que resulta, por los precedentes, más expresivo y comunicativo...”; se trata pues, de un instrumento procesal diseñado “...para la unificación de doctrina jurisprudencial, contra sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes en situaciones sustancialmente iguales por razón de los hechos y fundamentos alegados y de las pretensión deducidas” (art. 493), y respetando, “...en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas..” (art. 496), y teniendo como único efecto, por tanto, cuando de sentencias estimatorias se trate la que resuelva este peculiar instrumento procesal, el de fijar “...en el fallo la doctrina jurisprudencial” (art. 496). Con este recurso se garantiza que el Tribunal Supremo, constitucionalmente superior en todos los órdenes, pero no llamado por nuestra Constitución a conocer de todo tipo de asuntos, como es rotundamente obvio, se ocupe de las cuestiones procesales de mayor importancia y seriedad. Como antecedente de esta institución procesal puede citarse el denominado “recurso de casación en interés de ley”, regulado en el artículo 1718 LEC,¹⁰⁹ siendo en cambio ampliamente utilizado en otras jurisdicciones.¹¹⁰

7.1. Resoluciones contra las que procede

¹⁰⁸ Aunque, al afirmar como argumento para excluir al denominado “recurso en interés de la Ley”, el consistente en afirmar que “*no rescindirán la firme...*”, parece que se está implícitamente, aceptando que los medios de impugnación que rescinden sentencias firmes - p.ej., audiencia al rebelde, o revisión de sentencias firmes- son recursos, lo cual es contradictorio con el tratamiento que a estos medios autónomos de impugnación se realiza en el texto analizado; en definitiva, entendemos que la frase seleccionada no es precisamente muy acertada, pues no guarda la debida coherencia con el acertado planteamiento que se realiza sobre este aspecto, como ya hemos expuesto.

¹⁰⁹ Por ello, la propia exposición de motivos indica que “...se mantiene el recurso en interés de la ley...”; si bien en la regulación propuesta se contienen algunas innovaciones, así p.ej., se suprime la intervención de las partes que lo hubieren sido en el proceso del que trae causa la sentencia impugnada, y se exceptúan las sentencias que hubieren sido objeto de un recurso de amparo, entre otras novedades.

¹¹⁰ Así, p.ej. es tradicional en el jurisdicción social, que regula el denominado “recurso de casación para la unificación de doctrina” (arts. 216 y ss. Ley de Procedimiento Laboral de 1995); en la jurisdicción contencioso- administrativa tras la reforma procesal de 1992, se regula tanto el “recurso de casación para la unificación de doctrina” (art. 102.a) LRJCA), como el “recurso de casación en interés de Ley” (art. 102.b) LRJCA).

El denominado *recurso* en interés de la Ley procede tan sólo contra las sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción procesal dictadas por las Salas de lo Civil y Penal, actuando como Salas de lo Civil, de los Tribunales Superiores de Justicia¹¹¹ (art. 493). Se trata, en todo caso de sentencias firmes (confr. art. 482.4 en relación con el 495.1, donde se señala el plazo de un año para interponer el *recurso* analizado). Por otra parte, expresamente se excluyen del recurso en interés de ley las sentencias que hubiesen sido recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 493.2), en un intento de delimitación del ámbito del recurso y de evitación de indeseadas colisiones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional.¹¹²

7.2. Competencia

En el caso del *recurso* en interés de la Ley, tanto para la tramitación como para su resolución, la competencia corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pues claramente el artículo 495.1 indica que se interpondrá directamente ante referida Sala; regla que se explica tanto en atención al carácter de indicado *recurso*, como de la ausencia de intervención de las partes que lo fueron en los procesos de que dimanen las sentencias cuestionadas.

7.3. Legitimación activa

La legitimación para recurrir en interés de la Ley corresponde *exclusivamente* al Ministerio Fiscal, haya sido o no parte en las actuaciones que hayan dado lugar a la sentencia que motive el recurso¹¹³ (art. 494). En cambio, nada se dice de las partes del proceso, a las que tampoco se les da intervención pasivamente; ello es obvio, si se tiene en cuenta los efectos de la sentencia que se dicte en este *recurso*, “...que respetará, en todo caso, las situaciones particulares derivadas de las sentencias alegadas...” (art. 496), de donde resulta que se considera innecesaria la intervención de las partes, tanto activa, como pasivamente, las cuales, en principio, apenas tendrán interés en que se promueva tal recurso. Cuestión distinta será que las partes puedan poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que a su juicio determinen la posibilidad de acudir al instituto procesal ahora analizado; actuación que será infrecuente, dada la carencia de

¹¹¹ Y no contra todas sentencias dictadas en esos recursos por indicados órganos judiciales, sino que tan sólo cuando “...sostuvieran criterios discrepantes en situaciones sustancialmente iguales por razón de los hechos y fundamentos alegados y de las pretensiones deducidas” (art. 493).

¹¹² Se pretende, como indica la exposición de motivos, que no queden “...las materias procesales excluidas del quehacer del Alto Tribunal, mientras no se produzca colisión con el recurso de amparo que corresponde al Tribunal Constitucional...”

¹¹³ Es significativa esta drástica limitación en cuanto a la legitimación activa, dado que en el borrador 1997, y como una nota característica del *recurso* en interés de la Ley se presentaba lo referente a la legitimación activa, y así, resultaba que se encontraban legitimados para interponerle: a) el Ministerio Fiscal; b) el Defensor del Pueblo; c) el Consejo General de la Abogacía; d) el Colegio General de los Ilustres Colegios de Procuradores; e) el Consejo General del Notariado; f) el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; g) el Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio; h) el Consejo General de Colegios de Economistas; y, i) las Reales Academias de Jurisprudencia y Legislación y de Ciencias Morales y Jurídicas (art. 494 del Borrador 1997). Ahora, en el ALEC 1998, como decimos, se limita tan sólo tal legitimación al Ministerio fiscal.

efectos de la sentencia que se dicte en relación con indicadas partes, lo que supondrá la generalizada ausencia de interés en las mismas;¹¹⁴ en todo caso la petición que las mismas puedan formular al Fiscal no vincula la actuación del mismo.

7.4. Tramitación

Dentro del plazo de un año desde que se dictó la sentencia más moderna de las discrepantes,¹¹⁵ podrá interponerse el *recurso* en interés de la Ley directamente ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (art. 495.1); al escrito en que se interponga el *recurso* se acompañarán los siguientes documentos: 1º) copia certificada o testimonio de las resoluciones que pongan de manifiesto la discrepancia que se alegue; y, 2º) Certificación expedida por el Tribunal Constitucional, que acredite que, transcurrido el plazo para recurrir en amparo, no se ha interpuesto dicho recurso contra ninguna de las sentencias alegadas (art. 495.2). Nada se establece acerca de los posteriores trámites a dar al instrumento procesal analizado.¹¹⁶

7.5. Decisión

Como hemos tenido ocasión de exponer, la sentencia que se dicte en los *recursos* en interés de la Ley respetará, en todo caso, las situaciones particulares derivadas de las sentencias alegadas y cuando fuere estimatoria fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial (art. 496). Como resalta la propia exposición de motivos, referidas “...sentencias, sin efectos directos, están llamadas, no obstante, a la máxima relevancia práctica, por su autoridad y fuerza ejemplar.”¹¹⁷ Evidentemente, tal sentencia, aunque nada se diga expresamente -quizá por su obviedad-, no es susceptible de recurso alguno.

¹¹⁴ Como ya ha puesto de relieve la doctrina (GIMENO SENDRA, “El recurso de ‘amparo judicial’...”, op. cit.)

¹¹⁵ Nótese que se concede un plazo generoso para poder interponer este peculiar instrumento procesal unificador de doctrina jurisprudencial, lo cual parte de la firmeza de las sentencias discrepantes (art. 482.4), y de conceder el tiempo necesario para posibilitar el conocimiento de esas resoluciones; en este último aspecto ha de jugar un papel importante, a similitud de lo que sucedía con el recurso de casación del art. 483.2, el *Centro de Documentación Judicial*, regulado por el Reglamento 1/1997, aprobado por Acuerdo de 7 de mayo de 1997, del Pleno del CGPJ (BOE de 23 de mayo de 1997).

¹¹⁶ En cambio, en el Borrador 1997, se establecían normas básicas que podían resumirse del siguiente modo: a) *trámite de admisión*: el Magistrado Ponente se instruirá del recurso y propondrá a la Sala lo que estime procedente sobre su admisión. Solo procederá la inadmisión en el caso de que las sentencias aducidas no hubieren resuelto casos sustancialmente iguales o no se apreciara en ellas la contradicción alegada. Contra el auto de inadmisión no cabrá recurso alguno (art. 495.3); y, b) *admisión y posteriores trámites*: admitido el recurso, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo podrá, si lo considera necesario, reclamar los autos a la Sala o Salas que hubieren dictado las sentencias alegadas y, previas las oportunas deliberaciones, resolverá sin más trámites lo que proceda (art. 495.4). Estos preceptos, en cambio, no aparecen en el ALEC 1998, por lo que se genera cierto vacío sobre la forma de proceder una vez presentado el escrito de interposición, que habrá que integrar acudiendo a las normas generales.

¹¹⁷ Cuestión distinta será la relativa a si efectivamente va a ser o no utilizado este instituto procesal; aspecto sobre el cual ya hemos expuesto nuestra opinión, en el sentido de entender que el mismo será escasamente empleado, precisamente por la falta de interés de las partes de los procesos de que traigan causa las sentencias cuestionadas, al no tener efecto alguno respecto de aquéllas, la sentencia que se dicte en éste.

8. Recurso de queja

8.1. Características

Finalmente, en el capítulo VII del Título II del Libro II y bajo la rúbrica “Del recurso de queja”, se pretenda dar regulación general al mismo en los artículos 497 y 498 que integran indicado capítulo. Las características generales de tal regulación pueden resumirse del siguiente modo: a) se toma como referencia la regulación existente en la LEC para el recurso de queja contra la inadmisión de la apelación,¹¹⁸ contenida en los artículos 398 y siguientes, a la que se le realizan algunas mejoras técnicas; b) continúa tratándose de un recurso de carácter instrumental¹¹⁹ de otro recurso que ha sido inadmitido - apelación, extraordinario por infracción procesal o casación-; c) se suprime el informe del Juez *a quo* que establece el actual art. 400 LEC, supresión que ha de considerarse como un acierto, pues su intervención en el recurso de queja vía informe había sido cuestionada por la doctrina, por entender que de ese modo se convertía al Juez en parte en el recurso, y que lo que el mismo tuviera que decir debía efectuarlo en las correspondientes resoluciones, en ejercicio de la jurisdicción; d) también se suprime la intervención de las partes distintas a la recurrente, a las que no se prevé darles traslado alguno, resolviendo el recurso de plano el órgano judicial competente; e) la interposición y admisión del recurso de queja continúa sin tener efectos suspensivos, pues nada se dice sobre la presencia de los mismos, en la propuesta de regulación examinada, y por tanto debemos estar a la regla general de no suspensión de la ejecución de la resolución; y, f) en cambio, si se da el efecto devolutivo, por cuanto el órgano judicial llamado a resolver el recurso es distinto al órgano judicial del que procede la resolución recurrida.

8.2. Resoluciones contra las que procede

El recurso de queja, en cuanto recurso instrumental de otro recurso inadmitido, procede contra los autos mediante los que el órgano judicial correspondiente hubiere denegado la admisión a trámite bien de un recurso de apelación, un recurso extraordinario por infracción procesal, o de un recurso de casación (art. 497). La resolución atacable en esta clase de recursos es precisamente el auto¹²⁰ de inadmisión a trámite de alguno de esos otros recursos; se trata de conseguir que otro órgano judicial,

¹¹⁸ Recuérdese que con el sistema de la vigente LEC existen al menos cuatro regulaciones distintas del recurso de queja: a) la que indicamos contra inadmisión de la apelación, regulada con carácter general (arts. 398 y ss. LEC); b) la existente para el caso de inadmisión del recurso de casación (art. 1698 y ss. LEC); c) la existente en caso de inadmisión de recurso de apelación en el juicio verbal (art. 735 LEC) d) la regulada para el caso de inadmisión de recurso de apelación en el juicio de cognición (art. 67 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, regulador del juicio de cognición).

¹¹⁹ Carácter instrumental del recurso de queja civil que está también claro con la regulación de la vigente LEC (MORENO CATENA, V., en la obra colectiva con CORTES DOMÍNGUEZ, V., y GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 311).

¹²⁰ Evidentemente, si la inadmisión adoptará - indebidamente- la forma de providencia o de cualquier otra resolución distinta al auto, se trataría de resoluciones con contenido material de auto, y por tanto también susceptibles de recurso de queja.

distinto al que dictó esa resolución de inadmisión, examine nuevamente la cuestión de la admisión o no de ese recurso previamente inadmitido.

8.3. Competencia

El recurso de queja se prepara ante el órgano judicial que dictó la resolución que se pretende recurrir pidiendo, dentro del tercer día,¹²¹ la reposición del auto recurrido (art. 498.1); y se formaliza el recurso y continúan los trámites del mismo, ante el órgano judicial al que corresponda resolver del recurso no admitido a trámite (art. 497 *in fine*). Es decir intervienen distintos órganos en la fase de preparación del recurso y en la fase de formalización y resolución del mismo, a similitud de lo que sucede con los recursos del cual es instrumental el de queja.

8.4. Tramitación

a) *Preparación del recurso.* El recurso de queja se prepara pidiendo, dentro los tres días siguientes a la notificación del auto de inadmisión,¹²² la reposición del auto recurrido, y para el caso de no estimar tal reposición, testimonio tanto de la resolución recurrida como de la que se dicte desestimando la reposición (art. 498.1); si el órgano judicial diere lugar a la reposición, y admitiere el recurso inicialmente inadmitido, carece ya de objeto seguir adelante con el de queja, pues se ha conseguido lo que es objeto del mismo: admitir a trámite un recurso, de los citados, que había sido inadmitido previamente. Si el tribunal no diere lugar a la reposición, mandará a la vez que, dentro de los cinco días siguientes, se facilite dicho testimonio a la parte interesada, acreditando el Secretario Judicial, a continuación del mismo - en el testimonio- la fecha de entrega, a efectos de computo del plazo de formalización (art. 498.2).

b) *Formalización del recurso y posteriores trámites.* Dentro de los diez días siguientes al de la entrega del testimonio, la parte que lo hubiere solicitado habrá de presentar el recurso de queja ante el órgano judicial competente para resolverle, aportando el testimonio obtenido del órgano judicial *a quo* (art. 498.3); nada se dice en la regulación examinada, sobre el traslado al resto de partes,¹²³ ni sobre la petición de informe al Juez que dictó la resolución recurrida, por lo que, entendemos, como ya adelantábamos, que es innecesaria tanto la intervención de unas como del otro.

¹²¹ Quizá sería más adecuado establecer un plazo de *cinco días*, en consonancia con el que se prevé para el caso del recurso de reposición en el art. 458.I.

¹²² Insistimos, en que debería armonizarse este plazo con el previsto para el recurso de reposición y unificar los mismos, estableciendo aquí también el plazo de cinco días, como en el caso de aquél otro recurso.

¹²³ Esta falta de traslado a las demás partes podría parecer, en un primer análisis una vulneración de los principios de audiencia, contradicción e igualdad de partes; pero bien pensado no se produce vulneración de ninguno de esos principios, como tampoco se producen por el hecho de que el órgano judicial *a quo* pueda admitir, de plano, sin previo traslado al resto de partes, los correspondientes recursos; pues indicados principios tendrán debida entrada una vez admitido el recurso, momento a partir del cual se dará traslado al resto de partes, y estas, además de poder impugnar el recurso, también pueden atacar la admisión del mismo, por entender que fue incorrecta (arts. 463.5 en el caso del recurso de apelación, 476.5 en el recurso extraordinario por infracción procesal y 485.3 para el recurso de casación).

Presentado en tiempo el recurso de queja con el testimonio indicado, el tribunal resolverá sobre el mismo en el plazo de cinco días (art. 498.4).

c) *Resolución*.- El recurso de queja se resolverá mediante auto en el que se decidirá si la inadmisión del recurso del cual es instrumental el analizado, estuvo o no bien realizada; caso de estimar el recurso de queja, se acordará que por el órgano judicial *a quo* se admita el recurso que resultó inicialmente inadmitido, indicando si la admisión, en su caso, debe ser en uno o dos efectos; si, por el contrario, se estimare que el recurso fue debidamente inadmitido a trámite, así se expresará, confirmando la resolución recurrida. En todo caso, cualquiera que sea la decisión del órgano judicial *a quem*, “...contra el auto que resuelva el recurso de queja no se dará recurso alguno” (art. 498.5). La resolución que adopte el tribunal resolviendo el recurso de queja deberá ponerse en conocimiento del órgano judicial *a quo*, para su conocimiento y debida ejecución.

9. Régimen transitorio

Los problemas de derecho intertemporal son tratados en las disposiciones transitorias del ALEC, pudiendo sistematizarse, por lo que se refiere a la incidencia en el sistema de recursos, del siguiente modo:

A) *Recurso de reposición*. El nuevo régimen se aplicará a las resoluciones interlocutorias o no definitivas que se dicten en toda clase de procesos e instancias tras la entrada en vigor de la Ley comentada (D.T 1ª).

B) *Recurso de apelación*. Se aplicará el nuevo régimen a las sentencias que se dicten a partir de la entrada en vigor de la Ley (D.T. 2ª y 3ª).

C) *Recursos extraordinarios*. Procederá la aplicación del nuevo recurso extraordinario por infracción procesal o del nuevo recurso de casación tan sólo en relación con las sentencias que se dicten, susceptibles de tales recursos, una vez entre en vigor la nueva Ley (D.T. 3ª y 4ª).

D) Nada se dice expresamente ni sobre el *recurso de queja*, ni sobre el mal llamado *recurso en interés de Ley*; en relación el recurso de queja, al tratarse de un recurso supeditado a la inadmisión de otro recurso -apelación, o uno de los extraordinarios- se aplicará la misma norma que en relación con aquellos; y en cuanto al recurso en interés de la ley, la sistemática del mismo, y de las demás transitorias, apuntan a que tan sólo se aplicará la nueva normativa en relación con resoluciones susceptibles del mismo, dictadas una vez vigente la nueva Ley.

E) En todo caso, los *recursos en trámite* a la entrada en vigor de la nueva Ley, continuarán sustanciándose y decidiéndose conforme a la anterior normativa (DDTT 1ª a 4ª), sin perjuicio de poder solicitar, conforme a la nueva Ley, la ejecución provisional de la sentencia de condena apelada (D.T. 3ª) o de la sentencia de condena recurrida en casación (D.T. 4ª).

Finalmente, se establece que la nueva Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” (D.F.14^a).

ANEXO VI

“El ‘remozado’ incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, publicado en la *Revista General de Derecho*, núm. 658-659, Valencia, julio-agosto, 1999, págs. 8951-8972.

EL “REMOZADO” INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES

Por:

Jaime de Lamo Rubio
Secretario Judicial

SUMARIO: 1. PUNTO DE PARTIDA Y JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA.- 2. LOS NUEVOS APARTADOS 3 Y 4 DEL ART. 240 LOPJ.- 3. MODIFICACIONES QUE SE INTRODUCEN EN RELACIÓN CON LA REFORMA DE 1997. 3.1. En general. 3.2. Se resalta el carácter excepcional del incidente de nulidad. 3.3. Modificaciones en cuanto a la legitimación. 3.4. Irrecorribilidad de la resolución que inadmite a trámite el incidente. 3.5. Irrecorribilidad de la resolución que pone fin al incidente. 3.6. Se realizan mejoras técnicas y retoques gramaticales. 3.7. Régimen transitorio.- 4. ASPECTOS QUE QUEDAN PENDIENTES. 4.1. En general. 4.2. En cuanto a la incongruencia del fallo como objeto del incidente. 4.3. Por lo que se refiere a la competencia. 4.4. Se mantiene el excesivo plazo de cinco años. 4.5. En relación con el trámite todo sigue igual. 4.6. En cuanto a la forma de la resolución inadmitiendo el incidente. 4.7. En relación con la clase y efectos de la resolución final del incidente.- 5. Y, ADEMÁS, EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL REFORMULA EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES.

1. Punto de partida y justificación de la reforma

Cuando ni siquiera ha transcurrido un año y medio desde la instauración del incidente de nulidad de actuaciones judiciales¹, mediante la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 05/12/1997), que entró en vigor el día 6 de diciembre de 1997 (confr. disposición final de indicada LO 5/1997), el Boletín Oficial del Estado nos vuelve a sorprender con una modificación del régimen de nulidad de actuaciones judiciales que afecta tan sólo a indicado incidente de nulidad de actuaciones². De modo que, la ahora denominada 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, que se ha publicado en el BOE de 15 de mayo de 1999, y ha entrado en vigor el día 16 de mayo de 1999 (confr. disposición final única de indicada LO 13/1999), nos ofrece una nueva redacción de los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, en que se instauró, como ya hemos indicado, el citado incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Como tendremos ocasión de comprobar, la reforma ahora examinada, es más bien un remozamiento del incidente de nulidad de actuaciones judiciales, pues, manteniendo el mismo en sus líneas esenciales conforme a como se configuró por la LO 5/1997, la nueva LO 13/1999, se limita a retocar el mismo, para darle un aspecto más lozano, nuevo o moderno³; o, como indica el propio preámbulo de la Ley, ahora considerada, “...se modifica el art. 240 de la referida Ley Orgánica, en sus apartados 3 y 4, con objeto de perfeccionar la regulación del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”.

La génesis de la LO 13/1999 hay que buscarla en la tramitación parlamentaria de la *Proposición de Ley Orgánica de modificación del artículo 19 de la LOPJ*⁴, y en

¹ El *incidente de nulidad de actuaciones judiciales* constituye una *cuarta vía* de declaración de tales vicios de nulidad, y se regula en los apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ; el mismo, trae su última causa de la propuesta de introducción del artículo 240.3 LOPJ que se incluyó en el proyecto de la reforma de 1994 de la LOPJ, si bien, ese apartado 3 del artículo 240 que se pretendía introducir en aquella ocasión no fue, finalmente, aprobado por el Parlamento, en la que resultó ser la LO 16/1994, de 8 de noviembre; finalmente, en la LO 5/1997, de 4 de diciembre, se introdujeron esos dos nuevos apartados (el 3 y el 4) en el artículo 240 LOPJ, instaurando así *un nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales*, que pretende diferenciarse de las demás vías de acceso a la nulidad de actuaciones, en la existencia de sentencia o resolución de análoga eficacia contra las que no procedan ulteriores recursos, así como en constituir su objeto tan sólo determinados vicios de nulidad anteriores o coetáneos a indicada resolución, detectados con posterioridad a la firmeza de la misma. Las otras tres vías de declaración de tales vicios de nulidad, son las siguientes: *primera vía*: a través de los recursos legalmente previstos (art. 240.1 LOPJ); *segunda vía*: declaración de oficio o hasta sentencia definitiva o resolución de análogo carácter (art. 240.2 LOPJ); y, *tercera vía*: a través de los demás medios que establezcan las leyes procesales (art. 240.1 *in fine* LOPJ) (LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág. 217 y ss.).

² ¿Será el principio de una serie de reformas del incidente de nulidad de actuaciones?. Como expondremos, el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998 reformula el incidente de nulidad de actuaciones.

³ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *remozar* es “dar o comunicar un aspecto más lozano, nuevo o moderno a alguien o algo”.

⁴ Curiosamente, indicada Proposición de Ley, en su germen inicial tan sólo se refería a la modificación del citado art. 19 LOPJ, a fin de reconocer “...el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional al denominado Consejo de Hombres Buenos de Murcia” (BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 159-1, de 24 de febrero de 1998); pero, como viene siendo habitual en los últimos tiempos, en el trámite parlamentario se le han ido añadiendo cuestiones que ninguna relación guardan con el inicial objeto de tal propuesta de cambio legislativo.

concreto en el trámite de enmiendas, donde se presentó, en el Congreso de los Diputados, la enmienda núm. 3, firmada por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), de modificación de los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, que tiene su última justificación en la pretensión de introducir en la LOPJ las enmiendas formuladas por el Senado al texto de la que luego sería LO 5/1997, y que no obtuvieron, en su día, mayoría absoluta en el Congreso⁵. Indicada enmienda fue aceptada finalmente por el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior⁶, siendo aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 11 de febrero de 1999⁷; en trámite ante el Senado, se presentó la enmienda núm. 2 por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV), de supresión de la modificación de los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, justificándola en la necesidad de reconducir la Proposición de Ley a sus términos estrictos iniciales de reconocimiento como Tribunal consuetudinario y tradicional al Consejo de Hombres Buenos de Murcia⁸; enmienda que fue rechazada por la Ponencia⁹, habiendo sido aprobado por la Comisión el texto remitido por el Congreso de los Diputados¹⁰, al cual se le formularon ligeras modificaciones, vía enmiendas del Senado, mediante mensaje motivado, consistentes en la modificación del Título y Preámbulo de la Proposición de Ley Orgánica, con el fin, de una parte, de adoptarlos al contenido material de la misma, de modo que aparezca mencionado también de forma expresa el artículo 240 de la LOPJ, y de otra parte, de introducir una corrección de carácter técnico en el que era el último párrafo del Preámbulo aprobado en su día por el Congreso de los Diputados¹¹. Finalmente, el Pleno del Congreso de los Diputados, en sesión de fecha 29 de abril de 1999, votó favorablemente, con mayoría absoluta, tanto a las enmiendas del Senado, como a la totalidad del texto, que exigía tal votación de totalidad, al tratarse de una Ley Orgánica¹², pasando la Ley a denominarse, por tanto, como *Ley Orgánica*

⁵ Pues en justificación de tal enmienda, así como de otras también presentadas, se indicaba que "...la finalidad del conjunto de enmiendas que se presentan es la de introducir en el texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial todas aquellas enmiendas del Senado que, aunque alcanzaron una amplia mayoría en su ratificación en el Congreso el 13 de noviembre de 1997, no pudieron finalmente incorporarse al texto de la Ley, dado que la misma no obtuvo la mayoría absoluta en su votación final de conjunto, quedando aprobada tal y como había salido inicialmente del Congreso de los Diputados y, en consecuencia, ninguna enmienda del Senado finalmente figuró en la Ley publicada en el "BOE". De aprobarse ahora nuevamente estas enmiendas, se permitiría aprovechar el trabajo realizado por el Senado y que había sido también aceptado por amplia mayoría en el Congreso" (BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 159-4, de 7 de abril de 1998).

⁶ BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 159-7, de 29 de diciembre de 1998.

⁷ BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 159-9, de 17 de febrero de 1999.

⁸ BOCCGG, Senado, Serie III A, núm. 11(f), de 11 de marzo de 1999.

⁹ BOCCGG, Senado, Serie III A, núm. 11(g), de 29 de marzo de 1999.

¹⁰ BOCCGG, Senado, Serie III A, núm. 11(h), de 8 de abril de 1999; el GPSNV, mantuvo, como votos particulares, para su defensa ante el Pleno, las enmiendas 1 a 4 presentadas al texto, entre las que se encontraba la enmienda núm. 2, ya citada. Indicadas enmiendas posteriormente fueron defendidas ante el Pleno, decayendo, por tanto, las mismas (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 235, año 1999, VI Legislatura, Sesión plenaria de 29 de abril de 1999, pág. 12570).

¹¹ BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 159-10, de 27 de abril de 1999.

¹² Las enmiendas del Senado, que se limitaban a introducir en el título de la Ley la mención del art. 240 LOPJ, así como añadir un último párrafo en el Preámbulo de la Ley, referido a citada reforma, y a un retoque técnico en el final del anterior párrafo del Preámbulo -cambiar la palabra "...se propone..." por la más adecuada de "...se modifica..."-, obtuvieron un total de 300 votos favorables y una abstención; y la

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 Judicial¹³, denominación con la que es promulgada y publicada en el BOE de fecha 15 de mayo de 1999, como ya se ha indicado.

2. Los nuevos apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ

De este modo, el artículo segundo de la LO 13/1999 da nueva redacción a los apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ, que son los que se encargan de regular el incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Resultando, por tanto, que a partir del 16 de mayo de 1999, fecha de entrada en vigor de la citada LO 13/1999, el texto vigente de los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ es el siguiente:

“3. No se admitirá, con carácter general, el incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, a quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, la sentencia o resolución no sea susceptible de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida.

Será competente para conocer de este incidente el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la sentencia, la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último supuesto, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución. El Juzgado o Tribunal inadmitirá a trámite cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. La resolución en la que se deniegue la admisión a trámite no será susceptible de recurso alguno.

4. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado 3 de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa 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 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. La resolución final sobre este incidente no será susceptible de recurso alguno.”

votación de conjunto de la proposición de ley, obtuvo 301 votos favorables y dos abstenciones, quedando aprobada con carácter orgánico la proposición de ley al haber alcanzado la mayoría absoluta legal de la Cámara exigida por la Constitución y el Reglamento del Congreso (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 235, año 1999, VI Legislatura, Sesión plenaria de 29 de abril de 1999, pág. 12577).

¹³ BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 159-11, de 5 de mayo de 1999.

En cuanto al régimen transitorio, es preciso tener presente que el nuevo régimen, en lo que supone de rectificación o modificación en relación con el anterior régimen jurídico establecido en la LO 5/1997, ya citada, se regirá por lo establecido en la disposición transitoria única de la LO 13/1999, que dice lo siguiente:

“Lo dispuesto por el artículo segundo de esta Ley será también de aplicación a los procesos que hubiesen finalizado por resolución o sentencia irrecurrible dentro del mes anterior a la entrada en vigor de la presente Ley. En tales casos, e plazo para solicitar la nulidad, establecido en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se contará a partir del día siguiente a dicha entrada en vigor”.

3. Modificaciones que se introducen en relación con la reforma de 1997

3.1. En general

La reforma efectuada mediante la LO 13/1999, en lo que se refiere a la nulidad de actuaciones judiciales, y en cuanto a su contraste con el sistema vigente hasta el momento de vigencia de la misma, nos obliga a destacar, con carácter general, que tal reforma *tan sólo afecta al incidente de nulidad de actuaciones judiciales*, instaurado mediante la LO 5/1997, como ya se ha avanzado. Será preciso recordar que la reforma introducida por la LO 5/1997, pretendía, como afirmaba su exposición de motivos, dejar planteada “...en términos más razonables la cuestión del desarrollo legal del apartado 2 del artículo 53 de la Constitución, acerca de la tutela judicial ordinaria, por cauces preferentes y sumarios de los derechos fundamentales...”; justificando la *exposición de motivos* de la Ley comentada la reforma que abordaba en materia de nulidad de actuaciones judiciales, por “...los problemas planteados¹⁴, las sucesivas posturas del Tribunal Constitucional 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 Tribunal Constitucional, aconsejan vivamente ofrecer aquí solución inmediata al perturbador estado de cosas actual...”, resultando “...apremiante superar la indeseable situación, muchas veces repetida, resultante del tenor literal del apartado 2 del artículo 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en virtud del cual no existe cauce para declarar la nulidad radical de actuaciones por vicio procesal una vez que ‘hubiere recaído sentencia definitiva’...”. Y a tales efectos, “...la Ley opta por establecer un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible...”, así como nulidad de actuaciones judiciales fundada en incongruencia del fallo¹⁵. Referido incidente de nulidad de actuaciones judiciales, dada la vocación de generalidad de la normativa sobre nulidad de actuaciones, es aplicable a todos los

¹⁴ El texto publicado en el BOE de 5 de diciembre de 1997 dice literalmente “plantados”, lo que entendemos se trata de una mera errata y quiere decirse “planteados”.

¹⁵ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág. 215 y ss.

órdenes jurisdiccionales ordinarios -civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, militar-, al igual que el resto de la normativa contenida en los arts. 238 al 243 LOPJ. De modo que el remozamiento o perfeccionamiento de indicado incidente de nulidad de actuaciones judiciales que se efectúa mediante la LO 13/1999 puede concretarse en los aspectos que iremos exponiendo a continuación.

3.2. Se resalta el carácter excepcional del incidente de nulidad

En la nueva redacción se resalta el carácter de excepcionalidad del incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Tal efecto se pretende conseguir mediante la modificación del primer inciso del apartado 3 del art. 240 LOPJ, en el que ahora se indica que “...no se admitirá, *con carácter general*, el incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente...”; es decir, se añade la expresión “...con carácter general...”, para fijar la regla general de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones. En todo caso, prácticamente nada nuevo se añade a la ya proclamada nota de excepcionalidad del incidente, pues, con el texto derivado de la LO 5/1997, ya habíamos afirmado tal *carácter restrictivo*¹⁶, lo cual se infiere tanto porque el propio texto del nuevo artículo 240.3 LOPJ expresamente dice que “...excepcionalmente (...) podrán...”, como por la limitación de los supuestos de hecho que son susceptibles de ventilarse en el analizado incidente, así como porque el mismo comentado artículo insiste en que “...el Juzgado o Tribunal inadmitirá a trámite cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones...”, en expresión que habrá de entenderse referida a posibles incidentes solicitando nulidad de actuaciones que no encajen perfectamente en la delimitación que efectúa el nuevo incidente, pues, naturalmente, nada impide que se admitan incidentes de otra índole, siempre que aparezcan previstos en la ley que venga en aplicación en cada caso. Carácter restrictivo que se apuntala con la lectura de la exposición de motivos de la LO 5/1997, cuando dice que “...la Ley opta por establecer un sencillo incidente para tratar *exclusivamente* los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible...”¹⁷

3.3. Modificaciones en cuanto a la legitimación

¹⁶ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 218 y ss. En similar sentido se pronuncian, entre otros, MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según el nuevo artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: consideraciones críticas”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 12 de marzo de 1998; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1831, Madrid, 15 de octubre de 1998.

¹⁷ Nótese que, como puso de relieve MORENILLA ALLARD, para nada se refiere, la exposición de motivos comentada, al vicio de incongruencia; la explicación se encuentra en que tal motivo se introdujo en el *iter legislativo*, sin que estuviera previsto en el proyecto de ley, y así, apareciendo en tal trámite parlamentario a través de la correspondiente enmienda, no se efectuaron las necesarias correcciones en la citada exposición de motivos (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, op. cit., pág. 3).

En el nuevo texto legal se introducen algunas modificaciones en relación con la legitimación, de modo que se reconoce expresamente la *legitimación* a “...quienes sean parte legítima o *hubieran debido serlo...*”, acogiendo las reivindicaciones de la doctrina en relación con la admisión de legitimación activa en relación con aquellos que no siendo parte formal, precisamente instan el incidente para intentar ser parte en el pleito o causa principal, por estimar que deben serlo. Pues, como ya tuvimos ocasión de afirmar, en relación con el texto introducido por la LO 5/1997, y en cuanto a la *legitimación activa*, se establecía que el incidente ahora analizado podría instarse por “parte legítima”, y al respecto se suscitaba la cuestión acerca de qué había que entender por tal parte legítima; es decir, sobre si tal expresión se estaba tan sólo refiriendo a las partes en sentido técnico procesal, o también comprendía a los terceros a los que pueda afectar la nulidad que se pretende. A similitud de lo que ya decíamos con ocasión del proyecto de 1994, estimábamos que debería estarse al caso concreto para dar respuesta a esta cuestión, si bien entendíamos que nada impedía, en principio, que pudiera instar este incidente alguien que aparentemente fuera un tercero al proceso, pues, en el momento en el que lo insta no es parte en sentido formal, pero que planteara dicho incidente, precisamente, porque entendiera que debía ser parte en el concreto proceso de que se trataba y al que no había sido llamado en forma¹⁸; si bien, en todo caso, insistíamos que la admisión de terceros habría de ser restrictiva y analizarse caso a caso¹⁹. De modo que, en la nueva LO 13/1999, se recoge expresamente la legitimación activa en relación con aquellos que no sean parte formal en el pleito o causa en que se suscita la posible nulidad de actuaciones por el cauce del incidente considerado, pero “...*hubieran debido serlo...*”, acogándose, de este modo, lo que era reivindicado por la doctrina.

Se suscita, en cambio, la cuestión acerca de si también quienes hubieran debido ser partes en el pleito o causa de referencia pueden tener *legitimación pasiva* en el incidente de nulidad ahora considerado. Nada dice la norma reguladora del citado incidente, ni la versión de 1997 ni la de 1999. Pero, una interpretación sistemática nos conduce a considerar que, a pesar del silencio legal, también, en su caso, gozarán de legitimación pasiva aquellos que sin ser parte formal hubieran debido serlo y no insten ellos el incidente de nulidad.

¹⁸ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 227 y ss.

¹⁹ En el mismo sentido se pronunció el CGPJ al afirmar que “...sin embargo, es precisamente a los que indebidamente no hayan sido parte a quienes es más necesario dar oportunidad de audiencia y defensa. De ahí que debería decirse “quienes sean o hubieran debido ser parte legítima en el proceso...” (“Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, aprobado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 12 de agosto de 1996, *Estudios, informes y dictámenes*, CGPJ, Madrid, 1997, pág. 35). En similar sentido NARVÁEZ afirma que por partes, a los efectos de este incidente de nulidad de actuaciones, ha de tenerse tanto las comparecidas en el proceso, como también “...aquellas otras que tuvieren un interés legítimo en la cuestión de fondo que haya sido resuelta, aun cuando formalmente no hubieren comparecido en el mismo...” (NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, cit., pág. 2). También MORENILLA, tras examinar el *iter legislativo*, se inclina por entender que por ‘parte legítima’ debe entenderse “...el sujeto titular del derecho fundamental vulnerado (indefensión) por la actuación procesal, con independencia de si era o no ‘parte procesal’ en el litigio...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, cit., pág. 3).

3.4. Irrecurribilidad de la resolución que inadmite a trámite el incidente

Una novedad importante viene constituida por la expresa declaración de irrecurribilidad de la resolución que inadmite a trámite el incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Irrecurribilidad que se proclama cuando se afirma que “...la resolución en la que se deniegue la admisión a trámite no será susceptible de recurso alguno” (*in fine* del art. 240.3.II LOPJ), resolviendo, de este modo, una de las dudas que se suscitaban con la anterior regulación. De modo que, como ya hemos afirmado²⁰, con la vigencia del texto introducido por la LO 5/1997, en el caso de que no se trate de un supuesto de nulidad de actuaciones de los que dan entrada a este incidente, o bien que haya transcurrido el plazo para solicitar la incoación del mismo, procederá inadmitir a trámite el escrito, pues así se derivaba tanto del *in fine* del artículo 240.3 LOPJ, como del carácter restrictivo del nuevo incidente de nulidad²¹; planteamiento y consecuencia que ha de mantenerse con el nuevo texto del art. 240.3 LOPJ. Nada se dice, ni en el texto introducido por la LO 5/1999, ni en el vigente procedente de la LO 13/1999, sobre la forma que ha de adoptar tal decisión; evidentemente, conforme a las normas generales [confr. art. 245.1.b) LOPJ] deberá ser mediante auto²². En cuanto al régimen de recursos contra esa resolución de inadmisión, nada preveía el texto introducido por la LO 5/1997, de modo que ante tal silencio legal entendíamos que se aplicaría el régimen de recursos ordinarios que contra los autos procedieran en la clase de procedimiento en que se sustancie la petición que se inadmite²³. Ahora, precisamente, una de las novedades introducidas por la LO 13/1999, consiste en establecer expresamente la irrecurribilidad de la resolución en la que se deniegue la admisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Ante tales tajantes términos del nuevo *in fine* del art. 240.3 LOPJ, ninguna interpretación es posible efectuar, debiendo estarse, por tanto, a tal carácter de irrecurribilidad. En todo caso, estimamos que, ante tal resolución denegatoria del incidente, que no admite recurso alguno en vía jurisdiccional, procedería, en su caso, de darse los demás requisitos legalmente establecidos, acudir a la denominada *tercera vía*, es decir a los demás medios para reparar la nulidad de actuaciones judiciales (confr. art. 240.1 LOPJ), señaladamente al recurso de amparo constitucional, en cuanto proceso constitucional²⁴.

²⁰ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 231.

²¹ El CGPJ en su citado Informe postulo que “...las facultades de inadmisión preliminar del incidente deberían ampliarse notablemente respecto de la regulación contenida en el anteproyecto, para permitir la inmediata resolución de aquellas solicitudes carentes manifiestamente de fundamento, a fin de evitar toda utilización abusiva o dilatoria de este remedio procesal...” (“Informe sobre el Anteproyecto...”, cit., *Estudios, informes y dictámenes*, op. cit., pág. 36).

²² LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 231. Como veremos, en cambio, el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998 prevé expresamente que la forma de tal resolución sea la de providencia motivada (art. 230 PROLEC).

²³ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 231.

²⁴ Sobre la articulación del proceso constitucional de recurso de amparo constitucional y las demás vías para declarar nulidad de actuaciones, señaladamente con relación a la cuarta vía consistente en el incidente de nulidad de actuaciones judiciales, confr. LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 238 y ss. También, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de

3.5. Irrecurribilidad de la resolución que pone fin al incidente

También constituye importante novedad la declaración de irrecurribilidad de la resolución que pone fin al incidente, que ahora se introduce en el *in fine* del apartado 4 del art. 240 LOPJ, al establecer que “...la resolución final sobre este incidente no será susceptible de recurso alguno”, resolviéndose, de este modo, también las dudas que la anterior regulación sobre la materia estaba generando. Precisamente, en el texto introducido por la LO 5/1997, no se establecía nada expresamente sobre el régimen de recursos admisibles contra la resolución que pusiera fin al nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. En cambio, en el proyecto de reforma de 1994 se establecía expresamente la irrecurribilidad de tal resolución; y en similar sentido aparecía en el proyecto²⁵ de 1996, que dio lugar a la reforma de 1997. Pero, en el *iter* legislativo, se suprimió tal previsión de irrecurribilidad, y en cambio, nada se estableció sobre el particular. Ante el silencio legal, y partiendo también de que nada se expresaba sobre la forma de tal resolución, que por tanto debía ser la de auto [confr. art. 245.1.b) LOPJ]²⁶, entendíamos que contra dicho auto podrían interponerse los recursos ordinarios que procediera interponer contra los autos en el procedimiento concreto en que se dicte el mismo²⁷. La opinión mayoritaria en la doctrina, aún sin fundamentar expresamente, afirmaba que la resolución que pusiera término al comentado incidente era irrecurable²⁸. Ahora, con el texto introducido por la LO 13/1999, se resuelven las dudas

amparo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1831, Madrid, 15 de octubre de 1998.

²⁵ Que expresamente decía que “el juez o tribunal... dictará la resolución que proceda, que no será susceptible de recurso alguno” (Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 13-1, de 18 de septiembre de 1996).

²⁶ Nótese que indicado precepto dice que las resoluciones judiciales adoptarán la forma de auto, entre otros supuestos, “...cuando decidan sobre nulidad del procedimiento...”; tratándose de un auto directo, sin que proceda ser dictado mediante propuesta del Secretario Judicial, pues se trata de uno de los supuestos excluidos de propuesta, conforme al *in fine* del art. 290 LOPJ.

²⁷ En relación con el proyecto de reforma de 1994 mantuvimos que la previsión de irrecurribilidad parecía “...acertada para aquellos supuestos en que se acceda a la nulidad de actuaciones, pues contra la nueva sentencia que se dicte, una vez repuestas las actuaciones, sí que podrá interponerse el correspondiente recurso; pero, en cambio, parece poco acertada tal inimpugnabilidad en aquellos supuestos en que se desestime la pretensión, pues tal como está regulado el tema, ahí acaba el incidente; entendemos que quizá podría articularse que contra la resolución que desestime el incidente pueda interponerse el mismo recurso que estuviera previsto contra la sentencia en esa concreta clase de procedimiento, donde supuestamente se hubiera producido la nulidad de actuaciones, si bien dicho recurso debería ser admisible en un sólo efecto...” (LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente nulidad de actuaciones judiciales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, Madrid, 10 de febrero de 1994). En cambio, con la regulación que se contenía en la reforma del 1997, al no existir previsión legal alguna, parecía más acertado mantener la tesis de admisibilidad del régimen de recursos que procedan en el concreto procedimiento de que se trate contra los autos.

²⁸ Incluso se llegaba a afirmar que “la resolución que decide el incidente de nulidad de actuaciones (...) tampoco es susceptible de ser objeto, de nuevo, del incidente de nulidad...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 5); para ARIAS LOZANO, que también parte de la irrecurribilidad de tal resolución, será posible un nuevo incidente de nulidad de actuaciones tan sólo “...impensable caso de que en el seno del propio incidente se cometiesen

interpretativas, al establecer tajantemente el carácter de irrecurrible de la resolución final sobre el incidente (*in fine* del art. 240.4 LOPJ), retomando el sentido que se expresaba en el Proyecto de Ley Orgánica de 1996, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, ya citado, que dio lugar a la LO 5/1997. Con el proyecto de reforma de 1994 mantuvimos que la previsión de irrecurribilidad parecía "...acertada para aquellos supuestos en que se acceda a la nulidad de actuaciones, pues contra la nueva sentencia que se dicte, una vez repuestas las actuaciones, sí que podrá interponerse el correspondiente recurso; pero, en cambio, parece poco acertada tal inimpugnabilidad en aquellos supuestos en que se desestime la pretensión, pues tal como está regulado el tema, ahí acaba el incidente, entendemos que quizá podría articularse que contra la resolución que desestime el incidente pueda interponerse el mismo recurso que estuviera previsto contra la sentencia en esa concreta clase de procedimiento, donde supuestamente se hubiera producido la nulidad de actuaciones, si bien dicho recurso debería ser admisible en un sólo efecto..."²⁹; parecer que continuamos manteniendo con el texto introducido por la Reforma de 1999, ahora analizada, al tratarse de supuestos y situaciones similares.

En todo caso, a similitud de lo que hemos indicado en relación con la resolución que inadmite el incidente, estimamos que, ante la resolución final del incidente, que no admite recurso alguno en vía jurisdiccional, procedería, en su caso, de darse los demás requisitos legalmente establecidos, acudir a la denominada *tercera vía*, es decir a los demás medios para reparar la nulidad de actuaciones judiciales (confr. art. 240.1 LOPJ), señaladamente al recurso de amparo constitucional, en cuanto proceso constitucional³⁰.

3.6. Se realizan mejoras técnicas y retoques gramaticales

precisamente vicios de los que dan lugar al incidente..." (ARIAS LOZANO, D., "Nota urgente sobre la resurrección del incidente de nulidad de actuaciones", *Revista Otrosí, publicación del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 134-2ª época, Madrid, diciembre, 1997", pág. 13, nota 16). NARVÁEZ RODRÍGUEZ partiendo de la naturaleza sumaria y preferente de este procedimiento, estima "...que la resolución final que se dicte no será susceptible de recurso, pues de lo contrario estaríamos ante una nueva repetición del proceso que, además no generaría nada más que una dilación indebida del procedimiento..." ("El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas", *op. cit.*, pág. 28). A favor de admitir "...los recursos ordinarios frente a las sentencias que dicte este tipo de órgano judicial (*sic*)..." se pronuncia GÓMEZ CINTAS ("La nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997", *Revista Secretarios Judiciales*, nº 9, La Ley-Actualidad, Madrid, octubre de 1998, pág. 13).

²⁹ LAMO RUBIO, J. de, "El resurgir del incidente nulidad de actuaciones judiciales", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, Madrid, 10 de febrero de 1994. La referencia que se contiene a la sentencia, como forma de la resolución que pone término al incidente, en relación con la pretendida reforma de 1994, lo es pues dicho Proyecto de Ley preveía expresamente que tal resolución adoptará la forma de sentencia.

³⁰ Sobre la articulación del proceso constitucional de recurso de amparo constitucional y las demás vías para declarar nulidad de actuaciones, señaladamente con relación a la cuarta vía consistente en el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, confr. LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, *op. cit.*, pág. 238 y ss. También, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., "Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., "El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1831, Madrid, 15 de octubre de 1998.

Finalmente, se realiza alguna mejora técnica y algunos retoques gramaticales. En cuanto a la mejora técnica, se produce en el último inciso del párrafo primero del apartado 3 del art. 240 LOPJ, cuando se indica “...que ponga fin al proceso y que, *en uno u otro caso, la sentencia o resolución no sea susceptible de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida*”. Por lo que se refiere a los retoques gramaticales, los mismos afectan, sobre todo, a la utilización de determinadas *comas* en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, para mejorar el sentido de las frases allí contenidas, tratando de obtener una mejora gramatical en tal redacción³¹. Pero, también se generan dos errores gramaticales que no existían en el texto introducido por la LO 5/1997, a saber: en el segundo inciso del párrafo primero del apartado 3 del art. 240 se dice “...Sin embargo, excepcionalmente, a quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán...”; de modo que sobra la “...a...” que va detrás de la palabra “...excepcionalmente,...”; en el apartado 4 del art. 240, en el tercer inciso, se dice “...en su caso, para acreditar vicio o defecto en que la petición se funde,...”, se aprecia que falta el artículo “...el...” antes de la palabra “...vicio...”. También, en el encabezamiento del art. 2º LO 13/1999, se desliza una posible errata, cuando se afirma “...Los apartados 3 y 4 del artículo 240 de la [...], quedan redactados de la siguiente reforma:...”, cuando parece que lo que quiere decirse es “...redactados de la siguiente *forma*:...”³². En definitiva, son pequeños matices gramaticales, que no afectan al sentido del precepto examinado, pero que afean la estética del mismo, y que tienen poca explicación, sobre todo si tenemos en cuenta que se trata de una reforma de un texto ya existente, que ha sido ampliamente debatido tanto en la Reforma de 1997 como en la de 1999, así como minuciosamente analizado por la doctrina.

3.7. Régimen transitorio

En todo caso, interesa insistir en que las modificaciones que se establecen en el “remozado” incidente de nulidad de actuaciones judiciales son aplicables a los procesos que concluyan por resolución o sentencia irrecurrible una vez vigente el nuevo texto legal, es decir, a partir del día 16 de mayo de 1999 (confr. disposición final única de la LO 13/1999), y también, y de conformidad con el régimen transitorio establecido en la propia LO 13/1999, resultara de aplicación a los procesos que hubiesen finalizado por resolución o sentencia irrecurrible dentro del mes anterior a referida fecha de entrada en vigor de la Ley comentada, en cuyo caso, el plazo para solicitar la nulidad, establecido en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 240 LOPJ, se contará a partir del día

³¹ Así, p.ej., en el inciso segundo del párrafo primero del apartado 3 del art. 240 LOPJ, se suprime la coma que existía después de la palabra *forma*, en la frase “...nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hubieran...”; en el apartado 4 del art. 240 LOPJ, se colocan algunas comas, así cuando se dice “...y se dará traslado de dicho escrito, junto...”, en la que se introduce la coma que va detrás de la palabra *escrito*; o cuando se expresa que “...a las demás partes, que, en el plazo común de cinco días, podrán...”, que se recoge entre comas la frase “..., en el plazo común de cinco días...”

³² Y así es como aparecía en el texto aprobado definitivamente por el Congreso de los Diputados, en el cual se lee “...Los apartados 3 y 4 del artículo 240 de la [...], quedan redactados de la siguiente forma:...” (BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B: Propositiones de Ley, núm. 159-11, de 5 de mayo de 1999).

siguiente a dicha entrada en vigor (confr. disposición transitoria única³³ de la LO 13/1999).

4. Aspectos que quedan pendientes

4.1. En general

La mini reforma comentada omite tratar muchos otros aspectos problemáticos que están surgiendo en la práctica del incidente de nulidad de actuaciones judiciales, en el rodaje del mismo producido en este primer año y medio de vigencia. Parece que la explicación de tales omisiones haya de buscarse en la propia justificación de la reforma ahora considerada, que, aprovechando la ocasión brindada por la Proposición de Ley Orgánica de modificación del artículo 19 de la LOPJ, que en su germen inicial tan sólo se refería a la modificación del citado art. 19 LOPJ, a fin de reconocer "...el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional al denominado Consejo de Hombres Buenos de Murcia"³⁴, fue adicionado, con la reforma de los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, mediante la enmienda núm. 3, firmada por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), de modificación de los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, que tiene su última justificación, en la pretensión de introducir en la LOPJ, las enmiendas formuladas por el Senado al texto de la que luego sería LO 5/1997, y que no obtuvieron, en su día, mayoría absoluta en el Congreso³⁵. Por tanto, quedan sin tratar muchos de indicados problemas que está suscitando el incidente de nulidad de actuaciones, y una muestra de ellos, a título de ejemplo, puede ser la que exponemos a continuación.

4.2. En cuanto a la incongruencia del fallo como objeto del incidente

³³ El texto aprobado definitivamente por el Congreso de los Diputados se refería, a secas, a "Disposición transitoria" (BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 159-11, de 5 de mayo de 1999). Ahora, el texto publicado en el BOE se le epigrafió como "Disposición transitoria única" (BOE de 15 de mayo de 1999, pág. 18411). Un estudio crítico sobre las posibles discordancias entre los textos aprobados y publicados en el BOCCGG y en el BOE, si bien referido a una concreta Ley, puede verse en HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J.M., "La Ley 4/1999, de 13 de enero, y su publicación en los diarios oficiales", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 390, Madrid, 13 de mayo de 1999.

³⁴ BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 159-1, de 24 de febrero de 1998.

³⁵ Pues en justificación de tal enmienda, así como de otras también presentadas, se indicaba que "...la finalidad del conjunto de enmiendas que se presentan es la de introducir en el texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial todas aquellas enmiendas del Senado que, aunque alcanzaron una amplia mayoría en su ratificación en el Congreso el 13 de noviembre de 1997, no pudieron finalmente incorporarse al texto de la Ley, dado que la misma no obtuvo la mayoría absoluta en su votación final de conjunto, quedando aprobada tal y como había salido inicialmente del Congreso de los Diputados y, en consecuencia, ninguna enmienda del Senado finalmente figuró en la Ley publicada en el "BOE". De aprobarse ahora nuevamente estas enmiendas, se permitiría aprovechar el trabajo realizado por el Senado y que había sido también aceptado por amplia mayoría en el Congreso" (BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 159-4, de 7 de abril de 1998).

Como ya hemos indicado, la incongruencia del fallo³⁶, como objeto del incidente de nulidad de actuaciones judiciales, fue introducida en el texto del art. 240.3 en el trámite parlamentario de la que luego sería LO 5/1997, pues tal motivo no se encontraba previsto en el Proyecto inicialmente formulado³⁷. La doctrina ha estimado que tal motivo ha de interpretarse restrictivamente, y vinculado a la producción de efectiva indefensión; y así para MORENILLA, “...debido al carácter extraordinario del incidente (...), es necesario interpretar el motivo basado en la incongruencia del fallo en un sentido restrictivo, admitiendo tan sólo la incongruencia que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24.1 de la Constitución), y, por tanto, rechazando la posibilidad de invocar derechos de naturaleza procesal sin contenido constitucional...”, pues, por el contrario, “...admitir la validez del motivo basado en incongruencia sin que haya producido indefensión para la parte perjudicada, sería tanto como convertir en ordinario este incidente extraordinario...”³⁸.

Tal planteamiento ha sido asumido por la jurisprudencia que, partiendo de que la “...nulidad cuya declaración permite la nueva redacción dada al artículo 240 LOPJ, está estrechamente relacionada con los derechos fundamentales...” afirma que la incongruencia, a los efectos del incidente de nulidad de actuaciones judiciales, “...no puede ser cualquier diferencia entre lo pedido y lo resuelto, sino que a la que se refiere el número 3 del artículo 240 LOPJ es únicamente a aquella que se produce cuando, apartándose el fallo de las pretensiones de las partes, sitúa a alguna de ellas en indefensión, al resolver sobre extremos en los que no tuvo ocasión de alegar y probar o con vulneración de algún otro derecho fundamental, imposible de restaurar al tratarse de resolución firme; circunstancias -las descritas- que permiten instar la anulación de una sentencia irrecurrible por tan graves razones de incongruencia que hacen primar la tutela judicial de aquellos derechos sobre el principio de seguridad jurídica en que se asienta la santidad de la cosa juzgada...”; pues, “...entender lo contrario conduciría al resultado, no querido por la ley, de abrir paso a un nuevo recurso contra las sentencias firmes...” (Auto TS (Sala 3ª, Secc. 2ª) de 2 de julio de 1998. Pont.: Rodríguez Arribas [RJ 1998\6338])³⁹.

³⁶ En cuanto al concepto de incongruencia del fallo, ha de estarse a los respectivos órdenes jurisdiccionales, y en sede de los mismos partir de los respectivos conceptos de congruencia de sentencias y demás resoluciones judiciales, pues no es equivalente el concepto de congruencia existente en el aspecto penal del proceso penal, que en el aspecto civil dentro de esa misma clase de procesos; y que en los órdenes civil, contencioso-administrativo, etcétera, existen las respectivas matizaciones al principio de congruencia de las resoluciones. En todo caso, tener presente que no es posible infringir tal principio a través de los *obiter dicta* (STS (Sala 1ª) de 18 de junio de 1997. Ponente Sr. O’Callahan Muñoz).

³⁷ Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 13-1, de 18 de septiembre de 1996.

³⁸ Y añade que “...la admisión de la enmienda por el legislador, con la consiguiente ampliación de los motivos de nulidad de actuaciones, extiende de manera inquietante el campo de acción del incidente de nulidad. Es aquí donde observamos una más que posible utilización del incidente de nulidad en el ámbito penal, con los graves problemas que ello supone por la especial importancia de los derechos protegidos...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 3 y ss.).

³⁹ En similar sentido, en cuanto a la vinculación del concepto de incongruencia, a los efectos de los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, con el concepto de indefensión, se pronuncia también la STS (Sala 3ª, Secc. 2ª) de 22 de octubre de 1998. Pont.: Rouanet Moscardó [RJ 1998\7929]). De otra parte, es evidente

En el nuevo texto introducido por la LO 13/1999, para nada se aborda lo relativo a la necesaria vinculación de la incongruencia del fallo con la producción de efectiva indefensión, a fin de configurar el motivo de nulidad expresado, pues en este aspecto se mantiene la redacción dada por la LO 5/1997, por lo que se continuarán suscitando problemas interpretativos a salvar mediante la jurisprudencia que sobre la cuestión ya ha surgido, muestra de la cual hemos expuesto, y la que se produzca en lo sucesivo. En todo caso, es preciso tener presente que, como propuesta de futura regulación, el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998 (PROLEC) excluye el motivo consistente en la incongruencia del fallo como posible objeto del incidente de nulidad de actuaciones que se contempla en el art. 230 del mismo.

4.3. Por lo que se refiere a la competencia

La Reforma de 1999 no afecta para nada a la competencia para conocer el incidente de nulidad de actuaciones judiciales, de modo que continua atribuyéndose al mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza. De este modo, entendemos vigentes las objeciones ya efectuadas en relación con la Reforma de 1997, y así, se continúa suscitando la duda, p. ej., en el caso de que la sentencia o resolución de que se trate sea dictada por la Audiencia Provincial y la causa de nulidad (sobre todo en caso de defectos de forma causantes de indefensión) se ha producido ante el órgano judicial *a quo* (JPI, JI, JP, etcétera), pero no ha podido ser advertida hasta después de que esa sentencia haya ganado firmeza, y se trata de aquellos procesos en los cuales la sentencia de la Audiencia es firme por ministerio de ley, en cuyo caso, ¿qué órgano judicial es el competente para tramitar y resolver el incidente de nulidad de actuaciones?⁴⁰. Si nos atenemos al tenor literal del precepto comentado (art. 240.3 LOPJ) hemos de concluir que será competente la Audiencia Provincial, pues es el órgano judicial que ha dictado la sentencia firme⁴¹.

que las resoluciones desfavorables a las pretensiones de las partes, “...no constituyen incongruencia alguna, sino simplemente, no acogida de lo que la parte apunta en legítima defensa de sus derechos...” y por tanto no procede declarar nulidad alguna (Auto TS (Sala 1ª) de 8 de octubre de 1998. Pont.: Martínez-Calcerrada y Gómez [RJ1998\7666]). En cuanto a “...las sentencias absolutorias vienen a significar la íntegra desestimación de las pretensiones deducidas en la demanda, con la consecuente resolución de cuantas cuestiones fueron objeto de controversia, por lo que no cabe tacharlas de incongruencia...” (STS (Sala 1ª) de 3 de octubre de 1998. Pont.: Barcalá Trillo-Figueroa [RJ 1998\7327]).

⁴⁰ Se plantea la duda entre sí puede ser la Audiencia Provincial, que es la que ha dictado la sentencia firme, o bien el órgano judicial *a quo*, que ha sido ante el que se ha originado el “defecto de forma que ha producido indefensión...” (LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 226). Naturalmente, el ejemplo puede también trasladarse a la intervención de otras clases de órganos jurisdiccionales. En similar sentido, utilizando otros ejemplos, se pronuncia ANDRÉS CIURANA, B., “Nulidad de actuaciones y sentencia firme: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Jurídica La Ley*, nº 4709, Madrid, 11 de enero de 1999, pág. 3.

⁴¹ Solución que no es muy satisfactoria, dado que si la sentencia hubiera ganado firmeza por ser consentida por las partes, al no haberse recurrido, la competencia para conocer del mismo hecho sería del órgano judicial que dictó en primera instancia la sentencia (el órgano judicial *a quo*); como ya tuvimos ocasión de manifestar, no parece razonable que una misma clase de asuntos, sobre todo del tipo de los que estamos tratando, que son cuestiones de orden público, es decir, de *ius cogens*, pueda estar atribuido su conocimiento a una u otra clase de órgano judicial, a voluntad indirecta de las partes (LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 226 y ss.). En

4.4. Se mantiene el excesivo plazo de cinco años

También, en cuanto al plazo para instar el incidente de nulidad de actuaciones, tras la Reforma del 1999, todo sigue igual. De modo que con carácter general, el mismo será de veinte días desde la notificación de la sentencia, la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión; pero, se continúa estableciendo que en esos supuestos -es decir, cuando se pretenda computar el plazo desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión-, en ningún caso puede "...solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución..."; se trata de un límite de carácter temporal absoluto que pretende poner coto a posibles situaciones indeseadas de "debilitamiento" de la firmeza de determinadas sentencias y resoluciones de análoga eficacia⁴². En todo caso, como pone de relieve, acertadamente, la doctrina, lo relativo a los plazos para instar el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, es una de las cuestiones que más problemática práctica generará⁴³.

En relación con indicados plazos, y en concreto acerca de la problemática del cómputo de los mismos, sobre todo de la determinación del *dies a quo*, el Tribunal Supremo estima que "...de este precepto se infiere que la facultad de promover el incidente se sujeta en principio a un breve plazo de veinte días, con el fin de reducir al mínimo la inseguridad jurídica dimanante del entredicho que para las sentencias firmes supone la posibilidad de solicitar su nulidad, el cual se computa desde la notificación de la sentencia o resolución a la parte que promueve el incidente. La Ley Orgánica, no

cambio, MORENILLA estima que "...es éste uno de los aciertos del legislador, pues nadie mejor que el órgano judicial autor del auto o sentencia irrecurribles para examinar la licitud de la petición, teniendo en cuenta que ya conoce y están a su disposición, no sólo las actuaciones practicadas, sino las particularidades del caso en cuestión..." (*sic*); pero añade que tal distribución competencial tiene el inconveniente "...de una posible reticencia del órgano judicial a reconocer la nulidad de actuaciones practicadas en un litigio que el mismo resolvió, con lo que el carácter excepcional de este incidente puede ser llevado a sus últimas consecuencias..." (MORENILLA ALLARD, P., "El 'incidente de nulidad de actuaciones' según ...", *op. cit.*, pág. 4).

⁴² Ya estimaba el CGPJ que, "...probablemente el mayor de los inconvenientes que tiene el incidente de nulidad contra sentencias firmes y en general cualquier procedimiento rescisorio de los actualmente previstos en las leyes procesales, como el de revisión o la audiencia al demandado rebelde..." proceda de la configuración del plazo para promover los mismos; y así, en relación con el incidente de nulidad de actuaciones, afirma que aun siendo cierto que "...los defectos de audiencia, por definición, difícilmente pueden sujetarse a un plazo general e incondicionado, salvo que se recurra a una presunción legal de conocimiento por medios siempre artificiosos de notificación, como la publicación en diarios oficiales, origen de un sinnúmero de situaciones patológicas en la actualidad...", también es cierto que "... no puede dejarse a una circunstancia puramente aleatoria la obtención de la certeza y seguridad jurídica que están en la base del instituto de la cosa juzgada, puesto que siempre puede quedar un posible perjudicado al margen del proceso y de la resolución final del mismo..." ("Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOPJ", *op. cit.*, pág. 37 y ss.).

⁴³ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "La reforma del art. 240 de la LOPJ: Luces y sombras", *Tribunales de Justicia*, 1998/2, pág. 141 y ss.; GÓMEZ CINTAS, M^a del M., "La nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997", *Revista Secretarios Judiciales*, nº 9, La Ley-Actualidad, Madrid, octubre de 1998, pág. 8 y ss.; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., "El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, *op. cit.*, pág. 19 y ss.; etcétera.

obstante, establece que «en todo caso», el plazo se computará «desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión», pero añadiendo que «en este último supuesto» (esto es, cuando el plazo se compute desde que se tuvo conocimiento del defecto y no desde la notificación), no podrá solicitarse la nulidad de actuaciones «después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución».(...) La correcta interpretación del inciso que acaba de citarse lleva a entender que sólo en el supuesto de no haberse producido la notificación de la sentencia -mediante la cual se viene en conocimiento del defecto producido si no se ha conocido antes- el plazo se computará a partir del momento en que se tuvo conocimiento del defecto causante de la indefensión, pero que en este supuesto no podrá solicitarse la nulidad de actuaciones «después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución». Este plazo de cinco años debe considerarse como un plazo de caducidad establecido por razones de seguridad jurídica ligadas a la efectividad de la cosa juzgada y al carácter extraordinario de este incidente semejante al que se establece para el ejercicio de otras acciones de rescisión de sentencia judiciales firmes, como ocurre con la audiencia al rebelde (artículos 776 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y con el recurso de revisión (artículo 1800 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con la diferencia de que en los supuestos citados la Ley de Enjuiciamiento Civil establece como inicio del cómputo del plazo de caducidad la publicación de la sentencia, mientras que la Ley Orgánica del Poder Judicial sustituye este momento formal por el de la notificación de la misma, por la cual debe entenderse la última notificación que se haya llevado a cabo a las partes o interesados. El plazo de caducidad de cinco años, pues, rige para los interesados que pretendan acogerse a este incidente de nulidad de actuaciones posterior a la sentencia por haber tenido conocimiento del defecto por un medio ajeno a la notificación, y no para aquellos a los que haya sido notificada la sentencia -como pretende la parte que promueve este incidente-, pues sería contradictorio prever el supuesto de que el defecto haya sido conocido sin notificación de la sentencia al interesado y subordinar al propio tiempo la aplicación del plazo de caducidad de cinco años -establecido para «este último supuesto»- al hecho -propio del supuesto regulado por la ley en un anterior inciso- de que la sentencia haya sido notificada al petitionerario...” (Auto TS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 14 de mayo de 1998. Pont.: Xiol Rios [RJ 1998\5772]).

4.5. En relación con el trámite todo sigue igual

La Reforma de 1999 no incide, en punto alguno, sobre la tramitación a dar al incidente de nulidad de actuaciones judiciales, de modo que continúan suscitándose las mismas cuestiones que en relación con el texto introducido por la Reforma de 1997, señaladamente lo referido a si procede o no la apertura de pieza separada para sustanciar el incidente, o lo relativo a la suspensión de la ejecución de la sentencia o resolución a la que se achaca el vicio de nulidad y a la necesidad o no de exigir fianza para proceder a la suspensión⁴⁴, o lo relativo a la posibilidad de aportar al incidente otras pruebas

⁴⁴ Echándose de menos, para evitar la utilización del incidente con efectos dilatorios o similares, la falta de previsión de algún tipo de cautela o caución a adoptar a cargo de quien inste la suspensión de la ejecución de la resolución firme, en los supuestos en que se acuerde la misma, a similitud, p.ej., de lo que se prevé, para el caso de interposición de recursos durante la ejecución forzosa, en el artículo 569 del *Proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998* (en el cual se lee lo siguiente: “Art. 569.

distintas a la documental⁴⁵, etcétera. Un estudio detallado de todas estas cuestiones no sería otra cosa que repetición de lo que ya hemos afirmado en otras ocasiones, de modo que a lo allí expresado nos remitimos⁴⁶.

4.6. En cuanto a la forma de la resolución inadmitiendo el incidente

Indicábamos más arriba que una de las novedades introducidas en la Reforma de 1999, ahora considerada, era la relativa al establecimiento del carácter irrecurrible de la resolución por la que se deniegue la admisión a trámite del incidente. Pero, continúa sin indicarse qué clase de resolución ha de adoptarse. Ante tal silencio legal estimamos que la misma ha de adoptar la forma de auto, de conformidad con el art. 245.1.b) LOPJ. En cambio, en el PROLEC, existe la previsión expresa de que tal resolución adopte forma de providencia motivada, quizá a similitud de lo que sucede con la inadmisión en relación con los recursos de amparo, que pueden adoptar la forma de providencia motivada (art. 50 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, tras la reforma operada mediante LO 6/1988, de 9 de junio). Pero, insistimos, en el actual régimen del incidente de nulidad de actuaciones, al no establecerse nada al respecto, tal resolución, conforme a las normas generales citadas, ha de adoptar la forma de auto.

4.7. En relación con la clase y efectos de la resolución final del incidente

También, en relación con la resolución que pone fin al incidente, como hemos expuesto y comentado, se establece, en la Reforma de 1999, la novedad de su carácter irrecurrible; pero, continúa sin establecerse nada sobre la clase de resolución que ha de poner término al incidente analizado⁴⁷. Nosotros hemos mantenido que ante el silencio legal es preciso acudir a las normas generales, y así, a tenor del contenido del artículo

Interposición de recursos ordinarios y suspensión.- La interposición de recursos ordinarios no suspenderá, por sí misma, el curso de las actuaciones ejecutivas. Sin embargo, si el ejecutado acredita que la resolución frente a la que recurre le produce daño de difícil reparación podrá solicitar del Juez la suspensión de la actuación recurrida, *prestando, en las formas permitidas por esta Ley, caución suficiente para responder de los perjuicios que el retraso pudiera producir*”).

⁴⁵ Ya tuvimos ocasión de razonar que estimábamos que dados los términos del precepto examinado tan sólo era admisible la prueba documental (LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 235). En contra de este parecer se pronuncia SAINZ DE ROBLES que afirma que “...el procedimiento parece admitir sólo la prueba documental. Quizá no se ha caído en la cuenta de que esta limitación probatoria puede desencadenar nuevas indefensiones. sospecho y espero que, contando con la potestad general del juez para rechazar pruebas impertinentes, superfluas o inoportunas, la práctica excluirá esta restricción probatoria” (SAINZ DE ROBLES, F.C., “La nulidad de actuaciones. Tribulaciones, muerte y resurrección de una cuestión maldita”, *Tapia. Revista para el mundo del Derecho*, Madrid, enero-febrero, 1998, pág. 6); también a favor de admitir otras clases de pruebas, distintas a la documental, se muestra URBANO CASTILLO (“Sobre la nulidad *post sententiam*”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 20 de julio de 1998, pág. 16).

⁴⁶ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 230 y ss.

⁴⁷ Es significativa, en todo caso, la forma tan brusca con que concluye el art. 240.4 LOPJ, sin referirse a la clase de resolución que pone término al incidente, ni a otras cuestiones de interés; situación que ya fue puesta de manifiesto por la doctrina, en relación con la Reforma de 1997, refiriéndose, entonces, también a la falta de indicación de régimen de recursos; matización que actualmente, tras la Reforma de 1999, evidentemente, ha de entenderse por no puesta (MORENILLA, ARIAS LOZANO, etcétera, ya citados).

245.1.b) LOPJ -que, precisamente, establece que las resoluciones judiciales adoptarán la forma de auto, entre otras, en aquellos supuestos en que se resuelva sobre nulidad del procedimiento-, entendemos que deberá adoptar la *forma de auto*⁴⁸, que estará excluido del régimen de propuesta a que se refiere el artículo 290 LOPJ.

Referida resolución, aunque nada expresamente diga la norma analizada, puede tener dos contenidos alternativos: a) denegar la declaración de nulidad de actuaciones interesada; o, b) declarar la nulidad de alguna, algunas o todas actuaciones judiciales, incluida la sentencia firme, y sin perjuicio del principio de conservación de los actos procesales, a que se refiere el art. 242 LOPJ. Nótese que mediante el auto que pone término al nuevo incidente de nulidad de actuaciones puede incluso decretarse la nulidad de una sentencia firme, o resolución de análoga eficacia que hubiera puesto fin al correspondiente proceso de declaración; de modo que se configura este incidente de nulidad de actuaciones como *una especie de remedio contra sentencias firmes*, y constituye una excepción al principio de *inmodificabilidad de las sentencias*, consagrado en el artículo 267.1 LOPJ.

En cuanto a la *forma de la resolución que pone término* a este incidente de nulidad de actuaciones judiciales, la jurisprudencia surgida tras la instauración de mismo se inclina mayoritariamente por el auto, tanto cuando el incidente es estimado como cuando es desestimado; y así, mediante Auto del TS (Sala 2ª) de 3 de abril de 1998 (Pont.: Soto Nieto) se resuelve incidente de nulidad de actuaciones, estimando el mismo y decretando la nulidad de la sentencia del propio Tribunal Supremo, al estimar un defecto de forma causante de indefensión, cual fue tener por no comparecidos, en el recurso de casación, a abogado y procurador que en realidad sí comparecieron [RJ 1998\2970]; mediante Auto del TS (Sala 2ª) de 28 de mayo de 1998 (Pont.: Martínez-Pereda Rodríguez) se estima incidente de nulidad de actuaciones, decretando la nulidad de la propia sentencia del Tribunal Supremo, por defecto de forma causante de indefensión, dado que la Audiencia Provincial correspondiente, después del auto por el que tenía por preparado el recurso de casación no emplazó a la acusación particular⁴⁹

⁴⁸ Postura que ya mantuvimos con ocasión del proyecto de reforma de 1994 (LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente...”, *op. cit.*); en aquella ocasión y con motivo de indicado proyecto de reforma, a favor de que adoptará la forma de sentencia, por ser incardinable en el art. 245.1.c) LOPJ, se mostraba PÉREZ-CRUZ MARTÍN (“Comentario al artículo undécimo del proyecto...”, *op. cit.*, pág. 13). Con la actual regulación, y a favor de que el incidente concluya mediante sentencia se pronuncia MORENILLA (*op. cit.*, pág. 5), ARIAS LOZANO (*op. cit.*, pág. 13); también NARVÁEZ RODRÍGUEZ se pronuncia claramente a favor de sentencia (“El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *op. cit.*, pág. 26); a favor de que adopte la forma de auto se pronuncia MEDINA FERNÁNDEZ, F. (“Nulidad de actuaciones: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista General de Derecho*, núm. 643, Valencia, abril, 1998, pág. 3573). Otros autores mantienen posturas intermedias, y así entienden que cuando el incidente es estimado y se declara la nulidad, la forma de terminación ha de ser mediante sentencia, y cuando es desestimado la forma de terminación será mediante auto (GÓMEZ CINTAS, Mª del M., “La nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997”, *Revista Secretarios Judiciales*, nº 9, *op. cit.*, pág. 13).

⁴⁹ Esta resolución es comentada por ANDRÉS CIURANA, B., que parte de considerarla con forma de Sentencia (“Nulidad de actuaciones y sentencia firme: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 28 de mayo de 1998”, *Revista Jurídica La Ley*, nº 4709, Madrid, 11 de enero de 1999); pero, consultado la BDA, tanto en

[RJ 1998\5008]; mediante Auto del TS (Sala 5ª) de 5 de octubre de 1998 (Pont.: Pérez Esteban) se resuelve, desestimando, incidente de nulidad de actuaciones contra sentencia de referida Sala [RJ 1998\8428]; mediante Auto del TS (Sala 3ª, Sección 3ª) de 28 de octubre de 1998 (Pont.: González y González) se desestima petición de nulidad de actuaciones judiciales al amparo del art. 240.3 LOPJ [RJ 1998\8894]; por Auto del TS (Sala 1ª) de 22 de septiembre de 1998 (Pont.: Morales Morales) se desestima recurso de queja contra auto de la respectiva Audiencia Provincial, desestimatorio de incidente de nulidad de actuaciones planteado con posterioridad a haber recaído sentencia definitiva en segunda instancia [RJ 1998\6848]; por Auto del TS (Sala 3ª, Sección 2ª) de 2 de julio de 1998 (Pont.: Rodríguez Arribas) se desestima incidente de nulidad de actuaciones contra Sentencia del TS, que a su vez revocaba otra de un Tribunal Superior de Justicia [RJ 1998\6338]; también, mediante Auto del TS (Sala 5ª) de 22 de junio de 1998 (Pont.: Bermúdez de la Fuente) se inadmite incidente de nulidad de actuaciones judiciales, por no haber agotado las posibilidades que ofrece el art. 267 LOPJ [RJ 1998\7243].

Finalmente, en cuanto a la resolución que pone término al incidente de nulidad de actuaciones, tampoco nada se expresa, en el precepto comentado, acerca de lo relativo a las *costas del incidente*. Estimamos que, a falta de previsión expresa, habrá que estar a lo que, en el procedimiento correspondiente del que trae su causa el incidente, se establezca en relación con el abono de las costas de los incidentes que en el mismo se generen; y en caso de nada señalarse al respecto, deberá estarse a las normas generales que rijan en indicado procedimiento; y en último término al principio general del vencimiento (art. 523 LECiv)⁵⁰.

5. Y, además, el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil reformula el incidente de nulidad de actuaciones judiciales

Quizá una explicación de que en la LO 13/1999 no se haya abordado una reforma en profundidad del incidente de nulidad de actuaciones judiciales pueda encontrarse en la tramitación simultánea, ante el Congreso de Diputados, del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998 (PROLEC), en el cual se aborda la regulación con carácter general de la nulidad de actuaciones judiciales y se reformula el incidente comentado. Referido Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil pretende erigirse en *ley procesal común* (así, el art. 4 PROLEC establece que “*en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y*

versión papel, como en versión informática, tal resolución aparece con forma de Auto, y con el marginal indicado [RJ 1998\5008].

⁵⁰ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, tras analizar la cuestión relativa a las costas, y ofrecer, al menos, tres soluciones, se inclina por estimar que “...debe aplicarse análogicamente el sistema prevenido en el art. 95, apartado 1º y 2º de la LOTC...”, es decir, estima que ha de seguirse el criterio que se establece para el proceso constitucional de amparo, que es, con carácter general gratuito, sin perjuicio de que en los casos de mantenimiento de posiciones infundadas, temeridad o mala fe apreciadas por el órgano jurisdiccional, pueda imponerse la condena en costas; postura que se sustenta, en último término, en la consideración que hace el autor del nuevo incidente como un verdadero proceso de amparo judicial autónomo y diferente de aquel del que trae causa (“El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *op. cit.*, pág. 27).

militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”), para lo que, a la vez, se pretende que la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, apartándose de su antecesora, de 1870, circunscriba su contenido a lo que indica su denominación y se ajuste, por otra parte, a lo que señala el apartado 1 del artículo 122 de la Constitución, desprendiéndose, así de normas procesales, no pocas de ellas atinadas, pero impropiedades situadas y productoras de numerosas dudas al coexistir con las que contienen las Leyes de Enjuiciamiento, sin desdeñar y, por tanto, beneficiándose, de cuanto de positivo podía hallarse en la regulación procesal de 1985, acompañándose de un Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (PRLOPJ, en lo sucesivo), con la finalidad pretendida, en el cual, además de proceder a la derogación de todas aquellas normas procesales *-incluidas las relativas a la regulación sobre la nulidad de actuaciones-* que se han incluido en el PROLEC, se procede al correspondiente reajuste normativo⁵¹.

El PROLEC dedica los artículos 227 al 233 a la regulación de lo que denomina “nulidad de las actuaciones judiciales”; referidos preceptos constituyen el contenido del capítulo IX, integrado dentro del Título V, titulado “De las actuaciones judiciales”, a su vez ubicado dentro del Libro I, que se refiere a las “Disposiciones generales relativas a los juicios civiles”. Las características generales de tal normativa, pueden ser resumidas del siguiente modo:

A) El PROLEC contiene una regulación sistemática de la materia referida a la nulidad de actuaciones, a diferencia de la LECiv, que carece de la misma; encontrándose la justificación de tal regulación sistemática en la pretendida vocación de *ley procesal común* del PROLEC (confr. art. 4 de la misma).

B) Indicada propuesta de regulación guarda bastante similitud con la existente, con carácter general, en la LOPJ, que ya ha sido analizada, limitándose, prácticamente, a introducir pequeños retoques.

C) Además de esa sistemática regulación, se encuentran dispersas por el articulado PROLEC, menciones o regulaciones fragmentarias de la nulidad, a similitud de lo que también sucede en la vigente LECiv, y que tan sólo son particularizaciones de ese régimen general; así, a título de ejemplo cabe citar los artículos: 66.3 y 5, 165, 226.1, 590, etcétera, todos ellos del PROLEC.

D) Finalmente, caso de aprobarse esta propuesta de regulación, la misma regiría de forma directa para el proceso civil, y supletoriamente para el resto de órdenes jurisdiccionales, dada la pretensión del PROLEC de convertirse en *ley procesal común*, como afirma su exposición de motivos, y ratifica su art. 4 que establece que “...en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los

⁵¹ El Proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil se publica en BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 147-1, de 13 de noviembre de 1998; y el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial se publica en el BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 148-1, de 16 de noviembre de 1998. Ambos, en la fecha en que se redacta el presente trabajo (mayo de 1999) se encuentran en trámite parlamentario.

procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”⁵².

En cuanto al *incidente de nulidad de actuaciones judiciales*, el mismo se perpetúa en el art. 230 PROLEC, si bien se introducen algunas modificaciones en relación con el texto actualmente vigente; referido artículo propone la siguiente reformulación del incidente de nulidad:

Artículo 230. Incidente excepcional de nulidad de actuaciones.

1. No se admitirán incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión, siempre que, por el momento en que se produjeron, no hubiera sido posible denunciar esos efectos antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Será competente para conocer de este incidente el mismo tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la sentencia, la resolución 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 cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución.

El tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones.

2. 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 los que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes.

Si se estimará la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente procedente. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de quince mil a cien mil pesetas”.

⁵² LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 302 y ss. También, LAMO RUBIO, J. de, “Nulidad de actuaciones judiciales y sistema de recursos. Estudio sistemático en relación con el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ponencia expuesta en el curso sobre *El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 30 de marzo a 1 de abril de 1998.

La doctrina ha cuestionada la permanencia del incidente de nulidad de actuaciones judiciales, y así, GIMENO SENDRA estima que debería suprimirse el mismo, por entender que "...ha sido un error resucitar el incidente de nulidad de sentencias firmes, efectuado por la Ley Orgánica 5/1997, en el art. 240.3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial...", de modo que el PROLEC "...en su art. 230, no hace más que abundar en esta idea. Pero las indefensiones deben corregirse a través de los recursos y de modo especial mediante la "audiencia al rebelde", que, por lo demás, el PROLEC agiliza notablemente. Con la reinstauración de dicho incidente, que abolió la reforma parcial a la LECiv de 1984, se pueden incrementar las dilaciones indebidas, se sacrifica la cosa juzgada y, con ella, la seguridad jurídica, y se puede fomentar la picaresca de los 'morosos' en los juzgados por la vía de preconstituir las situaciones de indefensión..."⁵³.

En cualquier caso, sin ánimo de efectuar un detallado análisis de la reformulación que efectúa el PROLEC en relación con el incidente de nulidad de actuaciones judiciales y sin entrar a debatir la oportunidad o no de mantener o suprimir el mismo, pues tales cuestiones excederían el límite de los presentes comentarios, nótese que en referido art. 230 PROLEC se da respuesta a algunas de las cuestiones que se han venido suscitando en la práctica del incidente, y que no se abordan en la LO 13/1999, destacando, entre ellas las siguientes: a) se suprime la incongruencia del fallo como posible objeto del incidente; b) se establece que la forma de la resolución que inadmite el incidente será la de providencia motivada, pero nada se dice sobre si es recurrible o no; c) se establecen los efectos de la resolución que pone fin al incidente, pero se continúa sin indicar qué clase de resolución es, y tampoco se dice nada sobre el régimen de recursos aplicable a la misma; d) se aborda expresamente lo relativo a las costas del incidente estableciendo el criterio del vencimiento, e incluso se prevé la imposición de una multa al litigante temerario que suscite indebidamente el mismo, en previsión acertada, para paliar posibles abusos del incidente.

Entre los defectos de la regulación propuesta en el PROLEC, además de los expresados en relación con la falta de definición del régimen de recursos de la decisión sobre inadmisión del incidente y de la decisión final del mismo, así como la falta de expresión de la forma de esta última, también destaca la ausencia de mención alguna, en cuanto a legitimación, en relación con aquellos que hubieran debido ser parte y no lo son formalmente, que como hemos expuesto, sí se acoge en la reforma producida por la LO 13/1999; y de otra parte, continúa sin darse respuesta a las mismas cuestiones o problemas, distintos a los indicados, que se vienen suscitando en la práctica del incidente y que tampoco ha abordado la reciente reforma de 1999, que han sido expuestos al tratar sobre los aspectos que esta última reforma dejaba pendientes.

En todo caso, el PROLEC aún se encuentra en trámite parlamentario, y deberá, por tanto, estarse al texto definitivo, que, en su día y en su caso, apruebe el Parlamento.

⁵³ GIMENO SENDRA, V., "Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho Procesal Europeo", *Revista Jurídica La Ley*, nº 4734, Madrid, 15 de febrero de 1999, pág. 3.

ANEXO VII

“Aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones judiciales: vías o cauces. Especial referencia al nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales introducido mediante Ley Orgánica 5/1997, de reforma de la LOPJ”, publicado en “Nulidad de actuaciones: presente y futuro”, *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999, Tomo III-1999, págs. 171-232.

ASPECTO PROCEDIMENTAL DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES: VÍAS O CAUCES

**ESPECIAL REFERENCIA AL NUEVO INCIDENTE
DE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES, INTRODUCIDO
MEDIANTE LEY ORGÁNICA 5/1997,
DE REFORMA DE LA LOPJ**

Por:

Jaime de Lamo Rubio
Secretario Judicial

SUMARIO: 1. Aproximación al art. 240 LOPJ: Perspectiva jurisprudencial. 1.1. Introducción. 1.2. Evolución de la normativa sobre nulidad de actuaciones. A) *Situación hasta 1984*. B) *Desde 1984 hasta 1985*. C) *Situación a partir de 1985*. D) *La Reforma de 1997 de la LOPJ*. E) *Reforma efectuada por la LO 13/1999*. 1.3. Características de la actual regulación de la nulidad de actuaciones judiciales. 1.4. Idea general sobre el art. 240 LOPJ: Enunciación de las vías o cauces.- 2. Primera vía: Los recursos legalmente previstos.- 3. Segunda vía. Declaración de oficio. 3.1. Requisitos. 3.2. Tramitación. 3.3. Novedades introducidas por la Ley Orgánica 5/1997. 3.4. ¿Es posible la utilización de esta vía en relación con las sentencias del TC? - 4. Tercera vía: Demás medios que establezcan las leyes procesales. Especial referencia al recurso de amparo. 4.1. En general. 4.2. Referencia al recurso de amparo constitucional.- 5. Cuarta vía: El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales creado por la Ley Orgánica 5/1997.- 5.1. Introducción. 5.2. Naturaleza jurídica y características. 5.3. Objeto. A) *Defectos de*

forma causantes de nulidad de actuaciones. B) Nulidad de actuaciones fundada en incongruencia del fallo. 5.4. Competencia. 5.5. Legitimación. 5.6. Plazo. 5.7. Tramitación. A) *Inadmisión. B) Subsanción. C) Admisión y posteriores trámites.* 5.8. Resolución. 5.9. Régimen de recursos. 5.10. Articulación del nuevo incidente de nulidad con las demás vías o cauces.- 6. Perspectivas de futuro: Remisión.- 7. Bibliografía.

1. Aproximación al art. 240 LOPJ: Perspectiva jurisprudencial

1.1. Introducción

La nulidad de actuaciones judiciales cobra especial importancia desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales, pues la falta de desarrollo legislativo pleno del art. 53.2 CE está generando un defecto estructural de tutela en sede jurisdiccional ordinaria en materia de derechos y libertades fundamentales, de modo que toda la masa de recursos de amparo fundados en motivos de nulidad de actuaciones judiciales puede, en definitiva, “...repercutir en perjuicio de los particulares afectados al introducir en todo caso una instancia jurisdiccional más para la satisfacción de sus demandas...” (STC 185/1990, de 15 de noviembre), pues tal inadecuada proliferación de recursos de amparo genera una tendencia desnaturalizadora del mismo y ocasiona no pocas fricciones entre el TC y los tribunales ordinarios¹. Situación que, en cierta medida, ha intentado ser paliada mediante la reciente Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ (BOE 5/12/1997), a través de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de un *nuevo incidente de nulidad de actuaciones tras sentencia firme*, superando, en cierta modo los estrechos límites del hasta entonces vigente art. 240.2 LOPJ², pero que, como veremos a lo largo de esta ponencia, tampoco supone solución definitiva a los problemas de delimitación de funciones entre la jurisdicción constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales, ni resuelve lo

¹ Ya en el año 1994, el Presidente del TS y del CGPJ, en el discurso pronunciado con ocasión de la solemne apertura del año judicial 1994-95, leído el 12 de septiembre de 1994, y versando, precisamente, sobre: “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, mostraba su preocupación sobre las fricciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional en indicada materia, y, tras analizar minuciosamente la falta de desarrollo legislativo del art. 53.2 CE y las consecuencias que de tal estado de cosas se derivaban, aportaba interesantes soluciones, cuyo detallado análisis excede el ámbito de la presente ponencia.

² Y es que, desde la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, y sobre todo tras el art. 240 de referida ley, y suprimido el incidente de nulidad de actuaciones, tras la reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, operada por la Ley 34/1984, de 6 de Agosto (confr. art. 742.II LECiv), y a la luz de la Sentencia del Pleno TC 185/1990, de 15 de noviembre, y posteriores, resultaba que, en principio, no procedía declarar nulidad de actuaciones judiciales de oficio una vez existiera sentencia firme, con las consecuencias de todo orden que tal previsión legal generaba, como tendremos ocasión de ir analizando. Situación, a la que como indicamos, ha intentado dar respuesta la citada LO 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la LOPJ, si bien, como tendremos ocasión de ir analizando, tampoco se ofrece solución a todos los problemas que, desde la perspectiva procedimental, suscitan la nulidad de actuaciones judiciales (LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág. 18 y ss.).

relativo al efectivo desarrollo del art. 53.2 CE³. Regulación que ha sido, recientemente, retocada por la 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, que se ha publicado en el BOE de 15 de mayo de 1999, y ha entrado en vigor el día 16 de mayo de 1999 (confr. disposición final única de indicada LO 13/1999). En todo caso, en la presente ponencia se abordará lo relativo a lo que puede ser denominado como *aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones judiciales*, es decir, lo relativo a los cauces o vías para hacer valer, y en su caso declarar, las nulidades de actuaciones, con especial incidencia en el análisis y consideración del nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, introducido mediante la citada Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la LOPJ, y retocado por la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, ambas ya citadas.

2.2. Evolución de la normativa sobre nulidad de actuaciones judiciales

Para posibilitar el adecuado entendimiento de lo relativo al aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones judiciales, interesa, siquiera esquemáticamente, dejar ahora esbozada la evolución del marco normativo actual sobre la nulidad de actuaciones judiciales, para así posibilitar, en su momento, la deseada profundización en dicha materia; y desde tal perspectiva, es posible distinguir las siguientes etapas⁴.

A) Situación hasta 1984

En el art. 745 LECiv se recogía el denominado *incidente de nulidad de actuaciones*, que tenía carácter suspensivo. La Jurisprudencia calificó este incidente como un recurso extraordinario, al que sólo podía acudir cuando, previamente se habían agotado los recursos ordinarios, y no se hubiera obtenido la subsanación del vicio o su declaración de nulidad; incidente que sólo podía plantearse cuando se encontraba pendiente el proceso y del cual podían hacer uso tan sólo aquellos que fueran parte en el proceso, debiéndose respetar, en todo caso, la santidad de la cosa juzgada (SSTS de 12 de julio de 1915, 6 de julio de 1917, 21 de febrero de 1941, 21 de febrero de 1942, 12 de diciembre de 1950, etcétera) y sin posibilidad de acudir a un proceso declarativo posterior, una vez fenecido el pleito en que se hubieren producido las nulidades (SSTS de 1 de julio de 1904, 12 diciembre de 1950)⁵. La utilización de referido incidente de nulidad de actuaciones dio lugar a no pocos abusos, que desembocaron en dilaciones y otras disfunciones en la tramitación de los procesos, lo cual hizo que el legislador de 1984 (Ley 34/1984, de 6 de agosto) suprimiera dicho incidente, para evitar esas nocivas consecuencias para el proceso.

B) Desde 1984 hasta 1985

³ En todo caso, lo relativo al desarrollo del art. 53.2 CE y los problemas que suscita, será específicamente abordado en otra ponencia de este mismo curso, a cuyo espacio nos remitimos.

⁴ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág. 20 y ss.

⁵ GABALDÓN LÓPEZ, J. “Nulidad de actuaciones procesales y recurso de amparo”, en *Cuadernos de Derecho Judicial sobre La Nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 281.

En el año 1984 se aprueba la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que reforma, con carácter urgente, la LECiv; dando nueva regulación a la materia tratada, y en concreto el art. 742.II LECiv viene a *suprimir* el incidente de nulidad de actuaciones, creando cierto vacío normativo. Ante el mismo, y siempre referido a vías procedimentales diferentes a la utilización de los recursos correspondientes, para hacer valer la nulidad de actuaciones, la jurisprudencia había configurado la declaración de nulidad de actuaciones como un *proceso atípico* amparado en el art. 6.3 del Código Civil, que era aplicable para corregir vicios procesales no subsanables ni susceptibles de convalidación a lo largo del procedimiento, siempre que aquellos hubieran provocado grave indefensión a la parte⁶.

C) Situación a partir de 1985

Tras la LOPJ de 1985 la situación cambia, pues se da a la materia una *regulación específica* (arts. 238-243 LOPJ), y desde la consideración del art. 240 LOPJ y sobre todo en relación con la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de actuaciones, es posible distinguir, dentro de la Jurisprudencia del TC, al menos, las siguientes etapas:

C.1) Hasta la Sentencia del TC 110/1988. El problema se plantea en torno a la expresión “...antes de que hubiere recaído sentencia definitiva...”, contenida en el art. 240.2 LOPJ. La doctrina mayoritaria (GUASP, GÓMEZ ORBANEJA, GÓMEZ DE LIAÑO, etcétera), viene entendiendo por sentencia definitiva aquella que resuelve o da solución jurídica a las cuestiones objeto de debate, y contra la cual cabe interponer un recurso ordinario o extraordinario (confr. art. 369 LECiv); en cambio las sentencias firmes son aquellas contra las que no cabe recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario (art. 369 LECiv), sin perjuicio de que contra las sentencias firmes se admitan ciertos remedios procesales, como el mal llamado *recurso* de revisión⁷, o la audiencia al rebelde, etcétera; remedios procesales a los que se refiere el art. 245.3 LOPJ cuando dice que “*son sentencias firmes aquellas contra las que no quepa recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley*”⁸. Pues bien, partiendo de esta diferenciación, se llegó a entender que procedía la declaración de oficio de nulidad de actuaciones hasta que existiera sentencia firme, pero respetando siempre las sentencias definitivas; es decir, una vez existiera sentencia definitiva y antes de que ganare firmeza, se podía declarar de oficio la nulidad de actuaciones de alguna o algunas de ellas, siempre y cuando que tal declaración no afecte a la sentencia definitiva; así, por ejemplo, nulidad de la notificación de sentencia, en cuanto acto procesal de comunicación, y así posibilitar la utilización de los recursos procedentes contra la sentencia definitiva.

⁶ MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Editorial Colex, 1991, págs. 105 y ss.

⁷ Decimos mal llamado *recurso*, pues, precisamente procede su interposición contra sentencias firmes, contra las cuales, por definición, no cabe recurso; de este modo, entendemos como más adecuado denominarlo de forma distinta a recurso, por ejemplo: *proceso* de revisión, *remedio procesal*, etcétera.

⁸ Nótese que el citado precepto (el art. 245.3 LOPJ) utiliza implícitamente el término *recurso* para referirse al de revisión, lo cual como queda apuntado es una clara imprecisión jurídica.

C.2) Sentencia del TC 110/1988. Referida sentencia supuso un hito importante en la interpretación de la materia que nos ocupa, precipitando en la posterior STC 185/1990, que ya comentaremos. La STC 110/1988, de 8 de junio, de la Sala Primera del TC, de la que fue ponente Rubio Llorente, se ocupa de un caso en que, dentro de un proceso penal se aprecia, en ejecución de sentencia - y por tanto existiendo ya sentencia definitiva y firme-, la falta de citación de los recurrentes -es decir, los que acudieron en amparo ante el TC- a efectos de recurso de apelación, y detectándose tal vicio en el proceso o fase de ejecución de sentencia, solicitan la nulidad de actuaciones, que es rechazada por el órgano jurisdiccional; referida parte acudió al Tribunal Constitucional, vía recurso de amparo, estimándose dicho recurso, a cuyo efecto el TC acude a efectuar una interpretación intrépida y criticada por la doctrina⁹, en el sentido de entender que *sentencia definitiva* equivale a *sentencia definitivamente ejecutada*, de manera que “...pueda el Juez o Tribunal Sentenciador, mientras no lo ha sido (*se entiende ejecutada*) de oficio y previa audiencia de las partes, declarar la nulidad de actuaciones de lo necesario para restaurar a las partes en los derechos que garantiza el art. 24 de nuestra Constitución y sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en el art. 11.2 LOPJ...” (STC 110/1988, FJ7)¹⁰. La Sala Segunda del TC no comparte esta tesis (confr. STC 22/1989), sino que mantiene la tesis existente con anterioridad a la STC 110/1988, y a la cual ya nos hemos referido en el apartado precedente.

C.3) Sentencia Pleno TC 185/1990. Ante tal estado de cosas el propio TC decidió autoplantearse cuestión de inconstitucionalidad¹¹ sobre el art. 240 LOPJ. Se resuelve mediante la Sentencia del Pleno del TC 185/1990, de 15 de noviembre, en la cual el TC declara la constitucionalidad del art. 240 LOPJ y viene a decir que el citado precepto “...no se opone en este supuesto ni al art. 24, ni al carácter subsidiario del recurso de amparo. Se limita a preservar el principio de inmodificabilidad de oficio de las sentencias una vez firmadas...” (FJ2). Es decir, se acogió la tesis que mantenía la Sala Segunda del propio TC, abandonando la tesis que sostenía la Sala Primera del mismo Tribunal. Naturalmente, esta jurisprudencia ha evolucionado posteriormente, pero de momento, sirvan estas notas acerca estos tres momentos que hemos considerado más importantes dentro de la evolución de la jurisprudencia del TC sobre la materia; sin perjuicio de que, al hilo de las cuestiones que tratemos, iremos haciendo referencia a esa jurisprudencia, sobre todo la posterior a la STC 185/1990, de 15 de noviembre.

D) Reforma de 1997 de la LOPJ

⁹ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario de la STC 110/1988”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1989-1, págs. 905 y ss.; GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Nulidad de actuaciones y la Constitución”, *Revista Jurídica La Ley*, 1992-1, págs. 793 y ss.; GARNICA MARTÍN, J.F., “Nulidad de actuaciones después de sentencia firme”, en *Revista Justicia*, 1990, Tomo IV, págs. 897 y ss.; entre otros.

¹⁰ Esta misma o similar línea, y también por la Sala Primera del TC, se siguió en las SSTC 211, 212 y 213/1989.

¹¹ Referida autocuestión (confr. art. 55.2 LOTC) se plantea en las citadas SSTC 211, 212 y 213/1989; por cierto, fue la primera vez que el TC se planteaba autocuestión de inconstitucionalidad; y además, como se verá, fue desestimada.

Esta situación es la que se encuentra la reciente Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ (BOE 5/12/1997), que, como afirma su exposición de motivos, pretende dejar planteada “...en términos más razonables la cuestión del desarrollo legal del apartado 2 del artículo 53 de la Constitución, acerca de la tutela judicial ordinaria, por cauces preferentes y sumarios de los derechos fundamentales...” pues el legislador considera “...apremiante superar la indeseable situación, muchas veces repetida, resultante del tenor literal del apartado 2 del artículo 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en virtud del cual no existe cauce para declarar la nulidad radical de actuaciones por vicio procesal una vez que ‘hubiere recaído sentencia definitiva’...” Y a tales efectos, “...la Ley opta por establecer un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible...”; instaurándose un *nuevo incidente de nulidad de actuaciones* que viene a configurarse como una cuarta vía de declaración de tales vicios, y que se regula en los apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ; y también se retoca el apartado 2 del citado art. 240 LOPJ¹². Pero, continua sin desarrollarse el art. 53.2 CE.

E) Reforma efectuada por la LO 13/1999

Como ya hemos adelantado, recientemente, ha sido retocado el régimen de la nulidad de actuaciones judiciales mediante la LO 13/1999. La génesis de tal ley hay que buscarla en la tramitación parlamentaria de la *Proposición de Ley Orgánica de modificación del artículo 19 de la LOPJ*¹³, y en concreto en el trámite de enmiendas, donde se presentó, en el Congreso de los Diputados, la enmienda núm. 3, firmada por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), de modificación de los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, que tiene su última justificación en la pretensión de introducir en la LOPJ las enmiendas formuladas por el Senado al texto de la que luego sería LO 5/1997, y que no obtuvieron, en su día, mayoría absoluta en el Congreso¹⁴. Indicada enmienda fue aceptada finalmente por el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior¹⁵, siendo aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 11 de febrero

¹² Trataremos en detalle sobre esta importante reforma en el lugar oportuno de esta ponencia.

¹³ Curiosamente, indicada Proposición de Ley, en su germen inicial tan sólo se refería a la modificación del citado art. 19 LOPJ, a fin de reconocer “...el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional al denominado Consejo de Hombres Buenos de Murcia” (BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 159-1, de 24 de febrero de 1998); pero, como viene siendo habitual en los últimos tiempos, en el trámite parlamentario se le han ido añadiendo cuestiones que ninguna relación guardan con el inicial objeto de tal propuesta de cambio legislativo.

¹⁴ Pues en justificación de tal enmienda, así como de otras también presentadas, se indicaba que “...la finalidad del conjunto de enmiendas que se presentan es la de introducir en el texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial todas aquellas enmiendas del Senado que, aunque alcanzaron una amplia mayoría en su ratificación en el Congreso el 13 de noviembre de 1997, no pudieron finalmente incorporarse al texto de la Ley, dado que la misma no obtuvo la mayoría absoluta en su votación final de conjunto, quedando aprobada tal y como había salido inicialmente del Congreso de los Diputados y, en consecuencia, ninguna enmienda del Senado finalmente figuró en la Ley publicada en el “BOE”. De aprobarse ahora nuevamente estas enmiendas, se permitiría aprovechar el trabajo realizado por el Senado y que había sido también aceptado por amplia mayoría en el Congreso” (BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 159-4, de 7 de abril de 1998).

¹⁵ BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 159-7, de 29 de diciembre de 1998.

de 1999¹⁶; en trámite ante el Senado, se presentó la enmienda núm. 2 por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV), de supresión de la modificación de los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, justificándola en la necesidad de reconducir la Proposición de Ley a sus términos estrictos iniciales de reconocimiento como Tribunal consuetudinario y tradicional al Consejo de Hombres Buenos de Murcia¹⁷; enmienda que fue rechazada por la Ponencia¹⁸, habiendo sido aprobado por la Comisión el texto remitido por el Congreso de los Diputados¹⁹, al cual se le formularon ligeras modificaciones, vía enmiendas del Senado, mediante mensaje motivado, consistentes en la modificación del Título y Preámbulo de la Proposición de Ley Orgánica, con el fin, de una parte, de adoptarlos al contenido material de la misma, de modo que aparezca mencionado también de forma expresa el artículo 240 de la LOPJ, y de otra parte, de introducir una corrección de carácter técnico en el que era el último párrafo del Preámbulo aprobado en su día por el Congreso de los Diputados²⁰. Finalmente, el Pleno del Congreso de los Diputados, en sesión de fecha 29 de abril de 1999, votó favorablemente, con mayoría absoluta, tanto a las enmiendas del Senado, como a la totalidad del texto, que exigía tal votación de totalidad, al tratarse de una Ley Orgánica²¹, pasando la Ley a denominarse, por tanto, como *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*²², denominación con la que es promulgada y publicada en el BOE de fecha 15 de mayo de 1999, como ya se ha indicado. En todo caso, referida reforma pretende, como proclama la propia exposición de motivos de indicada LO 13/1999, efectuar un mero perfeccionamiento de la regulación del incidente de nulidad de actuaciones judiciales, que se concreta en los aspectos que iremos exponiendo al hilo del análisis de indicado incidente.

1.3. Características de la actual regulación de la nulidad de actuaciones judiciales

¹⁶ BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 159-9, de 17 de febrero de 1999.

¹⁷ BOCCGG, Senado, Serie III A, núm. 11(f), de 11 de marzo de 1999.

¹⁸ BOCCGG, Senado, Serie III A, núm. 11(g), de 29 de marzo de 1999.

¹⁹ BOCCGG, Senado, Serie III A, núm. 11(h), de 8 de abril de 1999; el GPSNV, mantuvo, como votos particulares, para su defensa ante el Pleno, las enmiendas 1 a 4 presentadas al texto, entre las que se encontraba la enmienda núm. 2, ya citada. Indicadas enmiendas posteriormente fueron defendidas ante el Pleno, decayendo, por tanto, las mismas (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 235, año 1999, VI Legislatura, Sesión plenaria de 29 de abril de 1999, pág. 12570).

²⁰ BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 159-10, de 27 de abril de 1999.

²¹ Las enmiendas del Senado, que se limitaban a introducir en el título de la Ley la mención del art. 240 LOPJ, así como añadir un último párrafo en el Preámbulo de la Ley, referido a citada reforma, y a un retoque técnico en el final del anterior párrafo del Preámbulo -cambiar la palabra “..se propone...”, por la más adecuada de “...se modifica...”, obtuvieron un total de 300 votos favorables y una abstención; y la votación de conjunto de la proposición de ley, obtuvo 301 votos favorables y dos abstenciones, quedando aprobada con carácter orgánico la proposición de ley al haber alcanzado la mayoría absoluta legal de la Cámara exigida por la Constitución y el Reglamento del Congreso (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 235, año 1999, VI Legislatura, Sesión plenaria de 29 de abril de 1999, pág. 12577).

²² BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 159-11, de 5 de mayo de 1999.

Actualmente²³, la materia relativa a la ineficacia de los actos procesales se regula en los arts. 238 al 243 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, en relación con la cual cabe destacar las siguientes notas: a) Que pretende dar una regulación global y más o menos completa de la materia; b) que referida normativa es de aplicación a todos los órdenes jurisdiccionales ordinarios -civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, militar-, salvo que se disponga lo contrario en las correspondientes normas reguladoras de los diversos procesos; c) que, en líneas generales, indicada normativa acude a la técnica de las cláusulas generales y abiertas, a integrar por lo que resulte de la normativa concreta que venga en aplicación; y, d) que se aprecia un gran mimetismo con la normativa administrativa vigente al momento del dictado de la LOPJ, la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1.958²⁴. Además de esta concreta regulación, que como hemos indicado acude a la técnica legislativa de utilización de cláusulas generales y abiertas, es necesario, precisamente por tal característica, tener en cuenta la concreta normativa de los respectivos órdenes jurisdiccionales, a la hora de integrar los conceptos generales contenidos en esta regulación; en todo caso, es constatable que este bloque normativo ha sido objeto de una abundante jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional, como de las respectivas Salas del Tribunal Supremo, y de los demás Juzgados y Tribunales; y, por tanto, en la medida en que lo permita el enfoque y límites de la presente ponencia, al analizar el derecho positivo que regula el objeto de la misma, trataremos también acerca de la jurisprudencia existente al respecto.

1.4. Idea general sobre el art. 240 LOPJ: Enunciación de las vías o cauces

En cuanto al *aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones judiciales*, y centrado en el estudio de las vías o cauces a través de los cuales hacer valer y, en su caso, declarar la nulidad de actuaciones judiciales, se hace preciso partir del contenido

²³ Pues, el Proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998 (PROLEC, en lo sucesivo), pretende erigirse en *ley procesal común* (así, el art. 4 PROLEC establece que “*en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley*”), para lo que, a la vez, se pretende que la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, apartándose de su antecesora, de 1870, circunscriba su contenido a lo que indica su denominación y se ajuste, por otra parte, a lo que señala el apartado 1 del artículo 122 de la Constitución, desprendiéndose, así de normas procesales, no pocas de ellas atinadas, pero impropiedades situadas y productoras de numerosas dudas al coexistir con las que contienen las Leyes de Enjuiciamiento, sin desdeñar y, por tanto, beneficiándose, de cuanto de positivo podía hallarse en la regulación procesal de 1985, acompañándose de un Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (PRLPJ, en lo sucesivo), con la finalidad pretendida, en el cual, además de proceder a la derogación de todas aquellas normas procesales *-incluidas las relativas a la regulación sobre la nulidad de actuaciones-* que se han incluido en el PROLEC, se procede al correspondiente reajuste normativo. El Proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil se publica en BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 147-1, de 13 de noviembre de 1998; y el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial se publica en el BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 148-1, de 16 de noviembre de 1998. Ambos, en la fecha de conclusión de la redacción de esta ponencia (mayo de 1999) se encuentran en trámite parlamentario. Las novedades que contienen acerca de la regulación de la nulidad de actuaciones judiciales serán tratadas en otra ponencia de este mismo curso, lugar al que nos remitimos.

²⁴ Mimetismo que ha puesto de relieve, entre otros, Tomas GUI MORI (“Nulidad de actuaciones tras sentencia definitiva. La anunciada inconstitucionalidad del art. 240 LOPJ”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1990, págs. 118 y ss.).

del artículo 240 LOPJ, que se ha visto afectado por la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la LOPJ (BOE 05/12/1997), ya citada, habiendo sido retocado por la recentísima Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo (BOE 15/05/1999), también citada, y que tras la vigencia de esta última- desde el 16 de mayo de 1999 (confr. disposición final única de indicada LO)- presenta la siguiente redacción:

Art. 240 LOPJ

“1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.

2. Sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído sentencia definitiva o 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.

3. No se admitirá, con carácter general, el incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, a quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, la sentencia o resolución no sea susceptible de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida.

Será competente para conocer de este incidente el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la sentencia, la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último supuesto, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución. El Juzgado o Tribunal inadmitirá a trámite cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. La resolución en la que se deniegue la admisión a trámite no será susceptible de recurso alguno.

4. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado 3 de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa 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 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. La resolución final sobre este incidente no será susceptible de recurso alguno.

Artículo que ha de ser matizado con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que sobre la materia se ha producido; significando que en dicha jurisprudencia y en lo que se refiere a *este aspecto procedimental* la tendencia es a equiparar los denominados motivos de anulabilidad (art. 240.1 LOPJ) con las causas estrictas de nulidad de pleno derecho (art. 238 LOPJ); y por tanto, partiendo de la Sentencia Pleno TC 185/1990, de 15 de noviembre, resolviendo *autocuestión de inconstitucionalidad* núm. 91/1990, en relación con el art. 240.2 LOPJ (*BOE de 3 de diciembre de 1990*), podemos decir²⁵ que para hacer valer y, en su caso, declarar la nulidad de pleno derecho y los defectos de forma de los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, y siempre que no proceda la subsanación,²⁶ existen *cuatro vías o cauces*,²⁷ a saber: a) mediante los recursos legalmente previstos; b) declaración de oficio; c) los demás medios que establezcan las leyes procesales; y, d) a través del nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, regulado en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ. A la consideración de tales vías o cauces nos dedicaremos, en detalle, a lo que resta de ponencia.

2. Primera vía: Los recursos legalmente previstos

La primera vía a través de la cual hacer valer los vicios de nulidad, y en su caso, declararles, se articula a través de la interposición de los recursos previstos en las leyes procesales (art. 240.1); esto significa que cuando contra la resolución correspondiente, en la que se entiende que se ha incurrido en uno o más vicios determinantes de nulidad, quepa interponer alguno de los referidos recursos, tanto ordinarios como

²⁵ Como cierre del sistema hasta la entrada en vigor de la reforma de 1997 de la LOPJ, en nuestro ordenamiento jurídico se encontraba proscrito el incidente autónomo de nulidad de actuaciones, que ya fue suprimido de nuestro ordenamiento procesal civil mediante la nueva redacción dada al párrafo segundo del artículo 742 LECiv, por Ley 34/1984, de 6 de agosto, y siendo tal proscripción asumida por la regulación de carácter general aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales contenida en los artículos 238 a 243 LOPJ, ya citados. (LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág. 193 y ss. LAMO RUBIO, J. de, “Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales”, publicación de separata en *Revista de los Tribunales de Castilla-La Mancha*, abril, 1997)

²⁶ Sobre el concepto de subsanación, así como la jurisprudencia existente sobre la materia, y la necesidad, en su caso, de dar a las partes la posibilidad de subsanar, se trata en otra ponencia de este mismo curso; lugar al que nos remitimos.

²⁷ Hasta la citada LO 5/1997, de 4 de diciembre, la jurisprudencia y doctrina era unánime en el sentido de entender que tan sólo existían *tres vías*; tras la citada ley, y por lo que se refiere al régimen de nulidad de actuaciones, tras retocar la denominada segunda vía, *se ha introducido una cuarta vía, creando un nuevo incidente de nulidad de actuaciones* (LAMO RUBIO, J. de, “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al artículo 1º de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Jurídica La Ley*, núms. 4597 y 4598, Madrid, 3 y 4 de agosto de 1998. LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 193).

extraordinarios²⁸, en referido recurso se podrá hacer valer la impugnación basada en alguna o algunas de las causas de nulidad o anulabilidad y el órgano judicial, al resolver el recurso, deberá pronunciarse sobre tales impugnaciones [principio de prohibición del *non liquet* (art. 1.7 CCiv en relación con el art. 11.3 LOPJ)].

De otra parte, es preciso tener presente que no en toda clase de procedimientos, ni contra todas las resoluciones, proceden los recursos, pues el legislador goza de libertad para configurar el sistema de recursos, en cada caso; y así, puede suceder que determinadas resoluciones no sean recurribles, como, p. ej., dentro del denominado procedimiento penal abreviado, el auto de apertura de juicio oral, excepto en lo relativo a la situación personal del acusado (art. 790.7 LECrim), la decisión sobre denegación de pruebas (art. 792.1.II LECrim), las resoluciones con contenido material de providencia (art. 787.1 LECrim); en el proceso civil, dentro del Juicio Verbal Civil, son irrecurribles las sentencias en las que se resuelve sobre acciones personales basadas en derechos de crédito (art. 732.I LECiv); en el proceso laboral, se limita el acceso a la suplicación en determinados supuestos, en cuyo caso las sentencias del Juzgado de lo Social son irrecurribles (arts. 189 y concordantes LPL); etcétera. El derecho de acceso a los recursos ha sido ampliamente abordado por el Tribunal Constitucional que, tratando de precisar el contenido del art. 24.1 CE, ha distinguido entre el *derecho de acceso a la jurisdicción*, que nace directamente de la Constitución y es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en dicho precepto, y el *derecho de acceso a los recursos* contra las resoluciones judiciales, que es un derecho de configuración legal que no nace *ex Constitutione* sino de lo que, en cada momento, hayan dispuesto las leyes procesales; y así, el TC ha afirmado que “... el acceso a la justicia como elemento esencial del contenido de la tutela judicial, consistente en provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión de un Juez (STC 19/1981). En este acceso, o entrada, funciona con toda su intensidad el principio *pro actione* que, sin embargo, ha de ser matizado cuando se trata de los siguientes grados procesales que, eventualmente puedan configurarse. El derecho a poder dirigirse a un Juez en busca de protección para hacer valer el derecho de cada quien, tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la propia Ley Suprema. En cambio, que se revise la respuesta judicial, meollo de la tutela, que muy bien pudiera agotarse en sí misma, es un derecho cuya configuración se defiende a las leyes. Son, por tanto, cualitativa y cuantitativamente distintos (...) El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988, y 106/1988). No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia,

²⁸ Así, por ejemplo: reposición, apelación, reforma, suplica, queja, casación, suplicación, etcétera, según órdenes jurisdiccionales; entendiendo el término recurso en sentido estricto, como el que tan sólo procede contra sentencias o resoluciones que aún no tienen el carácter de firme.

pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983)...” (Auto TC 100/1996, de 24 de abril de 1996)²⁹.

En todo caso, es preciso insistir que la vía constituida por los recursos que procedan contra la resolución de que se trate, se configura como el medio ordinario por antonomasia a través de cual hacer valer, y en su caso, declarar, las posibles nulidades de actuaciones, y así el cauce natural para actuar tales pretensiones han de ser los recursos legalmente establecidos, pues caso de que, existiendo tales recursos y habiéndose ya producido el vicio determinante de nulidad, y teniendo conocimiento del mismo la parte correspondiente, no se hiciera uso de los mismos, dejando transcurrir el plazo establecido al efecto, y luego se pretendiera hacer valer la nulidad de actuaciones por otras vías, señaladamente a través de la declaración de oficio, o acudiendo al nuevo incidente de nulidad de actuaciones, las mismas han de repelerse, sin perjuicio de las facultades de subsanación que, en cada caso, tenga el órgano judicial correspondiente (confr. Auto TC 46/1998, de 24 de febrero de 1998).

3. Segunda vía: Declaración de oficio

3.1. Requisitos

La segunda vía, a través de la cual hacer valer los vicios de nulidad, y en su caso, declararlos, la representa la declaración por parte del órgano judicial, de oficio o a

²⁹ De modo que, “...como ya se afirmó en la temprana STC 3/1983, es diferente el relieve constitucional del derecho de acceso a la jurisdicción y el de acceso a los recursos legalmente establecidos, resultando éste mero colorario de aquél en cuanto el derecho de acceder a la justicia no viene otorgado por la ley sino por la Constitución misma. De ahí, la diferente transcendencia que desde la perspectiva constitucional cabe otorgar a uno o a otro, pues es distinto el enjuiciamiento que puedan recibir las normas, y la aplicación que de ellas se haga, según actúen como impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción o simplemente como limitadoras de un recurso contra una decisión anterior en un proceso con todas las garantías (SSTC 3/1983 y 249/1994). La aplicación de aquéllas puede eliminar el derecho a someter el caso a un Juez y la de las segundas solamente privaría de la revisión de la respuesta judicial ya pronunciada en la Sentencia de instancia, con lo cual se habría satisfecho el núcleo fundamental del derecho reconocido en el art. 24.1. CE en cuanto a derecho a obtener la tutela judicial efectiva del juez (STC 255/1993). La diferencia entre ambos supuestos se precisó en la STC 37/1995, y posteriormente en la STC 58/1995, afirmando en ellas que “el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en materia penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988). Como consecuencia de ello, “el principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión cuya es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos”. Como también hemos declarado reiteradamente “no corresponde a este Tribunal indicar la interpretación que ha de darse a la legislación ordinaria, pues esta función se atribuye en exclusiva a los Tribunales del orden judicial correspondiente” (STC 274/1983, con cita de las anteriores 164/1991, 192/1992, 101/1993). O dicho con otras palabras, no es nuestra función constitucional “examinar la interpretación legal hecha por los Tribunales, salvo que, en cuanto manifiestamente arbitraria o claramente errónea, determine una consecuencia contraria al derecho fundamental” (STC 58/1995)...” (Sentencia TC 176/1997, de 27 de octubre. Pont. Sr. Vives Antón).

instancia de parte³⁰, previa audiencia de las partes, y siempre que no haya recaído sentencia definitiva (art. 240.2 LOPJ). En relación con esta vía es preciso decir que tras un periodo de vacilación, ya superado, en el cual incluso se llegó a interpretar el término *sentencia definitiva*, como equivalente a *sentencia definitivamente ejecutada*³¹ (así, SSTC 110/1988, 211, 212 y 213 de 1989), ha venido a ser interpretado por el TC, como equivalente de *sentencia firme*, pero respetando la sentencia definitiva³². En definitiva, pues, podemos resumir diciendo que la declaración de oficio de nulidad de actuaciones judiciales exige la concurrencia de cuatro *requisitos*: a) que no haya recaído aún Sentencia firme, en los términos que ya hemos comentado o resolución de análoga eficacia; b) que se dé alguno o algunos de los supuestos de hecho del art. 238 LOPJ o del art. 240.1 LOPJ, es decir, que concurren los elementos sustantivos que hagan necesaria esa declaración de nulidad de actuaciones; en cuanto a los supuestos que dan entrada al incidente de nulidad de actuaciones introducidos en la Reforma de 1997 -que comentaremos más adelante-, han de entenderse incluidos en los citados arts. 238 y 240.1 LOPJ y por tanto es innecesaria su expresa mención, al ser motivos más

³⁰ El apartado 2 del artículo 240 LOPJ ha sido retocado por la LO 5/1997, de 4 de diciembre, en un doble sentido: a) se establece expresamente la posibilidad de que el mini-procedimiento de declaración de oficio de la nulidad de actuaciones pueda ser iniciado “...a instancia de parte...”; y, b) manteniéndose el límite temporal en la que se continua denominado sentencia definitiva -con el sentido que expondremos a continuación- se añaden las resoluciones de análoga eficacia, por cuanto se agrega la expresión “...o resolución que ponga fin al proceso...” (LAMO RUBIO, J. de, “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones..”, *op. cit.* LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág. 204 y ss.).

³¹ Sendas visiones y críticas, sobre la STC 110/1988, se pueden leer en GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario a la S.TC 110/1988”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1989-1, págs. 905 y ss., y en GARNICA MARTÍN, J.F., “Nulidad de actuaciones después de sentencia firme”, en *Revista Justicia*, 1990, Tomo IV, págs. 897 y ss.

³² En tal sentido se pronunció el Pleno del TC en la citada Sentencia 185/1990, y además en muchas otras en iguales o parecidos términos: Así SSTC 52/1991, 10/1993; etcétera. En relación con el término *sentencia definitiva*, la Jurisprudencia constitucional ha pasado, fundamentalmente, por tres momentos o etapas, a saber: a) hasta la STC 110/1988, en que tomaba como base la doctrina mayoritaria (GUASP, GÓMEZ ORBANEJA, GÓMEZ DE LIAÑO, etcétera.) que entendía por *sentencia definitiva* aquella que resuelve o da solución jurídica a las cuestiones objeto de debate, y contra la cual cabe interponer recurso ordinario o extraordinario (confr. art. 369 LECiv), y por *sentencia firme* aquella contra la que no cabe recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario, sin perjuicio de que contra las sentencias firme se admitan determinados remedios procesales, como el mal llamado *recurso de revisión* -ya hemos expuesto con anterioridad por qué entendemos que esta denominación no es correcta-, la audiencia al rebelde, etc.. (confr. art. 369 LECiv y 245.3 LOPJ); pues bien, el TC, partiendo de esa diferenciación, en referida etapa, entendió que procedía declarar nulidad de actuaciones de oficio, *hasta que existiera sentencia firme, pero respetando siempre la sentencia definitiva*: ej., nulidad de notificación, etc.; b) la STC 110/1988, como es conocido, vino a interpretar la expresión *sentencia definitiva* como equivalente de *sentencia definitivamente ejecutada* -vid nota anterior-; c) finalmente, la Sentencia del Pleno del TC 185/1990, ya citada, vino a restablecer la interpretación que se hacía hasta la sentencia de 1988, comentada, es decir, recuperó la interpretación de la que hemos denominado primera etapa, es decir, hasta que exista sentencia firme, pero respetando siempre la sentencia definitiva, como consecuencia del principio de inmodificabilidad de oficio de las sentencias y demás resoluciones; así., p.ej., nulidad en la notificación de la sentencia, en virtud de la cual, al declarar la misma, se anularía también la declaración de firmeza de la sentencia, pero, respetando la sentencia definitiva, se posibilitándose la interposición del recurso que procediera contra indicada sentencia definitiva, y así obtener más tarde, en su caso, en la instancia ulterior la anulación de aquella misma sentencia definitiva, por la vía adecuada a estos fines (en tal sentido es importante la doctrina que se fija en la STC 198/1994, de 4 de julio; en similar sentido SSTC 271/1994 y 185/1997).

restrictivos que los expuestos, y reconducibles a algunas de esas categorías; c) que no proceda la subsanación; y, d) que se dé audiencia previa a las partes³³.

3.2. Tramitación

En cuanto al *trámite de esta declaración de oficio de nulidad de actuaciones*, el mismo no está expresamente desarrollado en la ley; pero, con fundamento en los principios generales del Derecho Procesal y atendiendo a la práctica forense más frecuente, podemos configurar y esquematizar referidos trámites del siguiente modo: 1º) detectado el posible vicio de nulidad (o anulabilidad) por el órgano judicial, o puesto de manifiesto el mismo por alguna de las partes, se dictará proveído³⁴ al efecto; 2º) en referida resolución se expresarán con claridad los hechos determinantes del vicio de nulidad y su incardinación jurídica, poniéndose así de manifiesto a las partes, a las cuales se les concede la audiencia previa que preceptúa la ley, en esa misma resolución; 3º) en relación con tal audiencia previa, la misma puede llevarse a cabo mediante la citación de las partes a una comparecencia, o bien otorgándoles un breve plazo, para que por escrito aleguen lo que a su derecho convenga, en relación con la cuestión de referencia³⁵; 4º) presentadas las alegaciones y/o transcurrido el plazo otorgado, o bien en la otra hipótesis, celebrada la comparecencia, se resolverá la cuestión mediante auto, pues así lo exige el art. 245.1.b) LOPJ³⁶; 5º) contra dicho auto podrán interponerse los recursos ordinarios que quepa interponer contra los autos en el procedimiento concreto en que se dicte el mismo³⁷.

En todo caso, es preciso insistir en la necesidad de conceder la audiencia previa a las partes, y en tal sentido, el Tribunal Constitucional estima que la omisión del trámite de audiencia previa de las partes, previsto en el art. 240.2 de la LOPJ, con anterioridad a la declaración *ex officio* de nulidad de lo actuado, reviste trascendencia constitucional susceptible de ser protegida en vía de amparo, produciendo indefensión material, porque al desconocimiento de tal decisión y a la consecuente imposibilidad de alegar en cuanto su procedencia y condiciones, se une la relevancia que la audiencia de las partes puede tener en relación con la nulidad decretada; de modo de la ausencia de tal audiencia previa a las partes, determina la nulidad de la decisión que sobre nulidad de actuaciones

³³ Audiencia previa a las partes que es esencial, y cuya ausencia determina, a su vez, la nulidad de la declaración de nulidad así efectuada; incluso aunque tal nulidad de actuaciones se suscite *ex officio* en la segunda instancia (en tal sentido es clarificadora la STC 10/1993, de 18 de enero).

³⁴ Que, entendemos, procede adoptar a través de la forma de propuesta de providencia, conforme al art. 290 y 245.1.a) LOPJ.

³⁵ La praxis más frecuente es que tal audiencia se sustancie en trámite escrito; en cuanto al plazo que se concede a las partes para evacuarla suele ser variable, así, 3, 5, 10 días, etc., en función de la dificultad del caso, y de los dictados de la prudencia en cada supuesto.

³⁶ Nótese que indicado precepto dice que las resoluciones judiciales adoptarán la forma de auto, entre otros supuestos, “cuando decidan sobre nulidad del procedimiento...”; tratándose de un auto directo, sin que proceda ser dictado mediante propuesta del Secretario Judicial, pues se trata de uno de los supuestos excluidos de propuesta, conforme al *in fine* del art. 290 LOPJ.

³⁷ Cierta doctrina entiende que ese auto es irrecurrible, así, a título de ejemplo, puede consultarse: GÓMEZ DE LIAÑO, “Nulidad de actuaciones y la Constitución”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1992-1, pág. 795.

judiciales se hubiere adoptado (Sentencia Tribunal Constitucional (Sala 1ª) 10/1993, de 18 de enero de 1993. Ponente Sr. Gimeno Sendra).

3.3. Novedades introducidas por la Ley Orgánica 5/1997

Destacando las innovaciones introducidas mediante la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ³⁸, en esta segunda vía o cauce procesal a través del cual hacer valer los vicios de nulidad de actuaciones judiciales, y en su caso declararles judicialmente, las mismas pueden sintetizarse del siguiente modo³⁹:

A) Se establece expresamente la posibilidad de que el mini-procedimiento de declaración de oficio de la nulidad de actuaciones pueda ser iniciado “...a instancia de parte...”, modificación que parece positiva por cuanto viene a aclarar un aspecto que ofrecía dudas interpretativas en esa modalidad de declaración de la nulidad, de forma que las praxis existentes eran diversas, y así unos órganos jurisdiccionales entendían que no era posible que tal nulidad de actuaciones fuera excitada por las partes, y otros, en cambio, admitían que la misma fuera instada por alguna de las partes; con la reforma queda claro que las partes tienen capacidad de postulación a efectos incoatorios de ese mini-procedimiento de declaración de nulidad de actuaciones⁴⁰; y por tanto, la denominación del mismo como de “declaración de oficio” pierde buena parte de su virtualidad⁴¹. En todo caso, por parte, en el sentido que se refiere el nuevo apartado 2 del artículo 240 LOPJ ha de entenderse tan sólo las partes en sentido técnico procesal.

³⁸ Como recuerda MORENILLA, “...el proyecto de ley orgánica presentado por el Gobierno el 11 de septiembre de 1996 no incluía la modificación del apartado segundo, centrándose en el tema principal del incidente de nulidad de actuaciones tras la firmeza de la resolución (apartados 3º y 4º del art. 240)...”, introduciéndose la reforma del comentado apartado 2 del art. 240 en el trámite parlamentario, concretamente mediante enmienda del Grupo Parlamentario Vasco, que fue admitida en su totalidad, dando lugar a la redacción final del comentado apartado (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según el nuevo artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: consideraciones críticas”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 12 de marzo de 1998, pág. 2).

³⁹ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág. 208 y ss.

⁴⁰ MORENILLA crítica esta posibilidad de denuncia de parte introducida por la comentada reforma, pues afirma que no alcanza “... a imaginar una resolución judicial que, produciendo indefensión, y antes de adquirir firmeza, solamente pueda ser impugnada a través del apartado segundo del art. 240, sin que, previamente, no haya sido posible su denuncia mediante recurso u otros medios legalmente previstos...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 2). En todo caso, es preciso tener presente que en los respectivos órdenes jurisdiccionales existen determinadas resoluciones que no son recurribles, como ya hemos indicado; así, p.ej., las providencias con contenido material de tal dentro del orden jurisdiccional penal (confr. art. 787 LECrim y concordantes), etcétera; en el proceso civil, no son susceptible de recurso las sentencias dictadas en Juicio Verbal Civil que resuelvan sobre acciones personales basadas en derechos de crédito (art. 732.I LECiv); etcétera.

⁴¹ No obstante ello hemos preferido mantener esa denominación, como identificativa de esta vía, pues es la más tradicionalmente asentada, tanto en la doctrina, como la jurisprudencia y la práctica forense (LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, *op. cit.*, pág. 209).

B) En otro orden de cosas, manteniéndose el límite temporal en la que se continúa denominando *sentencia definitiva*⁴², se añaden las *resoluciones de análoga eficacia*, por cuanto se agrega la expresión “...o resolución que ponga fin al proceso...”, de modo que también con esta modificación se viene a recoger una praxis que se derivaba de la misma configuración de la norma precedente, por cuanto se venía entendiendo que ese límite temporal era de aplicación tanto para las sentencias como para otras resoluciones con similar eficacia.

En resumen, con la nueva redacción del artículo 240.2 LOPJ parece más acertado considerar esa vía como una posibilidad de denunciar y, en su caso, declarar, tanto de oficio como a instancia de parte, la nulidad de actuaciones judiciales, hasta que hubiere recaído sentencia definitiva, entendida conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional, o resolución de análoga eficacia, como ya hemos indicado; de modo que ahora, la *nota característica de esta vía* o cauce procedimental (la denominada *segunda vía*) no la constituye la forma en que se puede acceder a la misma, sino *el límite temporal-procesal que se señala* para poder acudir a referido mini-procedimiento de declaración de nulidad de actuaciones judiciales⁴³.

3.4. ¿Es posible la utilización de esta vía en relación con las sentencias del TC?

En relación con este cauce o segunda vía, por cuanto afecta al concepto de sentencia definitiva y firme, pero también de aplicación a la que hemos denominado cuarta vía, se

⁴² Sobre el concepto de sentencia definitiva y su interpretación por parte del TC a efectos del precepto comentado, puede consultarse una nota anterior; en todo caso, es preciso indicar que el TC viene diferenciando los conceptos clásicos de sentencia definitiva y sentencia firme, y entiende que procede aplicar este precepto hasta que exista sentencia firme, pero respetando siempre la sentencia definitiva; así, recientemente, ha afirmado que de conformidad con el art. 44.1.a) LOTC y de “...una constante y uniforme doctrina de este Tribunal de la que es un simple ejemplo la STC 271/1994, fundamento jurídico 6.º, el recurrente, que manifiesta haber tenido conocimiento extraprocesal de la sentencia, antes de acudir al amparo constitucional tendría que haber intentado contra aquélla el procedente recurso de casación solicitando al efecto y previamente la notificación formal, *incluso pidiendo la nulidad de la providencia en la que se declaraba la firmeza*. De este modo, agotando el recurso jurisdiccional habría dado oportunidad a los Tribunales para reparar la irregularidad procesal presuntamente causante de la indefensión alegada. Exigencia que no puede calificarse de excesivamente gravosa, habida cuenta de que, preceptivamente, contaba con asistencia letrada (...) En definitiva, concurre en este caso la causa de inadmisión descrita que, en esta fase procesal, debe seguir calificándose como tal, pues «una cosa es la admisión a trámite de una pretensión, que no precluye o determina su final admisibilidad y otra este pronunciamiento específico, equivalente en más de un caso a la desestimación pero distinto por su fundamento extrínseco o formal que permite matizarlo con más rigor intelectual, técnico y jurídico y con efectos importantes desde más de una perspectiva» (STC 247/1994, fundamento jurídico 3.º)...” (STC 185/1997, de 10 de noviembre de 1997, Ponente Sr. Gabaldón López). El CGPJ también mostró su preocupación, en relación con el anteproyecto de la que luego sería LO 5/1997, por la delimitación del concepto de sentencia definitiva y sentencia firme y otros conceptos utilizados en el mismo como “sentencia no susceptible de ulterior recurso” o “irrecurrible”, etcétera (“Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOPJ”, aprobado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 12 de agosto de 1996, *Estudios, informes y dictámenes*, CGPJ, Madrid, 1997, pág. 35 y ss.).

⁴³ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op., cit., pág. 211. Para ARIAS LOZANO, se trata de un incidente de nulidad de actuaciones *ante Sententiam* (ARIAS LOZANO, D., “Nota urgente sobre la resurrección del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Orosí, publicación del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 134- 2ª época, Madrid, diciembre, 1997, pág. 10).

suscita la cuestión relativa a la posibilidad de instar nulidad de actuaciones de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, y al respecto, el propio Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente, en el siguiente sentido:

“...Sin embargo, no es posible acceder ni siquiera tramitar las solicitudes de nulidad de la Sentencia 93/1995, de 19 de junio, que puso fin al recurso de amparo núm. 2584/1992, porque una vez dictada dicha sentencia el Tribunal, salvo en lo relativo a su ejecución -y éste no es el caso-, ha agotado su jurisdicción respecto del recurso por ella definitivamente resuelto y, por consiguiente, ha de declarar de oficio la falta de jurisdicción prevista en el art. 4.2 de la LOTC. Así resulta, por lo demás, de lo dispuesto en el art. 164.2 de la propia Constitución, según el cual las sentencias del Tribunal Constitucional «tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente a su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas». De acuerdo con este mandato constitucional, el art. 93.1 de la LOTC repite que «contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno». De ahí que en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no se prevea ninguna actuación procesal ni trámite alguno tendente a sustanciar posibles impugnaciones contra sus sentencias, ni cabe que este Tribunal cree una tramitación que su Ley Orgánica no contempla...”

“...En todo caso no es ocioso recordar que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, para que las irregularidades procesales produzcan el radical efecto de la nulidad de actuaciones es preciso que, como señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, la indefensión que produzcan ha de ser material y efectiva y no simplemente posible. Y dado que la sentencia estimatoria del recurso de amparo obedece a causas objetivas, ya apreciadas en ocasiones anteriores como en ella se indica, en nada hubiera alterado la decisión adoptada las alegaciones que pudieran haber formulado los solicitantes, los cuales las expusieron, como coadyuvantes de la Administración demandada, en su oposición al recurso contencioso-administrativo antecedente, sin que los escritos ahora presentados hayan añadido nada relevante al respecto. Y al rebatir y enjuiciar este Tribunal la fundamentación de la sentencia anulada dictada en el proceso antecedente, examinó todas las alegaciones que en dicho proceso formularon tanto el Ayuntamiento de Valencia como los coadyuvantes y, por tanto éstos, si bien no fueron oídos en el recurso de amparo, sí lo fueron en su antecedente y, consiguientemente, la indefensión alegada no ha sido real y efectiva como exige el art. 238.3 LOPJ para la nulidad de actuaciones.

Por otra parte no es verosímil que en un recurso de amparo en el que fue parte recurrida el Ayuntamiento de Valencia donde los solicitantes prestaban sus servicios, desconocieran éstos que se hallaba en tramitación dicho recurso. A ello se refieren los recurrentes de amparo en sus alegaciones, aludiendo a que los solicitantes, en virtud de las consultas que hacían a la asesoría jurídica del Ayuntamiento, estaban al corriente de la tramitación del recurso de amparo por ellos interpuesto, afirmación ésta que, a nuestro juicio, tiene mayor credibilidad que la contraria de no conocer la interposición del recurso de amparo hasta la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial del Estado...”⁴⁴

⁴⁴ Los hechos de que parte esta resolución, se sintetizan en el fundamento jurídico primero, donde se indica que se había instado del TC “...que se declare la nulidad de actuaciones a partir del momento en el que debieron ser emplazados (art. 51.2 LOTC) en el Recurso de amparo núm. 2584/1992, toda vez que en dicho recurso se ha dictado la Sentencia 93/1995, de 19 de junio, que, afectando a sus nombramientos como Auxiliares Administrativos del Ayuntamiento de Valencia, se ha pronunciado sin que éstos fueran oídos en el proceso de amparo pese a haber sido parte en el procedimiento contencioso-administrativo antecedente del mismo.- La nulidad de actuaciones y, por tanto, de la Sentencia 93/1995 dictada en las mismas, que es como hemos dicho la petición común de todos los escritos, se solicita por cauces

4. Tercera vía: Demás medios que establezcan las leyes procesales. Especial referencia al recurso de amparo

4.1. En general

También cabe denunciar, y en su caso, declarar, la nulidad de actuaciones, acudiendo a los demás medios que establezcan las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ). En relación con esta tercera vía para declarar actualmente nulidad de actuaciones judiciales, y conforme tiene dicho el TC, cuando contra las situaciones de indefensión jurisdiccional, causadas por esos vicios de nulidad, no estén previstos remedios procesales ante los Tribunales ordinarios, el único remedio, una vez haya recaído sentencia definitiva y firme, es acudir al *recurso de amparo constitucional*, cuyo carácter extraordinario y subsidiario predicado por el art. 53.2 CE, ha declarado el propio TC, que no se vulnera por el art. 240.2 LOPJ⁴⁵. En relación con esos otros remedios procesales ante los Tribunales ordinarios - a que ya nos hemos referido-, la doctrina se encuentra dividida, existiendo incluso opiniones contradictorias⁴⁶. Nos interesa tan sólo llamar la atención sobre que esta tercera vía viene a quedar reducida, en la mayoría de los supuestos, al recurso de amparo constitucional -salvo que proceda audiencia al rebelde⁴⁷, o el remedio del mal llamado *recurso de revisión*⁴⁸, el recurso de anulación, previsto en el procedimiento penal abreviado (art. 797 LECrim), etcétera.-; lo cual ha ocasionado una desnaturalización del recurso de amparo constitucional, puesta incluso de manifiesto por

procesales diferentes y siempre con apoyo en la indefensión que les ha causado la falta de emplazamiento en el proceso de amparo...”

⁴⁵ En tal sentido es clarificador el fundamento jurídico cuarto, en especial el *in fine* de la Sentencia Pleno TC 185/1990, citada; en similar sentido: SSTC 52/1991; 130/1992, 131/1992; 196/1992; 221/1993; 315/1993; etcétera.

⁴⁶ Como significativos de tal exposición pueden consultarse: PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, año 1994, pág. 7, el cual sigue en su exposición a FERNÁNDEZ GALILEA, en la obra que referido autor cita en su nota 37. También puede consultarse: BENITO ALONSO, F. “La revocación de sentencias firmes recaídas en procesos viciados de nulidad”, en la *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3432, de 11 de enero de 1994.

⁴⁷ En relación con la audiencia al rebelde es de sumo interés tener en cuenta la doctrina establecida recientemente por el TC, que tras la Sentencia 15/1996, de 30 de enero, *ha flexibilizado bastante los requisitos* para acceder a tal remedio procesal. Un interesante estudio sobre la misma puede verse en GARBERI LLOBREGAT, J., “La nueva (y polémica) doctrina del Tribunal Constitucional sobre el ‘recurso de audiencia al rebelde’ (A propósito de la STC 15/1996, de 30 de enero)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 240, de 4 de abril de 1996.

⁴⁸ Decimos mal llamado *recurso de revisión*, como ya hemos razonado, pues precisamente procede su interposición contra sentencias firmes, contra las cuales, por definición, no cabe recurso; por lo que es más adecuado llamarle de forma distinta a recurso, p.ej., *remedio procesal*, etc.; como se puede comprobar, el art. 245.3 LOPJ incurre en la imprecisión jurídica de referirse -si bien implícitamente- al remedio de la revisión, como un recurso.

el entonces Presidente del TS y del CGPJ, en el discurso⁴⁹ pronunciado con ocasión de la solemne apertura del año judicial 1994/95, y que forzosamente ha de llevar a la búsqueda de soluciones superadoras de tal situación, entre las cuales se encuentra el desarrollo del art. 53.2 CE y otros que propone la doctrina.⁵⁰

En ocasiones se ha suscitado la cuestión sobre la idoneidad de acudir a un posterior juicio declarativo ordinario (actualmente el menor cuantía -art. 484.4 LECiv-) para instar la nulidad de algunas o todas actuaciones de otro pleito; sobre tal cuestión existe copiosa jurisprudencia, en el sentido de admitir abiertamente la posibilidad de que los *terceros al pleito* si se ven envueltos en ejecuciones derivadas del pleito, pueden acudir al cauce procesal de la interposición de otro pleito, cuyo objeto principal sea la petición de la nulidad de las actuaciones que de esa indebida manera les estén afectando, ventilándose referido pleito autónomo a través del cauce del menor cuantía (art. 484.4 LECiv), e insistiendo que este cauce tan sólo es válido *en relación a los terceros al pleito* en que presuntamente se han producido las nulidades que se pretende sean dejada sin efecto⁵¹. Pero tal excepcional vía es inadmisibles, con carácter general, en relación

⁴⁹ SALA SÁNCHEZ, P., “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1994/95, leído el 12 de septiembre de 1994.

⁵⁰ Al respecto interesa tener en cuenta la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la LOPJ, que dice... “*En el plazo de seis meses, a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de Ley de desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución Española*”; previsión legislativa que, a la fecha en que estas líneas se escriben (mayo de 1999), habiendo transcurrido, con creces, el plazo previsto, no tenemos noticia de que haya sido llevada a cabo; una interesante propuesta sobre el desarrollo del artículo 53.2 CE es la formulada por SERRERA CONTRERAS (“La protección ordinaria de los derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 173, 17 de noviembre de 1994). Como ya hemos indicado, este tema es objeto de otra ponencia, dentro de este mismo curso, lugar al que nos remitimos.

⁵¹ Así, recientemente ha afirmado que “...esta Sala tiene admitida la posibilidad de que un tercero, que haya sido totalmente ajeno a un procedimiento sumario (no parte en el mismo) y que resulte perjudicado, pueda pedir y obtener, a través del juicio declarativo ordinario correspondiente la nulidad de lo actuado en dicho procedimiento sumario (Sentencia de 8 marzo 1993 [RJ 1993\2052] que, a su vez cita las de 14 noviembre 1990 [RJ 1990\8711], 3 junio 1991 [RJ 1991\4409], 24 y 25 febrero 1992 [RJ 1992\1424 y RJ 1992\1549]). (...)El artículo 132 de la Ley Hipotecaria (...) reserva para el juicio declarativo que corresponda todas las cuestiones que se refieran a la nulidad de actuaciones practicadas en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la misma Ley...” (STS (Sala 1ª) de 27 de julio de 1996. Pont. Sr. Morales Morales [RJ 1996\6405]. “En igual sentido la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 14 noviembre 1990 [RJ 1990\8711], 3 junio 1991 [RJ 1991\4409] y 24 febrero 1992 [RJ 1992\1424]) tiene declarado que la supresión del incidente de nulidad de actuaciones, operada por la Ley 34/1984 no autoriza a sustituirlo por un juicio declarativo sin más, pues, con ello, se conseguiría un efecto contrario al que pretendió el legislador al 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 (el juicio declarativo posterior) tan amplia de oposición. Doctrina que se reitera en la Sentencia de 17 junio 1994 (RJ 1994\6021) al decir que «en los primeros (se refiere a los procesos declarativos) en tanto sean procesos de naturaleza plenaria (sean ordinarios o especiales) no cabe que los que hayan sido partes, fuera de los recursos establecidos, planteen juicios posteriores acerca de nulidades habidas en aquéllos, a diferencia de lo que ocurre en los denominados ‘sumarios’ que, con la amplitud que en cada caso reconocen la ley y la jurisprudencia, pueden conducir a plenarios promovidos por quienes fueron parte en el ‘sumario’, cuyo objeto verse, entre otros, sobre nulidades que no hayan tenido oportunidad de denunciarse por medio de los recursos»...”(STS (Sala 1ª) de 4 de noviembre de 1995. Pont. Sr. González Poveda [RJ 1995\8354]). En similar sentido se pronuncian las SSTs (Sala 1ª) de 19 de julio de 1994. Pont. Sr. Burgos Pérez de Andrade [RJ 1994\7800], y de 17 de mayo de 1997. Ponente Sr. Albarca López

con las partes del proceso en que presumiblemente se han producido las nulidades de actuaciones⁵².

4.2. Referencia al recurso de amparo constitucional

Mención especial merece la problemática de la articulación del recurso de amparo constitucional con los demás medios que establezcan las leyes, así como con la que hemos denominado cuarta vía -el nuevo incidente de nulidad de actuaciones-, a efectos de posibilitar el tratamiento procesal de la ineficacia procesal, y al respecto es preciso partir de que el recurso de amparo constitucional se configura como uno de los remedios procesales que integran la denominada *tercera vía* a través de la cual hacer valer, y en su caso, declarar nulidades de actuaciones judiciales; de modo que uno de los mayores problemas que suscita esta situación es la derivación hacia el amparo constitucional de demandas o pretensiones de nulidad de actuaciones que, como consecuencia de la inexistencia de otras vías o cauces, producen la perversa consecuencia de convertir lo que ha de ser un remedio subsidiario, como es el caso del recurso de amparo constitucional (confr. art. 53.2 CE), en un recurso directo y generalizado⁵³. En alguna medida, si bien reducida, pretende paliar esta situación, como también hemos expuesto, el nuevo incidente de nulidad de actuaciones instaurado por la LO 5/1997, ya analizado; pero tampoco se consiguen resolver los múltiples problemas que la situación actual presenta. En todo caso, es preciso considerar la articulación del recurso de amparo constitucional con las demás vías para hacer valer, y en su caso, declarar la nulidad de actuaciones, lo cual ha de realizarse desde la perspectiva de la propia jurisprudencia constitucional⁵⁴.

Partiendo de la nota de *subsidiariedad del recurso de amparo constitucional*, que se proclama en el art. 53.2 CE, y se concreta en la previsión contenida en el art. 44.1.a) LOTC, cuando exige que, para que una demanda de amparo pueda admitirse, se hayan

[RJ 1997\3882], y las que en ellas se citan. También, en igual sentido, se pronuncian la STS Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal) de 23 de diciembre de 1996. Pont. Sr. Corbal Fernández [RJ 1996\8985] y la del mismo tribunal de fecha 9 de abril de 1997. Pont. Sr. Feliu Llansa [RJ1997\12017].

⁵² LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 280 y ss.

⁵³ SALA SÁNCHEZ, P., “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, discurso de apertura solemne del año judicial 1995/96, pronunciado el 14 de septiembre de 1995.

⁵⁴ En todo caso, es preciso partir de la consideración de que la fuerza vinculante de la doctrina contenida en las resoluciones dictadas en recursos de amparo, deriva exclusivamente del reconocimiento contenido en el art. 5.1 LOPJ, de modo que “...al estar limitada a la estimación subjetiva de un derecho, se encuentra incluida en la excepción expresamente contenida en el art. 164.1 “in fine” CE y aparece tan estrechamente vinculada al caso decidido cómo puede estarlo una sentencia de casación. No en vano el propio TC ha destacado la semejanza de ambos instrumentos, que son a la vez de satisfacción de concretas pretensiones y de generación de doctrina. Por eso, ha de concluirse que la doctrina contenida en las resoluciones de amparo, al estar elaborada en torno al supuesto de hecho sobre que descansa, necesita de parejos requisitos a los de la jurisprudencia para producir el tan mencionado efecto vinculante. Será necesario, pues, que se trate de un criterio consolidado y que exista una similitud sustancial entre los supuestos fácticos y jurídicos contemplados en el proceso de amparo y los del proceso ordinario en que deba aplicarse la doctrina elaborada por la resolución de aquél...” (SALA SÁNCHEZ, P., “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, discurso de apertura solemne del año judicial 1995/96, pronunciado el 14 de septiembre de 1995).

agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, el propio TC ha afirmado reiteradamente que, “...esta exigencia, lejos de constituir una formalidad vacía, supone un elemento esencial para respetar la subsidiariedad del recurso de amparo y, en última instancia, para garantizar la correcta articulación entre este Tribunal y los órganos integrantes del Poder Judicial, a quienes primeramente corresponde la reparación de las posibles lesiones de derechos invocadas por los ciudadanos, de manera que la jurisdicción constitucional sólo puede intervenir una vez que, intentada dicha reparación, la misma no se ha producido (por todas, STC 112/1983), y fuese agotada la vía judicial...” (STC 76/1998, de 31 de marzo de 1998. Ponente Sr. Jiménez de Parga y Cabrera); y desde esta misma perspectiva, el plazo de veinte días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial, para la interposición del recurso de amparo constitucional, establecido en el art. 44.2 LOTC, conforme ha reiterado el TC, “...es un plazo de caducidad, improrrogable, no susceptible de suspensión y, por consiguiente, de inexorable cumplimiento, que ha de computarse desde que se tiene conocimiento de la decisión lesiva del derecho fundamental o de la resolución del medio impugnatorio articulado contra ella, sin que sea admisible una prolongación artificial de la vía judicial previa a través de la interposición de recursos manifiestamente improcedentes o legalmente inexistentes contra una resolución firme (SSTC 120/1986, 352/1993). También tenemos establecido que la formulación de estos recursos improcedentes provoca una ampliación indebida del plazo legal para interponer el recurso de amparo, determinando su inadmisibilidad por extemporaneidad...” (STC 43/1998, de 24 de febrero de 1998. Ponente Sr. Jiménez de Parga y Cabrera)⁵⁵.

Se suscita, pues, la cuestión relativa a *qué ha de entenderse por recursos improcedentes a los efectos del principio de subsidiariedad del recurso de amparo constitucional*, y al respecto, el propio TC ha reiterado que la tutela general de los derechos y libertades constitucionales corresponde primariamente a los Tribunales ordinarios ante los que los ciudadanos ejercitan su derecho a la tutela judicial efectiva que incluye el derecho del interesado a utilizar cuantas acciones y recursos considere útiles para la defensa de sus derechos e intereses, aun los de dudosa procedencia (SSTC 120/1986, 67/1988, 289/1993, 352/1993), pues no puede exigirse al litigante que renuncie a un recurso (STC 253/1994), asumiendo el “riesgo de lo que, a su juicio y razonablemente, pudiese suponer una falta de agotamiento de la vía judicial previa” (STC 120/1986), puesto que ha de tenerse presente que el art. 53.2 CE atribuye la tutela

⁵⁵ También se ha distinguido, en ocasiones, “...entre dos clases de recursos de amparo, vistos desde la posible extemporaneidad de los mismos: A) Recursos en los que, sin pronunciamiento revisorio en la vía judicial, se presentan *per saltum* al Tribunal Constitucional; B) Recursos de amparo contra actos lesivos de derechos fundamentales de naturaleza procesal no susceptibles de ser reparados en la sentencia firme y que pusieron fin a un incidente, o a una petición autónoma dentro de un proceso principal, es decir, aquellos en los que los Jueces y los Tribunales desaprovecharon la oportunidad de preservar y restablecer los derechos fundamentales, si habían sido violados por ellos o por un órgano inferior; resoluciones, además, contra las que no es legalmente permitido, de momento, un recurso que pudiera preservar y restablecer, en la vía judicial, el derecho o la libertad violados (...) Mientras que deben inadmitirse, por prematuros, los del apartado A), y en estos supuestos aplicar inflexiblemente el principio de subsidiariedad, los recursos del apartado B), en los que se dio a Jueces y Tribunales la oportunidad de remediar las infracciones, como es el caso que estamos enjuiciando, deben ser admitidos. (Voto particular del Sr. Jiménez de Parga y Cabrera, al que se adhiere el Sr. Gimeno Sendra, a la STC 63/1996, de 16 de abril de 1996).

de los derechos fundamentales, ante todo, a los tribunales ordinarios (SSTC 138/1985, 186/1987, 185/1990). De modo que según el TC “...debe permitirse la utilización de cuantos recursos se consideren útiles para la defensa de los intereses, aun los de dudosa procedencia, siempre que no se vislumbre en ello una intención meramente dilatoria” (Auto TC 229/1993, STC 28/1987 y STC 43/1998). Y así, el TC ha afirmado que “... cuando el interesado tiene conocimiento de la sentencia que perjudica sus derechos, sin haber tenido una oportunidad real de ser oído por el Tribunal que la ha dictado, debe intentar el recurso de apelación o de casación que proceda, si tiene plazo hábil para ello (SSTC 18/1990, 130/1990, 1/1992, 184/1995, 160/1997). Si la falta o los defectos del emplazamiento han sido causados por maquinaciones de la parte contraria, procede pedir la revisión de la sentencia injustamente ganada, a tenor del art. 1796.4 LECiv (SSTC 140/1988, 97/1992, y 81/1996). En defecto de los cauces anteriores, puede pedirse audiencia en los términos previstos por los arts. 773 y siguientes LECiv, para pretender la rescisión de sentencias firmes por haberse desarrollado el proceso sin intervención de una parte que debía haber sido emplazada, siempre que ello constituya un supuesto de indefensión contrario al art. 24.1 CE, lo mismo si ha existido un emplazamiento válido, obedeciendo su incomparecencia a causas extrañas que le impidieron comparecer, como si la indefensión ha sido causada directamente por la irregularidad del emplazamiento realizado por el Juzgado o el Tribunal (SSTC 134/1995, 15/1996, 5/1997)...”

Ahora bien, en la situación existente desde la STC 185/1990, ya comentada, hasta la Reforma de 1997 de la LOPJ, también comentada, se suscitaba la *cuestión relativa a la procedencia o no de una petición autónoma de nulidad de actuaciones*, a los efectos de su articulación con el recurso de amparo constitucional, y con la exigencia del agotamiento de los recursos previos -nota de subsidiariedad-, a que ya nos hemos referido, siendo reiterada la doctrina del TC en el sentido de considerar improcedente tal petición de nulidad a esos efectos (Sentencia del Pleno de este Tribunal 185/1990, de 15 de noviembre y, entre otras, SSTC 202/1990, 72/1991, 181/1991, 130/1992, 131/1992, 156/1992, 74/1993, 105/1993, 182/1993, 192/1993, 221/1993, 289/1993, 338/1993, 75/1994 y 28/1995), habiéndose procedido, en consecuencia, a aceptar únicamente la respuesta al pretendido recurso de nulidad como referencia inicial para el plazo cuando su interposición era anterior al 3 de diciembre de 1990, fecha de publicación de la STC 185/1985, citada (SSTC 130/1992, 156/1992, 196/1992, 74/1993, 105/1993, 192/1993, 149/1993, 310/1993, 75/1994 y 177/1995, entre otras).

Evidentemente, *tras la Reforma de la LOPJ, operada por la LO 5/1997*, ya comentada, esta doctrina constitucional ha de ser *reinterpretada*, sobre todo desde la consideración del *nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales* instaurado en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, de modo que habrá que entender como procedente, a los efectos de la preservación del principio de subsidiariedad del recurso de amparo constitucional, la previa formulación de indicado incidente de nulidad de actuaciones, en aquellos casos en que, dados los términos del mismo, proceda su interposición; por tanto, actualmente, cuando se den los requisitos necesarios para la interposición del incidente de nulidad de actuaciones previsto en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, ya analizados, la vía judicial no se entenderá agotada, a los efectos del art. 44.1.a) LOTC, hasta tanto no se haya resuelto con resolución firme el

correspondiente incidente de nulidad de actuaciones judiciales; de este modo, se palian, en cierta medida, los efectos expansivos del cauce del recurso de amparo constitucional, restringiendo tal vía como cauce para sustanciar las nulidades de actuaciones judiciales, y ofreciendo la oportunidad a los órganos jurisdiccionales de reparar, en la vía ordinaria, las violaciones de derechos fundamentales determinantes de nulidad; redefiniendo, en definitiva, la subsidiariedad del recurso de amparo constitucional, en el sentido de acentuar tal carácter, al cerrar toda posibilidad a dicho recurso si previamente no es ejercitado el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, cuando concurren los requisitos para dar entrada al mismo, que ya han sido analizados⁵⁶.

5. Cuarta vía: El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales creado por la Ley Orgánica 5/1997⁵⁷

5.1. Introducción

La reforma introducida por la LO 5/1997, pretende, como afirma su exposición de motivos, dejar planteada “...en términos más razonables la cuestión del desarrollo legal del apartado 2 del artículo 53 de la Constitución, acerca de la tutela judicial ordinaria, por cauces preferentes y sumarios de los derechos fundamentales...”; justificando la *exposición de motivos* de la Ley comentada la reforma que aborda en materia de nulidad de actuaciones judiciales, por “...los problemas planteados⁵⁸, las sucesivas posturas del Tribunal Constitucional 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 Tribunal Constitucional, aconsejan vivamente ofrecer aquí solución inmediata al perturbador estado de cosas actual...”, resultando “...apremiante superar la indeseable situación, muchas veces repetida, resultante del tenor literal del apartado 2 del artículo 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en virtud del cual no existe cauce para declarar la nulidad radical de actuaciones por vicio procesal una vez que ‘hubiere recaído sentencia definitiva’...”. Y a tales efectos, “...la Ley opta por establecer un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible...”, así como nulidad de actuaciones fundada en incongruencia del fallo.

⁵⁶ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág. 244 y ss. Un estudio en detalle sobre las relaciones entre en recurso de amparo y los procesos judiciales puede verse en: CARRASCO DURAN, M., “Supuestos problemáticos de la articulación entre los procesos judiciales y el recurso de amparo”, *Revista Jurídica La Ley*, núms. 4756 y 4757, Madrid, 17 y 18 de marzo de 1999. También es de interés sobre tal cuestión: NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998.

⁵⁷ LAMO RUBIO, J. de, “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al artículo 1º de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Jurídica La Ley*, núms. 4597 y 4598, Madrid, 3 y 4 de agosto de 1998. LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op., cit., pág. 215 y ss.

⁵⁸ El texto publicado en el BOE de 5 de diciembre dice literalmente “plantados”, lo que entendemos se trata de una mera errata y quiere decirse “planteados”.

Como ya tuvimos ocasión de afirmar⁵⁹, “...lo que se pretende es resucitar el incidente de nulidad de actuaciones, con carácter excepcional y arbitrarle como cuarta vía para aquellos supuestos en que las partes carecen de todo otro tipo de recursos para hacer valer la nulidad de actuaciones, y siempre y cuanto se cumplan los requisitos...” que establece el artículo que comentamos. En esencia, la reforma de 1997 de la LOPJ, en cuanto a la nulidad de actuaciones judiciales se refiere, afecta fundamentalmente al que hemos denominado aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones, en dos cuestiones, a saber: a) se retoca el régimen de la denominada declaración de oficio (segunda vía), en los términos que ya hemos analizado; y, b) se crea una cuarta vía de declaración de nulidad de actuaciones judiciales: el incidente previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ⁶⁰. Posteriormente, mediante la LO 13/1999, de 14 de mayo de 1999, ya citada, se retocan ligeramente los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, como ya hemos indicado⁶¹.

Referido incidente de nulidad de actuaciones judiciales, dada la vocación de generalidad de la normativa sobre nulidad de actuaciones, es aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales ordinarios -civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, militar-, al igual que el resto de la normativa contenida en los arts. 238 al 243 LOPJ⁶². En cambio, se ha suscitado la cuestión relativa a la aplicación de este nuevo incidente de nulidad de actuaciones en relación con autos dictados por el TC, cuestión que ha sido resuelta por el propio TC en el sentido de negar tal aplicación, por cuanto existiendo previsiones explícitas y específicas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

⁵⁹ LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, de 10 de febrero de 1994, citado, en el que se comentaba el proyecto de reforma de la LOPJ de 1994, que luego daría lugar a la citada Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, que contenía un artículo undécimo en el cual se añadía un apartado 3 al artículo 240 LOPJ, modificación que, finalmente, no prosperó; pues es de ver, que la reforma que ahora se comenta trae su última causa del proyecto de reforma de la LOPJ que se analizó en aquel trabajo; sobre indicado Proyecto también puede consultarse el trabajo de PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, año 1994.

⁶⁰ Para ARIAS LOZANO, “...en puridad, la reciente reforma Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, recoge *dos* incidentes de nulidad. uno, recogido en el artículo 240.2 LOPJ para denuncia de nulidades antes de Sentencia firme y otro, recogido en los números 3 y 4 del mismo artículo, para denuncia después de ella...”, de modo que podrían ser denominados, respectivamente, como incidente de nulidad *ante Sententiam*, e incidente de nulidad *post Sententiam* (ARIAS LOZANO, D., “Nota urgente sobre la resurrección del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Otrosí, publicación del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 134-2ª época, Madrid, diciembre, 1997, pág. 10).

⁶¹ En todo caso, las modificaciones que se establecen en el “retocado” incidente de nulidad de actuaciones judiciales son aplicables a los procesos que concluyan por resolución o sentencia irrecurrible una vez vigente el nuevo texto legal, es decir, a partir del día 16 de mayo de 1999 (confr. disposición final única de la LO 13/1999), y también, y de conformidad con el régimen transitorio establecido en la propia LO 13/1999, resultará de aplicación a los procesos que hubiesen finalizado por resolución o sentencia irrecurrible dentro del mes anterior a referida fecha de entrada en vigor de la Ley comentada, en cuyo caso, el plazo para solicitar la nulidad, establecido en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 240 LOPJ, se contará a partir del día siguiente a dicha entrada en vigor (confr. disposición transitoria única de la LO 13/1999).

⁶² Sobre la vocación de generalidad de la normativa referida a la nulidad de actuaciones judiciales, hemos tratado en el epígrafe 1.3. *Características de la actual regulación de la nulidad de actuaciones judiciales*, de este misma ponencia, lugar al que nos remitimos.

“...sobre los recursos procedentes frente a los Autos dictados por este Tribunal (art. 93.2 LOTC), no es posible entrar a debatir siquiera la aplicación de reglas extrañas a la misma. Considerar, a mayor abundamiento, que la aplicación supletoria de las nuevas reglas contenidas en el art. 240 LOPJ puede ampararse en la referencia a la «forma de los actos» contenida en el art. 80 LOTC, carece de fuerza argumental, pues el problema aquí en cuestión no se refiere a forma alguna, sino a los recursos o medios impugnatorios existentes frente a las resoluciones de este Tribunal. Tampoco cabrá esa aplicación por vía de analogía cuando ésta vendría a contradecir el tenor explícito e indubitado de una regla de las contenidas en nuestra Ley Orgánica...” (Auto TC 46/1998, de 24 de febrero de 1998)⁶³. Por las mismas razones, tampoco será de aplicación en relación con las sentencias del TC.

5.2 Naturaleza jurídica y características

El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales viene a configurarse como una *cuarta vía* de declaración de tales vicios de nulidad, y se regula en los nuevos apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ; como ya hemos indicado, trae su última causa de la propuesta de introducción del artículo 240.3 LOPJ que se incluyó en el proyecto de la reforma de 1994 de la LOPJ, si bien, ese apartado 3 del artículo 240 que se pretendía introducir en aquella ocasión no fue, finalmente, aprobado por el Parlamento, en la que resulto ser la LO 16/1994, de 8 de noviembre; ahora, en la LO 5/1997, de 4 de diciembre, se introducen esos dos nuevos apartados (el 3 y el 4) en el artículo 240 LOPJ, instaurando así *un nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales*, que pretende diferenciarse de las demás vías de acceso a la nulidad de actuaciones, en la existencia de sentencia o resolución de análoga eficacia contra las que no procedan ulteriores recursos, así como en determinados vicios de nulidad anteriores o coetáneos a indicada resolución, detectados con posterioridad a la firmeza de la misma. En todo caso, es preciso tener en cuenta que la instauración del nuevo incidente de nulidad de actuaciones implica la derogación tácita del párrafo segundo del artículo 742 LECiv, que tras la reforma operada mediante Ley 34/1984, de 6 de agosto, establece que “...será

⁶³ Pues, es “...claro, en primer lugar, que el art. 93.2 LOTC prevé explícitamente que contra los Autos dictados por este Tribunal «sólo procederá, en su caso, el recurso de súplica (...)», como también, en segundo y último, que mediante dicho remedio hubiera sido posible el examen de las alegaciones realizadas por el recurrente en su escrito de solicitud de nulidad. El problema, como también nos recuerda el Abogado del Estado, radica en que tal recurso tiene explícitamente establecido un plazo de interposición de tres días (art. 93.2 segundo inciso LOTC), plazo de sobra transcurrido cuando fue presentada ante este Tribunal la tan reiterada solicitud de nulidad. Siendo, por ello, extemporáneo, no cabe calificar tal solicitud como el recurso de súplica que nuestra Ley Orgánica prevé como único remedio procedente frente a los Autos dictados por este Tribunal, ni proceder al examen de sus argumentos como si de tal recurso de súplica se tratase (...) La exclusividad, por lo demás, de esta vía procesal se impone con suficiente evidencia. La aplicación supletoria, sea de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sea de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a que se refiere el art. 80 LOTC, con independencia de que sea admisible en algún supuesto más allá de los explícitamente mencionados en este último precepto - por razón de analogía y «en la medida en que no vaya contra la Ley Orgánica y sus principios inspiradores» (STC 86/1982, fundamento jurídico 2.º)-, sólo tiene sentido plantearla en ausencia de específica regulación de nuestra propia Ley Orgánica, pues de otro modo más que de supletoriedad estaríamos en presencia de una regulación alternativa a la contenida en la Ley Orgánica que, por mandato constitucional (art. 165 CE), es la única por la que puede regirse el procedimiento a seguir ante este Tribunal...” (Auto TC 46/1998, de 24 de febrero de 1998).

inadmisible el incidente de nulidad de resoluciones judiciales. Los vicios que puedan producir tal efecto serán hechos valer a través de los correspondientes recursos”; precepto que, como decimos, ha quedado tácitamente derogado, en virtud del principio de modernidad legislativa, por cuanto la ley posterior deroga a la anterior, siendo quizá deseable que el legislador lo hubiera derogado expresamente, en la nueva Ley ahora comentada⁶⁴.

En términos generales es preciso indicar que el incidente ahora considerado se configura con *carácter restrictivo*, lo cual se infiere tanto porque el propio texto del nuevo artículo 240.3 LOPJ expresamente dice que “...excepcionalmente (...) podrán...”, como por la limitación de los supuestos de hecho que son susceptibles de ventilarse en el analizado incidente, así como porque el mismo comentado artículo insiste en que “...el Juzgado o Tribunal inadmitirá a trámite cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones...”, en expresión que habrá de entenderse referida a posibles incidentes solicitando nulidad de actuaciones que no encajen perfectamente en la delimitación que efectúa el nuevo incidente⁶⁵. Carácter restrictivo que se apuntala con la lectura de la exposición de motivos de la ley comentada, cuando dice que “...la Ley opta por establecer un sencillo incidente para tratar *exclusivamente* los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible...”⁶⁶. Insistiendo en tal carácter restrictivo, la LO 13/1999, ya citada, modifica el primer inciso del apartado 3 del art. 240 LOPJ, en el que ahora se indica que “...no se admitirá, *con carácter general*, el incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente...”; es decir, se añade la expresión “...*con carácter general*...”, para fijar la regla general de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones.

Las notas características de este incidente, en opinión de NARVÁEZ RODRÍGUEZ se pueden resumir en las siguientes: *a) excepcionalidad*, que considera como la principal y más característica de esta figura procesal; *b) subsidiariedad*, entendida en el sentido de que únicamente queda abierta esta vía para aquellos supuestos en que no haya sido posible su denuncia e invocación formal a lo largo del procedimiento; *c) complementariedad*, por cuanto este incidente nace con la única finalidad de suplir los vacíos normativos de la anterior regulación sobre la materia; y, *d) carácter dispositivo*,

⁶⁴ SAINZ DE ROBLES, tras analizar la evolución histórica de la nulidad de actuaciones, afirma que da “...por supuesto que la Ley Orgánica 5/1997 obligará a una modificación del artículo citado (se refiere al art. 742.II LECiv), en la versión de la Ley 34/1984, aun cuando no sea sino por razones estéticas de armonización normativa” (SAINZ DE ROBLES, F.C., “La nulidad de actuaciones. Tribulaciones, muerte y resurrección de una cuestión maldita”, *Tapia. Revista para el mundo del Derecho*, Madrid, enero-febrero, 1998, pág. 6).

⁶⁵ Pues, naturalmente, nada impide que se admitan incidentes de otro índole, siempre que aparezcan previstos en la ley que venga en aplicación en cada caso.

⁶⁶ Nótese que para nada se refiere, la exposición de motivos comentada, al vicio de incongruencia; la explicación se encuentra en que tal motivo se introdujo en el *iter legislativo*, sin que estuviera previsto en el proyecto de ley, y así, apareciendo en tal trámite parlamentario a través de la correspondiente enmienda, no se efectuaron las necesarias correcciones en la citada exposición de motivos (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 3).

por cuanto se actúa el mismo a instancia de parte⁶⁷. Para MORENILLA ATTARD las notas características puede resumirse del siguiente modo: a) se trata de un incidente común a todos los órdenes judiciales; b) tiene carácter excepcional, nota que considera positiva, pues sirve para garantizar la vigencia del principio de seguridad jurídica; y, c) es un presupuesto procesal del recurso de amparo constitucional, cuando el derecho fundamental invocado sea la indefensión en la que se encuentra la parte como consecuencia del acto procesal nulo de pleno derecho⁶⁸.

5.3. Objeto

De todas los posibles supuestos de nulidad de actuaciones judiciales, tan sólo es posible sustanciar a través del nuevo incidente los dos siguientes⁶⁹: a) aquellos que se fundamenten en “...defectos de forma, que hubieran causado indefensión...”; y, b) aquellos que se funden en la incongruencia del fallo de la sentencia o resolución irrecurrible.

A) Defectos de forma causantes de nulidad de actuaciones

En relación con los *defectos de forma causantes de nulidad de actuaciones judiciales*, se exigen los siguientes requisitos para acudir a este cauce procesal, a saber: a) que hayan causado indefensión⁷⁰; b) que no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso; y, c) que la sentencia, o en su caso, resolución que pongan término al proceso, “...no sean susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida...” En líneas generales nos parece acertada la configuración de este supuesto de hecho habilitante del nuevo incidente de nulidad de actuaciones; pero hemos de afirmar que continúan vigentes las objeciones que ya efectuáramos en su momento, en relación con el anterior intento de reforma del régimen de declaración de la nulidad de actuaciones judiciales⁷¹, por cuanto con la expresión “...no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso...”, se introduce una limitación temporal que conduce a tener que entender

⁶⁷ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998, pág. 2. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1831, Madrid, 15 de octubre de 1998, pág. 7 y ss.

⁶⁸ MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 2 y ss.

⁶⁹ En cuanto al *objeto del incidente de nulidad de actuaciones judiciales* ahora considerado, ninguna modificación se introduce en la última reforma del mismo, operada mediante la ya citada LO 13/1999, de 14 de mayo de 1999.

⁷⁰ Sobre el concepto de indefensión, a efectos de nulidad de actuaciones, puede consultarse, entre otros: BORRAJO INIESTA, I., “La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, sobre Principios constitucionales en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 269 y ss.; GUILLO SÁNCHEZ- GALIANO, A., “La nulidad de actuaciones en el proceso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Actualidad Administrativa*, 1992-3, pág. 360 y ss.; LAMO RUBIO, J. de, “Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales”, publicación de separata en *Revista de los Tribunales de Castilla-La Mancha*, abril, 1997; MARTÍN DE LA LEONA, J.M., “Nulidad de actuaciones. Principios informadores y clasificación”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, sobre Nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 24 y ss.; etcétera.

⁷¹ LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, *op. cit.*

que se está refiriendo tan sólo a los procesos declarativos (o según otros sectores doctrinales fase declarativa del proceso), y por tanto, siguen vigentes los interrogantes que nos hacíamos en aquella otra ocasión, pues, ¿qué tratamiento ha de darse a aquellos supuestos de hecho que sean encuadrables en el objeto definido, pero que sucedan una vez exista sentencia firme o se está ejecutando, es decir, nos encontramos en el proceso de ejecución (o fase de ejecución, según otros sectores doctrinales), y los posibles defectos de forma que han causado indefensión no afectan a la sentencia o resolución firme, que puso término al proceso declarativo?. ¿Podrá, en estos casos, admitirse este excepcional incidente, o bien deberá ser inadmitido y remitir a las partes a la procelosa vía del recurso de amparo...?. Es esta una cuestión bastante trascendental, pues son frecuentes los supuestos de nulidad de actuaciones que se plantean en el proceso de ejecución⁷² (o fase de ejecución de sentencia) por hechos posteriores al momento de la firmeza de la sentencia y que no afectan al principio de inmodificabilidad de las sentencias, y para los cuales no procediendo alguno de los recursos articulados por las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ), debería acudir⁷³, en principio, al recurso de amparo, como ya se ha indicado, pues no tienen tampoco cabida en el nuevo incidente de nulidad de actuaciones⁷⁴.

⁷² Un interesante estudio sobre un importante aspecto de esa nulidad de actuaciones en ejecución de sentencia, puede consultarse en: ROBLEDO VILLAR, A., “Sobre la nulidad de actuaciones en el apremio de bienes inmuebles por práctica defectuosa de actos de comunicación”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1997-1, pág. 2035 y ss.

⁷³ LAMO RUBIO, J. de., “Nulidad de actuaciones y ejecución de sentencia”, ponencia inédita, expuesta en el curso sobre *Fe Pública y Nulidad de actuaciones*, organizado por el Servicio de Formación de la Secretaría General de Justicia, y que tuvo lugar en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, durante los días 12 al 14 de diciembre de 1994, en Madrid; en aquella ponencia analizábamos en profundidad estas cuestiones; a la vista de la jurisprudencia allí expuesta, tanto del TC como del TS, podemos llegar a las siguientes conclusiones: A) Se aprecia una tendencia evolutiva en la Jurisprudencia del TC, que pretende flexibilizar la aparentemente encorsetada interpretación que se verificó en la Sentencia 185/1990; flexibilización que nos parece muy adecuada y que supone un esfuerzo en esa reinterpretación del Ordenamiento Jurídico a la que el propio TC animó a los operadores jurídicos en indicada Sentencia. B) Quizá sea preciso añadir que esa flexibilización parte del discernimiento entre aquellos supuestos de nulidad de actuaciones que afectan de forma directa a la Sentencia y aquellos otros supuestos que afectan de forma directa a otra clase de resoluciones distintas a Sentencia, sin resultar éstas afectadas; discriminación que es muy importante, y además adecuada a la diferente consideración que el ordenamiento jurídico confiere a esas dos grandes categorías de resoluciones judiciales. C) Y además, esta tendencia jurisprudencial nos puede ofrecer determinadas claves, e incluso soluciones, para afrontar aquellos supuestos de nulidad de actuaciones que, presentados en ejecución de sentencia, para nada afectan a la sentencia, preservando en todo caso el principio de inmodificabilidad de oficio de las sentencias una vez firmadas. Entendemos, pues, que esta Jurisprudencia ofrece al intérprete múltiples vías de solución del, a veces, acuciante problema de la nulidad de actuaciones, sobre todo de oficio. D) Pero en todo caso, lo deseable sería que se clarificará la situación legislativa sobre la materia, sin que todas las soluciones necesarias de esta clase de problemas pasen, precisamente, por el pretendido desarrollo del art. 53.2 de la Constitución. Más ampliamente, un planteamiento general sobre la nulidad de actuaciones judiciales en ejecución de sentencia en LAMO RUBIO, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 247 y ss. También este interesante tema será tratado en otra ponencia dentro de este mismo curso, lugar al que nos remitimos.

⁷⁴ Hubiera sido esta reforma una buena ocasión para dar también adecuada solución a esa rica problemática que plantean las *nulidades de actuaciones en ejecución de sentencia y por hechos posteriores a la firmeza de la sentencia*. Entendemos que, con la reforma analizada, sigue sin darse respuesta adecuada a esa cuestión. ¿Tendremos que esperar a que algún día se instaure una *quinta vía*...?

En relación con este motivo, el Tribunal Supremo, tras afirmar que, el apartado 3, del art. 240 LOPJ, “...si bien parte del principio de no admisión del incidente de nulidad de actuaciones, añade que «sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma, que hubiesen causado indefensión...”, estima que “...tal es precisamente el supuesto en que los promovientes de la nulidad de actuaciones fueron parte en la causa como acusadores particulares e intervinieron en el juicio oral, pero si bien se les notificó la sentencia y el auto en que se tenía por preparado el recurso de casación, no se les emplazó. No cabe duda de que tan grave omisión, imputable al Tribunal de instancia, quebrantó lo preceptuado en los artículos 859 y 861 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por constituir trámite que principia el plazo del recurso y permite la adhesión o impugnación al mismo, pero, sobre todo, autoriza a intervenir en las fases de admisión y sustanciación del recurso extraordinario de casación.(...) No cabe duda que tal omisión produjo a dicha parte indefensión.(...) Acreditada ésta con la nueva sentencia contraria a sus intereses y a la de instancia, la obligada consecuencia es declarar la nulidad de lo actuado a partir desde la notificación de tener por preparado el recurso de casación ajeno en la Audiencia, para emplazar debidamente a dicha parte por el Tribunal de Ciudad Real, anulando así todas las actuaciones posteriores incluidas las sentencias dictadas por este Tribunal Supremo...” (Auto TS (Sala 2ª) de 28 de mayo de 1998. Pont.: Martínez-Pereda Rodríguez [RJ 1998\5008]).

B) Nulidad de actuaciones fundada en incongruencia del fallo

El otro supuesto susceptible de ventilarse a través del nuevo incidente lo constituye la *nulidad de actuaciones fundada* “...en la *incongruencia del fallo*...”, que naturalmente exige que la sentencia o resolución tachada de incongruencia “...no sean susceptibles de recurso...”, pues en caso de proceder alguno, deberá hacerse valer tal vicio a través del recurso correspondiente; y, naturalmente, este cauce no procederá cuando tal incongruencia del fallo sea susceptible de ser reparada a través de cualquier otro remedio procesal, señaladamente mediante la denominada *aclaración de sentencias*, que se regula en el artículo 267 LOPJ. En todo caso, es preciso tener en cuenta que el Tribunal Constitucional “...se ha mostrado sumamente riguroso en cuanto a invariabilidad de las sentencias a la hora de utilizar las facultades aclaratorias del art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (SSTC 23/1994, 304/1993, 380/1993), no sin alguna inflexión doctrinal, como la apuntada por el Auto TC de 12 de julio de 1990...”⁷⁵. El TS, recientemente, ha insistido en la necesidad de acudir a esta vía, antes de hacer uso del nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, y así, se ha afirmado que si la parte entendía que “...los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida omitían alguna cuestión, la fórmula legal adecuada para suplir esa pretendida omisión o para pedir aclaración de algo que no entendía, era la prevista en el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial...” (Auto TS (Sala 5ª) de 22 de junio de 1998. Pont.: Bermúdez de la Fuente [RJ 1998\7243]), siendo procedente por tanto, ante tal ausencia, la inadmisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones. En los demás casos procederá acudir al incidente ahora analizado si se dan, además, los demás requisitos que iremos exponiendo.

⁷⁵ “Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOPJ”, *op. cit.*, pág. 30.

En cuanto al concepto de incongruencia del fallo, ha de estarse a los respectivos órdenes jurisdiccionales, y en sede de los mismos partir de los respectivos conceptos de congruencia⁷⁶ de sentencias y demás resoluciones judiciales, y en todo caso, tener presente que no es posible infringir tal principio a través de los *obiter dicta* (STS (Sala 1ª) de 18 de junio de 1997. Ponente Sr. O’Callahan Muñoz). Partiendo de que la “...nulidad cuya declaración permite la nueva redacción dada al artículo 240 LOPJ, está estrechamente relacionada con los derechos fundamentales...” la incongruencia, a los efectos del incidente de nulidad de actuaciones judiciales, “...no puede ser cualquier diferencia entre lo pedido y lo resuelto, sino que a la que se refiere el número 3 del artículo 240 LOPJ es únicamente a aquella que se produce cuando, apartándose el fallo de las pretensiones de las partes, sitúa a alguna de ellas en indefensión, al resolver sobre extremos en los que no tuvo ocasión de alegar y probar o con vulneración de algún otro derecho fundamental, imposible de restaurar al tratarse de resolución firme; circunstancias -las descritas- que permiten instar la anulación de una sentencia irrecurrible por tan graves razones de incongruencia que hacen primar la tutela judicial de aquellos derechos sobre el principio de seguridad jurídica en que se asienta la santidad de la cosa juzgada...”; pues, “...entender lo contrario conduciría al resultado, no querido por la ley, de abrir paso a un nuevo recurso contra las sentencias firmes...” (Auto TS (Sala 3ª, Secc. 2ª) de 2 de julio de 1998. Pont.: Rodríguez Arribas [RJ 1998\6338])⁷⁷.

Para MORENILLA, “...debido al carácter extraordinario del incidente (...), es necesario interpretar el motivo basado en la incongruencia del fallo en un sentido restrictivo, admitiendo tan sólo la incongruencia que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24.1 de la Constitución), y, por tanto, rechazando la posibilidad de invocar derechos de naturaleza procesal sin contenido constitucional...”, pues, por el contrario, “...admitir la validez del motivo basado en incongruencia sin que haya producido indefensión para la parte perjudicada, sería tanto como convertir en ordinario este incidente extraordinario...”⁷⁸; por otra parte, NARVÁEZ, tras exponer la

⁷⁶ Así, parece innecesario recordar que no es equivalente el concepto de congruencia existente en el aspecto penal del proceso penal, que en el aspecto civil dentro de esa misma clase de procesos; y que en los órdenes civil, contencioso-administrativo, etcétera, existen las respectivas matizaciones al principio de congruencia de las resoluciones.

⁷⁷ En similar sentido, en cuanto a la vinculación del concepto de incongruencia, a los efectos de los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, con el concepto de indefensión, se pronuncia también la STS (Sala 3ª, Secc. 2ª) de 22 de octubre de 1998. Pont.: Rouanet Moscardó [RJ 1998\7929]). De otra parte, es evidente que las resoluciones desfavorables a las pretensiones de las partes, “...no constituyen incongruencia alguna, sino simplemente, no acogida de lo que la parte apunta en legítima defensa de sus derechos...” y por tanto no procede declarar nulidad alguna (Auto TS (Sala 1ª) de 8 de octubre de 1998. Pont.: Martínez-Calcerrada y Gómez [RJ 1998\7666]). En cuanto a “...las sentencias absolutorias vienen a significar la íntegra desestimación de las pretensiones deducidas en la demanda, con la consecuente resolución de cuantas cuestiones fueron objeto de controversia, por lo que no cabe tacharlas de incongruencia...” (STS (Sala 1ª) de 3 de octubre de 1998. Pont.: Barcalá Trillo-Figueroa [RJ 1998\7327]).

⁷⁸ Y añade que “...la admisión de la enmienda por el legislador, con la consiguiente ampliación de los motivos de nulidad de actuaciones, extiende de manera inquietante el campo de acción del incidente de nulidad. Es aquí donde observamos una más que posible utilización del incidente de nulidad en el ámbito

doctrina del Tribunal Constitucional sobre el concepto de incongruencia del fallo, concluye afirmando que “...habrá que incluir como susceptibles de nulidad de actuaciones todas las resoluciones que pongan término a un proceso en las que concurra alguna de las tres manifestaciones de incongruencia posibles: ‘interna’ o afectante exclusivamente a la contradicción entre los fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución, ‘omisiva’ o atinente a aquel supuesto en que la resolución no ha atendido a alguna o algunas de las pretensiones de las partes; y *extra petita* o *ultra petita*, que se produce cuando el órgano jurisdiccional aborda en su resolución otras cuestiones ajenas totalmente a las pretensiones de las partes, o concede algo no solicitado por las mismas...”⁷⁹.

5.4. Competencia

Se atribuye la competencia para conocer del nuevo incidente de nulidad de actuaciones al “...mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza...”⁸⁰, en redacción similar a la del proyecto de 1994, por lo que entendemos vigentes las objeciones ya efectuadas en aquella ocasión, y así, se suscita la duda, p. ej., en el caso de que la sentencia o resolución de que se trate sea dictada por la Audiencia Provincial y la causa de nulidad (sobre todo en caso de defectos de forma causantes de indefensión) se ha producido ante el órgano judicial *a quo* (JPI, JI, JP, etcétera), pero no ha podido ser advertida hasta después de que esa sentencia haya ganado firmeza, y se trata de aquellos procesos en los cuales la sentencia de la Audiencia es firme por ministerio de ley, en cuyo caso, ¿qué órgano judicial es el competente⁸¹ para tramitar y resolver el incidente de nulidad de actuaciones? . Si nos atenemos al tenor literal del precepto comentado (art. 240.3 LOPJ) hemos de concluir que será competente la Audiencia Provincial, pues es el órgano judicial que ha dictado

penal, con los graves problemas que ello supone por la especial importancia de los derechos protegidos...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 3 y ss.).

⁷⁹ Con cita de abundante jurisprudencia del TC, que resume afirmando que el TC ha configurado la incongruencia del fallo como “...el derecho de las partes a obtener una resolución motivada del órgano jurisdiccional que, fundada en Derecho, atienda a todas las pretensiones de aquellas, correspondiendo sus razonamientos jurídicos de forma coherente con las mismas, de manera que, de una parte, los que ostentan interés en el asunto tomen cabal conocimiento de los argumentos esgrimidos por el tribunal para estimar o desestimar sus pretensiones, determinando el hilo conductor que le llevó a las mismas, y de otro lado, puedan así ejercitar los recursos previstos por el ordenamiento jurídico para impugnar tales resoluciones...” (NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998, pág. 3). Vid también NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1831, Madrid, 15 de octubre de 1998, pág. 7 y ss.

⁸⁰ En cuanto a la *competencia para conocer del incidente de nulidad de actuaciones judiciales* ahora considerado, ninguna novedad se introduce en la reforma del mismo, operada por la LO 13/1999, de 14 de mayo de 1999, ya citada.

⁸¹ Se plantea la duda entre sí puede ser la Audiencia Provincial, que es la que ha dictado la sentencia firme, o bien el órgano judicial *a quo*, que ha sido ante el que se ha originado el “defecto de forma que ha producido indefensión...” (LAMO RUBIO, J., de “El resurgir del incidente...”, *op. cit.*). Naturalmente, el ejemplo puede también trasladarse a la intervención de otras clases de órganos jurisdiccionales. En similar sentido, utilizando otros ejemplos, se pronuncia ANDRÉS CIURANA, B., “Nulidad de actuaciones y sentencia firme: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Jurídica La Ley*, nº 4709, Madrid, 11 de enero de 1999, pág. 3.

la sentencia firme; solución que no es muy satisfactoria, dado que si la sentencia hubiera ganado firmeza por ser consentida por las partes, al no haberse recurrido, la competencia para conocer del mismo hecho sería del órgano judicial que dictó en primera instancia la sentencia (el órgano judicial *a quo*); como ya tuvimos ocasión de manifestar, no parece razonable que una misma clase de asuntos, sobre todo del tipo de los que estamos tratando, que son cuestiones de orden público, es decir, de *ius cogens*, pueda estar atribuido su conocimiento a una u otra clase de órgano judicial, a voluntad indirecta de las partes⁸².

5.5. Legitimación

En el nuevo texto legal, derivado del retoque o perfeccionamiento producido mediante la LO 13/1999, de 14 de mayo de 1999, se introducen algunas modificaciones en relación con la legitimación, de modo que se reconoce expresamente la *legitimación* a “...quienes sean parte legítima o *hubieran debido serlo...*”, acogiendo las reivindicaciones de la doctrina en relación con la admisión de legitimación activa en relación con aquellos que no siendo parte formal, precisamente instan el incidente para intentar ser parte en el pleito o causa principal, por estimar que deben serlo. Pues, como ya tuvimos ocasión de afirmar, en relación con el texto introducido por la LO 5/1997, y en cuanto a la *legitimación activa*, se establecía que el incidente ahora analizado podría instarse por “parte legítima”, y al respecto se suscitaba la cuestión acerca de qué había que entender por tal parte legítima; es decir, sobre si tal expresión se estaba tan sólo refiriendo a las partes en sentido técnico procesal, o también comprendía a los terceros a los que pueda afectar la nulidad que se pretende. A similitud de lo que ya decíamos con ocasión del proyecto de 1994, estimábamos que debería estarse al caso concreto para dar respuesta a esta cuestión, si bien entendíamos que nada impedía, en principio, que pudiera instar este incidente alguien que aparentemente fuera un tercero al proceso, pues, en el momento en el que lo insta no es parte en sentido formal, pero que planteara dicho incidente, precisamente, porque entendiera que debía ser parte en el concreto proceso de que se trataba y al que no había sido llamado en forma⁸³; si bien, en todo caso, insistíamos que la admisión de terceros habría de ser restrictiva y analizarse caso a caso⁸⁴. De modo que, en la nueva LO 13/1999, se recoge expresamente la legitimación

⁸² LAMO RUBIO, J., de “El resurgir del incidente...”, *op. cit.* En cambio, MORENILLA estima que “...es éste uno de los aciertos del legislador, pues nadie mejor que el órgano judicial autor del auto o sentencia irrecurribles para examinar la licitud de la petición, teniendo en cuenta que ya conoce y están a su disposición, no sólo las actuaciones practicadas, sino las particularidades del caso en cuestión...” (*sic*); pero añade que tal distribución competencial tiene el inconveniente “...de una posible reticencia del órgano judicial a reconocer la nulidad de actuaciones practicadas en un litigio que el mismo resolvió, con lo que el carácter excepcional de este incidente puede ser llevado a sus últimas consecuencias...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 4).

⁸³ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, *op. cit.*, pág. 227 y ss.

⁸⁴ En el mismo sentido se pronunció el CGPJ al afirmar que “...sin embargo, es precisamente a los que indebidamente no hayan sido parte a quienes es más necesario dar oportunidad de audiencia y defensa. De ahí que debería decirse “quienes sean o hubieran debido ser parte legítima en el proceso...” (“Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, aprobado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 12 de agosto de 1996, *Estudios, informes y dictámenes*, CGPJ, Madrid, 1997, pág. 35). En similar sentido NARVÁEZ afirma que por partes, a los efectos de este incidente de nulidad de actuaciones, ha de tenerse tanto las comparecidas en el proceso, como también

activa en relación con aquellos que no sean parte formal en el pleito o causa en que se suscita la posible nulidad de actuaciones por el cauce del incidente considerado, pero “...hubieran debido serlo...”, acogiéndose, de este modo, lo que era reivindicado por la doctrina.

Se suscita, en cambio, la cuestión acerca de si también quienes hubieran debido ser partes en el pleito o causa de referencia pueden tener *legitimación pasiva* en el incidente de nulidad ahora considerado. Nada dice la norma reguladora del citado incidente, ni la versión de 1997 ni la de 1999. Pero, una interpretación sistemática nos conduce a considerar que, a pesar del silencio legal, también, en su caso, gozarán de legitimación pasiva aquellos que sin ser parte formal hubieran debido serlo y no insten ellos el incidente de nulidad.

En cuanto a la partes legitimadas en el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, partiendo de la consideración de que el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales es, en realidad un “...procedimiento autónomo de tutela judicial de amparo, concibiéndose como un medio procesal de rescisión de resoluciones definitivas no recurribles...” y “...verdadero proceso de amparo que aún en la vía ordinaria pretende (...) desarrollar la exigencia constitucional recogida en el art. 53.2 de la CE...”, estima que es necesaria la presencia del Ministerio Fiscal, dada su posición de garante constitucional de tales derechos fundamentales, además de tener la responsabilidad de defender la legalidad y el propio interés público que el art. 124 CE señalan al Ministerio Fiscal; argumentos a los que añade el relativo al carácter de verdadero proceso autónomo con transcendencia constitucional de tutela de derechos fundamentales, que a su juicio tiene el comentado incidente de nulidad de actuaciones; y por tanto, estima que el Ministerio Fiscal ha de entenderse parte en cualquier incidente de nulidad de actuaciones judiciales, que se sustancie de conformidad con los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, estando legitimado, incluso, para instar la incoación del incidente analizado⁸⁵.

5.6. Plazo

“...aquellas otras que tuvieren un interés legítimo en la cuestión de fondo que haya sido resuelta, aun cuando formalmente no hubieren comparecido en el mismo...” (NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, cit., pág. 2). También MORENILLA, tras examinar el *iter legislativo*, se inclina por entender que por ‘parte legítima’ debe entenderse “...el sujeto titular del derecho fundamental vulnerado (indefensión) por la actuación procesal, con independencia de si era o no ‘parte procesal’ en el litigio...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, cit., pág. 3).

⁸⁵ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, op. cit., pág. 7 y 15 ss. Se trata de una postura claramente minoritaria en la doctrina, y que en la práctica que hasta el momento de escribir estas líneas (mayo de 1999) se ha producido de indicado incidente de nulidad de actuaciones judiciales, no ha sido acogida. Nosotros estimamos que el Ministerio Fiscal tan sólo ha de intervenir en este incidente cuando sea preceptiva su intervención en el proceso principal de que trae causa el mismo, pues a falta de previsión expresa al respecto, en la normativa que regula el incidente de nulidad de actuaciones, y dada la postura que mantenemos sobre su naturaleza jurídica, estimamos que indicada intervención del Ministerio Fiscal es la única que ampara y exige el ordenamiento jurídico.

Establece el segundo inciso del segundo párrafo del apartado 3 del artículo 240 LOPJ que “...el plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la sentencia, la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión...”⁸⁶; como ya afirmamos en relación con el proyecto de reforma de 1994, parece prudente el establecimiento del plazo de veinte días⁸⁷, que han de entenderse procesales, es decir hábiles; y también poníamos de manifiesto que el segundo de los criterios de cómputo, es decir, el que se establece en relación con la fecha en que la parte legítima tuvo conocimiento del defecto de forma causante de indefensión, podía suscitar problemas de prueba de tal conocimiento; ahora, en el texto que comentamos, se establece una prevención en evitación de esos problemas, y entendemos que también para ofrecer más seguridad jurídica⁸⁸ a las sentencias y demás resoluciones susceptibles de cuestionarse a través del nuevo incidente de nulidad, por cuanto se establece que en esos supuestos -es decir, cuando se pretenda computar el plazo desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión-, en ningún caso puede “...solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución...”; se trata de un límite de carácter temporal absoluto que pretende poner coto a posibles situaciones indeseadas de “debilitamiento” de la firmeza de determinadas sentencias y resoluciones de análoga eficacia⁸⁹. En todo caso, como pone de relieve, acertadamente, la doctrina, lo relativo a

⁸⁶ Por lo que se refiere al *plazo para entablar el incidente de nulidad de actuaciones judiciales* ahora considerado, ninguna novedad se introduce en la reforma del mismo, operada por la LO 13/1999, de 14 de mayo de 1999, ya citada.

⁸⁷ Plazo que parece tomado, miméticamente, del existente para interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (confr. art. 44 LOTC).

⁸⁸ En estos supuestos y en relación con la proyectada reforma de 1994, PÉREZ-CRUZ MARTÍN se pronunció a favor del establecimiento de “...un plazo de prescripción (a semejanza del establecido en el art. 1800 LECiv) a partir de la fecha de la notificación de la sentencia que impidiera prolongar “*sine die*” la incertidumbre frente a cualquier resolución firme...” (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, año 1.994, pág. 12). En similar sentido, VERGE GRAU comentando el proyecto de Ley que ha dado lugar a la Ley Orgánica ahora comentada, en el cual no se contenía la previsión de ese límite absoluto de los cinco años desde la notificación de la sentencia, afirmaba que “... si se concede el incidente de nulidad después de sentencia firme, que puede presentarse en el plazo de veinte días desde que la parte “*tuvo conocimiento del defecto*”, se va a permitir, tanto a las partes personadas como a los ausentes (involuntarios o rebeldes) mantener, indefinidamente, la precariedad de una sentencia firme, perpetuando la *inseguridad jurídica ad libitum*...” (VERGE GRAU, J., “¿Un nuevo incidente de nulidad?, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 259, 5 de septiembre de 1996).

⁸⁹ Estima el CGPJ que, “...probablemente el mayor de los inconvenientes que tiene el incidente de nulidad contra sentencias firmes y en general cualquier procedimiento rescisorio de los actualmente previstos en las leyes procesales, como el de revisión o la audiencia al demandado rebelde...” proceda de la configuración del plazo para promover los mismos; y así, en relación con el incidente de nulidad de actuaciones, afirma que aun siendo cierto que “...los defectos de audiencia, por definición, difícilmente pueden sujetarse a un plazo general e incondicionado, salvo que se recurra a una presunción legal de conocimiento por medios siempre artificiosos de notificación, como la publicación en diarios oficiales, origen de un sinnúmero de situaciones patológicas en la actualidad...”, también es cierto que “... no puede dejarse a una circunstancia puramente aleatoria la obtención de la certeza y seguridad jurídica que están en la base del instituto de la cosa juzgada, puesto que siempre puede quedar un posible perjudicado al margen del proceso y de la resolución final del mismo...” (“Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOPJ”, *op. cit.*, pág. 37 y ss.).

los plazos para instar el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, es una de las cuestiones que más problemática práctica generará⁹⁰.

En relación con indicados plazos, y en concreto acerca de la problemática del cómputo de los mismos, sobre todo de la determinación del *dies a quo*, el Tribunal Supremo estima que “...de este precepto se infiere que la facultad de promover el incidente se sujeta en principio a un breve plazo de veinte días, con el fin de reducir al mínimo la inseguridad jurídica dimanante del entredicho que para las sentencias firmes supone la posibilidad de solicitar su nulidad, el cual se computa desde la notificación de la sentencia o resolución a la parte que promueve el incidente. La Ley Orgánica, no obstante, establece que «en todo caso», el plazo se computará «desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión», pero añadiendo que «en este último supuesto» (esto es, cuando el plazo se compute desde que se tuvo conocimiento del defecto y no desde la notificación), no podrá solicitarse la nulidad de actuaciones «después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución».(...) La correcta interpretación del inciso que acaba de citarse lleva a entender que sólo en el supuesto de no haberse producido la notificación de la sentencia -mediante la cual se viene en conocimiento del defecto producido si no se ha conocido antes- el plazo se computará a partir del momento en que se tuvo conocimiento del defecto causante de la indefensión, pero que en este supuesto no podrá solicitarse la nulidad de actuaciones «después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución». Este plazo de cinco años debe considerarse como un plazo de caducidad establecido por razones de seguridad jurídica ligadas a la efectividad de la cosa juzgada y al carácter extraordinario de este incidente semejante al que se establece para el ejercicio de otras acciones de rescisión de sentencia judiciales firmes, como ocurre con la audiencia al rebelde (artículos 776 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y con el recurso de revisión (artículo 1800 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con la diferencia de que en los supuestos citados la Ley de Enjuiciamiento Civil establece como inicio del cómputo del plazo de caducidad la publicación de la sentencia, mientras que la Ley Orgánica del Poder Judicial sustituye este momento formal por el de la notificación de la misma, por la cual debe entenderse la última notificación que se haya llevado a cabo a las partes o interesados. El plazo de caducidad de cinco años, pues, rige para los interesados que pretendan acogerse a este incidente de nulidad de actuaciones posterior a la sentencia por haber tenido conocimiento del defecto por un medio ajeno a la notificación, y no para aquellos a los que haya sido notificada la sentencia -como pretende la parte que promueve este incidente-, pues sería contradictorio prever el supuesto de que el defecto haya sido conocido sin notificación de la sentencia al interesado y subordinar al propio tiempo la aplicación del plazo de caducidad de cinco años -establecido para «este último supuesto»- al hecho -propio del supuesto regulado por la ley en un anterior inciso- de que la sentencia haya sido

⁹⁰ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “La reforma del art. 240 de la LOPJ: Luces y sombras”, *Tribunales de Justicia*, 1998/2, pág. 141 y ss.; GÓMEZ CINTAS, M^a del M., “La nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997”, *Revista Secretarios Judiciales*, nº 9, La Ley-Actualidad, Madrid, octubre de 1998, pág. 8 y ss.; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, op. cit., pág. 19 y ss.; etcétera.

notificada al peticionario...” (Auto TS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 14 de mayo de 1998. Pont.: Xiol Rios [RJ 1998\5772]).

Finalmente, también en relación con el cómputo del plazo se establece, en la disposición transitoria primera de la Ley comentada, una norma específica de carácter intertemporal, para aquellos procesos que hubiesen finalizado por resolución o sentencia irrecurrible dentro del mes anterior a la promulgación de la citada Ley, en cuyo caso, “...el plazo para solicitar la nulidad, establecido en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se contará a partir del día siguiente a dicha promulgación”⁹¹.

5.7. Tramitación

En el proyecto de 1994 nada se establecía en relación con la tramitación a dar al incidente que entonces se pretendía establecer; ante lo cual se suscitaba, precisamente, la duda acerca de cuál sería el trámite a seguir⁹²; en cambio en el nuevo incidente de nulidad introducido en la reforma de 1997 se dedica, precisamente, el apartado 4 del nuevo artículo 240 LOPJ a regular, sucintamente, tal aspecto.

La petición de nulidad que se pretenda sustanciar por el cauce del nuevo incidente deberá formularse *mediante escrito*, pues así lo establece expresamente en el apartado 3 del artículo 240 LOPJ, cuando dice que las partes legítimas “...podrán pedir por escrito...”, y también se refiere al mismo el apartado 4 del citado artículo; a dicho escrito pueden acompañarse los documentos que se estimen conducentes a acreditar lo que se alegue (“...para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde...”, dice el apartado 4 del artículo 240 LOPJ), y copia para las restantes partes, tanto del escrito como de los documentos. En cuanto a la *postulación*, a falta de norma expresa en los preceptos comentados, estimamos que ha de regirse por las normas generales aplicable al procedimiento en que se hubiere suscitado el incidente de nulidad⁹³. Presentado el

⁹¹ Un análisis específico de la problemática de tal régimen transitorio, puede consultarse en NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, op. cit., pág. 29 y ss.

⁹² Así, nosotros nos inclinábamos por entender que la tramitación a dar sería la de los incidentes de la LECiv (LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente...”, op. cit.); para PÉREZ-CRUZ MARTÍN la tramitación podría “..acomodarse a un procedimiento declarativo abreviado, muy parecido al actual verbal...” (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto...” op. cit., pág. 13). Ahora, en el texto aprobado en la reforma de 1997 se evita esa indeseada indeterminación, al fijar expresamente un trámite a seguir.

⁹³ Para NARVÁEZ RODRÍGUEZ, desde la consideración de que el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales es, en realidad un “...verdadero procedimiento autónomo de tutela judicial de amparo, concibiéndose como un medio procesal de rescisión de resoluciones definitivas no recurribles...”, en el que “...se pretende garantizar nada menos que el derecho fundamental a la tutela judicial y, por consiguiente, de naturaleza y alcance constitucional, la asistencia de letrado y la representación por procurador debe ser preceptiva...” (“El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, op. cit., pág. 7 y 26). Otros autores estiman que la solución será distinta según se estime que el incidente es una prolongación del proceso previo, en cuyo caso la reglas de postulación y defensa serán las que rijan en materia de recurso, o si se considera que se trata de un proceso autónomo, en cuyo caso la postulación y defensa se regirá por la regla general vigente en el orden jurisdiccional de que se trate (GÓMEZ CINTAS, Mª del M., “La

escrito y, en su caso, documentos acompañatorios, así como copias de todo ello, pidiendo la nulidad de actuaciones en alguna de las modalidades objeto del incidente analizado, el órgano judicial competente procederá a decidir sobre si admite o no a trámite tal pretensión; al respecto, pueden darse varias hipótesis:

A) *Inadmisión*

En el caso de que no se trate de un supuesto de nulidad de actuaciones de los que dan entrada a este incidente, o bien que haya transcurrido el plazo para solicitar la incoación del mismo, procederá inadmitir a trámite el escrito, pues así se deriva tanto del *in fine* del artículo 240.3 LOPJ, como del carácter restrictivo del nuevo incidente de nulidad. Una novedad importante, introducida por la LO 13/1999, viene constituida por la expresa declaración de irrecurribilidad de la resolución que inadmite a trámite el incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Irrecurribilidad que se proclama cuando se afirma que “...la resolución en la que se deniegue la admisión a trámite no será susceptible de recurso alguno” (*in fine* del art. 240.3.II LOPJ), resolviendo, de este modo, una de las dudas que se suscitaban con la anterior regulación. De modo que, como ya hemos afirmado⁹⁴, con la vigencia del texto introducido por la LO 5/1997, en el caso de que no se trate de un supuesto de nulidad de actuaciones de los que dan entrada a este incidente, o bien que haya transcurrido el plazo para solicitar la incoación del mismo, procederá inadmitir a trámite el escrito, pues así se derivaba tanto del *in fine* del artículo 240.3 LOPJ, como del carácter restrictivo del nuevo incidente de nulidad⁹⁵; planteamiento y consecuencia que ha de mantenerse con el nuevo texto del art. 240.3 LOPJ. Nada se dice, ni en el texto introducido por la LO 5/1999, ni en el vigente procedente de la LO 13/1999, sobre la forma que ha de adoptar tal decisión; evidentemente, conforme a las normas generales [confr. art. 245.1.b) LOPJ] deberá ser mediante auto⁹⁶. En cuanto al régimen de recursos contra esa resolución de inadmisión, nada preveía el texto introducido por la LO 5/1997, de modo que ante tal silencio legal entendíamos que se aplicaría el régimen de recursos ordinarios que contra los autos procedieran en la clase de procedimiento en que se sustancie la petición que se inadmite⁹⁷. Ahora, precisamente, una de las novedades introducidas por la LO 13/1999, consiste en establecer expresamente la irrecurribilidad de la resolución en la que se deniegue la admisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Ante

nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997”, *Revista Secretarios Judiciales*, op. cit., pág. 11).

⁹⁴ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 231.

⁹⁵ El CGPJ en su citado Informe postulo que “...las facultades de inadmisión preliminar del incidente deberían ampliarse notablemente respecto de la regulación contenida en el anteproyecto, para permitir la inmediata resolución de aquellas solicitudes carentes manifiestamente de fundamento, a fin de evitar toda utilización abusiva o dilatoria de este remedio procesal...” (“Informe sobre el Anteproyecto...”, cit., *Estudios, informes y dictámenes*, op. cit., pág. 36).

⁹⁶ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 231. Como veremos, en cambio, el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998 prevé expresamente que la forma de tal resolución sea la de providencia motivada (art. 230 PROLEC).

⁹⁷ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 231.

tales tajantes términos del nuevo *in fine* del art. 240.3 LOPJ, ninguna interpretación es posible efectuar, debiendo estarse, por tanto, a tal carácter de irrecurribilidad.

B) Subsanción

Caso de no presentarse copias con el escrito y documentos acompañados, y, si *prima facie*, proceda la admisión del escrito, procederá, con carácter previo el requerimiento a la parte para que, en el breve plazo que se le señale, las aporte, con apercibimiento de que caso contrario serán expedidas a su costa; dictando al efecto providencia, adoptada mediante la preceptiva propuesta del Secretario Judicial [arts. 245.1.a) y 290 LOPJ]⁹⁸.

C) Admisión y posteriores trámites

Y finalmente, en aquellos supuestos en que se cubran los requisitos establecidos, ya detallados, se procederá a admitir a trámite la petición formulada. Tampoco, en este supuesto, se dice la forma que ha de adoptar esta decisión; al respecto, entendemos que se aplicarán las normas generales [art. 245.1.a) y 290 LOPJ], y en consecuencia se tratará de una providencia, adoptada mediante propuesta del Secretario Judicial. En referida resolución admitiendo a trámite el incidente de nulidad de actuaciones junto con la decisión de admisión a trámite, se acordará además dar traslado, a las demás partes, por un plazo común de cinco días, para que puedan “...formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañaran los documentos que estimen pertinentes...” (*in fine* del art. 240.4 LOPJ). En el supuesto de admisión a trámite del escrito e incoación del incidente de nulidad se suscitan varias cuestiones⁹⁹:

1ª) *Una primera es la relativa a la eficacia suspensiva o no de la sentencia o resolución a la que se achaca el vicio de nulidad.* Al respecto, el propio artículo 240.4 LOPJ establece la regla general de que la admisión a trámite del escrito en que se pida la nulidad que venimos comentando, “...no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles...”; regla general que encuentra su excepción en aquellos supuestos en que caso de no suspender tal ejecución y eficacia “...el incidente pudiera perder su finalidad...”, en cuyo supuesto deberá decretarse la suspensión. Nada se establece al respecto sobre trámite a dar a tal artículo de suspensión; entendemos que dada la simplicidad que se pretende imprimir al nuevo incidente de nulidad, en cuanto a la cuestión de la suspensión de la sentencia o resolución tildada de alguno de los vicios determinantes de nulidad que son objeto del mismo, deberá interesarse por la parte promotora del incidente, lo cual podrá efectuarse en el mismo escrito incoatorio, mediante el correspondiente otrosí, y de tal pretensión deberá darse traslado al resto de partes, en un breve plazo (2 o 3 días), o incluso por el mismo plazo que el traslado principal, con independencia del traslado sobre la cuestión

⁹⁸ La reforma operada mediante LO 13/1999, continúa sin hacer mención a este supuesto de subsanción, pero estimamos que el mismo ha de mantenerse vigente, por las mismas razones arriba expuestas.

⁹⁹ La reciente reforma del incidente de nulidad de actuaciones judiciales, operada mediante la LO 13/1999, tampoco aborda ninguna de las posibles cuestiones que se suscitan en la tramitación del mismo, por lo que continúan siendo válidas las reflexiones que sobre indicada cuestión ya hemos realizado y ahora reiteramos y actualizamos (LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 232 y ss.).

principal, resolviéndose mediante auto, contra el que procederán los recursos ordinarios¹⁰⁰. En todo caso, parece prudente entender que, en la práctica forense, la regla que pretende ser general, acabará siendo la excepción, y que dados los parámetros¹⁰¹ que se establecen en el precepto comentado para acordar la suspensión, la excepción acabará haciéndose regla general, pues es difícil imaginar supuestos en que la no suspensión de la ejecución y eficacia de las resoluciones sospechosas de nulidad no frustre la finalidad del incidente de nulidad que se entabla.

Para MORENILLA, “...el silencio de la ley, teniendo en cuenta la semejanza entre la regulación de la medida cautelar del art. 240 y la realizada por el Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su art. 56, podrá suplirse con la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional sobre este último precepto, extrayendo de la misma los criterios a seguir de cara a la admisión o no de la suspensión solicitada por el denunciante”¹⁰². En similar sentido se pronuncia NARVÁEZ, el cual resume indicada jurisprudencia, distinguiendo como aspectos más relevantes, los siguientes: a) el TC, con carácter general, suele suspender en aquellos casos en que el contenido del fallo suponga una restricción del derecho a la libertad personal (pena privativa de libertad o de derechos), teniendo en cuenta la gravedad y naturaleza del hecho enjuiciado, el bien jurídico protegido, la trascendencia social, la duración de la pena y el tiempo que reste de cumplimiento de la misma; b) también suele suspender la ejecución en aquellas resoluciones que afecten a otros bienes o derechos de difícil o imposible restitución a su estado anterior; y, c) en cuanto a las resoluciones de contenido económico, el TC es

¹⁰⁰ Se suscita, también, la cuestión acerca de si el órgano judicial puede, *de oficio*, en su caso, previa audiencia de las partes, acordar la suspensión de la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles; a favor, claramente, de tal hipótesis, se muestra NARVÁEZ RODRÍGUEZ (“El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, op. cit., pág. 23). En contra de tal posibilidad, GÓMEZ CINTAS, M^a del M., “La nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997”, *Revista Secretarios Judiciales*, n° 9, op. cit., pág. 14.

¹⁰¹ Entre los cuales se echa de menos, para evitar la utilización del incidente con efectos dilatorios o similares, la falta de previsión de algún tipo de cautela o caución a adoptar a cargo de quien inste la suspensión de la ejecución de la resolución firme, en los supuestos en que se acuerde la misma, a similitud, p.ej., de lo que se prevé, para el caso de interposición de recursos durante la ejecución forzosa, en el artículo 569 del *Proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998* (en el cual se lee lo siguiente: “Art. 569. *Interposición de recursos ordinarios y suspensión.*- La interposición de recursos ordinarios no suspenderá, por sí misma, el curso de las actuaciones ejecutivas. Sin embargo, si el ejecutado acreditada que la resolución frente a la que recurre le produce daño de difícil reparación podrá solicitar del Juez la suspensión de la actuación recurrida, *prestando, en las formas permitidas por esta Ley, caución suficiente para responder de los perjuicios que el retraso pudiera producir*”).

¹⁰² Y de este modo, indica que “...es doctrina reiterada de ese Tribunal que la suspensión de resoluciones judiciales firmes tienen ‘carácter excepcional’, de aplicación ‘restrictiva’, siendo, por tanto, ‘la regla general la de no suspender la ejecución de tales resoluciones’ habida cuenta que supone de por sí una cierta perturbación del interés general, consistente en mantener su eficacia...”; recayendo sobre el solicitante tanto la carga de la alegación (petición fundada de la suspensión a instancia de parte), como el *onus probandi* de acreditar ‘suficientemente’ el ‘perjuicio irreparable’ (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, cit., pág. 5, con cita de varios Autos del TC, entre otros el Auto TC 419/1997, de 22 de diciembre de 1997 (caso ‘Filesa’), que contiene un síntesis de la doctrina existente, sobre el particular).

contrario a la suspensión, salvo que la parte obligada a su cumplimiento acredite que el mismo pudiera acarrearle perjuicios irreparables¹⁰³.

De otra parte, la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA98), al establecer en el art. 137 que “todas las cuestiones incidentales que se susciten en el proceso, se sustanciarán en pieza separada y sin suspender el curso de los autos...”, parece romper con la posibilidad de suspensión que brinda en artículo 240.4 LOPJ que estamos comentando; a pesar de la tajancia de los términos del precepto de la LRJCA98, entendemos que dada la nota de generalidad que en la regulación que de la materia se contiene en LOPJ, ha de estarse a lo establecido en la misma¹⁰⁴.

2ª) *Otra cuestión de interés es la relativa a si el incidente ha de sustanciarse en los autos principales o bien ha de formarse pieza separada.* Al respecto nada se dice expresamente en el comentado precepto. Ante el silencio legal, y teniendo en cuenta el espíritu de simplicidad que inspira el incidente analizado, así como la que es práctica generalizada en relación con el mini-procedimiento a que da lugar el art. 240.2 LOPJ, ya comentado, y las reglas sobre la suspensión de la ejecución y eficacia de las resoluciones atacadas en el incidente como sospechosas de nulidad, así como los criterios establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la formación de pieza separada en los incidentes (confr. arts. 744 a 746 LEC) nos inclinamos por entender que no será precisa la formación de pieza separada, debiéndose sustanciar en los autos principales, cuando se acuerde la suspensión de la eficacia y ejecución de la resolución atacada; y en cambio será precisa la formación de pieza separada cuando no se acceda a la suspensión de tal resolución¹⁰⁵.

3ª) *Finalmente se suscita la cuestión sobre si el incidente de nulidad admite otros medios de prueba distintos a la documental a que se refiere el artículo 240.4 LOPJ.* Al respecto nada dice el precepto comentado. En cambio, al referirse expresamente a los documentos parece querer excluir el resto de pruebas, pues lo evidencia el hecho de que no se dispone nada acerca de apertura de periodo probatorio alguno. Entendemos que, dada la simplicidad que se pretende imprimir al incidente de nulidad estudiado, no serán admisibles otras pruebas que las consistentes en documentos tendentes a acreditar el

¹⁰³ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, op. cit., pág. 24 y ss.; con cita de abundantes autos del TC.

¹⁰⁴ El art. 137 LRJCA98 se integra dentro del capítulo III del Título VI que trata sobre “disposiciones comunes a los Títulos IV y V”, llevando por epígrafe aquel capítulo precisamente el de “incidentes e invalidez de actos procesales”, pero a pesar de la pretensión de tal epígrafe, el indicado capítulo tan sólo contiene el art. 137 ya comentado y el 138 que se refiere exclusivamente a la subsanación de los actos procesales, en regulación ya comentada en el anterior capítulo de esta obra, y que, en esencia, asume la línea jurisprudencial existente acerca de la subsanación de los actos procesales; en definitiva, la LRJCA98 no contiene una regulación general sobre la ineficacia de los actos procesales, sino que tan sólo trata fragmentariamente sobre el tema.

¹⁰⁵ Similares consecuencias procede extraer a la luz del art. 137 LRJCA98, al que ha nos hemos referido en un pasaje anterior de este epígrafe.

vicio o defecto en que la petición se funde (art. 240.4 LOPJ)¹⁰⁶; no admitiéndose otra clase de pruebas y no existiendo propiamente periodo probatorio, carece, por tanto, también de sentido la existencia de fase conclusiva del incidente, a la cual tampoco se refiere el precepto estudiado.

5.8. Resolución

El incidente de nulidad de actuaciones que se establece en los apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ concluye, bien cuando contestan las restantes partes al traslado conferido, o bien cuando dejan transcurrir, las que no contesten, el plazo concedido, con lo que habrá precluido su oportunidad procesal de hacerlo; en cualquiera de esos supuestos, ha de tenerse por concluido el incidente, dictando al efecto diligencia de ordenación por el Secretario Judicial, en la que así se acuerde y además se disponga que pasen los autos al Juez o Magistrado Ponente -según se trate de órgano judicial unipersonal o colegiado-, para dictar la resolución que ponga término al citado incidente. Nada se dice en la ley sobre la clase de resolución que ha de poner término al incidente analizado¹⁰⁷. Ante el silencio legal hemos de acudir a las normas generales, y así, a tenor del contenido del artículo 245.1.b) LOPJ -que, precisamente, establece que las resoluciones judiciales adoptarán la forma de auto, entre otras, en aquellos supuestos en que se resuelva sobre nulidad del procedimiento-, entendemos que deberá adoptar la *forma de auto*¹⁰⁸, que estará excluido del régimen de propuesta a que se refiere el artículo 290 LOPJ; referida resolución puede tener dos contenidos alternativos: a)

¹⁰⁶ En contra de este parecer se pronuncia SAINZ DE ROBLES que afirma que "...el procedimiento parece admitir sólo la prueba documental. Quizá no se ha caído en la cuenta de que esta limitación probatoria puede desencadenar nuevas indefensiones. sospecho y espero que, contando con la potestad general del juez para rechazar pruebas impertinentes, superfluas o inoportunas, la práctica excluirá esta restricción probatoria" (SAINZ DE ROBLES, F.C., "La nulidad de actuaciones. Tribulaciones, muerte y resurrección de una cuestión maldita", *Tapia. Revista para el mundo del Derecho*, Madrid, enero-febrero, 1998, pág. 6); también a favor de admitir otras clases de pruebas, distintas a la documental, se muestra URBANO CASTILLO ("Sobre la nulidad *post sententiam*", *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 20 de julio de 1998, pág. 16).

¹⁰⁷ Es significativa, en todo caso, la forma tan brusca con que concluye el art. 240.4 LOPJ, sin referirse a la clase de resolución que pone término al incidente, ni al régimen de recurso, ni a otras cuestiones de interés; y así ha sido puesto también de manifiesto por la doctrina (MORENILLA, ARIAS LOZANO, etcétera, ya citados).

¹⁰⁸ Postura que ya mantuvimos con ocasión del proyecto de reforma de 1994 (LAMO RUBIO, J. de, "El resurgir del incidente...", *op. cit.*); en aquella ocasión y con motivo de indicado proyecto de reforma, a favor de que adoptará la forma de sentencia, por ser incardinable en el art. 245.1.c) LOPJ, se mostraba PÉREZ-CRUZ MARTÍN ("Comentario al artículo undécimo del proyecto...", *op. cit.*, pág. 13). Con la actual regulación, y a favor de que el incidente concluya mediante sentencia se pronuncia MORENILLA (*op. cit.*, pág. 5), ARIAS LOZANO (*op. cit.*, pág. 13); también NARVÁEZ RODRÍGUEZ se pronuncia claramente a favor de sentencia ("El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas", *op. cit.*, pág. 26); a favor de que adopte la forma de auto se pronuncia MEDINA FERNÁNDEZ, F. ("Nulidad de actuaciones: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *Revista General de Derecho*, núm. 643, Valencia, abril, 1998, pág. 3573). Otros autores mantienen posturas intermedias, y así entienden que cuando el incidente es estimado y se declara la nulidad, la forma de terminación ha de ser mediante sentencia, y cuando es desestimado la forma de terminación será mediante auto (GÓMEZ CINTAS, M^a del M., "La nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997", *Revista Secretarios Judiciales*, n^o 9, *op. cit.*, pág. 13).

denegar la declaración de nulidad de actuaciones interesada; o, b) declarar la nulidad de alguna, algunas o todas actuaciones judiciales, incluida la sentencia firme, y sin perjuicio del principio de conservación de los actos procesales, a que se refiere el art. 242 LOPJ. El pretendido perfeccionamiento del incidente de nulidad de actuaciones judiciales, que proclama la exposición de motivos de la LO 13/1999, de 14 de mayo, para nada se refiere a lo relativo a la forma de esta resolución, ni tampoco a su contenido.

Nótese que mediante el auto que pone término al nuevo incidente de nulidad de actuaciones puede incluso decretarse la nulidad de una sentencia firme, o resolución de análoga eficacia que hubiera puesto fin al correspondiente proceso de declaración; de modo que se configura este incidente de nulidad de actuaciones como *una especie de remedio contra sentencias firmes*, y constituye una excepción al principio de *inmodificabilidad de las sentencias*, consagrado en el artículo 267.1 LOPJ.

La jurisprudencia surgida tras la instauración de este nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, en cuanto a la *forma de la resolución que lo pone término*, tanto cuando el incidente es estimado como cuando es desestimado, se inclina mayoritariamente por el auto; y así, mediante Auto del TS (Sala 2ª) de 3 de abril de 1998 (Pont.: Soto Nieto) se resuelve incidente de nulidad de actuaciones, estimando el mismo y decretando la nulidad de la sentencia del propio Tribunal Supremo, al estimar un defecto de forma causante de indefensión, cual fue tener por no comparecidos, en el recurso de casación, a abogado y procurador que en realidad sí comparecieron [RJ 1998\2970]; mediante Auto del TS (Sala 2ª) de 28 de mayo de 1998 (Pont.: Martínez-Pereda Rodríguez) se estima incidente de nulidad de actuaciones, decretando la nulidad de la propia sentencia del Tribunal Supremo, por defecto de forma causante de indefensión, dado que la Audiencia Provincial correspondiente, después del auto por el que tenía por preparado el recurso de casación no emplazó a la acusación particular¹⁰⁹ [RJ 1998\5008]; mediante Auto del TS (Sala 5ª) de 5 de octubre de 1998 (Pont.: Pérez Esteban) se resuelve, desestimando, incidente de nulidad de actuaciones contra sentencia de referida Sala [RJ 1998\8428]; mediante Auto del TS (Sala 3ª, Sección 3ª) de 28 de octubre de 1998 (Pont.: González y González) se desestima petición de nulidad de actuaciones judiciales al amparo del art. 240.3 LOPJ [RJ 1998\8894]; por Auto del TS (Sala 1ª) de 22 de septiembre de 1998 (Pont.: Morales Morales) se desestima recurso de queja contra auto de la respectiva Audiencia Provincial, desestimatorio de incidente de nulidad de actuaciones planteado con posterioridad a haber recaído sentencia definitiva en segunda instancia [RJ 1998\6848]; por Auto del TS (Sala 3ª, Sección 2ª) de 2 de julio de 1998 (Pont.: Rodríguez Arribas) se desestima incidente de nulidad de actuaciones contra Sentencia del TS, que a su vez revocaba otra de un Tribunal Superior de Justicia [RJ 1998\6338]; también, mediante Auto del TS (Sala 5ª) de 22 de junio de 1998 (Pont.: Bermúdez de la Fuente) se inadmite incidente de nulidad de actuaciones

¹⁰⁹ Esta resolución es comentada por ANDRÉS CIURANA, B., que parte de considerarla con forma de Sentencia (“Nulidad de actuaciones y sentencia firme: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 28 de mayo de 1998”, *Revista Jurídica La Ley*, nº 4709, Madrid, 11 de enero de 1999); pero, consultado la BDA, tanto en versión papel, como en versión informática, tal resolución aparece con forma de Auto, y con el marginal indicado [RJ 1998\5008].

judiciales, por no haber agotado las posibilidades que ofrece el art. 267 LOPJ [RJ 1998\7243].

Finalmente, en cuanto a la resolución que pone término al incidente de nulidad de actuaciones, tampoco nada se expresa, en el precepto comentado, acerca de lo relativo a las *costas del incidente*. Estimamos que, a falta de previsión expresa, habrá que estar a lo que, en el procedimiento correspondiente del que trae su causa el incidente, se establezca en relación con el abono de las costas de los incidentes que en el mismo se generen; y en caso de nada señalarse al respecto, deberá estarse a las normas generales que rijan en indicado procedimiento; y en último término al principio general del vencimiento (art. 523 LECiv)¹¹⁰.

5.9. Régimen de recursos

En relación con el régimen de recursos contra la resolución que pone término o fin al incidente de nulidad de actuaciones judiciales, constituye importante novedad, introducida por la LO 13/1999, la declaración de irrecurribilidad de la resolución que pone fin al incidente, que ahora se introduce en el *in fine* del apartado 4 del art. 240 LOPJ, al establecer que “...la resolución final sobre este incidente no será susceptible de recurso alguno”, resolviéndose, de este modo, también las dudas que la anterior regulación sobre la materia estaba generando. Precisamente, en el texto introducido por la LO 5/1997, no se establecía nada expresamente sobre el régimen de recursos admisibles contra la resolución que pusiera fin al nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. En cambio, en el proyecto de reforma de 1994 se establecía expresamente la irrecurribilidad de tal resolución; y en similar sentido aparecía en el proyecto¹¹¹ de 1996, que dio lugar a la reforma de 1997. Pero, en el *iter* legislativo, se suprimió tal previsión de irrecurribilidad, y en cambio, nada se estableció sobre el particular. Ante el silencio legal, y partiendo también de que nada se expresaba sobre la forma de tal resolución, que por tanto debía ser la de auto [confr. art. 245.1.b) LOPJ]¹¹², entendíamos que contra dicho auto podrían interponerse los recursos ordinarios que procediera interponer contra los autos en el procedimiento concreto en que se dicte el

¹¹⁰ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, tras analizar la cuestión relativa a las costas, y ofrecer, al menos, tres soluciones, se inclina por estimar que “...debe aplicarse analógicamente el sistema prevenido en el art. 95, apartado 1º y 2º de la LOTC...”, es decir, estima que ha de seguirse el criterio que se establece para el proceso constitucional de amparo, que es, con carácter general gratuito, sin perjuicio de que en los casos de mantenimiento de posiciones infundadas, temeridad o mala fe apreciadas por el órgano jurisdiccional, pueda imponerse la condena en costas; postura que se sustenta, en último término, en la consideración que hace el autor del nuevo incidente como un verdadero proceso de amparo judicial autónomo y diferente de aquel del que trae causa (“El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *op. cit.*, pág. 27).

¹¹¹ Que expresamente decía que “el juez o tribunal... dictará la resolución que proceda, que no será susceptible de recurso alguno” (Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 13-1, de 18 de septiembre de 1996).

¹¹² Nótese que indicado precepto dice que las resoluciones judiciales adoptarán la forma de auto, entre otros supuestos, “...cuando decidan sobre nulidad del procedimiento...”; tratándose de un auto directo, sin que proceda ser dictado mediante propuesta del Secretario Judicial, pues se trata de uno de los supuestos excluidos de propuesta, conforme al *in fine* del art. 290 LOPJ.

mismo¹¹³. La opinión mayoritaria en la doctrina, aún sin fundamentar expresamente, afirmaba que la resolución que pusiera término al comentado incidente era irrecurrible¹¹⁴. Ahora, con el texto introducido por la LO 13/1999, se resuelven las dudas interpretativas, al establecer tajantemente el carácter de irrecurrible de la resolución final sobre el incidente (*in fine* del art. 240.4 LOPJ), retomando el sentido que se expresaba en el Proyecto de Ley Orgánica de 1996, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, ya citado, que dio lugar a la LO 5/1997. Con el proyecto de reforma de 1994 mantuvimos que la previsión de irrecurribilidad parecía “...acertada para aquellos supuestos en que se acceda a la nulidad de actuaciones, pues contra la nueva sentencia que se dicte, una vez repuestas las actuaciones, sí que podrá interponerse el correspondiente recurso; pero, en cambio, parece poco acertada tal inimpugnabilidad en aquellos supuestos en que se desestime la pretensión, pues tal como está regulado el tema, ahí acaba el incidente, entendemos que quizá podría articularse que contra la resolución que desestime el incidente pueda interponerse el mismo recurso que estuviera previsto contra la sentencia en esa concreta clase de procedimiento, donde supuestamente se hubiera producido la nulidad de actuaciones, si bien dicho recurso debería ser admisible en un sólo efecto...”¹¹⁵; parecer

¹¹³ En relación con el proyecto de reforma de 1994 mantuvimos que la previsión de irrecurribilidad parecía “...acertada para aquellos supuestos en que se acceda a la nulidad de actuaciones, pues contra la nueva sentencia que se dicte, una vez repuestas las actuaciones, sí que podrá interponerse el correspondiente recurso; pero, en cambio, parece poco acertada tal inimpugnabilidad en aquellos supuestos en que se desestime la pretensión, pues tal como está regulado el tema, ahí acaba el incidente; entendemos que quizá podría articularse que contra la resolución que desestime el incidente pueda interponerse el mismo recurso que estuviera previsto contra la sentencia en esa concreta clase de procedimiento, donde supuestamente se hubiera producido la nulidad de actuaciones, si bien dicho recurso debería ser admisible en un sólo efecto...” (LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente nulidad de actuaciones judiciales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, Madrid, 10 de febrero de 1994). En cambio, con la regulación que se contenía en la reforma del 1997, al no existir previsión legal alguna, parecía más acertado mantener la tesis de admisibilidad del régimen de recursos que procedan en el concreto procedimiento de que se trate contra los autos.

¹¹⁴ Incluso se llegaba a afirmar que “la resolución que decide el incidente de nulidad de actuaciones (...) tampoco es susceptible de ser objeto, de nuevo, del incidente de nulidad...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 5); para ARIAS LOZANO, que también parte de la irrecurribilidad de tal resolución, será posible un nuevo incidente de nulidad de actuaciones tan sólo “...impensable caso de que en el seno del propio incidente se cometiesen precisamente vicios de los que dan lugar al incidente...” (ARIAS LOZANO, D., “Nota urgente sobre la resurrección del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Otrósí, publicación del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 134-2ª época, Madrid, diciembre, 1997”, pág. 13, nota 16). NARVÁEZ RODRÍGUEZ partiendo de la naturaleza sumaria y preferente de este procedimiento, estima “...que la resolución final que se dicte no será susceptible de recurso, pues de lo contrario estaríamos ante una nueva repetición del proceso que, además no generaría nada más que una dilación indebida del procedimiento...” (“El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *op. cit.*, pág. 28). A favor de admitir “...los recursos ordinarios frente a las sentencias que dicte este tipo de órgano judicial (*sic*)...” se pronuncia GÓMEZ CINTAS (“La nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997”, *Revista Secretarios Judiciales*, nº 9, La Ley-Actualidad, Madrid, octubre de 1998, pág. 13).

¹¹⁵ LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente nulidad de actuaciones judiciales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, Madrid, 10 de febrero de 1994. La referencia que se contiene a la sentencia, como forma de la resolución que pone término al incidente, en relación con la pretendida reforma de 1994, lo es pues dicho Proyecto de Ley preveía expresamente que tal resolución adoptará la forma de sentencia.

que continuamos manteniendo con el texto introducido por la Reforma de 1999, ahora analizada, al tratarse de supuestos y situaciones similares.

5.10. Articulación del nuevo incidente de nulidad con las demás vías o cauces

Finalmente, en cuanto a la *articulación del nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales (art. 240.3 y 4 LOPJ) con los demás remedios procesales* para hacer valer nulidades de actuaciones, es preciso insistir, en primer término, que tan sólo se podrá acudir al mismo cuando se trate de resoluciones no susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida, de modo que con carácter general, será preciso acudir a la denominada primera vía, cuando está se encuentre abierta; en segundo término, habrá de acudirse a la segunda vía, prevista en el art. 240.2 LOPJ, cuando se reúnan los requisitos establecidos al efecto; y finalmente, tan sólo cuando no sea posible ni la primera ni la segunda vía, se suscitará la cuestión de la articulación entre esta cuarta vía y los demás remedios procesales distintos al recurso de amparo constitucional; y es en este ámbito, donde deberá armonizarse el nuevo incidente de nulidad de actuaciones con remedios procesales como el mal llamado recurso de revisión, la audiencia al rebelde, el recurso de anulación previsto en el procedimiento penal abreviado, etcétera, de modo que lo determinante a estos efectos es la distinta finalidad de cada uno de estos remedios, y así sólo será necesario servirse del correspondiente remedio con anterioridad al nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, cuando se den los presupuestos para acudir a ese remedio, sea la revisión de sentencias, la audiencia al rebelde, la anulación, o cualquier otro; pues caso contrario, si no se dan tales presupuestos, y se acude a alguno de esos remedios, sin entablar el incidente de nulidad de actuaciones judiciales, puede llegarse a la inadmisión a trámite del mismo por transcurso del plazo, en base a que el otro remedio procesal utilizado no estaba normativamente concebido para reparar la indefensión sufrida¹¹⁶. En cuanto a la articulación de este incidente de nulidad de actuaciones judiciales, o cuarta vía, con el recurso de amparo judicial, en cuanto una de las formas de la tercera vías -los demás medios que establezcan las leyes procesales- nos remitimos a lo ya expuesto al tratar sobre el recurso de amparo¹¹⁷.

6. Perspectivas de futuro: Remisión

Como ya tuvimos ocasión de indicar, actualmente se encuentra en trámite parlamentario el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (PROLEC), que pretende erigirse en *ley procesal común* (así, el art. 4 PROLEC establece que “*en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-*

¹¹⁶ Un estudio en detalle sobre la cuestión en: NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998.

¹¹⁷ Vid supra epígrafe 4.2. *Referencia al recurso de amparo constitucional*. También puede resultar de bastante interés el artículo, ya citado, de CARRASCO DURAN, M., “Supuestos problemáticos de la articulación entre los procesos judiciales y el recurso de amparo”, *Revista Jurídica La Ley*, núms. 4756 y 4757, Madrid, 17 y 18 de marzo de 1999. Finalmente, reiterar, que lo relativo al desarrollo del art. 53.2 CE es objeto de otra ponencia, dentro de este mismo curso, lugar al que también nos remitimos.

administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”), para lo que, a la vez, se pretende que la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, apartándose de su antecesora, de 1870, circunscriba su contenido a lo que indica su denominación y se ajuste, por otra parte, a lo que señala el apartado 1 del artículo 122 de la Constitución, desprendiéndose, así de normas procesales, no pocas de ellas atinadas, pero impropia y productoras de numerosas dudas al coexistir con las que contienen las Leyes de Enjuiciamiento, sin desdeñar y, por tanto, beneficiándose, de cuanto de positivo podía hallarse en la regulación procesal de 1985, acompañándose de un Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (PRLOPJ, en lo sucesivo), con la finalidad pretendida, en el cual, además de proceder a la derogación de todas aquellas normas procesales *-incluidas las relativas a la regulación sobre la nulidad de actuaciones-* que se han incluido en el PROLEC, se procede al correspondiente reajuste normativo¹¹⁸.

El PROLEC dedica los artículos 227 al 233 a la regulación de lo que denomina “nulidad de las actuaciones judiciales”; referidos preceptos constituyen el contenido del capítulo IX, integrado dentro del Título V, titulado “De las actuaciones judiciales”, a su vez ubicado dentro del Libro I, que se refiere a las “Disposiciones generales relativas a los juicios civiles”. Las características generales de tal normativa, pueden ser resumidas del siguiente modo¹¹⁹:

A) El PROLEC contiene una regulación sistemática de la materia referida a la nulidad de actuaciones, a diferencia de la LECiv, que carece de la misma; encontrándose la justificación de tal regulación sistemática en la pretendida vocación de *ley procesal común* del PROLEC (confr. art. 4 de la misma).

B) Indicada propuesta de regulación guarda bastante similitud con la existente, con carácter general, en la LOPJ, que ya ha sido analizada, limitándose, prácticamente, a introducir pequeños retoques.

C) Además de esa sistemática regulación, se encuentran dispersas por el articulado PROLEC, menciones o regulaciones fragmentarias de la nulidad, a similitud de lo que también sucede en la vigente LECiv, y que tan sólo son particularizaciones de ese régimen general; así, a título de ejemplo cabe citar los artículos: 66.3 y 5, 165, 226.1, 590, etcétera, todos ellos del PROLEC.

¹¹⁸ El Proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil se publica en BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 147-1, de 13 de noviembre de 1998; y el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial se publica en el BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 148-1, de 16 de noviembre de 1998. Ambos, en la fecha de conclusión de la redacción de esta ponencia (mayo de 1999) se encuentran en trámite parlamentario. Las novedades que contienen acerca de la regulación de la nulidad de actuaciones judiciales serán tratadas en otra ponencia de este mismo curso, lugar al que nos remitimos.

¹¹⁹ Dado que tal normativa será analizada, por separado, en otra ponencia dentro del mismo curso, tan sólo indicamos las características generales de tal regulación, remitiendo para todo lo demás a referido lugar.

D) Finalmente, caso de aprobarse esta propuesta de regulación, la misma regiría de forma directa para el proceso civil, y supletoriamente para el resto de órdenes jurisdiccionales, dada la pretensión del PROLEC de convertirse en *ley procesal común*, como afirma su exposición de motivos, y ratifica su art. 4 que establece que “...en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”¹²⁰.

En cuanto al *incidente de nulidad de actuaciones judiciales*, el mismo se perpetúa en el art. 230 PROLEC, habiendo sido cuestionada su permanencia por la doctrina, y así, GIMENO SENDRA estima que debería suprimirse el mismo, por entender que “...ha sido un error resucitar el incidente de nulidad de sentencias firmes, efectuado por la Ley Orgánica 5/1997, en el art. 240.3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial...”, de modo que el PROLEC “...en su art. 230, no hace más que abundar en esta idea. Pero las indefensiones deben corregirse a través de los recursos y de modo especial mediante la “audiencia al rebelde”, que, por lo demás, el PROLEC agiliza notablemente. Con la reinstauración de dicho incidente, que abolió la reforma parcial a la LECiv de 1984, se pueden incrementar las dilaciones indebidas, se sacrifica la cosa juzgada y, con ella, la seguridad jurídica, y se puede fomentar la picaresca de los ‘morosos’ en los juzgados por la vía de preconstituir las situaciones de indefensión...”¹²¹.

7. Bibliografía

ANDRÉS CIURANA, B., “Nulidad de actuaciones y sentencia firme: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 28 de mayo de 1998”, *Revista Jurídica La Ley*, nº 4709, Madrid, 11 de enero de 1999.

ARIAS LOZANO, D., “Nota urgente sobre la resurrección del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Otrosí, publicación del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 134-2ª época, Madrid, diciembre, 1997.

ARIAS RODRÍGUEZ, J.M. “La constitucionalidad del art. 240 LOPJ. La sentencia del TC 185/1990, de 15 de noviembre y algunas de sus consecuencias”, en *BIMJ*, núm. 1647, Madrid.

BENITO ALONSO, F. “La revocación de sentencias firmes recaídas en procesos viciados de nulidad”, en la *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3432, Madrid, 11 de enero de 1994.

¹²⁰ LAMO RUBIO, J. de, “Nulidad de actuaciones judiciales y sistema de recursos. Estudio sistemático en relación con el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ponencia expuesta en el curso sobre *El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 30 de marzo a 1 de abril de 1998. LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 302 y ss.

¹²¹ GIMENO SENDRA, V., “Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho Procesal Europeo”, *Revista Jurídica La Ley*, nº 4734, Madrid, 15 de febrero de 1999, pág. 3.

- BENITO ALONSO, F., “Nulidad de actuaciones: una importante carencia legislativa”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 4, Madrid, 1991.
- BORRAJO INIESTA, I., “La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *Principios constitucionales en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- BUSTOS PUECHE, J.E., “Planteamiento técnico del conflicto entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional”, en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3601, Madrid, 6 de septiembre de 1994.
- CAPILLA BOLAÑOS, J.A., “La nulidad de actuaciones en el proceso laboral. Su nueva regulación en el anteproyecto de reforma de la LOPJ”, *Actualidad Laboral*, núm., 22, Madrid, 1997.
- CARRASCO DURAN, M., “Supuestos problemáticos de la articulación entre los procesos judiciales y el recurso de amparo”, *Revista Jurídica La Ley*, núms. 4756 y 4757, Madrid, 17 y 18 de marzo de 1999.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, aprobado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 12 de agosto de 1996, *Estudios, informes y dictámenes*, CGPJ, Madrid, 1997.
- CHOCLAN MONTALVO, J.A., “Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 137, Madrid, 17 de febrero de 1994.
- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “La reforma del art. 240 de la LOPJ: Luces y sombras”, *Revista Tribunales de Justicia*, Madrid, 1998/2.
- GABALDÓN LÓPEZ, J., “Nulidad de actuaciones procesales y recurso de amparo”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- GARBERI LLOBREGAT, J., y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. *Apelación y casación en el proceso civil*, Editorial Colex, 1994.
- GARBERI LLOBREGAT, J., “La nueva (y polémica) doctrina del Tribunal Constitucional sobre el ‘recurso de audiencia al rebelde’ (A propósito de la STC 15/1996, de 30 de enero)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 240, de 4 de abril de 1996.
- GARNICA MARTÍN, J.F., “Nulidad de actuaciones después de sentencia firme”, en *Revista Justicia*, 1990, Tomo IV, Barcelona, 1990.
- GARNICA MARTÍN, J.F. “Nulidad de actuaciones sin recurso: nuevas reflexiones sobre un problema crítico de nuestro proceso”, *Revista La Ley*, núm. 3395, Madrid, 19 de noviembre de 1993.

- GIMENO SENDRA, V., “El recurso de ‘amparo judicial’ y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 17 de noviembre de 1997.
- GIMENO SENDRA, V., “El recurso extraordinario por infracción procesal”, *Revista General de Derecho*, núms. 646-647, Valencia, julio-agosto, 1998.
- GIMENO SENDRA, V., “Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho Procesal Europeo”, *Revista Jurídica La Ley*, nº 4734, Madrid, 15 de febrero de 1999.
- GÓMEZ CINTAS, M^a del M., “La nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997”, *Revista Secretarios Judiciales*, nº 9, La Ley-Actualidad, Madrid, octubre de 1998.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario a la STC 110/1988”, en *Revista La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1989.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Nulidad de actuaciones y la Constitución”, *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1992.
- GUI MORI, T., “Nulidad de actuaciones tras sentencia definitiva. La anunciada inconstitucionalidad del art. 240 LOPJ”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1990.
- GUILLO SÁNCHEZ GALIANO, A., “La nulidad de actuaciones en el proceso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Actualidad Administrativa*, Tomo 3, Madrid, 1992.
- LAMO RUBIO, J. de. “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, Madrid, 10 de febrero de 1994.
- LAMO RUBIO, J. de, “Nulidad de actuaciones y ejecución de sentencia”, ponencia inédita, expuesta en el curso sobre *Fe Pública y Nulidad de actuaciones*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 12 al 14 de diciembre de 1994.
- LAMO RUBIO, J. de, “Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales”, publicación de separata en *Revista de los Tribunales de Castilla-La Mancha*, abril, 1997.
- LAMO RUBIO, J. de, “Nulidad de actuaciones judiciales y sistema de recursos. Estudio sistemático en relación con el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ponencia expuesta en el curso sobre *El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 30 de marzo a 1 de abril de 1998.
- LAMO RUBIO, J. de, “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al artículo 1º de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 3 y 4 de agosto de 1998.
- LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998.

- LAMO RUBIO, J. de, “El ‘remozado’ incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al art. 2º de la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, de modificación de los artículos 19 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial” *inédito*, 1999; pendiente de publicación.
- MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN, M., “Una Ley para una Justicia eficaz”, conferencia pronunciada por la Ministra de Justicia en las Jornadas sobre “protección del crédito en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, celebradas en Barcelona, el 19 de junio de 1998, publicada en *BIMJ*, núm. 1825, Madrid, 15 de julio de 1998.
- MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Editorial Colex, 1991.
- MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M., “Nulidad de actuaciones. Principios informadores y clasificación”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M., *La nulidad de actuaciones en el proceso civil. Análisis constitucional de la nulidad en la LOPJ*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1996.
- MEDINA FERNÁNDEZ, F. “Nulidad de actuaciones: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista General de Derecho*, núm. 643, Valencia, abril, 1998.
- MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según el nuevo artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: consideraciones críticas”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 12 de marzo de 1998.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1831, Madrid, 15 de octubre de 1998.
- PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, Madrid, 1994.
- ROBLEDO VILLAR, A., “Sobre la nulidad de actuaciones en el apremio de bienes inmuebles por práctica defectuosa de actos de comunicación”, en *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 1997.
- ROBLES GARZÓN, J.A. y GIMENEZ SÁNCHEZ, M.I., “La constitucionalidad del art. 240 LOPJ (Comentario a la sentencia T.C. 185/1.990, de 15 de noviembre)”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 2, Madrid, 1992.
- RUIZ VADILLO, E., “Relaciones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria en el ámbito de los derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Judicial sobre Jurisdicción y competencia penal*, CGPJ, Madrid, 1996.

- SAINZ DE ROBLES, F.C., “La nulidad de actuaciones. Tribulaciones, muerte y resurrección de una cuestión maldita”, *Tapia. Revista para el mundo del Derecho*, Madrid, enero-febrero, 1998.
- SALA SÁNCHEZ, P., “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1.994/95, Madrid, septiembre de 1994.
- SALA SÁNCHEZ, P., “El TS como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes del Derecho”, discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1995/96, Madrid, septiembre de 1995.
- SERRERA CONTRERAS, P.L., “La protección ordinaria de los derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 173, 17 de noviembre de 1994.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., “El incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Justicia*, Barcelona, 1981.
- URBANO CASTRILLO, E. de, “Sobre la nulidad *post sententiam*”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 20 de julio de 1998.
- VERGE GRAU, J., “Comentario a la Sentencia TC de 15 de noviembre de 1990, sobre la constitucionalidad del art. 240.2 LOPJ”, *Revista Justicia*, Tomo III, Barcelona, 1992.
- VERGE GRAU, J., *La Nulidad de actuaciones*, Editorial Bosch, Barcelona, 1987.
- VERGE GRAU, J., “La nulidad procesal después de sentencia”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- VERGE GRAU, J., “¿Un nuevo incidente de nulidad?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 259, Madrid, 5 de septiembre de 1996.

ANEXO VIII

“El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales: su incidencia en el proceso laboral”, publicado en “Cuestiones actuales del proceso laboral”, *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999, Tomo III-1999, págs. 875-946.

EL NUEVO INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES: SU INCIDENCIA EN EL PROCESO LABORAL

Por:

Jaime de Lamo Rubio
Secretario Judicial

SUMARIO: 1. Ideas generales sobre la nulidad de actuaciones judiciales. 1.1. Nulidad de actuaciones judiciales: presente, pasado y futuro. A) *Situación hasta 1984*. B) *Desde 1984 hasta 1985*. C) *Situación a partir de 1985*. D) *La Reforma de 1997 de la LOPJ*. E) *La Reforma de 1999*. F) *Perspectivas de futuro*. 1.2. Eficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales. 1.3. Bloque normativo: Características. 1.4. Aspecto sustantivo de la nulidad de actuaciones judiciales. 1.5. Aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones: Remisión.- 2. Vías o cauces para declarar la nulidad de actuaciones. 2.1. Primera vía: Los recursos legalmente previstos. 2.2. Segunda vía: Declaración de oficio. 2.3. Tercera vía: Demás medios que establezcan las leyes procesales. 2.4. Cuarta vía: El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales: Remisión.- 3. El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales.- 3.1. Introducción. 3.2. Naturaleza jurídica y características. 3.3. Objeto. A) *Defectos de forma causantes de nulidad de actuaciones*. B) *Nulidad de actuaciones fundada en incongruencia del fallo*. 3.4. Competencia. 3.5. Legitimación. 3.6. Plazo. 3.7. Tramitación. A) *Inadmisión*. B) *Subsanación*. C) *Admisión y posteriores trámites*. 3.8. Resolución: forma, contenido y régimen de recursos. 4. El recurso de amparo constitucional y la nulidad de actuaciones judiciales: Articulación con las demás vías o cauces.- 5. El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales y el proceso laboral. 5.1. Planteamiento. 5.2. En cuanto al objeto del incidente. A) *En relación con los defectos de forma causantes de nulidad*. B) *En relación con la incongruencia del fallo*. 5.3. En relación con la tramitación a seguir. 5.4. Otras cuestiones.- 6. Referencia a la regulación de la nulidad de actuaciones judiciales en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998.- 7. Bibliografía.

1. Ideas generales sobre la nulidad de actuaciones judiciales

1.1. Nulidad de actuaciones judiciales: presente, pasado y futuro

La nulidad de actuaciones judiciales cobra especial importancia desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales, por la incidencia que puede tener en ella; referida tutela corresponde, ante todo, a los tribunales ordinarios, pero dada la carencia de satisfacción de la misma por la jurisdicción ordinaria, resta al ciudadano acudir al Tribunal Constitucional, a través del proceso de amparo constitucional, que se configura bajo la nota de subsidiaridad del mismo, no pocas veces desbordada; ahora bien, la falta de desarrollo legislativo pleno del art. 53.2 CE, está ocasionando un defecto estructural de tutela en sede jurisdiccional ordinaria en materia de derechos y libertades fundamentales, con el consiguiente incremento de la carga procesal que ha de soportar el TC, generando una inadecuada proliferación de recursos de amparo¹, con una tendencia desnaturalizadora del mismo y ocasionando no pocas fricciones entre el TC y los tribunales ordinarios²; generando, además, importantes repercusiones negativas sobre otras competencias y funciones del TC; y así, el propio TC ha afirmado que “...la insuficiencia de desarrollo legislativo del art. 53.2 CE, al no posibilitar, mediante un recurso jurisdiccional previo y sumario, ni mediante la adecuación a la Constitución de las normas procesales, la corrección de esas vulneraciones, convierte (...) el amparo constitucional en un recurso subsidiario pero también común y general de última instancia respecto de todas las vulneraciones en procesos ordinarios que causen

¹ GIMENO SENDRA, tras analizar las estadísticas relativas a los recursos de amparo desde el año 1980 hasta 1995, afirma que “...los *Juzgados y Tribunales de lo Social* que, durante la década de los años 1980-1990 eran, junto con los de lo Penal, los más emprendedores a la hora de lesionar los derechos fundamentales (...) en el momento actual, han pasado a convertirse en los órganos jurisdiccionales que menor número de recursos de amparo provocan...”; de modo que, “...si a partir del año 1991 el orden jurisdiccional social ha pasado a convertirse en el más respetuoso con nuestra Constitución, ello ha sido debido, no sólo al buen hacer de los Magistrados y Secretarios de lo Social, de su personal auxiliar y colaborador, sino también ...” a la puesta en aplicación de una nueva Ley procesal, en su momento la LPL 1990, y actualmente la LPL 1995 (“El derecho a un proceso laboral con todas las garantías”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 332).

² Ya en el año 1994, el Presidente del TS y del CGPJ, en el discurso pronunciado con ocasión de la solemne apertura del año judicial 1994-95, leído el 12 de septiembre de 1994, y versando, precisamente, sobre: “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, mostraba su preocupación sobre las fricciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional en indicada materia, y, tras analizar minuciosamente la falta de desarrollo legislativo del art. 53.2 CE y las consecuencias que de tal estado de cosas se derivaban, aportaba interesantes soluciones, cuya consideración excede los límites de esta ponencia.

indefensión cuando haya recaído sentencia firme. De este modo, la falta de amparo, que sea realmente previo y sumario, ante los Tribunales ordinarios, que hace revertir...” al Tribunal Constitucional, “...toda la masa de recursos fundados en aquellos motivos, puede en definitiva repercutir en perjuicio de los particulares afectados al introducir en todo caso una instancia jurisdiccional más para la satisfacción de sus demandas...” (STC 185/1990, de 15 de noviembre). Situación que, en cierta medida, ha intentado ser paliada mediante la reciente Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ (BOE 5/12/1997), a través de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de un nuevo incidente de nulidad de actuaciones tras sentencia firme, superando, en cierta medida los estrechos límites del hasta entonces vigente art. 240.2 LOPJ³, pero que, como veremos, a lo largo de esta ponencia, tampoco supone solución definitiva a los problemas de delimitación de funciones entre la jurisdicción constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales⁴. Regulación que ha sido, recientemente, retocada por la 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, que se ha publicado en el BOE de 15 de mayo de 1999, y ha entrado en vigor el día 16 de mayo de 1999 (confr. disposición final única de indicada LO 13/1999).

Desde tal perspectiva, es comprensible la enorme viveza de la normativa sobre nulidad de actuaciones, así como la enriquecedora jurisprudencia generada en torno a tal cuestión. De ahí, que en los últimos quince años los cambios normativos -y en cierta medida jurisprudenciales- en relación con la nulidad de actuaciones judiciales hayan sido en ocasiones radicales, y a veces hasta contradictorios, pero siempre interesantes de analizar. Así, para posibilitar el adecuado entendimiento de lo relativo al aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones judiciales, interesa, siquiera esquemáticamente, dejar ahora esbozada la evolución del marco normativo sobre la nulidad de actuaciones judiciales, que es posible diseccionar en las siguientes etapas⁵.

A) Situación hasta 1984

En el art. 745 LECiv se recogía el denominado *incidente de nulidad de actuaciones*, que tenía carácter suspensivo. La Jurisprudencia calificó este incidente como un recurso extraordinario, al que sólo podía acudir cuando, previamente se habían agotado los recursos ordinarios, y no se hubiera obtenido la subsanación del vicio o su declaración de nulidad; incidente que sólo podía plantearse cuando se encontraba pendiente el

³ Y es que, desde la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, y sobre todo tras el art. 240 de referida ley, y suprimido el incidente de nulidad de actuaciones, tras la reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, operada por la Ley 34/1984, de 6 de Agosto (confr. art. 742.II LECiv), y a la luz de la Sentencia del Pleno TC 185/1990, de 15 de noviembre, y posteriores, resultaba que, en principio, no procedía declarar nulidad de actuaciones judiciales de oficio una vez existiera sentencia firme, con las consecuencias de todo orden que tal previsión legal generaba, como tendremos ocasión de ir analizando. Situación, a la que como indicamos, ha intentado dar respuesta la citada LO 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la LOPJ, si bien, como tendremos ocasión de ir analizando, tampoco se ofrece solución a todos los problemas que, desde la perspectiva procedimental, suscita la nulidad de actuaciones judiciales.

⁴ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág. 17 y ss.

⁵ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 20 y ss.

proceso y del cual podían hacer uso tan sólo aquellos que fueran parte en el proceso, debiéndose respetar, en todo caso, la santidad de la cosa juzgada (SSTS de 12 de julio de 1915, 6 de julio de 1917, 21 de febrero de 1941, 21 de febrero de 1942, 12 de diciembre de 1950, etcétera) y sin posibilidad de acudir a un proceso declarativo posterior, una vez fenecido el pleito en que se hubieren producido las nulidades (SSTS de 1 de julio de 1904, 12 diciembre de 1950)⁶. La utilización de referido incidente de nulidad de actuaciones dio lugar a no pocos abusos, que desembocaron en dilaciones y otras disfunciones en la tramitación de los procesos, lo cual hizo que el legislador de 1984 (Ley 34/1984, de 6 de agosto) suprimiera dicho incidente, para evitar esas nocivas consecuencias para el proceso.

B) Desde 1984 hasta 1985

En el año 1984 se aprueba la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que reforma, con carácter urgente, la LECiv; dando nueva regulación a la materia tratada, y en concreto el art. 742.II LECiv viene a *suprimir* el incidente de nulidad de actuaciones, creando cierto vacío normativo. Ante el mismo, y siempre referido a vías procedimentales diferentes a la utilización de los recursos correspondientes, para hacer valer la nulidad de actuaciones, la jurisprudencia había configurado la declaración de nulidad de actuaciones como un *proceso atípico* amparado en el art. 6.3 del Código Civil, que era aplicable para corregir vicios procesales no subsanables ni susceptibles de convalidación a lo largo del procedimiento, siempre que aquellos hubieran provocado grave indefensión a la parte⁷.

C) Situación a partir de 1985

Tras la LOPJ de 1985 la situación cambia, pues se da a la materia una *regulación específica* (arts. 238-243 LOPJ), y desde la consideración del art. 240 LOPJ y sobre todo en relación con la *posibilidad de declarar de oficio la nulidad de actuaciones*, es posible distinguir, dentro de la Jurisprudencia del TC, al menos, las siguientes etapas:

C.1) Hasta la Sentencia del TC 110/1988. El problema se plantea en torno a la expresión “...antes de que hubiere recaído sentencia definitiva...”, contenida en el art. 240.2 LOPJ. La doctrina mayoritaria (GUASP, GÓMEZ ORBANEJA, GÓMEZ DE LIAÑO, etcétera), viene entendiendo por sentencia definitiva aquella que resuelve o da solución jurídica a las cuestiones objeto de debate, y contra la cual cabe interponer un recurso ordinario o extraordinario (confr. art. 369 LECiv); en cambio las sentencias firmes son aquellas contra las que no cabe recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario (art. 369 LECiv), sin perjuicio de que contra las sentencias firmes se admitan ciertos remedios procesales, como el mal llamado *recurso* de revisión⁸, o la audiencia al

⁶ GABALDÓN LÓPEZ, J. “Nulidad de actuaciones procesales y recurso de amparo”, en *Cuadernos de Derecho Judicial sobre La Nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 281.

⁷ MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Editorial Colex, 1991, págs. 105 y ss.

⁸ Decimos mal llamado *recurso*, pues, precisamente procede su interposición contra sentencias firmes, contra las cuales, por definición, no cabe recurso; de este modo, entendemos como más adecuado denominarlo de forma distinta a recurso, por ejemplo: *proceso* de revisión, *remedio procesal*, etcétera.

rebelde, etcétera; remedios procesales a los que se refiere el art. 245.3 LOPJ cuando dice que “*son sentencias firmes aquellas contra las que no quepa recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley*”⁹. Pues bien, partiendo de esta diferenciación, se llegó a entender que procedía la declaración de oficio de nulidad de actuaciones hasta que existiera sentencia firme, pero respetando siempre las sentencias definitivas; es decir, una vez existiera sentencia definitiva y antes de que ganare firmeza, se podía declarar de oficio la nulidad de actuaciones de alguna o algunas de ellas, siempre y cuando que tal declaración no afecte a la sentencia definitiva; así, por ejemplo, nulidad de la notificación de sentencia, en cuanto acto procesal de comunicación, y así posibilitar la utilización de los recursos procedentes contra la sentencia definitiva.

C.2) Sentencia del TC 110/1988. Referida sentencia supuso un hito importante en la interpretación de la materia que nos ocupa, precipitando en la posterior STC 185/1990, que ya comentaremos. La STC 110/1988, de 8 de junio, de la Sala Primera del TC, de la que fue ponente Rubio Llorente, se ocupa de un caso en que, dentro de un proceso penal se aprecia, en ejecución de sentencia - y por tanto existiendo ya sentencia definitiva y firme-, la falta de citación de los recurrentes -es decir, los que acudieron en amparo ante el TC- a efectos de recurso de apelación, y detectándose tal vicio en el proceso o fase de ejecución de sentencia, solicitan la nulidad de actuaciones, que es rechazada por el órgano jurisdiccional; referida parte acudió al Tribunal Constitucional, vía recurso de amparo, estimándose dicho recurso, a cuyo efecto el TC acude a efectuar una interpretación intrépida y criticada por la doctrina¹⁰, en el sentido de entender que *sentencia definitiva* equivale a *sentencia definitivamente ejecutada*, de manera que “...pueda el Juez o Tribunal Sentenciador, mientras no lo ha sido (*se entiende ejecutada*) de oficio y previa audiencia de las partes, declarar la nulidad de actuaciones de lo necesario para restaurar a las partes en los derechos que garantiza el art. 24 de nuestra Constitución y sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en el art. 11.2 LOPJ...” (STC 110/1988, FJ7)¹¹. La Sala Segunda del TC no comparte esta tesis (confr. STC 22/1989), sino que mantiene la tesis existente con anterioridad a la STC 110/1988, y a la cual ya nos hemos referido en el apartado precedente.

C.3) Sentencia Pleno TC 185/1990. Ante tal estado de cosas el propio TC decidió autoplantearse cuestión de inconstitucionalidad¹² sobre el art. 240 LOPJ. Se resuelve mediante la Sentencia del Pleno del TC 185/1990, de 15 de noviembre, en la cual el TC declara la constitucionalidad del art. 240 LOPJ y viene a decir que el citado precepto

⁹ Nótese que el citado precepto (el art. 245.3 LOPJ) utiliza implícitamente el término *recurso* para referirse al de revisión, lo cual como queda apuntado es una clara imprecisión jurídica.

¹⁰ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario de la STC 110/1988”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1989-1, págs. 905 y ss.; GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Nulidad de actuaciones y la Constitución”, *Revista Jurídica La Ley*, 1992-1, págs. 793 y ss.; GARNICA MARTÍN, J.F., “Nulidad de actuaciones después de sentencia firme”, en *Revista Justicia*, 1990, Tomo IV, págs. 897 y ss.; entre otros.

¹¹ Esta misma o similar línea, y también por la Sala Primera del TC, se siguió en las SSTC 211, 212 y 213/1989.

¹² Referida autocuestión (confr. art. 55.2 LOTC) se plantea en las citadas SSTC 211, 212 y 213/1989; por cierto, fue la primera vez que el TC se planteaba autocuestión de inconstitucionalidad; y además, como se verá, fue desestimada.

“...no se opone en este supuesto ni al art. 24, ni al carácter subsidiario del recurso de amparo. Se limita a preservar el principio de inmodificabilidad de oficio de las sentencias una vez firmadas...” (FJ2). Es decir, se acogió la tesis que mantenía la Sala Segunda del propio TC, abandonando la tesis que sostenía la Sala Primera del mismo Tribunal. De este modo, la Sentencia del Pleno del TC 185/1990, vino a restablecer la interpretación que se hacía hasta la sentencia de 1988, comentada, recuperando la interpretación de la que hemos denominado primera etapa, es decir, posibilitando la declaración de oficio de nulidad de actuaciones, *hasta que exista sentencia firme, pero respetando siempre la sentencia definitiva*, como consecuencia del principio de inmodificabilidad de oficio de las sentencias y demás resoluciones; así, p.ej., nulidad en la notificación de la sentencia, en virtud de la cual, al declarar la misma, se anularía también la declaración de firmeza de la sentencia, pero, respetando la sentencia definitiva, se posibilitándose la interposición del recurso que procediera contra indicada sentencia definitiva, y así obtener más tarde, en su caso, en la instancia ulterior la anulación de aquella misma sentencia definitiva, por la vía adecuada a estos fines (en tal sentido es importante la doctrina que se fija en la STC 198/1994, de 4 de julio; en similar sentido SSTC 271/1994 y 185/1997).

D) Reforma de 1997 de la LOPJ

Esta situación es la que se encuentra la reciente Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ (BOE 5/12/1997), que, como afirma su exposición de motivos, pretende dejar planteada “...en términos más razonables la cuestión del desarrollo legal del apartado 2 del artículo 53 de la Constitución, acerca de la tutela judicial ordinaria, por cauces preferentes y sumarios de los derechos fundamentales...” pues el legislador considera “...apremiante superar la indeseable situación, muchas veces repetida, resultante del tenor literal del apartado 2 del artículo 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en virtud del cual no existe cauce para declarar la nulidad radical de actuaciones por vicio procesal una vez que ‘hubiere recaído sentencia definitiva’...” Y a tales efectos, “...la Ley opta por establecer un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible...”; instaurándose un *nuevo incidente de nulidad de actuaciones* que viene a configurarse como una cuarta vía de declaración de tales vicios, y que se regula en los apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ; y también se retoca el apartado 2 del citado art. 240 LOPJ¹³. Pero, continua sin desarrollarse el art. 53.2 CE.

E) La reforma de 1999

Como ya hemos adelantado, recientemente, ha sido retocado el régimen de la nulidad de actuaciones judiciales mediante la LO 13/1999. La génesis de tal ley hay que buscarla en la tramitación parlamentaria de la *Proposición de Ley Orgánica de*

¹³ Trataremos en detalle sobre esta importante reforma en el lugar oportuno de esta ponencia.

*modificación del artículo 19 de la LOPJ*¹⁴, y en concreto en el trámite de enmiendas, donde se presentó, en el Congreso de los Diputados, la enmienda núm. 3, firmada por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), de modificación de los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, que tiene su última justificación en la pretensión de introducir en la LOPJ las enmiendas formuladas por el Senado al texto de la que luego sería LO 5/1997, y que no obtuvieron, en su día, mayoría absoluta en el Congreso¹⁵. Indicada enmienda fue aceptada finalmente por el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior¹⁶, siendo aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 11 de febrero de 1999¹⁷; en trámite ante el Senado, se presentó la enmienda núm. 2 por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV), de supresión de la modificación de los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, justificándola en la necesidad de reconducir la Proposición de Ley a sus términos estrictos iniciales de reconocimiento como Tribunal consuetudinario y tradicional al Consejo de Hombres Buenos de Murcia¹⁸; enmienda que fue rechazada por la Ponencia¹⁹, habiendo sido aprobado por la Comisión el texto remitido por el Congreso de los Diputados²⁰, al cual se le formularon ligeras modificaciones, vía enmiendas del Senado, mediante mensaje motivado, consistentes en la modificación del Título y Preámbulo de la Proposición de Ley Orgánica, con el fin, de una parte, de adoptarlos al contenido material de la misma, de modo que aparezca mencionado también de forma expresa el artículo 240 de la LOPJ, y de otra parte, de introducir una corrección de carácter técnico en el que era el último párrafo del Preámbulo aprobado en su día por el Congreso de los Diputados²¹. Finalmente, el Pleno del Congreso de los Diputados, en sesión de fecha 29 de abril de

¹⁴ Curiosamente, indicada Proposición de Ley, en su germen inicial tan sólo se refería a la modificación del citado art. 19 LOPJ, a fin de reconocer "...el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional al denominado Consejo de Hombres Buenos de Murcia" (BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 159-1, de 24 de febrero de 1998); pero, como viene siendo habitual en los últimos tiempos, en el trámite parlamentario se le han ido añadiendo cuestiones que ninguna relación guardan con el inicial objeto de tal propuesta de cambio legislativo.

¹⁵ Pues en justificación de tal enmienda, así como de otras también presentadas, se indicaba que "...la finalidad del conjunto de enmiendas que se presentan es la de introducir en el texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial todas aquellas enmiendas del Senado que, aunque alcanzaron una amplia mayoría en su ratificación en el Congreso el 13 de noviembre de 1997, no pudieron finalmente incorporarse al texto de la Ley, dado que la misma no obtuvo la mayoría absoluta en su votación final de conjunto, quedando aprobada tal y como había salido inicialmente del Congreso de los Diputados y, en consecuencia, ninguna enmienda del Senado finalmente figuró en la Ley publicada en el "BOE". De aprobarse ahora nuevamente estas enmiendas, se permitiría aprovechar el trabajo realizado por el Senado y que había sido también aceptado por amplia mayoría en el Congreso" (BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 159-4, de 7 de abril de 1998).

¹⁶ BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 159-7, de 29 de diciembre de 1998.

¹⁷ BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 159-9, de 17 de febrero de 1999.

¹⁸ BOCCGG, Senado, Serie III A, núm. 11(f), de 11 de marzo de 1999.

¹⁹ BOCCGG, Senado, Serie III A, núm. 11(g), de 29 de marzo de 1999.

²⁰ BOCCGG, Senado, Serie III A, núm. 11(h), de 8 de abril de 1999; el GPSNV, mantuvo, como votos particulares, para su defensa ante el Pleno, las enmiendas 1 a 4 presentadas al texto, entre las que se encontraba la enmienda núm. 2, ya citada. Indicadas enmiendas posteriormente fueron defendidas ante el Pleno, decayendo, por tanto, las mismas (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 235, año 1999, VI Legislatura, Sesión plenaria de 29 de abril de 1999, pág. 12570).

²¹ BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 159-10, de 27 de abril de 1999.

1999, votó favorablemente, con mayoría absoluta, tanto a las enmiendas del Senado, como a la totalidad del texto, que exigía tal votación de totalidad, al tratarse de una Ley Orgánica²², pasando la Ley a denominarse, por tanto, como *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*²³, denominación con la que es promulgada y publicada en el BOE de fecha 15 de mayo de 1999, como ya se ha indicado.

F) Perspectivas de futuro

Pero esta vorágine reformadora en torno a la nulidad de actuaciones judiciales no se agota en lo expuesto, sino que, en las fechas en que esto se escribe (mayo de 1999), existe, al menos, otra propuesta legislativa que afecta a indicada materia, a saber, el *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998 (PROLEC)*, que, dada su importancia, será abordado en un posterior epígrafe dentro de esta misma ponencia.

1.2. Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales

La ineficacia procesal se nos presenta como un concepto aglutinador de todas aquellas situaciones en que el acto procesal no despliega los efectos normales que le corresponden de acuerdo con la legalidad vigente, es decir, aquellas situaciones en que en uno u otro grado -desde el más absoluto al más nimio-, por diversas causas, que se analizarán, el acto procesal deja de desplegar todos o algunos de los efectos que está llamado a producir. Las situaciones que pueden presentarse, en cuanto a ineficacia procesal se refiere, son muy variadas, pero han sido agrupadas por la doctrina en varias categorías, siendo la clasificación más aceptada la que distingue entre²⁴:

A) Inexistencia. Estaremos ante un acto procesal inexistente cuando *faltan los presupuestos o requisitos esenciales y necesarios para el nacimiento del acto procesal*. Es el grado máximo de ineficacia procesal. No es una categoría pacíficamente aceptada. Como ejemplos de supuestos de inexistencia, la doctrina suele citar los siguientes: el de la sentencia firmada por alguien que no es juez; una demanda en la que no se contenga petición alguna (*sin petitum*), etcétera.

B) Nulidad absoluta, radical o de pleno derecho. Estaremos en presencia de un acto procesal nulo de pleno derecho cuando a referido acto *le falte, al menos, una*

²² Las enmiendas del Senado, que se limitaban a introducir en el título de la Ley la mención del art. 240 LOPJ, así como añadir un último párrafo en el Preámbulo de la Ley, referido a citada reforma, y a un retoque técnico en el final del anterior párrafo del Preámbulo -cambiar la palabra “..se propone...”, por la más adecuada de “...se modifica...”, obtuvieron un total de 300 votos favorables y una abstención; y la votación de conjunto de la proposición de ley, obtuvo 301 votos favorables y dos abstenciones, quedando aprobada con carácter orgánico la proposición de ley al haber alcanzado la mayoría absoluta legal de la Cámara exigida por la Constitución y el Reglamento del Congreso (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 235, año 1999, VI Legislatura, Sesión plenaria de 29 de abril de 1999, pág. 12577).

²³ BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 159-11, de 5 de mayo de 1999.

²⁴ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág. 83 y ss.; y la doctrina allí comentada y citada, a la que expresamente nos remitimos.

circunstancia o requisito considerado esencial y fijado en las leyes procesales como necesario para que el acto produzca sus efectos normales, sin que sea imprescindible que la Ley declare expresamente la nulidad en cada supuesto, sino que es suficiente con que la infracción exista para poder considerar su nulidad. Como ejemplos de nulidad absoluta podemos citar los siguientes: Falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional, etcétera.

C) Nulidad relativa. La nulidad relativa se diferencia de la nulidad absoluta únicamente en la *posibilidad de subsanación*; y así, tenemos que el acto procesal que está viciado con nulidad relativa se equipara, si no es subsanado, al acto nulo de pleno derecho, no siendo susceptible de producir ningún efecto, pero si se produce la subsanación, los efectos del acto se retrotraen al momento de la realización del acto defectuoso (*ex-tunc*). Como ejemplo es posible citar el art. 180 LECrim y el art. 279 LECiv, que se refieren a notificaciones, citaciones, etcétera, nulas, pero que surtirán sus efectos si la persona a que se refieren se da por enterada en el juicio; en similar sentido, se regula en el art. 61 LPL de 1995.

D) Anulabilidad. Estamos ante un acto procesal anulable *cuando le falte algún requisito distinto de los de carácter de orden público y que no sea esencial, produciendo efectos referido acto, mientras no sea impugnado por alguna de las partes*. Se trata de actos susceptibles de ser convalidados o sanados, y si se declara su ineficacia por así denunciarlo la parte y tras los trámites oportunos, la misma opera desde el momento de su declaración (*ex-nunc*). Como ejemplos de anulabilidad podemos citar la incompetencia territorial, insuficiencia del poder de procurador, etcétera.

E) Mera irregularidad. Los actos procesales irregulares son *actos procesales incorrectos cuyo defecto no impide la total producción de sus efectos*, y tan sólo pueden llevar aparejada una sanción para el funcionario causante de la irregularidad. Desde el punto de vista procesal los actos procesales son totalmente eficaces. Como ejemplo podemos citar: Sentencia dictada fuera de plazo; no observación de los plazos de tramitación, etcétera.

1.3. Bloque normativo: Características

Actualmente, la materia relativa a la ineficacia de los actos procesales se regula en los arts. 238 al 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la cual cabe destacar las siguientes notas: a) Que pretende dar una regulación global y más o menos completa de la materia; b) que referida normativa es de aplicación a todos los órdenes jurisdiccionales ordinarios -civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, militar-, salvo que se disponga lo contrario en las correspondientes normas reguladoras de los diversos procesos; c) que, en líneas generales, indicada normativa acude a la técnica de las cláusulas generales y abiertas, a integrar por lo que resulte de la normativa concreta que venga en aplicación; y, d) que se aprecia un gran mimetismo con la normativa administrativa vigente al momento del dictado de la LOPJ, la Ley de Procedimiento

Administrativo de 17 de Julio de 1.958²⁵. Además de esta concreta regulación, que como hemos indicado acude a la técnica legislativa de utilización de cláusulas generales y abiertas, es necesario, precisamente por tal característica, tener en cuenta la concreta normativa de los respectivos órdenes jurisdiccionales, a la hora de integrar los conceptos generales contenidos en esta regulación; en todo caso, es constatable que este bloque normativo ha sido objeto de una abundante jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional, como de las respectivas Salas del Tribunal Supremo, y de los demás Juzgados y Tribunales; y, por tanto, en la medida en que lo permita el enfoque y límites de la presente ponencia, al analizar el derecho positivo que regula el objeto de la misma, trataremos también acerca de la jurisprudencia existente al respecto.

1.4. Aspecto sustantivo de la nulidad de actuaciones judiciales

Siguiendo, en la medida de lo posible, la clasificación doctrinal sobre la ineficacia procesal, cuya esencia se expuso más arriba, es posible sintetizar lo relativo al aspecto sustantivo de la nulidad de actuaciones judiciales, según la vigente regulación (arts. 238-243 LOPJ) del siguiente modo²⁶:

A) Nulidad de pleno derecho. Se recoge, en términos generales, en el art. 238 LOPJ, que literalmente dice: “*Los actos judiciales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:- 1.º Cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.- 2.º Cuando se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave.- 3.º Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión*”. En relación con la misma tan sólo indicar que la mención “actos judiciales” que se contiene en dicho precepto, es considerado, por la mayoría de la doctrina, como equivalente a “*actos procesales*”, y que los motivos de nulidad que más problemática generan son los del núm. 3 del art. 238, en los que el concepto de *indefensión* juega un papel primordial.

B) Anulabilidad. La LOPJ no utiliza el término anulabilidad, pero determinado sector doctrinal entiende que tanto la *anulabilidad* como la *nulidad relativa* se recogen en el art. 240.1 LOPJ. Los supuestos de anulabilidad serían, naturalmente, los que se recogen bajo la categoría de “*...defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión*”²⁷.

²⁵ Mimetismo que ha puesto de relieve, entre otros, Tomas GUI MORI (“Nulidad de actuaciones tras sentencia definitiva. La anunciada inconstitucionalidad del art. 240 LOPJ”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1990, págs. 118 y ss.).

²⁶ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 89 y ss.

²⁷ Su carácter de actos procesales anulables viene dada por la doble circunstancia de que no se recogen en el art. 238 como actos nulos de pleno derecho y que además se especifican en el art. 240.1 como categoría distinta a la nulidad de pleno derecho, y que de la redacción del art. 240.1 en relación con el art. 240.2, parece que tan sólo pueden ser declarados nulos si tales vulneraciones son denunciadas, por las partes, a través de los correspondientes recursos o demás medios que establezca la Ley, nunca de oficio. Aunque al respecto, cierto sector doctrinal (MARTÍN DE LA LEONA) entiende que también cabe la declaración de

C) Principio de subsanación de actos procesales defectuosos. Partiendo de entender la subsanación como la posibilidad de que un acto privado de eficacia pueda adquirirla mediante la realización de actos posteriores que se la otorguen, la LOPJ trata de la misma en el art. 243 LOPJ, que establece que “*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*”; precepto que ha de ser puesto en relación con el art. 11.3 LOPJ que preceptúa que “*los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes*”

D) Principio de conservación de los actos procesales. La LOPJ, en el art. 242, se refiere al principio de conservación, tanto en relación con los actos posteriores al declarado nulo, como en relación con las partes de un acto, que haya sido declarado nulo en algunos aspectos. Referido precepto dice: “*1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aún sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.- 2. La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo que sean independientes de aquélla*”.

E) Tratamiento procesal de los actos irregulares. El art. 241 LOPJ se ocupa de tal cuestión, preceptuando que “*las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo*”. Es decir, salvo que se trate de un *término esencial*, la extemporaneidad de un acto no implica su nulidad, sino que se trata de una mera irregularidad, pero el acto produce todos sus efectos, de igual modo que si hubiera sido dictado o producido dentro de plazo. Como se observa, la LOPJ, de todas las posibles irregularidades no invalidantes, sólo se refiere al plazo.

1.5. Aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones: Remisión

En cuanto al *aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones judiciales*, y centrado en el estudio de las vías o cauces a través de los cuales hacer valer y, en su caso, declarar la nulidad de actuaciones judiciales, se hace preciso partir del contenido del artículo 240 LOPJ, que se ha visto afectado por las recientes modificaciones operadas por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la LOPJ (BOE 05/12/1997) y por la 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 (BOE 15/05/1999), ya citadas. Artículo que ha de ser matizado con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que sobre la materia se ha producido; significando que en dicha jurisprudencia y en lo que se refiere a *este aspecto procedimental* la tendencia es a equiparar los denominados motivos de anulabilidad (art. 240.1 LOPJ) con las causas estrictas de nulidad de pleno derecho (art. 238 LOPJ); y por tanto, partiendo de la

oficio de la nulidad de esos actos, dada la amplitud de la redacción del art. 240.2, cuando dice en su *in fine* “...la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular...”

Sentencia Pleno TC 185/1990, de 15 de noviembre, resolviendo *autocuestión de inconstitucionalidad* núm. 91/1990, en relación con el art. 240.2 LOPJ (BOE de 3 de diciembre de 1990), podemos decir²⁸ que para hacer valer y, en su caso, declarar la nulidad de pleno derecho y los defectos de forma de los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, y siempre que no proceda la subsanación, existen cuatro vías o cauces,²⁹ a saber: a) mediante los recursos legalmente previstos; b) declaración de oficio; c) los demás medios que establezcan las leyes procesales; y, d) a través del nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, regulado en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ. Indicadas vías o cauces merecen ser considerados separadamente, y, en especial, lo relativo al *nuevo incidente de nulidad de actuaciones*.

2. Vías o cauces para declarar la nulidad de actuaciones

2.1. Primera vía: Los recursos legalmente previstos

La primera vía a través de la cual hacer valer los vicios de nulidad, y en su caso, declararles, se articula a través de la interposición de los recursos previstos en las leyes procesales (art. 240.1); esto significa que cuando contra la resolución correspondiente, en la que se entiende que se ha incurrido en uno o más vicios determinantes de nulidad, quepa interponer alguno de los referidos recursos, tanto ordinarios como extraordinarios³⁰, en referido recurso se podrá hacer valer la impugnación basada en alguna o algunas de las causas de nulidad o anulabilidad y el órgano judicial, al resolver el recurso, deberá pronunciarse sobre tales impugnaciones [principio de prohibición del *non liquet* (art. 1.7 CCiv en relación con el art. 11.3 LOPJ)]. En todo caso, es preciso insistir que la vía constituida por los recursos que procedan contra la resolución de que se trate, se configura como el *medio ordinario por antonomasia a través de cual hacer valer, y en su caso, declarar, las posibles nulidades de actuaciones*, y así el cauce

²⁸ Como cierre del sistema hasta la entrada en vigor de la reforma de 1997 de la LOPJ, en nuestro ordenamiento jurídico se encontraba proscrito el incidente autónomo de nulidad de actuaciones, que ya fue suprimido de nuestro ordenamiento procesal civil mediante la nueva redacción dada al párrafo segundo del artículo 742 LECiv, por Ley 34/1984, de 6 de agosto, y siendo tal proscripción asumida por la regulación de carácter general aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales contenida en los artículos 238 a 243 LOPJ, ya citados. (LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág. 193 y ss. LAMO RUBIO, J. de, “Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales”, publicación de separata en *Revista de los Tribunales de Castilla-La Mancha*, abril, 1997).

²⁹ Hasta la citada LO 5/1997, de 4 de diciembre, la jurisprudencia y doctrina era unánime en el sentido de entender que tan sólo existían *tres vías*; tras la citada ley, y por lo que se refiere al régimen de nulidad de actuaciones, tras retocar la denominada segunda vía, *se ha introducido una cuarta vía, creando un nuevo incidente de nulidad de actuaciones* (LAMO RUBIO, J. de, “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al artículo 1º de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Jurídica La Ley*, núms. 4597 y 4598, Madrid, 3 y 4 de agosto de 1998. LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 193).

³⁰ Así, por ejemplo: reposición, apelación, reforma, suplica, queja, casación, suplicación, etcétera, según órdenes jurisdiccionales; entendiendo el término recurso en sentido estricto, como el que tan sólo procede contra sentencias o resoluciones que aún no tienen el carácter de firme.

natural para actuar tales pretensiones han de ser los recursos legalmente establecidos, pues caso de que, existiendo tales recursos y habiéndose ya producido el vicio determinante de nulidad, y teniendo conocimiento del mismo la parte correspondiente, no se hiciera uso de los mismos, dejando transcurrir el plazo establecido al efecto, y luego se pretendiera hacer valer la nulidad de actuaciones por otras vías, señaladamente a través de la declaración de oficio, o acudiendo al nuevo incidente de nulidad de actuaciones, las mismas han de repelerse, sin perjuicio de las facultades de subsanación que, en cada caso, tenga el órgano judicial correspondiente (confr. Auto TC 46/1998, de 24 de febrero de 1998)³¹.

De otra parte, es preciso tener presente que no en toda clase de procedimientos, ni contra todas las resoluciones, proceden los recursos, pues el legislador goza de libertad para configurar el sistema de recursos, en cada caso; y así, puede suceder que determinadas resoluciones no sean recurribles³². El derecho de acceso a los recursos ha sido ampliamente abordado por el Tribunal Constitucional que, tratando de precisar el contenido del art. 24.1 CE, ha distinguido entre el *derecho de acceso a la jurisdicción*, que nace directamente de la Constitución y es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en dicho precepto, y el *derecho de acceso a los recursos* contra las resoluciones judiciales, que es un derecho de configuración legal que no nace *ex Constitutione* sino de lo que, en cada momento, hayan dispuesto las leyes procesales. El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan salvo en lo penal (SSTC 19/1981, 140/1985, 37/1988, y 106/1988, entre otras).

2.2. Segunda vía. Declaración de oficio

La segunda vía, a través de la cual hacer valer los vicios de nulidad, y en su caso, declararlos, la representa la declaración por parte del órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, previa audiencia de las partes, y siempre que no haya recaído sentencia definitiva (art. 240.2 LOPJ). En relación con esta vía es preciso decir que tras un periodo de vacilación, ya superado, en el cual incluso se llegó a interpretar el término *sentencia definitiva*, como equivalente a *sentencia definitivamente ejecutada*³³ (así,

³¹ En similar sentido, Auto TSJ de Cataluña (Social) de 23 de junio de 1998. Pont.: Quesada Pérez [AS 1998\3164], que inadmite incidente de nulidad de actuaciones judiciales ex art. 240.3 LOPJ, contra sentencia susceptible de ser recurrida en casación por unificación de doctrina.

³² Como, p. ej., dentro del denominado procedimiento penal abreviado, el auto de apertura de juicio oral, excepto en lo relativo a la situación personal del acusado (art. 790.7 LECrim), la decisión sobre denegación de pruebas (art. 792.1.II LECrim), las resoluciones con contenido material de providencia (art. 787.1 LECrim); en el proceso civil, dentro del Juicio Verbal Civil, son irrecurribles las sentencias en las que se resuelve sobre acciones personales basadas en derechos de crédito (art. 732.I LECiv); en el proceso laboral, se limita el acceso a la suplicación en determinados supuestos, en cuyo caso las sentencias del Juzgado de lo Social son irrecurribles (art. 189 y concordantes (arts. 126, 137.1, 138.4.II, etcétera) LPL); etcétera.

³³ Sendas visiones y críticas, sobre la STC 110/1988, se pueden leer en GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario a la S.TC 110/1988”, en

SSTC 110/1988, 211, 212 y 213 de 1989), ha venido a ser interpretado por el TC, como equivalente de *sentencia firme, pero respetando la sentencia definitiva*³⁴. En definitiva, pues, podemos resumir diciendo que la declaración de oficio de nulidad de actuaciones judiciales exige la concurrencia de cuatro *requisitos*: a) que no haya recaído aún Sentencia firme, en los términos que ya hemos comentado o resolución de análoga eficacia; b) que se dé alguno o algunos de los supuestos de hecho del art. 238 LOPJ o del art. 240.1 LOPJ, es decir, que concurren los elementos sustantivos que hagan necesaria esa declaración de nulidad de actuaciones; en cuanto a los supuestos que dan entrada al incidente de nulidad de actuaciones introducidos en la Reforma de 1997 -que comentaremos más adelante-, han de entenderse incluidos en los citados arts. 238 y 240.1 LOPJ y por tanto es innecesaria su expresa mención, al ser motivos más restrictivos que los expuestos, y reconducibles a algunas de esas categorías; c) que no proceda la subsanación; y, d) que se dé audiencia previa a las partes³⁵.

En cuanto al *trámite de esta declaración de oficio de nulidad de actuaciones*, el mismo no está expresamente desarrollado en la ley; pero, con fundamento en los principios generales del Derecho Procesal y atendiendo a la práctica forense más frecuente, podemos configurar y esquematizar referidos trámites del siguiente modo: 1º) detectado el posible vicio de nulidad (o anulabilidad) por el órgano judicial, o puesto de manifiesto el mismo por alguna de las partes, se dictará proveído³⁶ al efecto; 2º) en referida resolución se expresarán con claridad los hechos determinantes del vicio de nulidad y su incardinación jurídica, poniéndose así de manifiesto a las partes, a las cuales se les concede la audiencia previa que preceptúa la ley, en esa misma resolución; 3º) en relación con tal audiencia previa, la misma puede llevarse a cabo mediante la citación de las partes a una comparecencia, o bien otorgándoles un breve plazo, para que por escrito aleguen lo que a su derecho convenga, en relación con la cuestión de referencia³⁷; 4º) presentadas las alegaciones y/o transcurrido el plazo otorgado, o bien en la otra hipótesis, celebrada la comparecencia, se resolverá la cuestión mediante auto,

Revista Jurídica La Ley, 1989-1, págs. 905 y ss., y en GARNICA MARTÍN, J.F., “Nulidad de actuaciones después de sentencia firme”, en *Revista Justicia*, 1990, Tomo IV, págs. 897 y ss.

³⁴ Así, p.ej., nulidad en la notificación de la sentencia, en virtud de la cual, al declarar la misma, se anularía también la declaración de firmeza de la sentencia, pero, respetando la sentencia definitiva, se posibilitándose la interposición del recurso que procediera contra indicada sentencia definitiva, y así obtener más tarde, en su caso, en la instancia ulterior la anulación de aquella misma sentencia definitiva, por la vía adecuada a estos fines (en tal sentido es importante la doctrina que se fija en la STC 198/1994, de 4 de julio; en similar sentido SSTC 271/1994 y 185/1997). En tal sentido se pronunció también el Pleno del TC en la citada Sentencia 185/1990, y además en muchas otras en iguales o parecidos términos (SSTC 52/1991, 10/1993; etcétera). La evolución jurisprudencial sobre el concepto de sentencia definitiva ya fue expuesto al inicio de esta ponencia.

³⁵ Audiencia previa a las partes que es esencial, y cuya ausencia determina, a su vez, la nulidad de la declaración de nulidad así efectuada; incluso aunque tal nulidad de actuaciones se suscite *ex officio* en la segunda instancia (en tal sentido es clarificadora la STC 10/1993, de 18 de enero).

³⁶ Que, entendemos, procede adoptar a través de la forma de propuesta de providencia, conforme al art. 290 y 245.1.a) LOPJ.

³⁷ La praxis más frecuente es que tal audiencia se sustancie en trámite escrito; en cuanto al plazo que se concede a las partes para evacuarla suele ser variable, así, 3, 5, 10 días, etc., en función de la dificultad del caso, y de los dictados de la prudencia en cada supuesto.

pues así lo exige el art. 245.1.b) LOPJ³⁸; 5º) contra dicho auto podrán interponerse los recursos ordinarios que quepa interponer contra los autos en el procedimiento concreto en que se dicte el mismo³⁹.

Destacando las *innovaciones introducidas mediante la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ*⁴⁰, en esta segunda vía o cauce procesal a través del cual hacer valer los vicios de nulidad de actuaciones judiciales, y en su caso declararles judicialmente, las mismas pueden sintetizarse del siguiente modo⁴¹:

A) Se establece expresamente la posibilidad de que el mini-procedimiento de declaración de oficio de la nulidad de actuaciones pueda ser iniciado “...a instancia de parte...”, modificación que parece positiva por cuanto viene a aclarar un aspecto que ofrecía dudas interpretativas en esa modalidad de declaración de la nulidad, de forma que las praxis existentes eran diversas, y así unos órganos jurisdiccionales entendían que no era posible que tal nulidad de actuaciones fuera excitada por las partes, y otros, en cambio, admitían que la misma fuera instada por alguna de las partes; con la reforma queda claro que las partes tienen capacidad de postulación a efectos incoatorios de ese mini-procedimiento de declaración de nulidad de actuaciones⁴²; y por tanto, la denominación del mismo como de “declaración de oficio” pierde buena parte de su virtualidad⁴³. En todo caso, por parte, en el sentido que se refiere el nuevo apartado 2 del artículo 240 LOPJ ha de entenderse tan sólo las partes en sentido técnico procesal.

³⁸ Nótese que indicado precepto dice que las resoluciones judiciales adoptarán la forma de auto, entre otros supuestos, “cuando decidan sobre nulidad del procedimiento...”; tratándose de un auto directo, sin que proceda ser dictado mediante propuesta del Secretario Judicial, pues se trata de uno de los supuestos excluidos de propuesta, conforme al *in fine* del art. 290 LOPJ.

³⁹ Ciertamente sector doctrinal, entiende que ese auto es irrecurrible, así, a título de ejemplo, puede consultarse: GÓMEZ DE LIAÑO, “Nulidad de actuaciones y la Constitución”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1992-1, pág. 795.

⁴⁰ Como recuerda MORENILLA, “...el proyecto de ley orgánica presentado por el Gobierno el 11 de septiembre de 1996 no incluía la modificación del apartado segundo, centrándose en el tema principal del incidente de nulidad de actuaciones tras la firmeza de la resolución (apartados 3º y 4º del art. 240)...”, introduciéndose la reforma del comentado apartado 2 del art. 240 en el trámite parlamentario, concretamente mediante enmienda del Grupo Parlamentario Vasco, que fue admitida en su totalidad, dando lugar a la redacción final del comentado apartado (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según el nuevo artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: consideraciones críticas”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 12 de marzo de 1998, pág. 2).

⁴¹ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág. 208 y ss.

⁴² MORENILLA crítica esta posibilidad de denuncia de parte introducida por la comentada reforma, pues afirma que no alcanza “... a imaginar una resolución judicial que, produciendo indefensión, y antes de adquirir firmeza, solamente pueda ser impugnada a través del apartado segundo del art. 240, sin que, previamente, no haya sido posible su denuncia mediante recurso u otros medios legalmente previstos...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 2). En todo caso, es preciso tener presente que en los respectivos órdenes jurisdiccionales existen determinadas resoluciones que no son recurribles, como ya hemos indicado; así, p.ej., no todas las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Social son susceptibles de recurso de suplicación (confr. art. 189 y ss. LPL).

⁴³ No obstante ello hemos preferido mantener esa denominación, como identificativa de esta vía, pues es la más tradicionalmente asentada, tanto en la doctrina, como la jurisprudencia y la práctica forense (LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, *op. cit.*, pág. 209).

B) En otro orden de cosas, manteniéndose el límite temporal en la que se continúa denominando *sentencia definitiva*⁴⁴, se añaden las *resoluciones de análoga eficacia*, por cuanto se agrega la expresión “...o resolución que ponga fin al proceso...”, de modo que también con esta modificación se viene a recoger una praxis que se derivaba de la misma configuración de la norma precedente, por cuanto se venía entendiendo que ese límite temporal era de aplicación tanto para las sentencias como para otras resoluciones con similar eficacia.

En resumen, con la nueva redacción del artículo 240.2 LOPJ parece más acertado considerar esa vía como una posibilidad de denunciar y, en su caso, declarar, tanto de oficio como a instancia de parte, la nulidad de actuaciones judiciales, hasta que hubiere recaído sentencia definitiva, entendida conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional, o resolución de análoga eficacia, como ya hemos indicado; de modo que ahora, la *nota característica de esta vía* o cauce procedimental (la denominada *segunda vía*) no la constituye la forma en que se puede acceder a la misma, sino *el límite temporal-procesal que se señala* para poder acudir a referido mini-procedimiento de declaración de nulidad de actuaciones judiciales⁴⁵.

En relación con este cauce o segunda vía, por cuanto afecta al concepto de sentencia definitiva y firme, pero también de aplicación a la que hemos denominado cuarta vía, se suscita la cuestión relativa a la posibilidad de instar nulidad de actuaciones de

⁴⁴ Sobre el concepto de sentencia definitiva y su interpretación por parte del TC a efectos del precepto comentado, puede consultarse un pasaje anterior de esta ponencia; en todo caso, es preciso indicar que el TC viene diferenciando los conceptos clásicos de sentencia definitiva y sentencia firme, y entiende que procede aplicar este precepto hasta que exista sentencia firme, pero respetando siempre la sentencia definitiva; así, recientemente, ha afirmado que de conformidad con el art. 44.1.a) LOTC y de “...una constante y uniforme doctrina de este Tribunal de la que es un simple ejemplo la STC 271/1994, fundamento jurídico 6.º, el recurrente, que manifiesta haber tenido conocimiento extraprocesal de la sentencia, antes de acudir al amparo constitucional tendría que haber intentado contra aquélla el procedente recurso de casación solicitando al efecto y previamente la notificación formal, *incluso pidiendo la nulidad de la providencia en la que se declaraba la firmeza*. De este modo, agotando el recurso jurisdiccional habría dado oportunidad a los Tribunales para reparar la irregularidad procesal presuntamente causante de la indefensión alegada. Exigencia que no puede calificarse de excesivamente gravosa, habida cuenta de que, preceptivamente, contaba con asistencia letrada (...) En definitiva, concurre en este caso la causa de inadmisión descrita que, en esta fase procesal, debe seguir calificándose como tal, pues «una cosa es la admisión a trámite de una pretensión, que no precluye o determina su final admisibilidad y otra este pronunciamiento específico, equivalente en más de un caso a la desestimación pero distinto por su fundamento extrínseco o formal que permite matizarlo con más rigor intelectual, técnico y jurídico y con efectos importantes desde más de una perspectiva» (STC 247/1994, fundamento jurídico 3.º)...” (STC 185/1997, de 10 de noviembre de 1997, Ponente Sr. Gabaldón López). El CGJP también mostró su preocupación, en relación con el anteproyecto de la que luego sería LO 5/1997, por la delimitación del concepto de sentencia definitiva y sentencia firme y otros conceptos utilizados en el mismo como “sentencia no susceptible de ulterior recurso” o “irrecurrible”, etcétera (“Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOPJ”, aprobado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 12 de agosto de 1996, *Estudios, informes y dictámenes*, CGPJ, Madrid, 1997, pág. 35 y ss.).

⁴⁵ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op., cit., pág. 211. Para ARIAS LOZANO, se trata de un incidente de nulidad de actuaciones *ante Sententiam* (ARIAS LOZANO, D., “Nota urgente sobre la resurrección del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Orosí, publicación del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 134- 2ª época, Madrid, diciembre, 1997, pág. 10).

sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, y al respecto, el propio Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente, negando tal posibilidad toda vez que en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no se prevé ninguna actuación procesal ni trámite alguno tendente a sustanciar posibles impugnaciones contra sus sentencias, ni cabe que el Tribunal Constitucional cree una tramitación que su Ley Orgánica no contempla, no siendo tampoco de aplicación en relación con las resoluciones del TC, lo previsto en la LOPJ (Auto TC núm. 3/1996, de 15 de enero de 1996).

2.3. Tercera vía: Demás medios que establezcan las leyes procesales

También cabe denunciar, y en su caso, declarar, la nulidad de actuaciones, acudiendo a los demás medios que establezcan las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ). En relación con esta tercera vía para declarar actualmente nulidad de actuaciones judiciales, y conforme tiene dicho el TC, cuando contra las situaciones de indefensión jurisdiccional, causadas por esos vicios de nulidad, no estén previstos remedios procesales ante los Tribunales ordinarios, el único remedio, una vez haya recaído sentencia definitiva y firme, es acudir al *recurso de amparo constitucional*, cuyo carácter extraordinario y subsidiario predicado por el art. 53. 2 CE, ha declarado el propio TC, que no se vulnera por el art. 240.2 LOPJ⁴⁶. En relación con esos otros remedios procesales ante los Tribunales ordinarios - a que ya nos hemos referido-, la doctrina se encuentra dividida, existiendo incluso opiniones contradictorias⁴⁷. Nos interesa tan sólo llamar la atención sobre que esta tercera vía viene a quedar reducida, en la mayoría de los supuestos, al recurso de amparo constitucional -salvo que proceda audiencia al rebelde⁴⁸, o el remedio del mal llamado *recurso de revisión*⁴⁹, el recurso de anulación, previsto en el procedimiento penal abreviado (art. 797 LECrim), etcétera.-; lo cual ha ocasionado una desnaturalización del recurso de amparo constitucional, puesta incluso de manifiesto por

⁴⁶ En tal sentido es clarificador el fundamento jurídico cuarto, en especial el *in fine* de la Sentencia Pleno TC 185/1990, citada; en similar sentido: SSTC 52/1991; 130/1992, 131/1992; 196/1992; 221/1993; 315/1993; etcétera.

⁴⁷ Como significativos de tal exposición pueden consultarse: PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, año 1994, pág. 7, el cual sigue en su exposición a FERNÁNDEZ GALILEA, en la obra que referido autor cita en su nota 37. También puede consultarse: BENITO ALONSO, F. “La revocación de sentencias firmes recaídas en procesos viciados de nulidad”, en la *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3432, de 11 de enero de 1994.

⁴⁸ En relación con la audiencia al rebelde es de sumo interés tener en cuenta la doctrina establecida recientemente por el TC, que tras la Sentencia 15/1996, de 30 de enero, *ha flexibilizado bastante los requisitos* para acceder a tal remedio procesal. Un interesante estudio sobre la misma puede verse en GARBERI LLOBREGAT, J., “La nueva (y polémica) doctrina del Tribunal Constitucional sobre el ‘recurso de audiencia al rebelde’ (A propósito de la STC 15/1996, de 30 de enero)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 240, de 4 de abril de 1996.

⁴⁹ Decimos mal llamado *recurso de revisión*, como ya hemos razonado, pues precisamente procede su interposición contra sentencias firmes, contra las cuales, por definición, no cabe recurso; por lo que es más adecuado llamarle de forma distinta a recurso, p.ej., *remedio procesal*, etc.; como se puede comprobar, el art. 245.3 LOPJ incurre en la imprecisión jurídica de referirse -si bien implícitamente- al remedio de la revisión, como un recurso.

el entonces Presidente del TS y del CGPJ, en el discurso⁵⁰ pronunciado con ocasión de la solemne apertura del año judicial 1994/95, y que forzosamente ha de llevar a la búsqueda de soluciones superadoras de tal situación, entre las cuales se encuentra el desarrollo del art. 53.2 CE y otros que propone la doctrina.⁵¹

En ocasiones se ha suscitado la cuestión sobre la idoneidad de acudir a un posterior juicio declarativo ordinario (actualmente el menor cuantía -art. 484.4 LECiv-) para instar la nulidad de algunas o todas actuaciones de otro pleito; sobre tal cuestión existe copiosa jurisprudencia, en el sentido de admitir abiertamente la posibilidad de que los *terceros al pleito* si se ven envueltos en ejecuciones derivadas del pleito, pueden acudir al cauce procesal de la interposición de otro pleito, cuyo objeto principal sea la petición de la nulidad de las actuaciones que de esa indebida manera les estén afectando, ventilándose referido pleito autónomo a través del cauce del menor cuantía (art. 484.4 LECiv), e insistiendo que este cauce tan sólo es válido *en relación a los terceros al pleito* en que presuntamente se han producido las nulidades que se pretende sean dejada sin efecto⁵². Pero tal excepcional vía *es inadmisibile, con carácter general, en relación*

⁵⁰ SALA SÁNCHEZ, P., “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1994/95, leído el 12 de septiembre de 1994.

⁵¹ Al respecto interesa tener en cuenta la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la LOPJ, que dice... “*En el plazo de seis meses, a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de Ley de desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución Española*”; previsión legislativa que, a la fecha en que estas líneas se escriben (abril de 1999), habiendo transcurrido, con creces, el plazo previsto, no tenemos noticia de que haya sido llevada a cabo; una interesante propuesta sobre el desarrollo del artículo 53.2 CE es la formulada por SERRERA CONTRERAS (“La protección ordinaria de los derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 173, 17 de noviembre de 1994). La problemática del recurso de amparo constitucional en relación con la nulidad de actuaciones judiciales será abordada en un posterior epígrafe, lugar al que nos remitimos.

⁵² Así, el Tribunal Supremo ha afirmado que “...esta Sala tiene admitida la posibilidad de que un tercero, que haya sido totalmente ajeno a un procedimiento sumario (no parte en el mismo) y que resulte perjudicado, pueda pedir y obtener, a través del juicio declarativo ordinario correspondiente la nulidad de lo actuado en dicho procedimiento sumario (Sentencia de 8 marzo 1993 [RJ 1993\2052] que, a su vez cita las de 14 noviembre 1990 [RJ 1990\8711], 3 junio 1991 [RJ 1991\4409], 24 y 25 febrero 1992 [RJ 1992\1424 y RJ 1992\1549]). (...)El artículo 132 de la Ley Hipotecaria (...) reserva para el juicio declarativo que corresponda todas las cuestiones que se refieran a la nulidad de actuaciones practicadas en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la misma Ley...” (STS (Sala 1ª) de 27 de julio de 1996. Pont. Sr. Morales Morales [RJ 1996\6405]. “En igual sentido la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 14 noviembre 1990 [RJ 1990\8711], 3 junio 1991 [RJ 1991\4409] y 24 febrero 1992 [RJ 1992\1424]) tiene declarado que la supresión del incidente de nulidad de actuaciones, operada por la Ley 34/1984 no autoriza a sustituirlo por un juicio declarativo sin más, pues, con ello, se conseguiría un efecto contrario al que pretendió el legislador al 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 (el juicio declarativo posterior) tan amplia de oposición. Doctrina que se reitera en la Sentencia de 17 junio 1994 (RJ 1994\6021) al decir que «en los primeros (se refiere a los procesos declarativos) en tanto sean procesos de naturaleza plenaria (sean ordinarios o especiales) no cabe que los que hayan sido partes, fuera de los recursos establecidos, planteen juicios posteriores acerca de nulidades habidas en aquéllos, a diferencia de lo que ocurre en los denominados ‘sumarios’ que, con la amplitud que en cada caso reconocen la ley y la jurisprudencia, pueden conducir a plenarios promovidos por quienes fueron parte en el ‘sumario’, cuyo objeto verse, entre otros, sobre nulidades que no hayan tenido oportunidad de denunciarse por medio de los recursos»...”(STS (Sala 1ª) de 4 de noviembre de 1995. Pont. Sr. González Poveda [RJ 1995\8354]). En similar sentido se pronuncian las SSTS (Sala 1ª) de 19 de

con las partes del proceso en que presumiblemente se han producido las nulidades de actuaciones⁵³.

2.4. Cuarta vía: El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales: Remisión

Finalmente, la denominada cuarta vía, a través de la cual denunciar y, en su caso, declarar, nulidades de actuaciones judiciales, la constituye el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, instaurado mediante la LO 5/1997, de 4 de diciembre de 1997 y reformado mediante LO 13/1999, de 14 de mayo de 1999, asentado en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, y cuya consideración, dada la importancia del mismo a efectos de esta ponencia, se aborda a continuación, de forma separada.

3. Cuarta vía: El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales⁵⁴

3.1. Introducción

La reforma introducida por la LO 5/1997, pretende, como afirma su exposición de motivos, dejar planteada “...en términos más razonables la cuestión del desarrollo legal del apartado 2 del artículo 53 de la Constitución, acerca de la tutela judicial ordinaria, por cauces preferentes y sumarios de los derechos fundamentales...”; justificando la *exposición de motivos* de la Ley comentada la reforma que aborda en materia de nulidad de actuaciones judiciales, por “...los problemas planteados⁵⁵, las sucesivas posturas del Tribunal Constitucional 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 Tribunal Constitucional, aconsejan vivamente ofrecer aquí solución inmediata al perturbador estado de cosas actual...”, resultando “...apremiante superar la indeseable situación, muchas veces repetida, resultante del tenor literal del apartado 2 del artículo 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en virtud del cual no existe cauce para declarar la nulidad radical de actuaciones por vicio procesal una vez que ‘hubiere recaído sentencia definitiva’...”. Y a tales efectos, “...la Ley opta por establecer un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible...”, así como nulidad de actuaciones fundada en incongruencia del fallo.

julio de 1994. Pont. Sr. Burgos Pérez de Andrade [RJ 1994\7800], y de 17 de mayo de 1997. Ponente Sr. Albarca López [RJ 1997\3882], y las que en ellas se citan. También, en igual sentido, se pronuncian la STS Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal) de 23 de diciembre de 1996. Pont. Sr. Corbal Fernández [RJ 1996\8985] y la del mismo tribunal de fecha 9 de abril de 1997. Pont. Sr. Feliu Llansa [RJ1997\12017].

⁵³ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 280 y ss.

⁵⁴ LAMO RUBIO, J. de, “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al artículo 1º de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Jurídica La Ley*, núms. 4597 y 4598, Madrid, 3 y 4 de agosto de 1998. LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op., cit., pág. 215 y ss.

⁵⁵ El texto publicado en el BOE de 5 de diciembre dice literalmente “plantados”, lo que entendemos se trata de una mera errata y quiere decirse “planteados”.

Como ya tuvimos ocasión de afirmar⁵⁶, “...lo que se pretende es resucitar el incidente de nulidad de actuaciones, con carácter excepcional y arbitrarle como cuarta vía para aquellos supuestos en que las partes carecen de todo otro tipo de recursos para hacer valer la nulidad de actuaciones, y siempre y cuanto se cumplan los requisitos...” que establece el artículo que comentamos. En esencia, la reforma de 1997 de la LOPJ, en cuanto a la nulidad de actuaciones judiciales se refiere, afecta fundamentalmente al que hemos denominado aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones, en dos cuestiones, a saber: a) se retoca el régimen de la denominada declaración de oficio (segunda vía), en los términos que ya hemos analizado; y, b) se crea una cuarta vía de declaración de nulidad de actuaciones judiciales: el incidente previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ⁵⁷. Posteriormente, mediante la LO 13/1999, de 14 de mayo de 1999, ya citada, se retocan ligeramente los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, como ya hemos indicado⁵⁸.

Referido incidente de nulidad de actuaciones judiciales, dada la *vocación de generalidad de la normativa sobre nulidad de actuaciones*, es aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales ordinarios -civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, militar-, al igual que el resto de la normativa contenida en los arts. 238 al 243 LOPJ⁵⁹. En cambio, se ha suscitado la cuestión relativa a la aplicación de este nuevo incidente de nulidad de actuaciones en relación con autos dictados por el TC, cuestión que ha sido resuelta por el propio TC en el sentido de negar tal aplicación, por cuanto existiendo previsiones explícitas y específicas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional “...sobre los recursos procedentes frente a los Autos dictados por este Tribunal (art. 93.2

⁵⁶ LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, de 10 de febrero de 1994, citado, en el que se comentaba el proyecto de reforma de la LOPJ de 1994, que luego daría lugar a la citada Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, que contenía un artículo undécimo en el cual se añadía un apartado 3 al artículo 240 LOPJ, modificación que, finalmente, no prosperó; pues es de ver, que la reforma que ahora se comenta trae su última causa del proyecto de reforma de la LOPJ que se analizó en aquel trabajo; sobre indicado Proyecto también puede consultarse el trabajo de PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, año 1994.

⁵⁷ Para ARIAS LOZANO, “...en puridad, la reciente reforma Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, recoge *dos* incidentes de nulidad. uno, recogido en el artículo 240.2 LOPJ para denuncia de nulidades antes de Sentencia firme y otro, recogido en los números 3 y 4 del mismo artículo, para denuncia después de ella...”, de modo que podrían ser denominados, respectivamente, como incidente de nulidad *ante Sententiam*, e incidente de nulidad *post Sententiam* (ARIAS LOZANO, D., “Nota urgente sobre la resurrección del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Otrosí, publicación del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 134-2ª época, Madrid, diciembre, 1997, pág. 10).

⁵⁸ En todo caso, las modificaciones que se establecen en el “retocado” incidente de nulidad de actuaciones judiciales son aplicables a los procesos que concluyan por resolución o sentencia irrecurrible una vez vigente el nuevo texto legal, es decir, a partir del día 16 de mayo de 1999 (confr. disposición final única de la LO 13/1999), y también, y de conformidad con el régimen transitorio establecido en la propia LO 13/1999, resultará de aplicación a los procesos que hubiesen finalizado por resolución o sentencia irrecurrible dentro del mes anterior a referida fecha de entrada en vigor de la Ley comentada, en cuyo caso, el plazo para solicitar la nulidad, establecido en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 240 LOPJ, se contará a partir del día siguiente a dicha entrada en vigor (confr. disposición transitoria única de la LO 13/1999).

⁵⁹ Sobre la vocación de generalidad de la normativa referida a la nulidad de actuaciones judiciales, hemos tratado, más arriba, en el epígrafe 1.3. *Bloque normativo: Características*; lugar al que nos remitimos.

LOTIC), no es posible entrar a debatir siquiera la aplicación de reglas extrañas a la misma. Considerar, a mayor abundamiento, que la aplicación supletoria de las nuevas reglas contenidas en el art. 240 LOPJ puede ampararse en la referencia a la «forma de los actos» contenida en el art. 80 LOTC, carece de fuerza argumental, pues el problema aquí en cuestión no se refiere a forma alguna, sino a los recursos o medios impugnatorios existentes frente a las resoluciones de este Tribunal. Tampoco cabrá esa aplicación por vía de analogía cuando ésta vendría a contradecir el tenor explícito e indubitado de una regla de las contenidas en nuestra Ley Orgánica...” (Auto TC 46/1998, de 24 de febrero de 1998)⁶⁰. Por las mismas razones, tampoco será de aplicación en relación con las sentencias del TC.

3.2 Naturaleza jurídica y características

El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales viene a configurarse como una *cuarta vía* de declaración de tales vicios de nulidad, y se regula en los nuevos apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ; como ya hemos indicado, trae su última causa de la propuesta de introducción del artículo 240.3 LOPJ que se incluyó en el proyecto de la reforma de 1994 de la LOPJ, si bien, ese apartado 3 del artículo 240 que se pretendía introducir en aquella ocasión no fue, finalmente, aprobado por el Parlamento, en la que resulto ser la LO 16/1994, de 8 de noviembre; ahora, en la LO 5/1997, de 4 de diciembre, se introducen esos dos nuevos apartados (el 3 y el 4) en el artículo 240 LOPJ, instaurando así *un nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales*, que pretende diferenciarse de las demás vías de acceso a la nulidad de actuaciones, en la existencia de sentencia o resolución de análoga eficacia contra las que no procedan ulteriores recursos, así como en determinados vicios de nulidad anteriores o coetáneos a indicada resolución, detectados con posterioridad a la firmeza de la misma. En todo caso, es preciso tener en cuenta que la instauración del nuevo incidente de nulidad de actuaciones implica la derogación tácita del párrafo segundo del artículo 742 LECiv, que tras la reforma operada mediante Ley 34/1984, de 6 de agosto, establece que “...será inadmisibile el incidente de nulidad de resoluciones judiciales. Los vicios que puedan

⁶⁰ Pues, es “...claro, en primer lugar, que el art. 93.2 LOTC prevé explícitamente que contra los Autos dictados por este Tribunal «sólo procederá, en su caso, el recurso de súplica (...)», como también, en segundo y último, que mediante dicho remedio hubiera sido posible el examen de las alegaciones realizadas por el recurrente en su escrito de solicitud de nulidad. El problema, como también nos recuerda el Abogado del Estado, radica en que tal recurso tiene explícitamente establecido un plazo de interposición de tres días (art. 93.2 segundo inciso LOTC), plazo de sobra transcurrido cuando fue presentada ante este Tribunal la tan reiterada solicitud de nulidad. Siendo, por ello, extemporáneo, no cabe calificar tal solicitud como el recurso de súplica que nuestra Ley Orgánica prevé como único remedio procedente frente a los Autos dictados por este Tribunal, ni proceder al examen de sus argumentos como si de tal recurso de súplica se tratase (...) La exclusividad, por lo demás, de esta vía procesal se impone con suficiente evidencia. La aplicación supletoria, sea de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sea de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a que se refiere el art. 80 LOTC, con independencia de que sea admisible en algún supuesto más allá de los explícitamente mencionados en este último precepto - por razón de analogía y «en la medida en que no vaya contra la Ley Orgánica y sus principios inspiradores» (STC 86/1982, fundamento jurídico 2.º)-, sólo tiene sentido plantearla en ausencia de específica regulación de nuestra propia Ley Orgánica, pues de otro modo más que de supletoriedad estaríamos en presencia de una regulación alternativa a la contenida en la Ley Orgánica que, por mandato constitucional (art. 165 CE), es la única por la que puede regirse el procedimiento a seguir ante este Tribunal...” (Auto TC 46/1998, de 24 de febrero de 1998).

producir tal efecto serán hechos valer a través de los correspondientes recursos”; precepto que, como decimos, ha quedado tácitamente derogado, en virtud del principio de modernidad legislativa, por cuanto la ley posterior deroga a la anterior, siendo quizá deseable que el legislador lo hubiera derogado expresamente, en la nueva Ley ahora comentada⁶¹.

En términos generales es preciso indicar que el incidente ahora considerado se configura con *carácter restrictivo*, lo cual se infiere tanto porque el propio texto del nuevo artículo 240.3 LOPJ expresamente dice que “...excepcionalmente (...) podrán...”, como por la limitación de los supuestos de hecho que son susceptibles de ventilarse en el analizado incidente, así como porque el mismo comentado artículo insiste en que “...el Juzgado o Tribunal inadmitirá a trámite cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones...”, en expresión que habrá de entenderse referida a posibles incidentes solicitando nulidad de actuaciones que no encajen perfectamente en la delimitación que efectúa el nuevo incidente⁶². Carácter restrictivo que se apuntala con la lectura de la exposición de motivos de la ley comentada, cuando dice que “...la Ley opta por establecer un sencillo incidente para tratar *exclusivamente* los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible...”⁶³. Insistiendo en tal carácter restrictivo, la LO 13/1999, ya citada, modifica el primer inciso del apartado 3 del art. 240 LOPJ, en el que ahora se indica que “...no se admitirá, *con carácter general*, el incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente...”; es decir, se añade la expresión “...*con carácter general*...”, para fijar la regla general de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones.

Las notas características de este incidente, en opinión de NARVÁEZ RODRÍGUEZ se pueden resumir en las siguientes: *a) excepcionalidad*, que considera como la principal y más característica de esta figura procesal; *b) subsidiariedad*, entendida en el sentido de que únicamente queda abierta esta vía para aquellos supuestos en que no haya sido posible su denuncia e invocación formal a lo largo del procedimiento; *c) complementariedad*, por cuanto este incidente nace con la única finalidad de suplir los vacíos normativos de la anterior regulación sobre la materia; y, *d) carácter dispositivo*, por cuanto se actúa el mismo a instancia de parte⁶⁴. Para MORENILLA ATTARD las

⁶¹ SAINZ DE ROBLES, tras analizar la evolución histórica de la nulidad de actuaciones, afirma que da “...por supuesto que la Ley Orgánica 5/1997 obligará a una modificación del artículo citado (se refiere al art. 742.II LECiv), en la versión de la Ley 34/1984, aun cuando no sea sino por razones estéticas de armonización normativa” (SAINZ DE ROBLES, F.C., “La nulidad de actuaciones. Tribulaciones, muerte y resurrección de una cuestión maldita”, *Tapia. Revista para el mundo del Derecho*, Madrid, enero-febrero, 1998, pág. 6).

⁶² Pues, naturalmente, nada impide que se admitan incidentes de otro índole, siempre que aparezcan previstos en la ley que venga en aplicación en cada caso.

⁶³ Nótese que para nada se refiere, la exposición de motivos comentada, al vicio de incongruencia; la explicación se encuentra en que tal motivo se introdujo en el *iter legislativo*, sin que estuviera previsto en el proyecto de ley, y así, apareciendo en tal trámite parlamentario a través de la correspondiente enmienda, no se efectuaron las necesarias correcciones en la citada exposición de motivos (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 3).

⁶⁴ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998, pág. 2.

notas características puede resumirse del siguiente modo: a) se trata de un incidente común a todos los órdenes judiciales; b) tiene carácter excepcional, nota que considera positiva, pues sirve para garantizar la vigencia del principio de seguridad jurídica; y, c) es un presupuesto procesal del recurso de amparo constitucional, cuando el derecho fundamental invocado sea la indefensión en la que se encuentra la parte como consecuencia del acto procesal nulo de pleno derecho⁶⁵.

3.3. Objeto

De todas los posibles supuestos de nulidad de actuaciones judiciales, tan sólo es posible sustanciar a través del nuevo incidente los dos siguientes⁶⁶: a) aquellos que se fundamenten en “...defectos de forma, que hubieran causado indefensión...”; y, b) aquellos que se funden en la incongruencia del fallo de la sentencia o resolución irrecurrible.

A) Defectos de forma causantes de nulidad de actuaciones

En relación con los *defectos de forma causantes de nulidad de actuaciones judiciales*, se exigen los siguientes requisitos para acudir a este cauce procesal, a saber: a) que hayan causado indefensión⁶⁷; b) que no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso; y, c) que la sentencia, o en su caso, resolución que pongan término al proceso, “...no sean susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida...” En líneas generales nos parece acertada la configuración de este supuesto de hecho habilitante del nuevo incidente de nulidad de actuaciones; pero hemos de afirmar que continúan vigentes las objeciones que ya efectuáramos en su momento, en relación con el anterior intento de reforma del régimen de declaración de la nulidad de actuaciones judiciales⁶⁸, por cuanto con la expresión “...no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso...”, se introduce una limitación temporal que conduce a tener que entender que se está refiriendo tan sólo a los procesos declarativos (o según otros sectores doctrinales fase declarativa del proceso), y por tanto, siguen vigentes los interrogantes

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1831, Madrid, 15 de octubre de 1998, pág. 7 y ss.

⁶⁵ MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 2 y ss.

⁶⁶ En cuanto al *objeto del incidente de nulidad de actuaciones judiciales* ahora considerado, ninguna modificación se introduce en la última reforma del mismo, operada mediante la ya citada LO 13/1999, de 14 de mayo de 1999.

⁶⁷ Sobre el concepto de indefensión, a efectos de nulidad de actuaciones, puede consultarse, entre otros: BORRAJO INIESTA, I., “La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, sobre Principios constitucionales en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 269 y ss.; GUILLO SÁNCHEZ- GALIANO, A., “La nulidad de actuaciones en el proceso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Actualidad Administrativa*, 1992-3, pág. 360 y ss.; LAMO RUBIO, J. de, “Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales”, publicación de separata en *Revista de los Tribunales de Castilla-La Mancha*, abril, 1997; MARTÍN DE LA LEONA, J.M., “Nulidad de actuaciones. Principios informadores y clasificación”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, sobre Nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 24 y ss.; etcétera.

⁶⁸ LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, *op. cit.*

que nos hacíamos en aquella otra ocasión, pues, ¿qué tratamiento ha de darse a aquellos supuestos de hecho que sean encuadrables en el objeto definido, pero que sucedan una vez exista sentencia firme o se está ejecutando, es decir, nos encontramos en el proceso de ejecución (o fase de ejecución, según otros sectores doctrinales), y los posibles defectos de forma que han causado indefensión no afectan a la sentencia o resolución firme, que puso término al proceso declarativo?. ¿Podrá, en estos casos, admitirse este excepcional incidente, o bien deberá ser inadmitido y remitir a las partes a la procelosa vía del recurso de amparo...?. Es esta una cuestión bastante trascendental, pues son frecuentes los supuestos de nulidad de actuaciones que se plantean en el proceso de ejecución⁶⁹ (o fase de ejecución de sentencia) por hechos posteriores al momento de la firmeza de la sentencia y que no afectan al principio de inmodificabilidad de las sentencias, y para los cuales no procediendo alguno de los recursos articulados por las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ), debería acudir⁷⁰, en principio, al recurso de amparo, como ya se ha indicado, pues no tienen tampoco cabida en el nuevo incidente de nulidad de actuaciones⁷¹.

En relación con este motivo, el Tribunal Supremo, tras afirmar que, el apartado 3, del art. 240 LOPJ, "...si bien parte del principio de no admisión del incidente de nulidad de actuaciones, añade que «sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima

⁶⁹ Un interesante estudio sobre un importante aspecto de esa nulidad de actuaciones en ejecución de sentencia, puede consultarse en: ROBLEDO VILLAR, A., "Sobre la nulidad de actuaciones en el apremio de bienes inmuebles por práctica defectuosa de actos de comunicación", en *Revista Jurídica La Ley*, 1997-1, pág. 2035 y ss.

⁷⁰ LAMO RUBIO, J. de., "Nulidad de actuaciones y ejecución de sentencia", ponencia inédita, expuesta en el curso sobre *Fe Pública y Nulidad de actuaciones*, organizado por el Servicio de Formación de la Secretaría General de Justicia, y que tuvo lugar en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, durante los días 12 al 14 de diciembre de 1994, en Madrid; en aquella ponencia analizábamos en profundidad estas cuestiones; a la vista de la jurisprudencia allí expuesta, tanto del TC como del TS, podemos llegar a las siguientes conclusiones: A) Se aprecia una tendencia evolutiva en la Jurisprudencia del TC, que pretende flexibilizar la aparentemente encorsetada interpretación que se verificó en la Sentencia 185/1990; flexibilización que nos parece muy adecuada y que supone un esfuerzo en esa reinterpretación del Ordenamiento Jurídico a la que el propio TC animó a los operadores jurídicos en indicada Sentencia. B) Quizá sea preciso añadir que esa flexibilización parte del discernimiento entre aquellos supuestos de nulidad de actuaciones que afectan de forma directa a la Sentencia y aquellos otros supuestos que afectan de forma directa a otra clase de resoluciones distintas a Sentencia, sin resultar éstas afectadas; discriminación que es muy importante, y además adecuada a la diferente consideración que el ordenamiento jurídico confiere a esas dos grandes categorías de resoluciones judiciales. C) Y además, esta tendencia jurisprudencial nos puede ofrecer determinadas claves, e incluso soluciones, para afrontar aquellos supuestos de nulidad de actuaciones que, presentados en ejecución de sentencia, para nada afectan a la sentencia, preservando en todo caso el principio de inmodificabilidad de oficio de las sentencias una vez firmadas. Entendemos, pues, que esta Jurisprudencia ofrece al intérprete múltiples vías de solución del, a veces, acuciante problema de la nulidad de actuaciones, sobre todo de oficio. D) Pero en todo caso, lo deseable sería que se clarificará la situación legislativa sobre la materia, sin que todas las soluciones necesarias de esta clase de problemas pasen, precisamente, por el pretendido desarrollo del art. 53.2 de la Constitución. Más ampliamente, un planteamiento general sobre la nulidad de actuaciones judiciales en ejecución de sentencia en LAMO RUBIO, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 247 y ss.

⁷¹ Hubiera sido esta reforma una buena ocasión para dar también adecuada solución a esa rica problemática que plantean las *nulidades de actuaciones en ejecución de sentencia y por hechos posteriores a la firmeza de la sentencia*. Entendemos que, con la reforma analizada, sigue sin darse respuesta adecuada a esa cuestión. ¿Tendremos que esperar a que algún día se instaure una *quinta vía*...?

podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma, que hubiesen causado indefensión...”, estima que “...tal es precisamente el supuesto en que los promovientes de la nulidad de actuaciones fueron parte en la causa como acusadores particulares e intervinieron en el juicio oral, pero si bien se les notificó la sentencia y el auto en que se tenía por preparado el recurso de casación, no se les emplazó. No cabe duda de que tan grave omisión, imputable al Tribunal de instancia, quebrantó lo preceptuado en los artículos 859 y 861 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por constituir trámite que principia el plazo del recurso y permite la adhesión o impugnación al mismo, pero, sobre todo, autoriza a intervenir en las fases de admisión y sustanciación del recurso extraordinario de casación.(...) No cabe duda que tal omisión produjo a dicha parte indefensión.(...) Acreditada ésta con la nueva sentencia contraria a sus intereses y a la de instancia, la obligada consecuencia es declarar la nulidad de lo actuado a partir desde la notificación de tener por preparado el recurso de casación ajeno en la Audiencia, para emplazar debidamente a dicha parte por el Tribunal de Ciudad Real, anulando así todas las actuaciones posteriores incluidas las sentencias dictadas por este Tribunal Supremo...” (Auto TS (Sala 2ª) de 28 de mayo de 1998. Pont.: Martínez-Pereda Rodríguez [RJ 1998\5008]).

B) Nulidad de actuaciones fundada en incongruencia del fallo

El otro supuesto susceptible de ventilarse a través del nuevo incidente lo constituye la *nulidad de actuaciones fundada “...en la incongruencia del fallo...”*, que naturalmente exige que la sentencia o resolución tachada de incongruencia “...no sean susceptibles de recurso...”, pues en caso de proceder alguno, deberá hacerse valer tal vicio a través del recurso correspondiente; y, naturalmente, este cauce no procederá cuando tal incongruencia del fallo sea susceptible de ser reparada a través de cualquier otro remedio procesal, señaladamente mediante la denominada *aclaración de sentencias*, que se regula en el artículo 267 LOPJ. En todo caso, es preciso tener en cuenta que el Tribunal Constitucional “...se ha mostrado sumamente riguroso en cuanto a invariabilidad de las sentencias a la hora de utilizar las facultades aclaratorias del art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (SSTC 23/1994, 304/1993, 380/1993), no sin alguna inflexión doctrinal, como la apuntada por el Auto TC de 12 de julio de 1990...”⁷². El TS, recientemente, ha insistido en la necesidad de acudir a esta vía, antes de hacer uso del nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, y así, se ha afirmado que si la parte entendía que “...los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida omitían alguna cuestión, la fórmula legal adecuada para suplir esa pretendida omisión o para pedir aclaración de algo que no entendía, era la prevista en el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial...” (Auto TS (Sala 5ª) de 22 de junio de 1998. Pont.: Bermúdez de la Fuente [RJ 1998\7243]), siendo procedente por tanto, ante tal ausencia, la inadmisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones. En los demás casos procederá acudir al incidente ahora analizado si se dan, además, los demás requisitos que iremos exponiendo.

En cuanto al concepto de incongruencia del fallo, ha de estarse a los respectivos órdenes jurisdiccionales, y en sede de los mismos partir de los respectivos conceptos de

⁷² “Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOPJ”, *op. cit.*, pág. 30.

congruencia⁷³ de sentencias y demás resoluciones judiciales, y en todo caso, tener presente que no es posible infringir tal principio a través de los *obiter dicta* (STS (Sala 1ª) de 18 de junio de 1997. Ponente Sr. O’Callahan Muñoz). Partiendo de que la “...nulidad cuya declaración permite la nueva redacción dada al artículo 240 LOPJ, está estrechamente relacionada con los derechos fundamentales...” la incongruencia, a los efectos del incidente de nulidad de actuaciones judiciales, “...no puede ser cualquier diferencia entre lo pedido y lo resuelto, sino que a la que se refiere el número 3 del artículo 240 LOPJ es únicamente a aquella que se produce cuando, apartándose el fallo de las pretensiones de las partes, sitúa a alguna de ellas en indefensión, al resolver sobre extremos en los que no tuvo ocasión de alegar y probar o con vulneración de algún otro derecho fundamental, imposible de restaurar al tratarse de resolución firme; circunstancias -las descritas- que permiten instar la anulación de una sentencia irrecurrible por tan graves razones de incongruencia que hacen primar la tutela judicial de aquellos derechos sobre el principio de seguridad jurídica en que se asienta la santidad de la cosa juzgada...”; pues, “...entender lo contrario conduciría al resultado, no querido por la ley, de abrir paso a un nuevo recurso contra las sentencias firmes...” (Auto TS (Sala 3ª, Secc. 2ª) de 2 de julio de 1998. Pont.: Rodríguez Arribas [RJ 1998\6338])⁷⁴.

Para MORENILLA, “...debido al carácter extraordinario del incidente (...), es necesario interpretar el motivo basado en la incongruencia del fallo en un sentido restrictivo, admitiendo tan sólo la incongruencia que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24.1 de la Constitución), y, por tanto, rechazando la posibilidad de invocar derechos de naturaleza procesal sin contenido constitucional...”, pues, por el contrario, “...admitir la validez del motivo basado en incongruencia sin que haya producido indefensión para la parte perjudicada, sería tanto como convertir en ordinario este incidente extraordinario...”⁷⁵; por otra parte, NARVÁEZ, tras exponer la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el concepto de incongruencia del fallo,

⁷³ Así, parece innecesario recordar que no es equivalente el concepto de congruencia existente en el aspecto penal del proceso penal, que en el aspecto civil dentro de esa misma clase de procesos; y que en los órdenes civil, contencioso-administrativo, etcétera, existen las respectivas matizaciones al principio de congruencia de las resoluciones.

⁷⁴ En similar sentido, en cuanto a la vinculación del concepto de incongruencia, a los efectos de los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, con el concepto de indefensión, se pronuncian también la STS (Sala 3ª, Secc. 2ª) de 22 de octubre de 1998. Pont.: Rouanet Moscardó [RJ 1998\7929], y el Auto TS (Sala 3ª, Secc. 2ª) de 30 de noviembre de 1998. Pont.: Rodríguez Arribas [RJ 1998\9375]. De otra parte, es evidente que las resoluciones desfavorables a las pretensiones de las partes, “...no constituyen incongruencia alguna, sino simplemente, no acogida de lo que la parte apunta en legítima defensa de sus derechos...” y por tanto no procede declarar nulidad alguna (Auto TS (Sala 1ª) de 8 de octubre de 1998. Pont.: Martínez-Calcerrada y Gómez [RJ1998\7666]). En cuanto a “...las sentencias absolutorias vienen a significar la íntegra desestimación de las pretensiones deducidas en la demanda, con la consecuente resolución de cuantas cuestiones fueron objeto de controversia, por lo que no cabe tacharlas de incongruencia...” (STS (Sala 1ª) de 3 de octubre de 1998. Pont.: Barcalá Trillo-Figueroa [RJ 1998\7327]).

⁷⁵ Y añade que “...la admisión de la enmienda por el legislador, con la consiguiente ampliación de los motivos de nulidad de actuaciones, extiende de manera inquietante el campo de acción del incidente de nulidad. Es aquí donde observamos una más que posible utilización del incidente de nulidad en el ámbito penal, con los graves problemas que ello supone por la especial importancia de los derechos protegidos...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 3 y ss.).

concluye afirmando que “...habrá que incluir como susceptibles de nulidad de actuaciones todas las resoluciones que pongan término a un proceso en las que concurra alguna de las tres manifestaciones de incongruencia posibles: ‘interna’ o afectante exclusivamente a la contradicción entre los fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución, ‘omisiva’ o atinente a aquel supuesto en que la resolución no ha atendido a alguna o algunas de las pretensiones de las partes; y *extra petita* o *ultra petita*, que se produce cuando el órgano jurisdiccional aborda en su resolución otras cuestiones ajenas totalmente a las pretensiones de las partes, o concede algo no solicitado por las mismas...”⁷⁶.

3.4. Competencia

Se atribuye la competencia para conocer del nuevo incidente de nulidad de actuaciones al “...mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza...”⁷⁷, en redacción similar a la del proyecto de 1994, por lo que entendemos vigentes las objeciones ya efectuadas en aquella ocasión, y así, se suscita la duda, p. ej., en el caso de que la sentencia o resolución de que se trate sea dictada por la Audiencia Provincial y la causa de nulidad (sobre todo en caso de defectos de forma causantes de indefensión) se ha producido ante el órgano judicial *a quo* (JPI, JI, JP, etcétera), pero no ha podido ser advertida hasta después de que esa sentencia haya ganado firmeza, y se trata de aquellos procesos en los cuales la sentencia de la Audiencia es firme por ministerio de ley, en cuyo caso, ¿qué órgano judicial es el competente⁷⁸ para tramitar y resolver el incidente de nulidad de actuaciones? . Si nos atenemos al tenor literal del precepto comentado (art. 240.3 LOPJ) hemos de concluir que será competente la Audiencia Provincial, pues es el órgano judicial que ha dictado la sentencia firme; solución que no es muy satisfactoria, dado que si la sentencia hubiera ganado firmeza por ser consentida por las partes, al no haberse recurrido, la

⁷⁶ Con cita de abundante jurisprudencia del TC, que resume afirmando que el TC ha configurado la incongruencia del fallo como “...el derecho de las partes a obtener una resolución motivada del órgano jurisdiccional que, fundada en Derecho, atienda a todas las pretensiones de aquellas, correspondiendo sus razonamientos jurídicos de forma coherente con las mismas, de manera que, de una parte, los que ostentan interés en el asunto tomen cabal conocimiento de los argumentos esgrimidos por el tribunal para estimar o desestimar sus pretensiones, determinando el hilo conductor que le llevó a las mismas, y de otro lado, puedan así ejercitar los recursos previstos por el ordenamiento jurídico para impugnar tales resoluciones...” (NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998, pág. 3). Vid también NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1831, Madrid, 15 de octubre de 1998, pág. 7 y ss.

⁷⁷ En cuanto a la *competencia para conocer del incidente de nulidad de actuaciones judiciales* ahora considerado, ninguna novedad se introduce en la reforma del mismo, operada por la LO 13/1999, de 14 de mayo de 1999, ya citada.

⁷⁸ Se plantea la duda entre sí puede ser la Audiencia Provincial, que es la que ha dictado la sentencia firme, o bien el órgano judicial *a quo*, que ha sido ante el que se ha originado el “defecto de forma que ha producido indefensión...” (LAMO RUBIO, J., de “El resurgir del incidente...”, *op. cit.*). Naturalmente, el ejemplo puede también trasladarse a la intervención de otras clases de órganos jurisdiccionales. En similar sentido, utilizando otros ejemplos, se pronuncia ANDRÉS CIURANA, B., “Nulidad de actuaciones y sentencia firme: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Jurídica La Ley*, nº 4709, Madrid, 11 de enero de 1999, pág. 3.

competencia para conocer del mismo hecho sería del órgano judicial que dictó en primera instancia la sentencia (el órgano judicial *a quo*); como ya tuvimos ocasión de manifestar, no parece razonable que una misma clase de asuntos, sobre todo del tipo de los que estamos tratando, que son cuestiones de orden público, es decir, de *ius cogens*, pueda estar atribuido su conocimiento a una u otra clase de órgano judicial, a voluntad indirecta de las partes⁷⁹.

3.5. Legitimación

En el nuevo texto legal, derivado del retoque o perfeccionamiento producido mediante la LO 13/1999, de 14 de mayo de 1999, se introducen algunas modificaciones en relación con la legitimación, de modo que se reconoce expresamente la *legitimación* a “...quienes sean parte legítima o *hubieran debido serlo...*”, acogiendo las reivindicaciones de la doctrina en relación con la admisión de legitimación activa en relación con aquellos que no siendo parte formal, precisamente instan el incidente para intentar ser parte en el pleito o causa principal, por estimar que deben serlo. Pues, como ya tuvimos ocasión de afirmar, en relación con el texto introducido por la LO 5/1997, y en cuanto a la *legitimación activa*, se establecía que el incidente ahora analizado podría instarse por “parte legítima”, y al respecto se suscitaba la cuestión acerca de qué había que entender por tal parte legítima; es decir, sobre si tal expresión se estaba tan sólo refiriendo a las partes en sentido técnico procesal, o también comprendía a los terceros a los que pueda afectar la nulidad que se pretende. A similitud de lo que ya decíamos con ocasión del proyecto de 1994, estimábamos que debería estarse al caso concreto para dar respuesta a esta cuestión, si bien entendíamos que nada impedía, en principio, que pudiera instar este incidente alguien que aparentemente fuera un tercero al proceso, pues, en el momento en el que lo insta no es parte en sentido formal, pero que planteara dicho incidente, precisamente, porque entendiera que debía ser parte en el concreto proceso de que se trataba y al que no había sido llamado en forma⁸⁰; si bien, en todo caso, insistíamos que la admisión de terceros habría de ser restrictiva y analizarse caso a caso⁸¹. De modo que, en la nueva LO 13/1999, se recoge expresamente la legitimación

⁷⁹ LAMO RUBIO, J., de “El resurgir del incidente...”, *op. cit.* En cambio, MORENILLA estima que “...es éste uno de los aciertos del legislador, pues nadie mejor que el órgano judicial autor del auto o sentencia irrecurribles para examinar la licitud de la petición, teniendo en cuenta que ya conoce y están a su disposición, no sólo las actuaciones practicadas, sino las particularidades del caso en cuestión...” (*sic*); pero añade que tal distribución competencial tiene el inconveniente “...de una posible reticencia del órgano judicial a reconocer la nulidad de actuaciones practicadas en un litigio que el mismo resolvió, con lo que el carácter excepcional de este incidente puede ser llevado a sus últimas consecuencias...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 4).

⁸⁰ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, *op. cit.*, pág. 227 y ss.

⁸¹ En el mismo sentido se pronunció el CGPJ al afirmar que “...sin embargo, es precisamente a los que indebidamente no hayan sido parte a quienes es más necesario dar oportunidad de audiencia y defensa. De ahí que debería decirse “quienes sean o hubieran debido ser parte legítima en el proceso...” (“Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, aprobado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 12 de agosto de 1996, *Estudios, informes y dictámenes*, CGPJ, Madrid, 1997, pág. 35). En similar sentido NARVÁEZ afirma que por partes, a los efectos de este incidente de nulidad de actuaciones, ha de tenerse tanto las comparecidas en el proceso, como también “...aquellas otras que tuvieren un interés legítimo en la cuestión de fondo que haya sido resuelta, aun cuando formalmente no hubieren comparecido en el mismo...” (NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad

activa en relación con aquellos que no sean parte formal en el pleito o causa en que se suscita la posible nulidad de actuaciones por el cauce del incidente considerado, pero “...hubieran debido serlo...”, acogiéndose, de este modo, lo que era reivindicado por la doctrina.

Se suscita, en cambio, la cuestión acerca de si también quienes hubieran debido ser partes en el pleito o causa de referencia pueden tener *legitimación pasiva* en el incidente de nulidad ahora considerado. Nada dice la norma reguladora del citado incidente, ni la versión de 1997 ni la de 1999. Pero, una interpretación sistemática nos conduce a considerar que, a pesar del silencio legal, también, en su caso, gozarán de legitimación pasiva aquellos que sin ser parte formal hubieran debido serlo y no insten ellos el incidente de nulidad.

En cuanto a la partes legitimadas en el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, partiendo de la consideración de que el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales es, en realidad un “...procedimiento autónomo de tutela judicial de amparo, concibiéndose como un medio procesal de rescisión de resoluciones definitivas no recurribles...” y “...verdadero proceso de amparo que aún en la vía ordinaria pretende (...) desarrollar la exigencia constitucional recogida en el art. 53.2 de la CE...”, estima que es necesaria la presencia del Ministerio Fiscal, dada su posición de garante constitucional de tales derechos fundamentales, además de tener la responsabilidad de defender la legalidad y el propio interés público que el art. 124 CE señalan al Ministerio Fiscal; argumentos a los que añade el relativo al carácter de verdadero proceso autónomo con transcendencia constitucional de tutela de derechos fundamentales, que a su juicio tiene el comentado incidente de nulidad de actuaciones; y por tanto, estima que el Ministerio Fiscal ha de entenderse parte en cualquier incidente de nulidad de actuaciones judiciales, que se sustancie de conformidad con los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, estando legitimado, incluso, para instar la incoación del incidente analizado⁸².

3.6. Plazo

Establece el segundo inciso del segundo párrafo del apartado 3 del artículo 240 LOPJ que “...el plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la

de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, cit., pág. 2). También MORENILLA, tras examinar el *iter legislativo*, se inclina por entender que por ‘parte legítima’ debe entenderse “...el sujeto titular del derecho fundamental vulnerado (indefensión) por la actuación procesal, con independencia de si era o no ‘parte procesal’ en el litigio...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, cit., pág. 3).

⁸² NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, op. cit., pág. 7 y 15 ss. Se trata de una postura claramente minoritaria en la doctrina, y que en la práctica que hasta el momento de escribir estas líneas (abril de 1999) se ha producido de indicado incidente de nulidad de actuaciones judiciales, no ha sido acogida. Nosotros estimamos que el Ministerio Fiscal tan sólo ha de intervenir en este incidente cuando sea preceptiva su intervención en el proceso principal de que trae causa el mismo, pues a falta de previsión expresa al respecto, en la normativa que regula el incidente de nulidad de actuaciones, y dada la postura que mantenemos sobre su naturaleza jurídica, estimamos que indicada intervención del Ministerio Fiscal es la única que ampara y exige el ordenamiento jurídico.

sentencia, la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión...”⁸³; como ya afirmamos en relación con el proyecto de reforma de 1994, parece prudente el establecimiento del plazo de veinte días⁸⁴, que han de entenderse procesales, es decir hábiles; y también poníamos de manifiesto que el segundo de los criterios de cómputo, es decir, el que se establece en relación con la fecha en que la parte legítima tuvo conocimiento del defecto de forma causante de indefensión, podía suscitar problemas de prueba de tal conocimiento; ahora, en el texto que comentamos, se establece una prevención en evitación de esos problemas, y entendemos que también para ofrecer más seguridad jurídica⁸⁵ a las sentencias y demás resoluciones susceptibles de cuestionarse a través del nuevo incidente de nulidad, por cuanto se establece que en esos supuestos -es decir, cuando se pretenda computar el plazo desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión-, en ningún caso puede “...solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución...”; se trata de un límite de carácter temporal absoluto que pretende poner coto a posibles situaciones indeseadas de “debilitamiento” de la firmeza de determinadas sentencias y resoluciones de análoga eficacia⁸⁶. En todo caso, como pone de relieve, acertadamente, la doctrina, lo relativo a los plazos para instar el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, es una de las cuestiones que más problemática práctica generará⁸⁷.

⁸³ Por lo que se refiere al *plazo para entablar el incidente de nulidad de actuaciones judiciales* ahora considerado, ninguna novedad se introduce en la reforma del mismo, operada por la LO 13/1999, de 14 de mayo de 1999, ya citada.

⁸⁴ Plazo que parece tomado, miméticamente, del existente para interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (confr. art. 44 LOTC).

⁸⁵ En estos supuestos y en relación con la proyectada reforma de 1994, PÉREZ-CRUZ MARTÍN se pronunció a favor del establecimiento de “...un plazo de prescripción (a semejanza del establecido en el art. 1800 LECiv) a partir de la fecha de la notificación de la sentencia que impidiera prolongar “*sine die*” la incertidumbre frente a cualquier resolución firme..” (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, año 1.994, pág. 12). En similar sentido, VERGE GRAU comentando el proyecto de Ley que ha dado lugar a la Ley Orgánica ahora comentada, en el cual no se contenía la previsión de ese límite absoluto de los cinco años desde la notificación de la sentencia, afirmaba que “... si se concede el incidente de nulidad después de sentencia firme, que puede presentarse en el plazo de veinte días desde que la parte “*tuvo conocimiento del defecto*”, se va a permitir, tanto a las partes personadas como a los ausentes (involuntarios o rebeldes) mantener, indefinidamente, la precariedad de una sentencia firme, perpetuando la *inseguridad jurídica ad libitum*...” (VERGE GRAU, J., “¿Un nuevo incidente de nulidad?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 259, 5 de septiembre de 1996).

⁸⁶ Estima el CGPJ que, “...probablemente el mayor de los inconvenientes que tiene el incidente de nulidad contra sentencias firmes y en general cualquier procedimiento rescisorio de los actualmente previstos en las leyes procesales, como el de revisión o la audiencia al demandado rebelde...” proceda de la configuración del plazo para promover los mismos; y así, en relación con el incidente de nulidad de actuaciones, afirma que aun siendo cierto que “...los defectos de audiencia, por definición, difícilmente pueden sujetarse a un plazo general e incondicionado, salvo que se recurra a una presunción legal de conocimiento por medios siempre artificiosos de notificación, como la publicación en diarios oficiales, origen de un sinnúmero de situaciones patológicas en la actualidad...”, también es cierto que “... no puede dejarse a una circunstancia puramente aleatoria la obtención de la certeza y seguridad jurídica que están en la base del instituto de la cosa juzgada, puesto que siempre puede quedar un posible perjudicado al margen del proceso y de la resolución final del mismo...” (“Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOPJ”, *op. cit.*, pág. 37 y ss.).

⁸⁷ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “La reforma del art. 240 de la LOPJ: Luces y sombras”, *Tribunales de Justicia*, 1998/2, pág. 141 y ss.; GÓMEZ CINTAS, M^a del M., “La nulidad de actuaciones después de

En relación con indicados plazos, y en concreto acerca de la problemática del cómputo de los mismos, sobre todo de la determinación del *dies a quo*, el Tribunal Supremo estima que “...de este precepto se infiere que la facultad de promover el incidente se sujeta en principio a un breve plazo de veinte días, con el fin de reducir al mínimo la inseguridad jurídica dimanante del entredicho que para las sentencias firmes supone la posibilidad de solicitar su nulidad, el cual se computa desde la notificación de la sentencia o resolución a la parte que promueve el incidente. La Ley Orgánica, no obstante, establece que «en todo caso», el plazo se computará «desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión», pero añadiendo que «en este último supuesto» (esto es, cuando el plazo se compute desde que se tuvo conocimiento del defecto y no desde la notificación), no podrá solicitarse la nulidad de actuaciones «después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución».(...) La correcta interpretación del inciso que acaba de citarse lleva a entender que sólo en el supuesto de no haberse producido la notificación de la sentencia -mediante la cual se viene en conocimiento del defecto producido si no se ha conocido antes- el plazo se computará a partir del momento en que se tuvo conocimiento del defecto causante de la indefensión, pero que en este supuesto no podrá solicitarse la nulidad de actuaciones «después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución». Este plazo de cinco años debe considerarse como un plazo de caducidad establecido por razones de seguridad jurídica ligadas a la efectividad de la cosa juzgada y al carácter extraordinario de este incidente semejante al que se establece para el ejercicio de otras acciones de rescisión de sentencia judiciales firmes, como ocurre con la audiencia al rebelde (artículos 776 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y con el recurso de revisión (artículo 1800 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con la diferencia de que en los supuestos citados la Ley de Enjuiciamiento Civil establece como inicio del cómputo del plazo de caducidad la publicación de la sentencia, mientras que la Ley Orgánica del Poder Judicial sustituye este momento formal por el de la notificación de la misma, por la cual debe entenderse la última notificación que se haya llevado a cabo a las partes o interesados. El plazo de caducidad de cinco años, pues, rige para los interesados que pretendan acogerse a este incidente de nulidad de actuaciones posterior a la sentencia por haber tenido conocimiento del defecto por un medio ajeno a la notificación, y no para aquellos a los que haya sido notificada la sentencia -como pretende la parte que promueve este incidente-, pues sería contradictorio prever el supuesto de que el defecto haya sido conocido sin notificación de la sentencia al interesado y subordinar al propio tiempo la aplicación del plazo de caducidad de cinco años -establecido para «este último supuesto»- al hecho -propio del supuesto regulado por la ley en un anterior inciso- de que la sentencia haya sido notificada al peticionario...” (Auto TS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 14 de mayo de 1998. Pont.: Xiol Rios [RJ 1998\5772]).

Finalmente, también en relación con el cómputo del plazo se establece, en la disposición transitoria primera de la LO 5/1997, una norma específica de carácter

sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997”, *Revista Secretarios Judiciales*, nº 9, La Ley-Actualidad, Madrid, octubre de 1998, pág. 8 y ss.; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, op. cit., pág. 19 y ss.; etcétera.

intertemporal, para aquellos procesos que hubiesen finalizado por resolución o sentencia irrecurrible dentro del mes anterior a la promulgación de la citada Ley, en cuyo caso, “...el plazo para solicitar la nulidad, establecido en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se contará a partir del día siguiente a dicha promulgación”⁸⁸. Y en cuanto a las modificaciones que se establecen la LO 13/1999, son aplicables a los procesos que concluyan por resolución o sentencia irrecurrible una vez vigente el nuevo texto legal, es decir, a partir del día 16 de mayo de 1999 (confr. disposición final única de la LO 13/1999), y también, y de conformidad con el régimen transitorio establecido en la propia LO 13/1999, resultará de aplicación a los procesos que hubiesen finalizado por resolución o sentencia irrecurrible dentro del mes anterior a referida fecha de entrada en vigor de la Ley comentada, en cuyo caso, el plazo para solicitar la nulidad, establecido en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 240 LOPJ, se contará a partir del día siguiente a dicha entrada en vigor (confr. disposición transitoria única de la LO 13/1999).

3.7. Tramitación

En el proyecto de 1994 nada se establecía en relación con la tramitación a dar al incidente que entonces se pretendía establecer; ante lo cual se suscitaba, precisamente, la duda acerca de cuál sería el tramite a seguir⁸⁹; en cambio en el nuevo incidente de nulidad introducido en la reforma de 1997 se dedica, precisamente, el apartado 4 del nuevo artículo 240 LOPJ a regular, sucintamente, tal aspecto.

La petición de nulidad que se pretenda sustanciar por el cauce del nuevo incidente deberá formularse *mediante escrito*, pues así lo establece expresamente en el apartado 3 del artículo 240 LOPJ, cuando dice que las partes legítimas “...podrán pedir por escrito...”, y también se refiere al mismo el apartado 4 del citado artículo; a dicho escrito pueden acompañarse los documentos que se estimen conducentes a acreditar lo que se alegue (“...para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde...”, dice el apartado 4 del artículo 240 LOPJ), y copia para las restantes partes, tanto del escrito como de los documentos. En cuanto a la *postulación*, a falta de norma expresa en los preceptos comentados, estimamos que ha de regirse por las normas generales aplicable al procedimiento en que se hubiere suscitado el incidente de nulidad⁹⁰. Presentado el

⁸⁸ Un análisis específico de la problemática de tal régimen transitorio, puede consultarse en NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, op. cit., pág. 29 y ss.

⁸⁹ Así, nosotros nos inclinábamos por entender que la tramitación a dar sería la de los incidentes de la LECiv (LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente...”, op. cit.); para PÉREZ-CRUZ MARTÍN la tramitación podría “..acomodarse a un procedimiento declarativo abreviado, muy parecido al actual verbal...” (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto...” op. cit., pág. 13). Ahora, en el texto aprobado en la reforma de 1997 se evita esa indeseada indeterminación, al fijar expresamente un trámite a seguir.

⁹⁰ Para NARVÁEZ RODRÍGUEZ, desde la consideración de que el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales es, en realidad un “...verdadero procedimiento autónomo de tutela judicial de amparo, concibiéndose como un medio procesal de rescisión de resoluciones definitivas no recurribles...”, en el que “...se pretende garantizar nada menos que el derecho fundamental a la tutela judicial y, por consiguiente, de naturaleza y alcance constitucional, la asistencia de letrado y la representación por procurador debe ser preceptiva...” (“El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones

escrito y, en su caso, documentos acompañatorios, así como copias de todo ello, pidiendo la nulidad de actuaciones en alguna de las modalidades objeto del incidente analizado, el órgano judicial competente procederá a decidir sobre si admite o no a trámite tal pretensión; al respecto, pueden darse varias hipótesis:

A) Inadmisión

En el caso de que no se trate de un supuesto de nulidad de actuaciones de los que dan entrada a este incidente, o bien que haya transcurrido el plazo para solicitar la incoación del mismo, procederá inadmitir a trámite el escrito, pues así se deriva tanto del *in fine* del artículo 240.3 LOPJ, como del carácter restrictivo del nuevo incidente de nulidad. Una novedad importante, introducida por la LO 13/1999, viene constituida por la expresa declaración de irrecurribilidad de la resolución que inadmite a trámite el incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Irrecurribilidad que se proclama cuando se afirma que “...la resolución en la que se deniegue la admisión a trámite no será susceptible de recurso alguno” (*in fine* del art. 240.3.II LOPJ), resolviendo, de este modo, una de las dudas que se suscitaban con la anterior regulación. De modo que, como ya hemos afirmado⁹¹, con la vigencia del texto introducido por la LO 5/1997, en el caso de que no se trate de un supuesto de nulidad de actuaciones de los que dan entrada a este incidente, o bien que haya transcurrido el plazo para solicitar la incoación del mismo, procederá inadmitir a trámite el escrito, pues así se derivaba tanto del *in fine* del artículo 240.3 LOPJ, como del carácter restrictivo del nuevo incidente de nulidad⁹²; planteamiento y consecuencia que ha de mantenerse con el nuevo texto del art. 240.3 LOPJ. Nada se dice, ni en el texto introducido por la LO 5/1999, ni en el vigente procedente de la LO 13/1999, sobre la forma que ha de adoptar tal decisión; evidentemente, conforme a las normas generales [confr. art. 245.1.b) LOPJ] deberá ser mediante auto⁹³. En cuanto al régimen de recursos contra esa resolución de inadmisión, nada preveía el texto introducido por la LO 5/1997, de modo que ante tal silencio legal entendíamos que se aplicaría el régimen de recursos ordinarios que contra los autos procedieran en la clase de procedimiento en que se sustancie la petición que se

judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, op. cit., pág. 7 y 26). Otros autores estiman que la solución será distinta según se estime que el incidente es una prolongación del proceso previo, en cuyo caso la reglas de postulación y defensa serán las que rijan en materia de recurso, o si se considera que se trata de un proceso autónomo, en cuyo caso la postulación y defensa se regirá por la regla general vigente en el orden jurisdiccional de que se trate (GÓMEZ CINTAS, M^a del M., “La nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997”, *Revista Secretarios Judiciales*, op. cit., pág. 11).

⁹¹ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 231.

⁹² El CGPJ en su citado Informe postulo que “...las facultades de inadmisión preliminar del incidente deberían ampliarse notablemente respecto de la regulación contenida en el anteproyecto, para permitir la inmediata resolución de aquellas solicitudes carentes manifiestamente de fundamento, a fin de evitar toda utilización abusiva o dilatoria de este remedio procesal...” (“Informe sobre el Anteproyecto...”, cit., *Estudios, informes y dictámenes*, op. cit., pág. 36).

⁹³ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 231. Como veremos, en cambio, el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998 prevé expresamente que la forma de tal resolución sea la de providencia motivada (art. 230 PROLEC).

inadmite⁹⁴. Ahora, precisamente, una de las novedades introducidas por la LO 13/1999, consiste en establecer expresamente la irrecurribilidad de la resolución en la que se deniegue la admisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Ante tales tajantes términos del nuevo *in fine* del art. 240.3 LOPJ, ninguna interpretación es posible efectuar, debiendo estarse, por tanto, a tal carácter de irrecurribilidad.

B) Subsanación

Caso de no presentarse copias con el escrito y documentos acompañados, y, si *prima facie*, proceda la admisión del escrito, procederá, con carácter previo el requerimiento a la parte para que, en el breve plazo que se le señale, las aporte, con apercibimiento de que caso contrario serán expedidas a su costa; dictando al efecto providencia, adoptada mediante la preceptiva propuesta del Secretario Judicial [arts. 245.1.a) y 290 LOPJ]⁹⁵.

C) Admisión y posteriores trámites

Y finalmente, en aquellos supuestos en que se cubran los requisitos establecidos, ya detallados, se procederá a admitir a trámite la petición formulada. Tampoco, en este supuesto, se dice la forma que ha de adoptar esta decisión; al respecto, entendemos que se aplicarán las normas generales [art. 245.1.a) y 290 LOPJ], y en consecuencia se tratará de una providencia, adoptada mediante propuesta del Secretario Judicial. En referida resolución admitiendo a trámite el incidente de nulidad de actuaciones junto con la decisión de admisión a trámite, se acordará además dar traslado, a las demás partes, por un plazo común de cinco días, para que puedan “...formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañaran los documentos que estimen pertinentes...” (*in fine* del art. 240.4 LOPJ). En el supuesto de admisión a trámite del escrito e incoación del incidente de nulidad se suscitan varias cuestiones⁹⁶:

1ª) *Una primera es la relativa a la eficacia suspensiva o no de la sentencia o resolución a la que se achaca el vicio de nulidad.* Al respecto, el propio artículo 240.4 LOPJ establece la regla general de que la admisión a trámite del escrito en que se pida la nulidad que venimos comentando, “...no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles...”; regla general que encuentra su excepción en aquellos supuestos en que caso de no suspender tal ejecución y eficacia “...el incidente pudiera perder su finalidad...”, en cuyo supuesto deberá decretarse la suspensión. Nada se establece al respecto sobre trámite a dar a tal artículo de suspensión; entendemos que dada la simplicidad que se pretende imprimir al nuevo incidente de nulidad, en cuanto a la cuestión de la suspensión de la sentencia o

⁹⁴ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 231.

⁹⁵ La reforma operada mediante LO 13/1999, continúa sin hacer mención a este supuesto de subsanación, pero estimamos que el mismo ha de mantenerse vigente, por las mismas razones arriba expuestas.

⁹⁶ La reciente reforma del incidente de nulidad de actuaciones judiciales, operada mediante la LO 13/1999, tampoco aborda ninguna de las posibles cuestiones que se suscitan en la tramitación del mismo, por lo que continúan siendo válidas las reflexiones que sobre indicada cuestión ya hemos realizado y ahora reiteramos y actualizamos (LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 232 y ss.).

resolución tildada de alguno de los vicios determinantes de nulidad que son objeto del mismo, deberá interesarse por la parte promotora del incidente, lo cual podrá efectuarse en el mismo escrito incoatorio, mediante el correspondiente otrosí, y de tal pretensión deberá darse traslado al resto de partes, en un breve plazo (2 o 3 días), o incluso por el mismo plazo que el traslado principal, con independencia del traslado sobre la cuestión principal, resolviéndose mediante auto, contra el que procederán los recursos ordinarios⁹⁷. En todo caso, parece prudente entender que, en la práctica forense, la regla que pretende ser general, acabará siendo la excepción, y que dados los parámetros⁹⁸ que se establecen en el precepto comentado para acordar la suspensión, la excepción acabará haciéndose regla general, pues es difícil imaginar supuestos en que la no suspensión de la ejecución y eficacia de las resoluciones sospechosas de nulidad no frustre la finalidad del incidente de nulidad que se entabla.

Para MORENILLA, “...el silencio de la ley, teniendo en cuenta la semejanza entre la regulación de la medida cautelar del art. 240 y la realizada por el Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su art. 56, podrá suplirse con la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional sobre este último precepto, extrayendo de la misma los criterios a seguir de cara a la admisión o no de la suspensión solicitada por el denunciante”⁹⁹. En similar sentido se pronuncia NARVÁEZ, el cual resume indicada jurisprudencia, distinguiendo como aspectos más relevantes, los siguientes: a) el TC, con carácter general, suele suspender en aquellos casos en que el contenido del fallo suponga una restricción del derecho a la libertad personal (pena privativa de libertad o de derechos),

⁹⁷ Se suscita, también, la cuestión acerca de si el órgano judicial puede, *de oficio*, en su caso, previa audiencia de las partes, acordar la suspensión de la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles; a favor, claramente, de tal hipótesis, se muestra NARVÁEZ RODRÍGUEZ (“El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, op. cit., pág. 23). En contra de tal posibilidad, GÓMEZ CINTAS, M^a del M., “La nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997”, *Revista Secretarios Judiciales*, n^o 9, op. cit., pág. 14.

⁹⁸ Entre los cuales se echa de menos, para evitar la utilización del incidente con efectos dilatorios o similares, la *falta de previsión de algún tipo de cautela o caución a adoptar a cargo de quien inste la suspensión de la ejecución de la resolución firme*, en los supuestos en que se acuerde la misma, a similitud, p.ej., de lo que se prevé, para el caso de interposición de recursos durante la ejecución forzosa, en el artículo 569 del *Proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998* (en el cual se lee lo siguiente: “Art. 569. *Interposición de recursos ordinarios y suspensión.* - La interposición de recursos ordinarios no suspenderá, por sí misma, el curso de las actuaciones ejecutivas. Sin embargo, si el ejecutado acredita que la resolución frente a la que recurre le produce daño de difícil reparación podrá solicitar del Juez la suspensión de la actuación recurrida, *prestando, en las formas permitidas por esta Ley, caución suficiente para responder de los perjuicios que el retraso pudiera producir*”). En similar sentido se pronuncia el Auto TS (Sala 4^a) de 24 de septiembre de 1998. Pont.: Campos Alonso [RJ 1998\9288].

⁹⁹ Y de este modo, indica que “...es doctrina reiterada de ese Tribunal que la suspensión de resoluciones judiciales firmes tienen ‘carácter excepcional’, de aplicación ‘restrictiva’, siendo, por tanto, ‘la regla general la de no suspender la ejecución de tales resoluciones’ habida cuenta que supone de por sí una cierta perturbación del interés general, consistente en mantener su eficacia...”; recayendo sobre el solicitante tanto la carga de la alegación (petición fundada de la suspensión a instancia de parte), como el *onus probandi* de acreditar ‘suficientemente’ el ‘perjuicio irreparable’ (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, cit., pág. 5, con cita de varios Autos del TC, entre otros el Auto TC 419/1997, de 22 de diciembre de 1997 (caso ‘Filesa’), que contiene un síntesis de la doctrina existente, sobre el particular).

teniendo en cuenta la gravedad y naturaleza del hecho enjuiciado, el bien jurídico protegido, la trascendencia social, la duración de la pena y el tiempo que reste de cumplimiento de la misma; b) también suele suspender la ejecución en aquellas resoluciones que afecten a otros bienes o derechos de difícil o imposible restitución a su estado anterior; y, c) en cuanto a las resoluciones de contenido económico, el TC es contrario a la suspensión, salvo que la parte obligada a su cumplimiento acredite que el mismo pudiera acarrearle perjuicios irreparables¹⁰⁰.

De otra parte, la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA98), al establecer en el art. 137 que “todas las cuestiones incidentales que se susciten en el proceso, se sustanciarán en pieza separada y sin suspender el curso de los autos...”, parece romper con la posibilidad de suspensión que brinda en artículo 240.4 LOPJ que estamos comentando; a pesar de la tajancia de los términos del precepto de la LRJCA98, entendemos que dada la nota de generalidad que en la regulación que de la materia se contiene en LOPJ, ha de estarse a lo establecido en la misma¹⁰¹.

2ª) *Otra cuestión de interés es la relativa a si el incidente ha de sustanciarse en los autos principales o bien ha de formarse pieza separada.* Al respecto nada se dice expresamente en el comentado precepto. Ante el silencio legal, y teniendo en cuenta el espíritu de simplicidad que inspira el incidente analizado, así como la que es práctica generalizada en relación con el mini-procedimiento a que da lugar el art. 240.2 LOPJ, ya comentado, y las reglas sobre la suspensión de la ejecución y eficacia de las resoluciones atacadas en el incidente como sospechosas de nulidad, así como los criterios establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la formación de pieza separada en los incidentes (confr. arts. 744 a 746 LEC) nos inclinamos por entender que no será precisa la formación de pieza separada, debiéndose sustanciar en los autos principales, cuando se acuerde la suspensión de la eficacia y ejecución de la resolución atacada; y en cambio será precisa la formación de pieza separada cuando no se acceda a la suspensión de tal resolución¹⁰².

3ª) *Finalmente se suscita la cuestión sobre si el incidente de nulidad admite otros tipos de prueba distintos a la documental a que se refiere el artículo 240.4 LOPJ.* Al respecto nada dice el precepto comentado. En cambio, al referirse expresamente a los documentos parece querer excluir el resto de pruebas, pues lo evidencia el hecho de que

¹⁰⁰ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, op. cit., pág. 24 y ss.; con cita de abundantes autos del TC.

¹⁰¹ El art. 137 LRJCA98 se integra dentro del capítulo III del Título VI que trata sobre “disposiciones comunes a los Títulos IV y V”, llevando por epígrafe aquel capítulo precisamente el de “incidentes e invalidez de actos procesales”, pero a pesar de la pretensión de tal epígrafe, el indicado capítulo tan sólo contiene el art. 137 ya comentado y el 138 que se refiere exclusivamente a la subsanación de los actos procesales, en regulación ya comentada en el anterior capítulo de esta obra, y que, en esencia, asume la línea jurisprudencial existente acerca de la subsanación de los actos procesales; en definitiva, la LRJCA98 no contiene una regulación general sobre la ineficacia de los actos procesales, sino que tan sólo trata fragmentariamente sobre el tema.

¹⁰² Similares consecuencias procede extraer a la luz del art. 137 LRJCA98, al que ha nos hemos referido en un pasaje anterior de este epígrafe.

no se dispone nada acerca de apertura de periodo probatorio alguno. Entendemos que, dada la simplicidad que se pretende imprimir al incidente de nulidad estudiado, no serán admisibles otras pruebas que las consistentes en documentos tendentes a acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde (art. 240.4 LOPJ)¹⁰³; no admitiéndose otra clase de pruebas y no existiendo propiamente periodo probatorio, carece, por tanto, también de sentido la existencia de fase conclusiva del incidente, a la cual tampoco se refiere el precepto estudiado.

3.8. Resolución: forma, contenido y régimen de recursos

El incidente de nulidad de actuaciones que se establece en los apartados 3 y 4 del artículo 240 LOPJ concluye, bien cuando contestan las restantes partes al traslado conferido, o bien cuando dejan transcurrir, las que no contesten, el plazo concedido, con lo que habrá precluido su oportunidad procesal de hacerlo; en cualquiera de esos supuestos, ha de tenerse por concluido el incidente, dictando al efecto diligencia de ordenación por el Secretario Judicial, en la que así se acuerde y además se disponga que pasen los autos al Juez o Magistrado Ponente -según se trate de órgano judicial unipersonal o colegiado-, para dictar la resolución que ponga término al citado incidente.

Al respecto, constituye importante novedad, introducida por la LO 13/1999, la declaración de irrecurribilidad de la resolución que pone fin al incidente, que ahora se introduce en el *in fine* del apartado 4 del art. 240 LOPJ, al establecer que “...la resolución final sobre este incidente no será susceptible de recurso alguno”, resolviéndose, de este modo, también las dudas que la anterior regulación sobre la materia estaba generando. Precisamente, en el texto introducido por la LO 5/1997, no se establecía nada expresamente sobre el régimen de recursos admisibles contra la resolución que pusiera fin al nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. En cambio, en el proyecto de reforma de 1994 se establecía expresamente la irrecurribilidad de tal resolución; y en similar sentido aparecía en el proyecto¹⁰⁴ de 1996, que dio lugar a la reforma de 1997. Pero, en el *iter* legislativo, se suprimió tal previsión de irrecurribilidad, y en cambio, nada se estableció sobre el particular. Ante el silencio legal, y partiendo también de que nada se expresaba sobre la forma de tal

¹⁰³ En contra de este parecer se pronuncia SAINZ DE ROBLES que afirma que “...el procedimiento parece admitir sólo la prueba documental. Quizá no se ha caído en la cuenta de que esta limitación probatoria puede desencadenar nuevas indefensiones. sospecho y espero que, contando con la potestad general del juez para rechazar pruebas impertinentes, superfluas o inoportunas, la práctica excluirá esta restricción probatoria” (SAINZ DE ROBLES, F.C., “La nulidad de actuaciones. Tribulaciones, muerte y resurrección de una cuestión maldita”, *Tapia. Revista para el mundo del Derecho*, Madrid, enero-febrero, 1998, pág. 6); también a favor de admitir otras clases de pruebas, distintas a la documental, se muestra URBANO CASTILLO (“Sobre la nulidad *post sententiam*”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 20 de julio de 1998, pág. 16).

¹⁰⁴ Que expresamente decía que “el juez o tribunal... dictará la resolución que proceda, que no será susceptible de recurso alguno” (Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 13-1, de 18 de septiembre de 1996).

resolución, que por tanto debía ser la de auto [confr. art. 245.1.b) LOPJ]¹⁰⁵, entendíamos que contra dicho auto podrían interponerse los recursos ordinarios que procediera interponer contra los autos en el procedimiento concreto en que se dicte el mismo¹⁰⁶. La opinión mayoritaria en la doctrina, aún sin fundamentar expresamente, afirmaba que la resolución que pusiera término al comentado incidente era irrecurrible¹⁰⁷. Ahora, con el texto introducido por la LO 13/1999, se resuelven las dudas interpretativas, al establecer tajantemente el carácter de irrecurrible de la resolución final sobre el incidente (*in fine* del art. 240.4 LOPJ), retomando el sentido que se expresaba en el Proyecto de Ley Orgánica de 1996, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, ya citado, que dio lugar a la LO 5/1997. Con el proyecto de reforma de 1994 mantuvimos que la previsión de irrecurribilidad parecía “...acertada para aquellos supuestos en que se acceda a la nulidad de actuaciones, pues contra la nueva sentencia que se dicte, una vez repuestas las actuaciones, sí que podrá interponerse el correspondiente recurso; pero, en cambio, parece poco acertada tal inimpugnabilidad en aquellos supuestos en que se desestime la pretensión, pues tal como está regulado el tema, ahí acaba el incidente, entendemos que quizá podría articularse que contra la resolución que desestime el incidente pueda interponerse el mismo recurso que estuviera previsto contra la sentencia en esa concreta clase de procedimiento, donde

¹⁰⁵ Nótese que indicado precepto dice que las resoluciones judiciales adoptarán la forma de auto, entre otros supuestos, “...cuando decidan sobre nulidad del procedimiento...”; tratándose de un auto directo, sin que proceda ser dictado mediante propuesta del Secretario Judicial, pues se trata de uno de los supuestos excluidos de propuesta, conforme al *in fine* del art. 290 LOPJ.

¹⁰⁶ En relación con el proyecto de reforma de 1994 mantuvimos que la previsión de irrecurribilidad parecía “...acertada para aquellos supuestos en que se acceda a la nulidad de actuaciones, pues contra la nueva sentencia que se dicte, una vez repuestas las actuaciones, sí que podrá interponerse el correspondiente recurso; pero, en cambio, parece poco acertada tal inimpugnabilidad en aquellos supuestos en que se desestime la pretensión, pues tal como está regulado el tema, ahí acaba el incidente; entendemos que quizá podría articularse que contra la resolución que desestime el incidente pueda interponerse el mismo recurso que estuviera previsto contra la sentencia en esa concreta clase de procedimiento, donde supuestamente se hubiera producido la nulidad de actuaciones, si bien dicho recurso debería ser admisible en un sólo efecto...” (LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente nulidad de actuaciones judiciales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, Madrid, 10 de febrero de 1994). En cambio, con la regulación que se contenía en la reforma del 1997, al no existir previsión legal alguna, parecía más acertado mantener la tesis de admisibilidad del régimen de recursos que procedan en el concreto procedimiento de que se trate contra los autos.

¹⁰⁷ Incluso se llegaba a afirmar que “la resolución que decide el incidente de nulidad de actuaciones (...) tampoco es susceptible de ser objeto, de nuevo, del incidente de nulidad...” (MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según ...”, *op. cit.*, pág. 5); para ARIAS LOZANO, que también parte de la irrecurribilidad de tal resolución, será posible un nuevo incidente de nulidad de actuaciones tan sólo “...impensable caso de que en el seno del propio incidente se cometiesen precisamente vicios de los que dan lugar al incidente...” (ARIAS LOZANO, D., “Nota urgente sobre la resurrección del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Otrosí, publicación del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 134-2ª época, Madrid, diciembre, 1997”, pág. 13, nota 16). NARVÁEZ RODRÍGUEZ partiendo de la naturaleza sumaria y preferente de este procedimiento, estima “...que la resolución final que se dicte no será susceptible de recurso, pues de lo contrario estaríamos ante una nueva repetición del proceso que, además no generaría nada más que una dilación indebida del procedimiento...” (“El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *op. cit.*, pág. 28). A favor de admitir “...los recursos ordinarios frente a las sentencias que dicte este tipo de órgano judicial (*sic*)...” se pronuncia GÓMEZ CINTAS (“La nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997”, *Revista Secretarios Judiciales*, nº 9, La Ley-Actualidad, Madrid, octubre de 1998, pág. 13).

supuestamente se hubiera producido la nulidad de actuaciones, si bien dicho recurso debería ser admisible en un sólo efecto...”¹⁰⁸; parecer que continuamos manteniendo con el texto introducido por la Reforma de 1999, ahora analizada, al tratarse de supuestos y situaciones similares.

Nótese que mediante el auto que pone término al nuevo incidente de nulidad de actuaciones puede incluso decretarse la nulidad de una sentencia firme, o resolución de análoga eficacia que hubiera puesto fin al correspondiente proceso de declaración; de modo que se configura este incidente de nulidad de actuaciones como *una especie de remedio contra sentencias firmes*, y constituye una excepción al principio de *inmodificabilidad de las sentencias*, consagrado en el artículo 267.1 LOPJ.

La jurisprudencia surgida tras la instauración de este nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, en cuanto a la *forma de la resolución que lo pone término*, tanto cuando el incidente es estimado como cuando es desestimado, se inclina mayoritariamente por el auto; y así, mediante Auto del TS (Sala 2ª) de 3 de abril de 1998 (Pont.: Soto Nieto) se resuelve incidente de nulidad de actuaciones, estimando el mismo y decretando la nulidad de la sentencia del propio Tribunal Supremo, al estimar un defecto de forma causante de indefensión, cual fue tener por no comparecidos, en el recurso de casación, a abogado y procurador que en realidad sí comparecieron [RJ 1998\2970]; mediante Auto del TS (Sala 2ª) de 28 de mayo de 1998 (Pont.: Martínez-Pereda Rodríguez) se estima incidente de nulidad de actuaciones, decretando la nulidad de la propia sentencia del Tribunal Supremo, por defecto de forma causante de indefensión, dado que la Audiencia Provincial correspondiente, después del auto por el que tenía por preparado el recurso de casación no emplazó a la acusación particular¹⁰⁹ [RJ 1998\5008]; mediante Auto del TS (Sala 5ª) de 5 de octubre de 1998 (Pont.: Pérez Esteban) se resuelve, desestimando, incidente de nulidad de actuaciones contra sentencia de referida Sala [RJ 1998\8428]; mediante Auto del TS (Sala 3ª, Sección 3ª) de 28 de octubre de 1998 (Pont.: González y González) se desestima petición de nulidad de actuaciones judiciales al amparo del art. 240.3 LOPJ [RJ 1998\8894]; por Auto del TS (Sala 1ª) de 22 de septiembre de 1998 (Pont.: Morales Morales) se desestima recurso de queja contra auto de la respectiva Audiencia Provincial, desestimatorio de incidente de nulidad de actuaciones planteado con posterioridad a haber recaído sentencia definitiva en segunda instancia [RJ 1998\6848]; por Auto del TS (Sala 3ª, Sección 2ª) de 2 de julio de 1998 (Pont.: Rodríguez Arribas) se desestima incidente de nulidad de actuaciones contra Sentencia del TS, que a su vez revocaba otra de un Tribunal Superior de Justicia [RJ 1998\6338]; mediante Auto del TS (Sala 3ª, Sección 2ª) de 30 de

¹⁰⁸ LAMO RUBIO, J. de, “El resurgir del incidente nulidad de actuaciones judiciales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, Madrid, 10 de febrero de 1994. La referencia que se contiene a la sentencia, como forma de la resolución que pone término al incidente, en relación con la pretendida reforma de 1994, lo es pues dicho Proyecto de Ley preveía expresamente que tal resolución adoptará la forma de sentencia.

¹⁰⁹ Esta resolución es comentada por ANDRÉS CIURANA, B., que parte de considerarla con forma de Sentencia (“Nulidad de actuaciones y sentencia firme: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 28 de mayo de 1998”, *Revista Jurídica La Ley*, nº 4709, Madrid, 11 de enero de 1999); pero, consultado la BDA, tanto en versión papel, como en versión informática, tal resolución aparece con forma de Auto, y con el marginal indicado [RJ 1998\5008].

noviembre de 1998 (Pont.: Rodríguez Arribas) se desestima incidente de nulidad de actuaciones contra Sentencia del TS [RJ 1998\9375]; por Auto del TS (Sala 3ª, Sección 1ª) de 3 de noviembre de 1998 (Pont.: Cáncer Lalande) se desestima incidente de nulidad de actuaciones contra Sentencia del TS [RJ 1998\9368]; también, mediante Auto del TS (Sala 5ª) de 22 de junio de 1998 (Pont.: Bermúdez de la Fuente) se inadmite incidente de nulidad de actuaciones judiciales, por no haber agotado las posibilidades que ofrece el art. 267 LOPJ [RJ 1998\7243].

Finalmente, en cuanto a la resolución que pone término al incidente de nulidad de actuaciones, tampoco nada se expresa, en el precepto comentado, acerca de lo relativo a las *costas del incidente*. Estimamos que, a falta de previsión expresa, habrá que estar a lo que, en el procedimiento correspondiente del que trae su causa el incidente, se establezca en relación con el abono de las costas de los incidentes que en el mismo se generen; y en caso de nada señalarse al respecto, deberá estarse a las normas generales que rijan en indicado procedimiento; y en último término al principio general del vencimiento (art. 523 LECiv)¹¹⁰.

4. El recurso de amparo constitucional y la nulidad de actuaciones judiciales: Articulación con las demás vías o cauces¹¹¹

Mención especial merece la problemática de la articulación del recurso de amparo constitucional con los demás medios que establezcan las leyes, así como con la que hemos denominado cuarta vía -el nuevo incidente de nulidad de actuaciones-, a efectos de posibilitar el tratamiento procesal de la ineficacia procesal, y al respecto es preciso partir de que el recurso de amparo constitucional se configura como uno de los remedios procesales que integran la denominada *tercera vía* a través de la cual hacer valer, y en su caso, declarar nulidades de actuaciones judiciales; de modo que uno de los mayores problemas que suscita esta situación es la derivación hacía el amparo constitucional de demandas o pretensiones de nulidad de actuaciones que, como consecuencia de la inexistencia de otras vías o cauces, producen la perversa consecuencia de convertir lo que ha de ser un remedio subsidiario, como es el caso del recurso de amparo constitucional (confr. art. 53.2 CE), en un recurso directo y generalizado¹¹². En alguna medida, si bien reducida, pretende paliar esta situación, como también hemos expuesto, el nuevo incidente de nulidad de actuaciones instaurado por la LO 5/1997, ya analizado;

¹¹⁰ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, tras analizar la cuestión relativa a las costas, y ofrecer, al menos, tres soluciones, se inclina por estimar que "...debe aplicarse analógicamente el sistema prevenido en el art. 95, apartado 1º y 2º de la LOTC...", es decir, estima que ha de seguirse el criterio que se establece para el proceso constitucional de amparo, que es, con carácter general gratuito, sin perjuicio de que en los casos de mantenimiento de posiciones infundadas, temeridad o mala fe apreciadas por el órgano jurisdiccional, pueda imponerse la condena en costas; postura que se sustenta, en último término, en la consideración que hace el autor del nuevo incidente como un verdadero proceso de amparo judicial autónomo y diferente de aquel del que trae causa ("El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas", *op. cit.*, pág. 27).

¹¹¹ LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág. 244 y ss.

¹¹² SALA SÁNCHEZ, P., "La posición constitucional del Tribunal Supremo", discurso de apertura solemne del año judicial 1995/96, pronunciado el 14 de septiembre de 1995.

pero tampoco se consiguen resolver los múltiples problemas que la situación actual presenta. En todo caso, es preciso considerar la articulación del recurso de amparo constitucional con las demás vías para hacer valer, y en su caso, declarar la nulidad de actuaciones, lo cual ha de realizarse desde la perspectiva de la propia jurisprudencia constitucional¹¹³.

Partiendo de la nota de *subsidiariedad del recurso de amparo constitucional*, que se proclama en el art. 53.2 CE, y se concreta en la previsión contenida en el art. 44.1.a) LOTC, cuando exige que, para que una demanda de amparo pueda admitirse, se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, el propio TC ha afirmado reiteradamente que, “...esta exigencia, lejos de constituir una formalidad vacía, supone un elemento esencial para respetar la subsidiariedad del recurso de amparo y, en última instancia, para garantizar la correcta articulación entre este Tribunal y los órganos integrantes del Poder Judicial, a quienes primeramente corresponde la reparación de las posibles lesiones de derechos invocadas por los ciudadanos, de manera que la jurisdicción constitucional sólo puede intervenir una vez que, intentada dicha reparación, la misma no se ha producido (por todas, STC 112/1983), y fuese agotada la vía judicial...” (STC 76/1998, de 31 de marzo de 1998. Ponente Sr. Jiménez de Parga y Cabrera); y desde esta misma perspectiva, el plazo de veinte días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial, para la interposición del recurso de amparo constitucional, establecido en el art. 44.2 LOTC, conforme ha reiterado el TC, “...es un plazo de caducidad, improrrogable, no susceptible de suspensión y, por consiguiente, de inexorable cumplimiento, que ha de computarse desde que se tiene conocimiento de la decisión lesiva del derecho fundamental o de la resolución del medio impugnatorio articulado contra ella, sin que sea admisible una prolongación artificial de la vía judicial previa a través de la interposición de recursos manifiestamente improcedentes o legalmente inexistentes contra una resolución firme (SSTC 120/1986, 352/1993). También tenemos establecido que la formulación de estos recursos improcedentes provoca una ampliación indebida del plazo legal para interponer el recurso de amparo, determinando su inadmisibilidad por extemporaneidad...” (STC 43/1998, de 24 de febrero de 1998. Ponente Sr. Jiménez de Parga y Cabrera)¹¹⁴.

¹¹³ En todo caso, es preciso partir de la consideración de que la fuerza vinculante de la doctrina contenida en las resoluciones dictadas en recursos de amparo, deriva exclusivamente del reconocimiento contenido en el art. 5.1 LOPJ, de modo que “...al estar limitada a la estimación subjetiva de un derecho, se encuentra incluida en la excepción expresamente contenida en el art. 164.1 “in fine” CE y aparece tan estrechamente vinculada al caso decidido cómo puede estarlo una sentencia de casación. No en vano el propio TC ha destacado la semejanza de ambos instrumentos, que son a la vez de satisfacción de concretas pretensiones y de generación de doctrina. Por eso, ha de concluirse que la doctrina contenida en las resoluciones de amparo, al estar elaborada en torno al supuesto de hecho sobre que descansa, necesita de parejos requisitos a los de la jurisprudencia para producir el tan mencionado efecto vinculante. Será necesario, pues, que se trate de un criterio consolidado y que exista una similitud sustancial entre los supuestos fácticos y jurídicos contemplados en el proceso de amparo y los del proceso ordinario en que deba aplicarse la doctrina elaborada por la resolución de aquél...” (SALA SÁNCHEZ, P., “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, discurso de apertura solemne del año judicial 1995/96, pronunciado el 14 de septiembre de 1995).

¹¹⁴ También se ha distinguido, en ocasiones, “...entre dos clases de recursos de amparo, vistos desde la posible extemporaneidad de los mismos: A) Recursos en los que, sin pronunciamiento revisorio en la vía judicial, se presentan *per saltum* al Tribunal Constitucional; B) Recursos de amparo contra actos lesivos de derechos fundamentales de naturaleza procesal no susceptibles de ser reparados en la sentencia firme y

Se suscita, pues, la cuestión relativa a *qué ha de entenderse por recursos improcedentes a los efectos del principio de subsidiariedad del recurso de amparo constitucional*, y al respecto, el propio TC ha reiterado que la tutela general de los derechos y libertades constitucionales corresponde primariamente a los Tribunales ordinarios ante los que los ciudadanos ejercitan su derecho a la tutela judicial efectiva que incluye el derecho del interesado a utilizar cuantas acciones y recursos considere útiles para la defensa de sus derechos e intereses, aun los de dudosa procedencia (SSTC 120/1986, 67/1988, 289/1993, 352/1993), pues no puede exigirse al litigante que renuncie a un recurso (STC 253/1994), asumiendo el “riesgo de lo que, a su juicio y razonablemente, pudiese suponer una falta de agotamiento de la vía judicial previa” (STC 120/1986), puesto que ha de tenerse presente que el art. 53.2 CE atribuye la tutela de los derechos fundamentales, ante todo, a los tribunales ordinarios (SSTC 138/1985, 186/1987, 185/1990). De modo que según el TC “...debe permitirse la utilización de cuantos recursos se consideren útiles para la defensa de los intereses, aun los de dudosa procedencia, siempre que no se vislumbre en ello una intención meramente dilatoria” (Auto TC 229/1993, STC 28/1987 y STC 43/1998). Y así, el TC ha afirmado que “... cuando el interesado tiene conocimiento de la sentencia que perjudica sus derechos, sin haber tenido una oportunidad real de ser oído por el Tribunal que la ha dictado, debe intentar el recurso de apelación o de casación que proceda, si tiene plazo hábil para ello (SSTC 18/1990, 130/1990, 1/1992, 184/1995, 160/1997). Si la falta o los defectos del emplazamiento han sido causados por maquinaciones de la parte contraria, procede pedir la revisión de la sentencia injustamente ganada, a tenor del art. 1796.4 LECiv (SSTC 140/1988, 97/1992, y 81/1996). En defecto de los cauces anteriores, puede pedirse audiencia en los términos previstos por los arts. 773 y siguientes LECiv, para pretender la rescisión de sentencias firmes por haberse desarrollado el proceso sin intervención de una parte que debía haber sido emplazada, siempre que ello constituya un supuesto de indefensión contrario al art. 24.1 CE, lo mismo si ha existido un emplazamiento válido, obedeciendo su incomparecencia a causas extrañas que le impidieron comparecer, como si la indefensión ha sido causada directamente por la irregularidad del emplazamiento realizado por el Juzgado o el Tribunal (SSTC 134/1995, 15/1996, 5/1997)...”

Ahora bien, en la situación existente desde la STC 185/1990, ya comentada, hasta la Reforma de 1997 de la LOPJ, también comentada, se suscitaba la *cuestión relativa a la procedencia o no de una petición autónoma de nulidad de actuaciones*, a los efectos de su articulación con el recurso de amparo constitucional, y con la exigencia del agotamiento de los recursos previos -nota de subsidiariedad-, a que ya nos hemos

que pusieron fin a un incidente, o a una petición autónoma dentro de un proceso principal, es decir, aquellos en los que los Jueces y los Tribunales desaprovecharon la oportunidad de preservar y restablecer los derechos fundamentales, si habían sido violados por ellos o por un órgano inferior; resoluciones, además, contra las que no es legalmente permitido, de momento, un recurso que pudiera preservar y restablecer, en la vía judicial, el derecho o la libertad violados (...) Mientras que deben inadmitirse, por prematuros, los del apartado A), y en estos supuestos aplicar inflexiblemente el principio de subsidiariedad, los recursos del apartado B), en los que se dio a Jueces y Tribunales la oportunidad de remediar las infracciones, como es el caso que estamos enjuiciando, deben ser admitidos. (Voto particular del Sr. Jiménez de Parga y Cabrera, al que se adhiere el Sr. Gimeno Sendra, a la STC 63/1996, de 16 de abril de 1996).

referido, siendo reiterada la doctrina del TC en el sentido de considerar improcedente tal petición de nulidad a esos efectos (Sentencia del Pleno de este Tribunal 185/1990, de 15 de noviembre y, entre otras, SSTC 202/1990, 72/1991, 181/1991, 130/1992, 131/1992, 156/1992, 74/1993, 105/1993, 182/1993, 192/1993, 221/1993, 289/1993, 338/1993, 75/1994 y 28/1995), habiéndose procedido, en consecuencia, a aceptar únicamente la respuesta al pretendido recurso de nulidad como referencia inicial para el plazo cuando su interposición era anterior al 3 de diciembre de 1990, fecha de publicación de la STC 185/1985, citada (SSTC 130/1992, 156/1992, 196/1992, 74/1993, 105/1993, 192/1993, 149/1993, 310/1993, 75/1994 y 177/1995, entre otras).

Evidentemente, *tras la Reforma de la LOPJ, operada por la LO 5/1997*, ya comentada, esta doctrina constitucional ha de ser *reinterpretada*, sobre todo desde la consideración del *nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales* instaurado en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, de modo que habrá que entender como procedente, a los efectos de la preservación del principio de subsidiariedad del recurso de amparo constitucional, la previa formulación de indicado incidente de nulidad de actuaciones, en aquellos casos en que, dados los términos del mismo, proceda su interposición; por tanto, actualmente, cuando se den los requisitos necesarios para la interposición del incidente de nulidad de actuaciones previsto en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, ya analizados, la vía judicial no se entenderá agotada, a los efectos del art. 44.1.a) LOTC, hasta tanto no se haya resuelto con resolución firme el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones judiciales; de este modo, se palián, en cierta medida, los efectos expansivos del cauce del recurso de amparo constitucional, restringiendo tal vía como cauce para sustanciar las nulidades de actuaciones judiciales, y ofreciendo la oportunidad a los órganos jurisdiccionales de reparar, en la vía ordinaria, las violaciones de derechos fundamentales determinantes de nulidad; redefiniendo, en definitiva, la subsidiariedad del recurso de amparo constitucional, en el sentido de acentuar tal carácter, al cerrar toda posibilidad a dicho recurso si previamente no es ejercitado el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, cuando concurren los requisitos para dar entrada al mismo, que ya han sido analizados.

Finalmente, en cuanto a la *articulación del nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales (art. 240.3 y 4 LOPJ) con los demás remedios procesales* para hacer valer nulidades de actuaciones, es preciso insistir, en primer término, que tan sólo se podrá acudir al mismo cuando se trate de resoluciones no susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida, de modo que con carácter general, será preciso acudir a la denominada primera vía, cuando está se encuentre abierta; en segundo término, habrá de acudir a la segunda vía, prevista en el art. 240.2 LOPJ, cuando se reúnan los requisitos establecidos al efecto; y finalmente, tan sólo cuando no sea posible ni la primera ni la segunda vía, se suscitara la cuestión de la articulación entre esta cuarta vía y los demás remedios procesales distintos al recurso de amparo constitucional; y es en este ámbito, donde deberá armonizarse el nuevo incidente de nulidad de actuaciones con remedios procesales como el mal llamado recurso de revisión, la audiencia al rebelde, el recurso de anulación previsto en el procedimiento penal abreviado, etcétera, de modo que lo determinante a estos efectos es la distinta finalidad de cada uno de estos remedios, y así sólo será necesario servirse del correspondiente remedio con anterioridad al nuevo incidente de nulidad de actuaciones

judiciales, cuando se den los presupuestos para acudir a ese remedio, sea la revisión de sentencias, la audiencia al rebelde, la anulación, o cualquier otro; pues caso contrario, si no se dan tales presupuestos, y se acude a alguno de esos remedios, sin entablar el incidente de nulidad de actuaciones judiciales, puede llegarse a la inadmisión a trámite del mismo por transcurso del plazo, en base a que el otro remedio procesal utilizado no estaba normativamente concebido para reparar la indefensión sufrida¹¹⁵.

5. El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales y el proceso laboral

5.1. Planteamiento

Como ya hemos afirmado, una de las notas características de la actual regulación de la nulidad de actuaciones judiciales es su *carácter de generalidad*, por cuanto indicada normativa es de aplicación a todos los órdenes jurisdiccionales ordinarios -civil, penal, laboral, contencioso-administrativo y militar- salvo que se disponga lo contrario en las correspondientes normas reguladoras de los diversos procesos¹¹⁶; por tanto, esta nota de generalidad implica que es directamente aplicable al proceso laboral, en principio, todo lo dicho hasta el momento acerca de la nulidad de actuaciones judiciales, incluido, por supuesto, lo relativo al nuevo incidente de nulidad de actuaciones. Si bien, y precisamente por su novedad, en relación con este último incidente, es posible plantearse algunas cuestiones en lo que se refiere a su utilización en el proceso laboral, y que versarán, sobre todo, acerca del objeto y de la tramitación a dar a indicado incidente, sin perjuicio de considerar otras cuestiones en relación con el mismo que puedan ser de interés.

5.2. En cuanto al objeto del incidente

A) En relación con los defectos de forma causantes de nulidad

Por cuanto se refiere al primero de los motivos que pueden dar lugar al incidente de nulidad de actuaciones, es preciso partir de que en el proceso laboral, dada su configuración esencial (arts. 80 y ss. y concordantes LPL), así como los principios que inspiran el mismo, a saber, inmediación, oralidad, concentración y celeridad (art. 74 LPL), los principales defectos de forma que pueden causar indefensión y ser determinantes de nulidad de actuaciones y susceptibles de ser objeto del comentado incidente, son los relativos a *los actos de comunicación*, que en el proceso laboral, sobre todo en relación con el demandado, y en cuanto a su efectiva citación a juicio, cobran especial interés, pues de esa comunicación depende su conocimiento de la demanda, y

¹¹⁵ Un estudio en detalle sobre las relaciones entre el recurso de amparo y los procesos judiciales puede verse en: CARRASCO DURAN, M., “Supuestos problemáticos de la articulación entre los procesos judiciales y el recurso de amparo”, *Revista Jurídica La Ley*, núms. 4756 y 4757, Madrid, 17 y 18 de marzo de 1999. También es de interés sobre tal cuestión: NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998.

¹¹⁶ Vid el epígrafe 1.3. *Bloque normativo: Características*, de esta misma ponencia.

por tanto la articulación de la correspondiente defensa que, de conformidad con sus intereses, pueda formular. Cuestión que adquiere especial importancia cuando de citación edictal se trata. En el proceso laboral, como es sabido, las normas sobre los actos de comunicación se contienen en los arts. 53 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral. Según lo dispuesto en dichas normas las citaciones, notificaciones y emplazamientos pueden hacerse en el local del Juzgado si allí compareciese por propia iniciativa del interesado (art. 55 LPL) o en su domicilio, por correo certificado con acuse de recibo (art. 56 LPL); de no poderse practicar en éste, se procederá a entregar la cédula al destinatario (art. 57.1 LPL), y si aun así resultara fallido se habrá de entregar la cédula al pariente más cercano y familiar o empleado y, en su defecto, al vecino más próximo o al portero o conserje de la finca (art. 57 LPL); sólo cuando “...una vez intentada la comunicación utilizando los medios razonables no conste el domicilio del interesado o se ignore su paradero...”, se podrá acudir a la citación, notificación o emplazamiento edictal o publicación de la cédula en el Boletín Oficial correspondiente (art. 59 LPL); “...la citación por edictos se convierte, así, en una modalidad de carácter supletorio y excepcional, aunque la misma no es contraria al ordenamiento vigente, debe ser utilizada cuando no es posible recurrir a otros medios más efectivos; es un procedimiento que sólo puede ser empleado cuando se tiene la convicción o certeza de la inutilidad de cualquier otra modalidad de citación, lo que quiere decir que previamente han de agotarse todas aquellas modalidades que aseguran en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación y que, en consecuencia, garanticen en mayor medida el derecho de defensa...” (STSJ (Social) de Cantabria de 30 de abril de 1998. Pont.: Badiola Sánchez [AS 1998\2038])¹¹⁷.

¹¹⁷ Así, en este punto, es preciso recordar la doctrina del TC sobre el derecho de defensa garantizado en el art. 24.1 CE en relación a los actos de comunicación procesal. De modo que el TC, desde un primer momento (STC 9/1981), afirmó que el art. 24.1 CE contiene un mandato implícito al legislador, y al intérprete, para promover la defensa procesal mediante la correspondiente contradicción, lo cual lleva a exigir, en lo posible, el emplazamiento personal de los demandados. Por ello, se ha afirmado que el emplazamiento por edictos, aún sin ser en sí mismo contrario a las exigencias del art. 24.1 CE constituye una medida supletoria de llamada al proceso de los interesados. En consecuencia se deben emplear previamente todos los medios posibles para garantizar el emplazamiento personal, ya que integra el derecho a la tutela judicial efectiva el cumplimiento por los órganos judiciales de las normas reguladoras de los actos de comunicación a las partes, y, en especial, los de emplazamiento; de modo que, si bien, el emplazamiento por correo certificado con acuse de recibo dando fe el secretario en autos de su contenido, es una forma ordinaria de comunicación expresamente admitida en el proceso laboral (art. 56 de la LPL), que no contradice, en sí misma, el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, en cambio la utilización del Servicio de Correos no siempre permite que, cuando la comunicación postal fracase, se acuda sin más a la notificación edictal, pues este sistema sólo ha de ser utilizado cuando no conste el domicilio de quien deba ser emplazado o se ignore su paradero por haber cambiado de domicilio, ya que *la comunicación edictal ha de considerarse como un remedio último para la comunicación del órgano judicial con las partes*. Así se ha afirmado reiteradamente que, antes de acudir a la citación edictal, es preciso, inexcusablemente, agotar todas aquellas modalidades «que aseguran en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación y que, en consecuencia, garanticen en mayor medida el derecho a la defensa», así como cumplir las formalidades legalmente establecidas en el caso. Por ello, en los casos en que los Servicios de Correos devuelvan la notificación con indicaciones como «se ausentó» o «desconocido», etc., se incurrirá en vulneración del derecho a no sufrir indefensión si no se cumple con la *ratio* esencial de las normas de emplazamiento, cual es la de asegurar que el receptor de la comunicación le ha recibido fehacientemente. Por ello, no se puede pasar directamente a la citación edictal, cuya eficacia de conocimiento por el citado es muy limitada, sin agotar todos los medios posibles de citación de naturaleza más personal (STC 51/1994); esta doctrina general ha de ser modulada en el sentido de que en aquellos casos en que a pesar de no haber sido emplazados directamente los interesados sí resulta sin

Evidentemente, no se agotan en las notificaciones, citaciones o emplazamientos edictales las posibles fuentes de defectos de forma determinantes de nulidad de actuaciones, pues también pueden encontrarse en supuestos en que siendo *preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal* se omite toda notificación, citación o emplazamiento en relación con el mismo, por cuanto afecta a la adecuada constitución de la relación jurídico procesal, determinando nulidad de actuaciones que puede, incluso, ser decretada por el trámite del art. 240.2 LOPJ; así lo ha entendido, recientemente, el Tribunal Supremo, entre otras en las siguientes resoluciones: STS (Sala 4ª) de 26 de diciembre de 1996. Pont.: Bris Montes [RJ 1996\9855], relativa a un procedimiento de tutela de los derechos de libertad sindical (arts. 175 a 182 LPL), STS (Sala 4ª) de 8 de julio de 1994. Pont.: Sampedro Corral [RJ 1994\7155], en relación con un procedimiento de impugnación de convenios colectivos, en el cual, atendido al interés general y público que en ellos se debate, es parte el Ministerio Fiscal (actuales arts. 162.6 y 163.4 LPL); también en relación con la impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación (art. 165.1 LPL). Doctrina aplicable a la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de despido, de impugnación de sanciones, de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, etcétera, en que se alega vulneración de derechos fundamentales, incluida la no discriminación (arts. 96, 179.2 y 182 LPL), en cuyos supuestos estos procesos se convierten en *una especie de amparo judicial*, al que se refiere el art. 53.2 CE¹¹⁸, o a los supuestos en que la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva en determinados recursos, aunque no haya sido parte en el pleito principal, así en el recurso de casación ordinario (arts. 211.3 y 212.2 LPL), y en el recurso de casación para la unificación de doctrina (arts. 223.1 y 224.2 LPL). Similares consideraciones, en cuanto a los efectos de la ausencia de llamada a juicio, son precisas efectuar en relación con la preceptiva intervención, en su caso, del *Fondo de Garantía Salarial* (arts. 23 y 24 LPL).

Pero, como ya tuvimos ocasión de exponer, no basta con la producción del defecto de forma para poder acudir al nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, sino que además se precisa que concurren los siguientes requisitos: a) que hayan causado indefensión; b) que no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso; y, c) que la sentencia, o en su caso, resolución que pongan término al proceso, “...no sean susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida...”. Los dos primeros ya han sido analizados al hilo del estudio general del citado incidente, y nada nuevo es posible añadir en relación con el proceso laboral; en cambio, en cuanto al tercero de los requisitos, *se suscitan ciertas dudas acerca de la idoneidad del recurso de casación para la unificación de la doctrina para reparar la indefensión sufrida*, o dicho de otro modo sobre si en los supuestos en que,

embargo evidente que a pesar de ello tuvieron conocimiento en tiempo hábil para comparecer y ejercer su derecho de defensa, no puede imputarse infracción alguna del art. 24.1 CE; por todo ello, cuando se denuncia infracción por ausencia del debido emplazamiento, es necesario determinar si el emplazamiento se llevó a cabo en forma personal y suficiente para que llegase a conocimiento del destinatario, y, en todo caso, si tuvo el demandado conocimiento de la existencia del proceso de forma bastante para ejercer su derecho de comparecencia y defensa.

¹¹⁸ MONTERO AROCA, J., *Introducción al Proceso Laboral*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 191.

en abstracto, es posible acudir a indicado recurso es o no posible acudir al nuevo incidente de nulidad de actuaciones obviando el cauce que constituye indicado recurso de casación. Para dar respuesta a tal cuestión es preciso partir de que las nulidades de actuaciones judiciales han de denunciarse, y en su caso, repararse, con carácter ordinario a través de los recursos establecidos en la ley, o sea, a través de la denominada primera vía. Ahora bien, tal afirmación ha de ser matizada en el sentido de tener presente las posibilidades reales de obtener tal resultado a través de indicada vía. Así, en el supuesto examinado, a su vez incluso es posible discernir en atención a cual sea el objeto del pleito principal, de modo que se ha afirmado, con carácter general, que no siendo firme la sentencia al proceder contra la misma, la interposición de recurso de casación para la unificación de doctrina, no es posible acudir al excepcional incidente de nulidad de actuaciones judiciales (Auto TSJ (Social) de Cataluña de 23 de junio de 1998. Pont.: Quesada Pérez. [AS 1998\3164])¹¹⁹; pero, en materia de invalidez, se ha considerado que no es necesario acudir al recurso de casación para unificación de doctrina para estimar agotada la posibilidad de reparación de la posible nulidad, antes de acudir al incidente de nulidad de actuaciones judiciales, y así se ha afirmado que “...aun cuando en teoría es posible formular el llamado recurso en unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, dado que en el presente procedimiento se formula por materia de invalidez, que tiene un ámbito muy limitado a efectos del recurso de unificación de doctrina, por cuanto son supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares y particulares, que a la determinación del sentido de la norma, de una interpretación de carácter general que sirva para unificar la doctrina correcta, por lo que hay que considerar que la resolución que se combate no es susceptible de recurso y por tanto susceptible de postularse por este trámite la nulidad de actuaciones. Es reiterada la doctrina jurisprudencial que establece que en materia de invalidez es difícil considerar dos supuestos iguales como sostiene el Tribunal Constitucional entre otras en su Sentencia número 74/1990, de 23 abril, de ahí que el Tribunal Supremo declare la inadmisión de los recursos de casación en unificación de doctrina respecto de invalidez por valoración de las lesiones, y de ahí que proceda entrar en el estudio de la cuestión de nulidad planteada...” (STSJ (Social) de la Comunidad Valenciana, de 21 de julio de 1998. Pont.: Cots Díaz [AS 1998\1993])¹²⁰.

B) En relación con la incongruencia del fallo

El otro posible motivo que da acceso al excepcional incidente de nulidad de actuaciones judiciales, ex art. 240.3 LOPJ, lo constituye la incongruencia del fallo, como ya hemos tenido ocasión de analizar. La congruencia del fallo, “...como requisito emanado del principio dispositivo, implica una adecuada relación entre pretensión y parte dispositiva de la sentencia, prohibiendo que se otorgue más de lo pedido por el demandante, menos de lo resistido por el demandado o cosa distinta a lo solicitado por

¹¹⁹ En todo caso, se trataba de un supuesto en que se había alegado incongruencia del fallo, en un proceso sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

¹²⁰ Se trataba de un supuesto en que se alegaba incongruencia del fallo, al no haber tenido en cuenta la Sala, al resolver el recurso de suplicación, determinados documentos incorporados en sede de dicho recurso y por el trámite del art. 231 LPL. La Sala admitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones judiciales, y una vez tramitado, dictó otra sentencia acogiendo la nulidad invocada, anulando la sentencia que resolvió el recurso de suplicación, y ordenando un nuevo señalamiento para votación y fallo.

ambas partes. Como reiteradamente ha manifestado esta Sala y el Tribunal Constitucional, el vicio de incongruencia, en su significado de desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones (...) entraña una vulneración del principio de contradicción, lo que constituye una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto este modo de actuar judicial sustrae a las partes su verdadero debate contradictorio y conduce al pronunciamiento de un fallo no adecuado o ajustado a las recíprocas pretensiones de las partes...” (STS (Sala 4ª) de 9 de octubre de 1998. Pont.: Sampedro Corral [RJ 1998\8665]).

En todo caso, el principio de congruencia en el proceso laboral presenta algunas peculiaridades, “...pues, estando inspirado el proceso laboral en el principio dispositivo, su aplicación tiene menos rigor que en el proceso civil, es decir en esta rama ese principio está matizado por varios preceptos procesales que tienen su raíz en el principio de impulso de oficio, como es la posibilidad de iniciar procesos a instancia de la Autoridad Laboral, la facultad del Juez de no aprobar la conciliación aunque las partes se avengan, la advertencia de defectos en la demanda, el otorgamiento de la palabra a las partes a discreción del Juez, la posibilidad de que ordene continuar una prueba aunque esté renunciada por la parte, preguntar libremente a partes y a testigos o limitar el número de éstos cuando esté instruido. Por otra parte, el principio «iura novit curia» aplicado al juez tiene en este proceso mayor intensidad pues la demanda no requiere tener fundamentos de derecho, ni es precisa la intervención de técnico en Derecho en los procesos de instancia, lo que obliga en ocasiones al Juez a corregir determinados enfoques jurídicos inadecuados o, a suplir omisiones producidas por error de las partes, sin que con eso abandone su imparcialidad. Además de lo anterior, en el proceso laboral se ventilan derechos que en gran parte son irrenunciables por virtud de lo dispuesto en los arts. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores y 69 de la Ley General de la Seguridad Social y si por virtud de la congruencia el Juez aceptara peticiones inferiores a los mínimos reconocidos en normas de derecho necesario, podría estar consagrando una renuncia de derechos que sería inválida según los artículos indicados y que nunca podría ser subsanada por efecto de la cosa juzgada. En esta línea se pronunciaron las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 mayo 1953 (RJ 1953\1217) , 14 febrero y 4 abril 1961 (RJ 1961\1596) y (RJ 1961\1419), la de 23 junio 1972 (RJ 1972\3575), 3 junio 1981 (RJ 1981\2599), 3 abril 1982 (RJ 1982\2236) y 10 septiembre 1986 (RJ 1986\4945), concediendo prestaciones superiores a las solicitadas en la demanda, lo que hace ver que resuelven la posible colisión entre el principio dispositivo y el de irrenunciabilidad de derechos en favor de este último...” (Auto TS (Sala 4ª) de 21 de mayo de 1998. Pont.: Salinas Molina [RJ 1998\5087])¹²¹.

¹²¹ Indicado Auto TS inadmite a trámite un recurso de casación para unificación de la doctrina, afirmando que “...en el presente caso, en el que la doctrina de la sentencia que se recurre es plenamente coincidente con la que ha establecido de forma reiterada la Sala en la Sentencia de fecha 16 febrero 1993 (RJ 1993\1175) -y en las en ella citadas- en la que se rechaza que exista incongruencia en el reconocimiento de la prestación por IPT según la BR adecuada, aunque en la demanda se hubiera señalado una BR inferior, pues se dice que no es incongruente que el Juez aplique por derivación las consecuencias legales de una petición, aunque no hayan sido solicitadas expresamente por las partes, si vienen impuestas en normas de derecho necesario (Sentencias del Tribunal Constitucional 120/1984, de 10 diciembre [RTC 1984\120] y 97/1987, de 10 junio [RTC 1987\97]) o, que se concedan efectos no pedidos por las partes siempre que se ajusten al objeto material del proceso (Sentencia 14/1985, de 1 febrero [RTC 1985\14]), resultando esta tendencia interpretativa alejada de una rigidez formalista que

De modo que las particularidades del proceso laboral, que han sido expuestas, “...aconsejan tener una concepción más relajada de la congruencia que la apropiada al proceso civil, pero cualquier flexibilidad en esta materia tiene que tener el límite de saber que la congruencia es una garantía de la efectividad del principio de contradicción, es decir, de que las partes tendrán siempre la oportunidad de ser oídas respecto de las cuestiones sobre las que pueden ser condenadas, por lo que el Tribunal Constitucional señala que la relevancia constitucional de la incongruencia se produce cuando entra en conexión con los derechos reconocidos en el art. 24 de la CE por decidir la sentencia sobre temas no debatidos en el proceso, respecto de los cuales no ha existido la necesaria contradicción y puede producirse la indefensión que prohíbe el art. 24 citado (Sentencias del Tribunal Constitucional de 5 mayo 1982 [RTC 1982\20], 7 marzo 1985 [RTC 1985\34], 12 junio 1986 [RTC 1986\77], Auto de 7 mayo 1986, Sentencias 27 y 142/1987, de 6 marzo y 23 julio [RTC 1987\27 y RTC 1987\142] y 156/1988, de 22 julio [RTC 1988\156] entre otras)...” (Auto TS (Sala 4ª) de 21 de mayo de 1998. Pont.: Salinas Molina [RJ 1998\5087])¹²². También la doctrina se ha mostrado sensible a estas peculiaridades del principio de congruencia en el proceso laboral, sobre todo en lo referido a la materia de invalidez permanente, y sobre la aplicación o no del principio “quien pide lo más pide lo menos”, cuestión acerca de la jurisprudencia, ha sido oscilante¹²³.

debe operar si cabe con mayor laxitud en el proceso laboral, como señala la Sentencia de esta Sala de 24 junio 1969, entre otras muchas, y la de 6 mayo 1988 (RJ 1988\3569) y este criterio se debe mantener...” (Auto TS (Sala 4ª) de 21 de mayo de 1998. Pont.: Salinas Molina [RJ 1998\5087]).

¹²² “...lo que no ocurre en el presente caso el cálculo de la base reguladora es ajustado a Derecho aunque la demanda sólo pidiera la prestación por el salario anual de 835.920 y se entiende que no se produce incongruencia pues la pretensión del actor se configura no sólo con lo expresamente pedido en el suplico de la demanda sino también con lo establecido en la norma de derecho necesario que regula la materia, la petición de una prestación inferior a la legal se debe atribuir a un error del demandante, que el Juez puede y debe corregir integrando la pretensión con el mínimo de derecho necesario que establece la norma y la entidad gestora recurrente no puede alegar indefensión, ni que se haya violado el principio de contradicción pues conoce la base reguladora por que consta en las certificaciones de empresa que obran en el expediente aportado al juicio y por otra parte es conocedora de la norma para el cálculo de la base económica de la prestación...” (Auto TS (Sala 4ª) de 21 de mayo de 1998. Pont.: Salinas Molina [RJ 1998\5087]).

¹²³ La situación es analizada, en detalle, en: VEGA LÓPEZ, J., “El juego del principio de congruencia en el proceso de reconocimiento de la invalidez permanente: el principio ‘quien pide lo más pide lo menos’”, *Actualidad Laboral*, nº 34, Madrid, septiembre de 1997; en que expone y analiza dos sentencias del TS, dictadas resolviendo sendos recursos de casación para unificación de la doctrina, en las que se mantienen posturas distintas; así la STS (Sala 4ª) de 24 de marzo de 1995, estima vigente, con las cautelas debidas, el principio “quien pide lo más pide lo menos”; en cambio la STS (Sala 4ª) de 29 de abril de 1995, revoca la sentencia que había reconocido la Invalidez Permanente Total de la actora, y evita pronunciarse sobre la eventual concurrencia de un grado de invalidez inferior, por exigencias del principio de congruencia. Recientemente, el Tribunal Supremo inadmite recurso de casación para unificación de doctrina, por estimar que carecía de contenido casacional el recurso entablado, contra “...Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 julio 1997 y en ella se confirma la declaración hecha en la instancia expresiva de que la actora se encuentra en situación de IPT, porque si bien se solicitó en la demanda la declaración de hallarse en situación de IPA, no se ha incurrido en incongruencia, porque el principio que refiere que quien pide lo más pide lo menos y, por tanto, la sentencia que reconoce un grado de incapacidad permanente inferior al solicitado, sólo ha de quedar limitado cuando produzca indefensión a cualquier de las partes, lo que no ocurre en el caso, no ya al demandante que muestra su aceptación de la decisión, sino tampoco al demandado, pues ya en el expediente

En cuanto a la exigencia de que *la sentencia o resolución tachada de incongruencia “...no sean susceptibles de recurso...”*, pues en caso de proceder alguno, deberá hacerse valer tal vicio a través del recurso correspondiente, es preciso insistir en lo ya afirmado en relación con el otro motivo, en cuanto que tal planteamiento ha de ser matizado en el sentido de tener presente las posibilidades reales de obtener tal resultado a través de indicada vía; de modo que, como tuvimos ocasión de exponer, en determinados supuestos, la jurisprudencia ha estimado que no es necesario, p.ej., acudir al recurso de casación para unificación de la doctrina, dada la nula potencialidad del mismo para resolver el problema de congruencia del fallo denunciado, así, en materia de invalidez (STSJ (Social) de la Comunidad Valenciana, de 21 de julio de 1998. Pont.: Cots Díaz [AS 1998\1993]); aunque, con carácter general, será preciso agotar indicada vía, antes de acudir al incidente de nulidad de actuaciones judiciales (Auto TSJ (Social) de Cataluña de 23 de junio de 1998. Pont.: Quesada Pérez. [AS 1998\3164]). Evidentemente, la Sentencia resolviendo el recurso de casación para unificación de la doctrina, en todo caso, pone fin a la utilización de la indicada primera vía, y posibilita la utilización, si se dan los requisitos legalmente establecidos, para acudir al incidente de nulidad de actuaciones judiciales (Auto TS (Sala 4ª) de 24 de septiembre de 1998. Pont.: Campos Alonso [RJ 1998\9288])¹²⁴.

5.3. En relación con la tramitación a seguir

En cuanto al trámite a dar al incidente de nulidad de actuaciones, y dadas las peculiaridades del proceso laboral, sobre todo de la forma de resolver los incidentes en ejecución de sentencia, para lo cual se establece el incidente general regulado en el art. 236 LPL, se suscita la cuestión relativa a si el trámite adecuado será el que ha sido ya descrito, al analizar el citado incidente de nulidad de actuaciones judiciales, o bien será de aplicación el previsto en el art. 236 LPL, toda vez que, al menos por lo que se refiere a los vicios consistentes en defectos de forma determinantes de nulidad no serán detectados, con carácter general, hasta ejecución de sentencia. Sobre la utilización del incidente general del art. 236 LPL se mantienen en la doctrina, básicamente, dos posturas: una tesis a favor de la amplitud del objeto de tal incidente¹²⁵, y otra que se

administrativo estimó que las lesiones de la demandante no eran constitutivas de invalidez en grado alguno...” (Auto TS (Sala 4ª) de 21 de mayo de 1998. Pont.: Salinas Molina [RJ 1998\5087], ya comentado). También la doctrina se muestra dividida sobre la admisión de indicado principio (las distintas posiciones pueden verse en el citado artículo).

¹²⁴ Precisamente, indicado auto, estima un recurso de súplica contra providencia de 24 de junio de 1998, de la Sala 4ª del TS que inadmitía solicitud de nulidad de actuaciones judiciales, por estimar que contra la Sentencia del TS (Sala 4ª) de 13 de febrero de 1998. Pont.: Campos Alonso [RJ 1998\1806] que resolvía recurso de casación para la unificación de la doctrina no cabía recurso alguno. Referido auto, estimando el citado recurso de súplica, acuerda admitir a trámite el incidente de nulidad de actuaciones judiciales, fundado en incongruencia del fallo.

¹²⁵ Así, a favor de que a través de esa tramitación incidental puedan sustanciarse cualquier tipo de incidente que pueda surgir en la ejecución, en especial cuando su tramitación no encuadre en la de los meros recursos o de resultar necesaria la práctica de prueba para su resolución, se pronuncia, entre otros, SALINAS MOLINA, F. (“Las comparecencias en la ejecución. Cambio de partes e intervención de terceros. Tercerías de dominio y de mejor derecho”, en *La Ejecución en el Proceso Laboral*, Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997, pág. 172 y ss.), que

muestra contraria a tal amplitud¹²⁶. En relación con el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, creado por la LO 5/1997, ahora examinado, algún sector doctrinal, que trató la cuestión cuando tal Ley aún estaba en trámite parlamentario, parece inclinarse a favor de la utilización del cauce del art. 236 LPL para sustanciar referido incidente de nulidad de actuaciones¹²⁷.

Nosotros estimamos que el trámite adecuado a dar al incidente de nulidad de actuaciones judiciales, previsto en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ, es el diseñado en dicho precepto y que ya ha sido examinado, de aplicación también al proceso laboral, y por tanto no procede utilizar el cauce del art. 236 LPL, fundamentalmente por las siguientes razones: a) Dada la vocación de generalidad que inspira la regulación relativa a la nulidad de actuaciones judiciales, sobre la cual ya hemos argumentado suficientemente a lo largo de esta exposición; b) pues el art. 240.3 y 4 LOPJ, aunque escasa y quizá mejorable, contiene una regulación del trámite a dar al incidente allí contemplado, regulación que ha de aplicarse, toda vez que el procedimiento es indisponible para las partes y para el órgano judicial; c) a mayor abundamiento, decir que el art. 236 LPL regula un incidente general, si bien de carácter declarativo, pero inserto en la ejecución de sentencia, y en cambio el incidente de nulidad de actuaciones judiciales ahora considerado, aunque quizá la mayoría de las veces -sobre todo cuando se trate de defectos de forma de carácter invalidante- se suscite en ejecución de sentencia, no tiene porque necesariamente ser siempre en tal momento procesal cuando se produzca el mismo, sobre todo cuando se funde en incongruencia del fallo, en cuyo caso, en la mayoría de los supuestos, aún no se habrá incoado la correspondiente ejecución de sentencia; y d) finalmente, la tesis que sustentamos, por cuanto propugna que el trámite a dar al incidente de nulidad de actuaciones siempre sea el mismo, con independencia del momento procesal en que se plantee y del orden jurisdiccional en que se suscite, ofrece mayores dosis de seguridad jurídica que cualquier otra fórmula particularizadora que se pueda imaginar.

La jurisprudencia del orden jurisdiccional social ha tenido ocasión de tratar lo relativo al trámite a dar a tal incidente de nulidad de actuaciones judiciales, y se ha inclinado claramente por seguir los trámites previstos en los apartados 3 y 4 del art. 240 LOPJ; y así en Auto TS (Sala 4ª) de 24 de septiembre de 1998. Pont.: Campos Alonso [RJ 1998\9288], mediante el que se estima un recurso de súplica contra providencia de 24 de junio de 1998, de la Sala 4ª del TS que inadmitía solicitud de nulidad de actuaciones judiciales, por estimar que contra la Sentencia del TS (Sala 4ª) de 13 de febrero de 1998. Pont.: Campos Alonso [RJ 1998\1806] que resolvía recurso de

efectúa un detallado y documentado estudio acerca de las posibilidades de indicado incidente ex art. 236 LPL, con cita de otros autores favorables a tal tesis.

¹²⁶ No es esta ponencia el lugar adecuado para debatir sobre tales posturas, pues ello excede, con mucho, los límites de la misma. En todo caso, indicadas posturas y posibilidades se analizan en: FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F., “El incidente general en la ejecución ex artículo 236 de la Ley de Procedimiento Laboral: funciones y disfunciones”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 13, Madrid, julio de 1996, págs. 11 y ss.

¹²⁷ Así, CAPILLA BOLAÑOS, que afirma que “...el trámite, el de los incidentes...”, y que, en cuanto a la resolución que lo ponga término, estima que “...el plazo para resolver por auto el incidente es el general de tres días por aplicación del art. 236 LPL...” (“La nulidad de actuaciones en el proceso laboral. Su nueva regulación en el anteproyecto de reforma de la LOPJ”, *Actualidad Laboral*, núm., 22, Madrid, mayo de 1997, pág. 539).

casación para la unificación de la doctrina no cabía recurso alguno. Referido auto, estimando el citado recurso de súplica, acuerda admitir a trámite el incidente de nulidad de actuaciones judiciales, fundado en incongruencia del fallo, y a tal efecto acuerda dar "...traslado a la otra parte, recurrida en casación (...) para que dentro del plazo de cinco días pueda formular por escrito sus alegaciones; y con relación a la suspensión de la ejecución que se solicita, el aval constituido a que se refiere el fundamento tercero de la Sentencia garantiza su cumplimiento, por lo que la petición de suspensión que se contiene en el otrosí debe ser igualmente acordada; todo ello sin perjuicio de que en su día, oída la parte contraria, pase lo actuado al Ministerio Fiscal para que emita dictamen sobre la nulidad de actuaciones solicitada..." (FJ 2º del citado Auto)¹²⁸.

5.4. Otras cuestiones

Las restantes cuestiones que pueden surgir en relación con el incidente de nulidad de actuaciones judiciales, es decir, lo relativo al *plazo*, *competencia*, *legitimación*¹²⁹, *suspensión de la ejecución recurrida*¹³⁰, *resolución*¹³¹, *recursos*, *etcétera*, estimamos que, con carácter general, son de aplicación los criterios ya indicados al tratar acerca del nuevo incidente de nulidad, dada la nota de generalidad de tal normativa, como ya se ha indicado, motivo que nos excusa de efectuar ofrecer mayores detalles, pues la remisión a lo ya analizado se estima suficientemente ilustrativa.

6. Referencia a la regulación de la nulidad de actuaciones judiciales en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998

¹²⁸ En cuanto al pase al Ministerio Fiscal para informe, y dado que el mismo no fue parte en el proceso principal -que versaba sobre despido- aunque nada se fundamente en el auto comentado, trae su causa de lo establecido en el art. 223.1 LPL, pues el asunto principal del cual dimana el incidente de nulidad de actuaciones, era un recurso de casación para unificación de la doctrina, que fue resuelto, como se ha indicado, por Sentencia del TS (Sala 4ª) de 13 de febrero de 1998. Pont.: Campos Alonso [RJ 1998\1806].

¹²⁹ En relación con la legitimación, deberá tenerse presente que en el proceso laboral se favorece, articulando y regulando expresamente, *la intervención de terceros en el proceso de ejecución*, de modo que cuando "...aleguen un derecho o interés legítimo y personal que pudiera resultar afectado por la ejecución que se trata de llevar a cabo, tendrán derecho a intervenir en condiciones de igualdad con las partes en los actos que les afecten..." (art. 238 LPL). Un análisis de la rica problemática que suscita este precepto (art. 238 LPL), puede consultarse en: SALINAS MOLINA, F., "Las comparecencias en la ejecución. Cambio de partes e intervención de terceros. Tercerías de dominio y de mejor derecho", en *La Ejecución en el Proceso Laboral*, Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997, pág. 170 y ss. En el mismo sentido, es preciso tener muy en cuenta la reforma introducida en este aspecto por la LO 13/1999, ya comentada, que admite claramente la legitimación de aquellos que no siendo parte en sentido técnico procesal, "...hubieran debido serlo..."

¹³⁰ A favor de la tesis que nosotros mantenemos de exigir algún tipo de afianzamiento para decretar tal suspensión, se ha pronunciado, recientemente, la Sala 4ª del Tribunal Supremo (Auto TS (Sala 4ª) de 24 de septiembre de 1998. Pont.: Campos Alonso [RJ 1998\9288]).

¹³¹ Apartándose de la línea jurisprudencial, ya expuesta, que se muestra favorable a la *utilización del auto* para resolver el nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales, con independencia de que su sentido sea estimatorio o desestimatorio, es posible citar la Sentencia TSJ (Social) de la Comunidad Valenciana, de 21 de julio de 1998. Pont.: Cots Díaz [AS 1998\1993].

Como ya tuvimos ocasión de indicar, actualmente se encuentra en trámite parlamentario el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (PROLEC), que pretende erigirse en *ley procesal común* (así, el art. 4 PROLEC establece que “*en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley*”), para lo que, a la vez, se pretende que la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, apartándose de su antecesora, de 1870, circunscriba su contenido a lo que indica su denominación y se ajuste, por otra parte, a lo que señala el apartado 1 del artículo 122 de la Constitución, desprendiéndose, así de normas procesales, no pocas de ellas atinadas, pero impropiedades situadas y productoras de numerosas dudas al coexistir con las que contienen las Leyes de Enjuiciamiento, sin desdeñar y, por tanto, beneficiándose, de cuanto de positivo podía hallarse en la regulación procesal de 1985, acompañándose de un Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (PRLOPJ, en lo sucesivo), con la finalidad pretendida, en el cual, además de proceder a la derogación de todas aquellas normas procesales *-incluidas las relativas a la regulación sobre la nulidad de actuaciones-* que se han incluido en el PROLEC, se procede al correspondiente reajuste normativo¹³².

El PROLEC dedica los artículos 227 al 233 a la regulación de lo que denomina “nulidad de las actuaciones judiciales”; referidos preceptos constituyen el contenido del capítulo IX, integrado dentro del Título V, titulado “De las actuaciones judiciales”, a su vez ubicado dentro del Libro I, que se refiere a las “Disposiciones generales relativas a los juicios civiles”. Las características generales de tal normativa, pueden ser resumidas del siguiente modo¹³³: a) El PROLEC contiene una regulación sistemática de la materia referida a la nulidad de actuaciones, a diferencia de la LECiv, que carece de la misma; encontrándose la justificación de tal regulación sistemática en la pretendida vocación de *ley procesal común* del PROLEC (confr. art. 4 de la misma); b) indicada propuesta de regulación guarda bastante similitud con la existente, con carácter general, en la LOPJ, que ya ha sido analizada, limitándose, prácticamente, a introducir pequeños retoques; c) además de esa sistemática regulación, se encuentran dispersas por el articulado PROLEC, menciones o regulaciones fragmentarias de la nulidad, a similitud de lo que también sucede en la vigente LECiv, y que tan sólo son particularizaciones de ese régimen general; así, a título de ejemplo cabe citar los artículos: 66.3 y 5, 165, 226.1, 590, etcétera, todos ellos del PROLEC; d) finalmente, caso de aprobarse esta propuesta de regulación, la misma regiría de forma directa para el proceso civil, y supletoriamente para el resto de órdenes jurisdiccionales, dada la pretensión del PROLEC de convertirse en *ley procesal común*, como afirma su exposición de motivos, y ratifica su art. 4 que

¹³² El Proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil se publica en BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 147-1, de 13 de noviembre de 1998; y el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial se publica en el BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 148-1, de 16 de noviembre de 1998. Ambos, en la fecha de conclusión de la redacción de esta ponencia (mayo de 1999) se encuentran en trámite parlamentario.

¹³³ LAMO RUBIO, J. de, “Nulidad de actuaciones judiciales y sistema de recursos. Estudio sistemático en relación con el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ponencia expuesta en el curso sobre *El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 30 de marzo a 1 de abril de 1998. LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, op. cit., pág. 302 y ss.

establece que “...en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”.

En cuanto al *incidente de nulidad de actuaciones judiciales*, el mismo se perpetúa en el art. 230 PROLEC, habiendo sido cuestionada su permanencia por la doctrina, y así, GIMENO SENDRA estima que debería suprimirse el mismo, por entender que “...ha sido un error resucitar el incidente de nulidad de sentencias firmes, efectuado por la Ley Orgánica 5/1997, en el art. 240.3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial...”, de modo que el PROLEC “...en su art. 230, no hace más que abundar en esta idea. Pero las indefensiones deben corregirse a través de los recursos y de modo especial mediante la “audiencia al rebelde”, que, por lo demás, el PROLEC agiliza notablemente. Con la reinstauración de dicho incidente, que abolió la reforma parcial a la LECiv de 1984, se pueden incrementar las dilaciones indebidas, se sacrifica la cosa juzgada y, con ella, la seguridad jurídica, y se puede fomentar la picaresca de los ‘morosos’ en los juzgados por la vía de preconstituir las situaciones de indefensión...”¹³⁴.

7. Bibliografía

- ANDRÉS CIURANA, B., “Nulidad de actuaciones y sentencia firme: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 28 de mayo de 1998”, *Revista Jurídica La Ley*, nº 4709, Madrid, 11 de enero de 1999.
- ARIAS LOZANO, D., “Nota urgente sobre la resurrección del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Otrosí, publicación del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 134-2ª época, Madrid, diciembre, 1997.
- ARIAS RODRÍGUEZ, J.M. “La constitucionalidad del art. 240 LOPJ. La sentencia del TC 185/1990, de 15 de noviembre y algunas de sus consecuencias”, en *BIMJ*, núm. 1647, Madrid.
- BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J., FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª. F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Editorial Trotta, S.A., 2ª ed., Madrid, 1995.
- BENITO ALONSO, F. “La revocación de sentencias firmes recaídas en procesos viciados de nulidad”, en la *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3432, Madrid, 11 de enero de 1994.
- BENITO ALONSO, F., “Nulidad de actuaciones: una importante carencia legislativa”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 4, Madrid, 1991.
- BORRAJO INIESTA, I., “La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, sobre Principios constitucionales en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.

¹³⁴ GIMENO SENDRA, V., “Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho Procesal Europeo”, *Revista Jurídica La Ley*, nº 4734, Madrid, 15 de febrero de 1999, pág. 3.

- BUSTOS PUECHE, J.E., “Planteamiento técnico del conflicto entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional”, en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3601, Madrid, 6 de septiembre de 1994.
- CAPILLA BOLAÑOS, J.A., “La nulidad de actuaciones en el proceso laboral. Su nueva regulación en el anteproyecto de reforma de la LOPJ”, *Actualidad Laboral*, núm., 22, Madrid, 1997.
- CARRASCO DURAN, M., “Supuestos problemáticos de la articulación entre los procesos judiciales y el recurso de amparo”, *Revista Jurídica La Ley*, núms. 4756 y 4757, Madrid, 17 y 18 de marzo de 1999.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, aprobado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 12 de agosto de 1996, *Estudios, informes y dictámenes*, CGPJ, Madrid, 1997.
- CHOCLAN MONTALVO, J.A., “Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 137, Madrid, 17 de febrero de 1994.
- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “La reforma del art. 240 de la LOPJ: Luces y sombras”, *Revista Tribunales de Justicia*, Madrid, 1998/2.
- ESCUADERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., CASAS PUIG, P., *El Proceso Laboral Práctico. Comentarios, formularios y esquemas prácticos*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, enero, 1999.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., “El incidente general en la ejecución ex artículo 236 de la Ley de Procedimiento Laboral: funciones y disfunciones”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 13, Madrid, julio de 1996.
- GABALDÓN LÓPEZ, J., “Nulidad de actuaciones procesales y recurso de amparo”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- GARBERI LLOBREGAT, J., “La nueva (y polémica) doctrina del Tribunal Constitucional sobre el ‘recurso de audiencia al rebelde’ (A propósito de la STC 15/1996, de 30 de enero)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 240, de 4 de abril de 1996.
- GARNICA MARTÍN, J.F., “Nulidad de actuaciones después de sentencia firme”, en *Revista Justicia*, 1990, Tomo IV, Barcelona, 1990.
- GARNICA MARTÍN, J.F. “Nulidad de actuaciones sin recurso: nuevas reflexiones sobre un problema crítico de nuestro proceso”, *Revista La Ley*, núm. 3395, Madrid, 19 de noviembre de 1993.
- GIMENO SENDRA, V., “El derecho a un proceso laboral con todas las garantías”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, CGPJ, Madrid, 1996

- GIMENO SENDRA, V., “Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho Procesal Europeo”, *Revista Jurídica La Ley*, nº 4734, Madrid, 15 de febrero de 1999.
- GÓMEZ CINTAS, M^a del M., “La nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997”, *Revista Secretarios Judiciales*, nº 9, La Ley-Actualidad, Madrid, octubre de 1998.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario a la STC 110/1988”, en *Revista La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1989.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Nulidad de actuaciones y la Constitución”, *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1992.
- GUI MORI, T., “Nulidad de actuaciones tras sentencia definitiva. La anunciada inconstitucionalidad del art. 240 LOPJ”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1990.
- GUILLO SÁNCHEZ GALIANO, A., “La nulidad de actuaciones en el proceso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Actualidad Administrativa*, Tomo 3, Madrid, 1992.
- LAMO RUBIO, J. de. “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, Madrid, 10 de febrero de 1994.
- LAMO RUBIO, J. de, “Nulidad de actuaciones y ejecución de sentencia”, ponencia inédita, expuesta en el curso sobre *Fe Pública y Nulidad de actuaciones*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 12 al 14 de diciembre de 1994.
- LAMO RUBIO, J. de, “Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales”, publicación de separata en *Revista de los Tribunales de Castilla-La Mancha*, abril, 1997.
- LAMO RUBIO, J. de, “Nulidad de actuaciones judiciales y sistema de recursos. Estudio sistemático en relación con el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ponencia expuesta en el curso sobre *El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 30 de marzo a 1 de abril de 1998.
- LAMO RUBIO, J. de, “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al artículo 1º de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 3 y 4 de agosto de 1998.
- LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998.
- LAMO RUBIO, J. de, “El ‘remozado’ incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al art. 2º de la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, de modificación de los artículos 19 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial” *inédito*, 1999; pendiente de publicación.

- MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN, M., “Una Ley para una Justicia eficaz”, conferencia pronunciada por la Ministra de Justicia en las Jornadas sobre “protección del crédito en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, celebradas en Barcelona, el 19 de junio de 1998, publicada en *BIMJ*, núm. 1825, Madrid, 15 de julio de 1998.
- MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Editorial Colex, 1991.
- MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M., “Nulidad de actuaciones. Principios informadores y clasificación”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M., *La nulidad de actuaciones en el proceso civil. Análisis constitucional de la nulidad en la LOPJ*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1996.
- MEDINA FERNÁNDEZ, F. “Nulidad de actuaciones: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista General de Derecho*, núm. 643, Valencia, abril, 1998.
- MONTERO AROCA, J., *Introducción al Proceso Laboral*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según el nuevo artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: consideraciones críticas”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 12 de marzo de 1998.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1831, Madrid, 15 de octubre de 1998.
- PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ”, en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, Madrid, 1994.
- ROBLEDO VILLAR, A., “Sobre la nulidad de actuaciones en el apremio de bienes inmuebles por práctica defectuosa de actos de comunicación”, en *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 1997.
- ROBLES GARZÓN, J.A. y GIMENEZ SÁNCHEZ, M.I., “La constitucionalidad del art. 240 LOPJ (Comentario a la sentencia TC 185/1.990, de 15 de noviembre)”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 2, Madrid, 1992.
- RUIZ VADILLO, E., “Relaciones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria en el ámbito de los derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Judicial sobre Jurisdicción y competencia penal*, CGPJ, Madrid, 1996.
- SAINZ DE ROBLES, F.C., “La nulidad de actuaciones. Tribulaciones, muerte y resurrección de una cuestión maldita”, *Tapia. Revista para el mundo del Derecho*, Madrid, enero-febrero, 1998.

- SALA SÁNCHEZ, P., “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1.994/95, Madrid, septiembre de 1994.
- SALA SÁNCHEZ, P., “El TS como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes del Derecho”, discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1995/96, Madrid, septiembre de 1995.
- SALINAS MOLINA, F., “Las comparecencias en la ejecución. Cambio de partes e intervención de terceros. Tercerías de dominio y de mejor derecho”, en *La Ejecución en el Proceso Laboral*, Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997.
- SERRERA CONTRERAS, P.L., “La protección ordinaria de los derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 173, 17 de noviembre de 1994.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., “El incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Justicia*, Barcelona, 1981.
- URBANO CASTRILLO, E. de, “Sobre la nulidad *post sententiam*”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 20 de julio de 1998.
- VEGA LÓPEZ, J., “El juego del principio de congruencia en el proceso de reconocimiento de la invalidez permanente: el principio ‘quien pide lo más pide lo menos’”, *Actualidad Laboral*, nº 34, Madrid, septiembre de 1997
- VERGE GRAU, J., “Comentario a la Sentencia TC de 15 de noviembre de 1990, sobre la constitucionalidad del art. 240.2 LOPJ”, *Revista Justicia*, Tomo III, Barcelona, 1992.
- VERGE GRAU, J., *La Nulidad de actuaciones*, Editorial Bosch, Barcelona, 1987.
- VERGE GRAU, J., “La nulidad procesal después de sentencia”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- VERGE GRAU, J., “¿Un nuevo incidente de nulidad?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 259, Madrid, 5 de septiembre de 1996.

ANEXO IX

“La ‘sede judicial electrónica’ y los derechos del trabajador en caso de empresas desaparecidas”, publicado en *Diario La Ley*, núm. 9037, de 8 de septiembre de 2017, Wolters Kluwer, *versión electrónica*.

La «sede judicial electrónica» y los derechos del trabajador en caso de empresas desaparecidas

Jaime DE LAMO RUBIO

Magistrado

Diario La Ley, Nº 9037, Sección Tribuna, 8 de Septiembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer

LA LEY 10055/2017

Resumen

Según el autor, la implantación del expediente judicial electrónico y de la Justicia Digital, está generando en la jurisdicción social algún posible desajuste que puede generar nulidades de actuaciones con perjuicio, sobre todo, para el trabajador. Así, analiza la problemática de las notificaciones a través de la sede judicial electrónica y los derechos de los trabajadores en el caso de desaparición de empresas.

I. La Justicia Digital

Las Nuevas Tecnologías se hicieron presentes en el proceso judicial de la mano de la *Ley 18/2011, de 5 de julio (LA LEY 14138/2011), reguladora del Uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia*, que entiende que la modernización ha de suponer una mejora de las gestión procesal bajo los principios de seguridad e información, regulando el derecho de los ciudadanos a la Administración de Justicia, utilizando medios electrónicos de uso obligatorio en los sistemas de la sede judicial electrónica; proceso reformador que, de momento, ha tenido su último desarrollo normativo con la *Ley 42/2015, de 5 de octubre (LA LEY 15164/2015), reformadora de la LECiv (LA LEY 58/2000)*, que, por lo que ahora interesa, pretende proporcionar un nuevo concepto de la Administración de Justicia a través de reformas en profundidad de las actuaciones procesales, en especial de los medios de comunicación, presentación de documentos, garantías de los justificantes,

utilización del correo electrónico e incluso del teléfono, así como de la obligatoriedad de utilizar tales medios de forma obligatoria por parte de los profesionales y funcionarios de la Administración de Justicia (*Exposición de Motivos*).

De modo que los avances tecnológicos han penetrado con fuerza en nuestros Juzgados y Tribunales, también en el ámbito del proceso, pero *la nueva legislación siempre ha de respetar las normas procesales vigentes*, siendo preciso una adaptación a las mismas, que no siempre es sencilla tanto por razones tecnológicas como orgánicas que se vienen poniendo de manifiesto, ante la entrada en funcionamiento de la nueva normativa, *abundando las críticas*, porque una cosa es que se recoja en la ley, el derecho y la obligación del empleo de tales medios, y otra que *los requisitos de validez, la disponibilidad, la compatibilidad de los sistemas, la seguridad, la autenticidad y la integridad de la comunicación y de su contenido y demás requisitos procesales se asuman adecuadamente en el desarrollo práctico de dichas novedades informáticas* (1) .

En consecuencia, es preciso no olvidar que la esencia del *proceso debido* como instrumento para obtener la tutela judicial efectiva a través de las alegaciones de las partes, pruebas, conclusiones, resolución y ejecución de la misma, no ha de considerarse modificado, por muchas reformas informáticas que se implanten.

En definitiva, ante el reto de la *digitalización de la justicia*, en que actualmente estamos inmersos, no debemos olvidar los principios que tan trabajosamente han venido definiendo *el proceso debido*, sobre todo ante la posibilidad de que surjan nuevas causas de nulidad de actuaciones judiciales, institución que ha de servir para poner remedio a las posibles vulneraciones del proceso debido, configurando al juez ordinario como garante del mismo.

En todo caso, consideramos que ha de ser bienvenida la apuesta decidida, por parte del Estado, por la denominada *digitalización de la justicia*, en aras de obtener la necesaria modernización del sistema, si bien, no exenta de constructivas críticas (2).

II. La denominada «sede judicial electrónica» y las empresas desaparecidas

Pues bien, la implantación del expediente judicial electrónico y, en definitiva, de la Justicia Digital, está generando en la jurisdicción social algún posible desajuste que puede generar nulidades de actuaciones con perjuicio, sobre todo, para el trabajador, y que constituye el objeto del presente estudio. Se trata de la problemática de las notificaciones a través de la denominada «sede judicial electrónica» y los derechos de los trabajadores, en el caso de empresas desaparecidas.

La Ley 18/2011, de 5 de julio (LA LEY 14138/2011), reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, junto con el denominado *sistema LexNet*, de utilización por profesionales de la justicia (Procuradores, Abogados, Graduados Sociales, etc.), crea la denominada «sede judicial electrónica» (arts. 9 (LA LEY 14138/2011) y ss. y concordantes), destinada a ser utilizada por los ciudadanos y las personas

jurídicas en sus relaciones con la Administración de Justicia, y por ésta en las relaciones con aquéllas.

Mediante el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre (LA LEY 18232/2015), sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNet, se desarrolla, entre otras cuestiones, la denominada «sede judicial electrónica». El art. 11 (LA LEY 18232/2015) se refiere a las comunicaciones y notificaciones por canales electrónicos, estableciendo que los órganos y oficinas judiciales y fiscales realizarán los actos de comunicación con las partes procesales y, en su caso, con los terceros intervinientes, mediante los siguientes canales electrónicos:

- a) El sistema LexNet, si se trata, en su caso, de otros órganos y oficinas judiciales y fiscales, cuando las partes intervinientes en el proceso estén representadas por profesionales de la justicia y así lo permitan las normas procesales y cuando los destinatarios de los actos de comunicación sean las Administraciones y organismos públicos y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- b) La sede judicial electrónica.

[....]

Será de aplicación a los actos de comunicación realizados a través de la sede judicial electrónica lo dispuesto en el art. 162.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000).

Todos estos medios deberán cumplir los requisitos de autenticidad, integridad, temporalidad y resguardo acreditativo en los procesos de envío y recepción

Por lo que se refiere a la *sede judicial electrónica*, conforme la art. 20 (LA LEY 18232/2015) del citado RD, los ciudadanos que no siendo preceptiva su representación o asistencia por profesionales de la justicia, opten por relacionarse con la Administración de Justicia por medios electrónicos o *vengan obligados a ello por ley o reglamento* presentarán los escritos, demandas, solicitudes y documentos en los formatos y con las características que se describen en el Anexo IV, a los órganos y oficinas judiciales y fiscales a través de la sede judicial electrónica, salvo que utilicen el Servicio Compartido de Gestión de Notificaciones Electrónicas y la Carpeta Ciudadana provistos por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas si los medios tecnológicos lo permiten.

De otra parte, el art. 22.2 (LA LEY 18232/2015) establece que «...La dirección electrónica habilitada tendrá vigencia indefinida, excepto en los supuestos que sea solicitada su revocación por su titular, por fallecimiento de la persona física, extinción de la personalidad jurídica o disolución de la entidad sin personalidad, por resolución judicial que así lo ordene, o por el transcurso de cinco años sin ser utilizada para realizar acto de comunicación alguno...».

El Real Decreto comentado entró en vigor para los órganos y oficinas judiciales y fiscales y para los profesionales de la justicia el día 1 de enero de 2016; y, para los ciudadanos que no estén representados o asistidos por profesionales de la justicia y opten por el uso de los medios electrónicos para comunicarse

con la Administración de la Justicia y para *aquéllos que vengan obligados a ello conforme a las leyes o reglamentos* entró en vigor el 1 de enero de 2017.

Además de los profesionales que se relacionan con la Administración de Justicia (Procuradores, Abogados, Graduados Sociales, etc.), conforme al art. 273.3 LECiv (LA LEY 58/2000), según redacción dada por la Ley 42/2015 (LA LEY 15164/2015), en todo caso, estarán obligados a intervenir a través de medios electrónicos con la Administración de Justicia, al menos, los siguientes sujetos:

- a) Las personas jurídicas.
- b) Las entidades sin personalidad jurídica.
- c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria para los trámites y actuaciones que realicen con la Administración de Justicia en ejercicio de dicha actividad profesional.
- d) Los notarios y registradores.
- e) Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia.
- f) Los funcionarios de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen por razón de su cargo.

Finalmente, el citado art. 162 LECiv (LA LEY 58/2000), tras la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre (LA LEY 15164/2015), establece lo siguiente (3):

«...Artículo 162. Actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares.

1. Cuando las oficinas judiciales y las partes o los destinatarios de los actos de comunicación estén obligados a enviarlos y recibirlos por medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de otra clase semejante, que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron, o cuando los destinatarios opten por estos medios, los actos de comunicación se efectuarán por aquellos, con el resguardo acreditativo de su recepción que proceda.

Los profesionales y destinatarios obligados a utilizar estos medios, así como los que opten por los mismos, deberán comunicar a las oficinas judiciales el hecho de disponer de los medios antes indicados y la dirección electrónica habilitada a tal efecto.

Asimismo se constituirá en el Ministerio de Justicia un registro accesible electrónicamente de los medios indicados y las direcciones correspondientes a los organismos públicos y profesionales obligados a su utilización.

2. En cualquiera de los supuestos a los que se refiere este artículo, cuando constando la correcta remisión del acto de comunicación por dichos medios técnicos, salvo los practicados a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, transcurrieran tres días sin que

el destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la comunicación ha sido efectuada legalmente desplegando plenamente sus efectos.

Se exceptuarán aquellos supuestos en los que el destinatario justifique la falta de acceso al sistema de notificaciones durante ese periodo. Si la falta de acceso se debiera a causas técnicas y éstas persistiesen en el momento de ponerlas en conocimiento, el acto de comunicación se practicará mediante entrega de copia de la resolución. En cualquier caso, la notificación se entenderá válidamente recibida en el momento en que conste la posibilidad de acceso al sistema. No obstante, caso de producirse el acceso transcurrido dicho plazo pero antes de efectuada la comunicación mediante entrega, se entenderá válidamente realizada la comunicación en la fecha que conste en el resguardo acreditativo de su recepción.

No se practicarán actos de comunicación a los profesionales por vía electrónica durante los días del mes de agosto, salvo que sean hábiles para las actuaciones que corresponda...».

Partiendo de este estado de cosas, resulta que *a partir del 1 de enero de 2017*, todas las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica, y quienes les representen, están obligados a relacionarse con la Administración de Justicia a través de la denominada «sede judicial electrónica» (art. 273.3 LECiv (LA LEY 58/2000), en relación con 162 LECiv, ambos según redacción dada por la Ley 42/2015 (LA LEY 15164/2015) y normativa concordante); y, dado que la mayoría de las empresas suelen ser personas jurídicas, resulta que desde los órganos judiciales se les están notificando todas las resoluciones a través de dicha sede electrónica, incluida la citación a juicio; de modo que, conforme al art. 162.2 LECiv (LA LEY 58/2000), constando la correcta remisión del acto de comunicación por dichos medios técnicos, que en definitiva es un buzón de correo electrónico, *sin necesidad de que la empresa haya abierto el correo, ni retirado el mismo*, en principio, si transcurren los plazos previstos en dicho precepto (4) , ha de entenderse que la empresa está citada a juicio.

El problema surge cuando se trata de empresas desaparecidas, lo cual es frecuente en la jurisdicción social, y más en tiempos de crisis, pues el art. art. 22.2 Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre (LA LEY 18232/2015), citado, establece que «...la dirección electrónica habilitada tendrá vigencia indefinida, excepto en los supuestos que sea solicitada su revocación por su titular, por fallecimiento de la persona física, extinción de la personalidad jurídica o disolución de la entidad sin personalidad, por resolución judicial que así lo ordene, o por el transcurso de cinco años sin ser utilizada para realizar acto de comunicación alguno....».

Evidentemente, la previsión de los *cinco años sin utilizar* la misma, además de ser excesivamente dilatada, es difícil que se produzca si resulta que es el propio órgano judicial el que continúa utilizando dicha dirección electrónica para enviar comunicaciones a la empresa; la única solución para evitarlo es que la empresa desaparecida, antes o al tiempo de abandonar el tráfico jurídico, *diera de baja (revocase) la misma*; pero la experiencia en la jurisdicción social, desde la vigencia de esta «sede judicial electrónica», es que las empresas desaparecidas, como mucho se acuerdan de darse de baja en TGSS y en Hacienda, para evitar que se les deriven responsabilidades pecuniarias, pero dejan vigente la dirección electrónica, y continúan recibiendo citaciones y

notificaciones procesales, en principio, con los efectos previstos en el comentado art. 162 LECiv (LA LEY 58/2000) y normativa concordante.

III. Consecuencias negativas para el trabajador

Llegado el día del juicio, la práctica diaria evidencia que comparece la parte actora y no lo hace la empresa, pues estando desaparecida, *de lo último que se ha preocupado es de abrir el buzón de correo electrónico vinculado a la sede judicial electrónica*; desde luego, el Fogasa no comparece, pues nadie la ha citado, dado que formalmente, la empresa está citada, según hemos explicado. Se celebra el juicio y, generalmente, recaerá sentencia condenatoria para la empresa.

Una vez firme esa sentencia, y agotada la ejecución, al estar desaparecida la empresa, se terminara por declarar la insolvencia (art. 276 LRJS (LA LEY 19110/2011) y concordantes), y al trabajador la única vía que le resta es acudir ante el Fogasa en reclamación de las correspondientes prestaciones a cargo del mismo; para entonces, el Fogasa habrá tenido conocimiento por primera vez de la reclamación y de la situación de desaparecida de la empresa, en el trámite previo a la declaración de insolvencia, del citado art. 276.1 LRJS (LA LEY 19110/2011) (5) .

Ahora bien, todo este camino ha sido estéril para el trabajador, pues en el mismo, si la situación de desaparecida de la empresa es anterior a su citación a juicio, *se ha vulnerado el art. 23.2 LRJS (LA LEY 19110/2011)* (en relación con el art. 33 ET (LA LEY 16117/2015) y normativa concordante), que impone al Letrado de la Admón de Justicia la preceptiva citación a juicio del Fogasa; de modo que la falta de citación del mismo, siendo preceptiva, genera una clara nulidad de actuaciones (6) ; que como ya hemos indicado, se sustanciará a través del incidente excepcional de nulidad de actuaciones judiciales, previsto en el art. 241 LOPJ (LA LEY 1694/1985), con la consiguiente suspensión de la ejecución, a fin de evitar que la declaración de nulidad, que en su caso pueda adoptarse, sea ineficaz, pues las probabilidades de que el incidente prospere son rayanas en la certeza. Si finalmente se declara la nulidad, la misma ha de retrotraerse al momento de citación a juicio, para llamar a la empresa, en su caso, a través de citación edictal (art. 59 LRJS (LA LEY 19110/2011)) y al Fogasa; y, vuelta a empezar.

En consecuencia, se está ocasionando un grave perjuicio para el trabajador, como mínimo por el retraso que ello va a suponer para el cobro de las prestaciones a cargo del Fogasa (7), por una actuación obligada por Ley para el Letrado de la Admón de Justicia y por una inadecuada utilización de la sede judicial electrónica, en cuya actuación *el único que no puede hacer nada para remediarlo es el propio trabajador*, que finalmente es el que resulta perjudicado. Increíble, pero cierto.

Podemos concluir afirmando que la percepción que se obtiene es que el legislador de la denominada Justicia Digital, *parece que no ha tenido muy en cuenta las especialidades propias del proceso laboral*.

IV. Una propuesta de solución

Como se ha podido comprobar, el orden jurisdiccional social tiene unas peculiaridades propias que hacen difícilmente trasladable al mismo, de forma acrítica, las reglas procesales civiles, como es el caso, del art. 162.2 LECiv. (LA

LEY 58/2000) Por tanto, una posible solución pasa por la modificación del art. 56.5 LRJS (LA LEY 19110/2011) (8) , a fin de establecer que en caso de citación a juicio de empresas, con carácter previo a la utilización de la «sede judicial electrónica», se deberá comprobar, a través del Punto Neutro Judicial o soporte informático similar, si la empresa continúa o no de alta el TGSS y/o en la AEAT, de modo que si no está de alta en alguno de dichos registros, se establezca la presunción de empresa desaparecida, con el régimen previsto en el art. 23.2 LRJS (LA LEY 19110/2011), que implica la preceptiva llamada a juicio del Fogasa y, de otra parte, que la citación de la empresa a juicio se realice por medios distintos de la «sede judicial electrónica», que no podrá utilizarse en dichos supuestos.

Mientras no se opere dicha reforma legislativa, *una buena práctica procesal*, por parte de los Letrados de la Admón de Justicia, responsables de la regularidad de la citación a juicio, podría ser la de aplicar esta propuesta o cualquier otra de similar finalidad, como actuación procesal prudente para conjurar posibles nulidades de actuaciones.

NOTAS

(1) GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, E., «El proceso electrónico», *La Ley Penal*, n.º 118, 2016, formato digital en *laleydigital360*.

(2) Así, en la Reunión de Presidentes de Audiencias Provinciales celebrada en León, del 14 al 16 de junio de 2017, en relación con este tema, se alcanzaron las siguientes conclusiones: «...La implantación de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia tiene nuestro incondicional apoyo y debe ser desarrollada con la mayor celeridad.- La oficina judicial y los medios técnicos e informáticos tienen como fin primordial en relación al ejercicio de la función judicial, contribuir a su mejora y optimización.- El Expediente Judicial Electrónico (en adelante EJE) se ha de entender cómo un medio y nunca como un fin en sí mismo y, si bien constituye una herramienta fundamental para el trabajo de los jueces y magistrados, su implantación, que no es uniforme en todo el territorio nacional, está dando lugar a graves problemas a los que se les debe dar una solución urgente.- Por tal motivo se formulan las siguientes propuestas: Primera.- Sería deseable que en todo el territorio nacional hubiera una sola aplicación de gestión procesal y un único modelo de Expediente Judicial Electrónico pero ante la actual situación de diversidad de aplicaciones y modelos del EJE solicitamos que el CGPJ adopte las iniciativas necesarias para que los distintos sistemas no sólo sean compatibles sino que respondan a unas características similares.- Segunda.-Solicitamos del CGPJ que refuerce su liderazgo en este proceso instando a todas las Administraciones Públicas competentes a desarrollar con la mayor urgencia un Expediente Judicial Electrónico de calidad, realizando las necesarias inversiones en medios humanos y materiales.- Tercera.- Solicitamos que el CGPJ establezca condiciones mínimas que debe tener una aplicación judicial para que se pueda prescindir de los expedientes en soporte papel. Entendemos que las condiciones mínimas que deben cumplirse son, al menos, las siguientes: a) La aplicación informática debe tener un índice electrónico tal y como dispone la Ley 18/2011 (art. 26.3 (LA LEY 14138/2011)). b) La aplicación debe tener visor de documentos, un buscador potente e hipervínculos.- c) Los magistrados/as deben disponer de doble pantalla o herramienta similar así como un ordenador portátil para el trabajo fuera de la sede judicial.- d) Los magistrados/as deben disponer de acceso remoto a la aplicación informática fuera de la sede judicial.- Cuarta.- Hasta que no se den las condiciones anteriores se deberán dar las instrucciones oportunas para que los expedientes se envíen a otros órganos judiciales en soporte papel.- Quinta.- Se deberá garantizar por las administraciones públicas competentes el apoyo técnico suficiente y en tiempo razonable para resolver los problemas e incidencias que surjan en cada momento...» (publicadas en la web del CGPJ, www.poderjudicial.es).

(3) Precepto al que se remite el art. 56.5 LRJS (LA LEY 19110/2011), que establece que «...cuando la comunicación tenga lugar utilizando medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de otra clase semejante, se realizará conforme a lo establecido en el art. 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000)».

(4) De modo que, cuando haya constancia de la correcta remisión del acto de comunicación y transcurran *tres días hábiles sin que el destinatario acceda a su contenido*, se entenderá que la comunicación ha sido efectuada con plenos efectos procesales. En este caso los plazos para desarrollar actuaciones impugnatorias comenzarán a computarse desde el día siguiente al tercero, todos ellos hábiles (art. 162.2 LECiv (LA LEY 58/2000), interpretado por Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2016 (LA LEY 72866/2016), publicado en web CCPJ, www.poderjudicial.es).

(5) En este momento, es la primera vez que el Fogasa tiene conocimiento oficial de la sentencia, que ya se está ejecutando, y, por tanto, estamos en presencia de una *sentencia firme*; de modo que la única acción rescisoria de la sentencia que le queda es acudir al *incidente excepcional de nulidad de actuaciones, previsto en el art. 241 LOPJ (LA LEY 1694/1985)*, dentro de los 20 días hábiles siguientes a dicho conocimiento, pues si bien formalmente es un tercero en ese proceso —dado que no ha sido parte en el mismo—, en la medida en que debió de ser parte en el mismo, conforme al art. 23.2 LRJS (LA LEY 19110/2011) y concordantes, tiene plena legitimación para instar el citado incidente de nulidad de actuaciones (art. 241.1.I LOPJ (LA LEY 1694/1985)).

(6) SSTs (Sala 4.ª) de 11 julio 1989, de 15 junio 1988 (LA LEY 92-6/1988), de 12 abril 1988 (LA LEY 1517-6/1988), de 17 junio 1986 (LA LEY 3014/1986) y de 15 julio 1985, entre otras, en supuesto de no llamada a juicio al Fogasa en caso de empresas insolventes; y, STSJ [Sala Social] de 6 de octubre de 2014 (LA LEY 163885/2014), en un supuesto de no llamada a juicio en caso de empresa en concurso, en un incidente concursal.

(7) Sin perjuicio de una posible prescripción o cualquier otro efecto negativo en relación con el *derecho sustantivo* que el trabajador ha reclamado judicialmente.

(8) Que es el precepto de la LRJS (LA LEY 19110/2011) que, como ya hemos indicado, remite en este tema, sin excepción alguna, a lo dispuesto en el art. 162 LECiv (LA LEY 58/2000), de forma acrítica.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL SOBRE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES

- AGUILERA IZQUIERDO, R., *Proceso Laboral y Proceso Civil: convergencias y divergencias*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004.
- AGUILERA MORALES, E., “Nulidad de actuaciones tras sentencia firme. Defectos de forma que causan indefensión”, *Tribunales de Justicia*, núm. 2, Madrid, 1999.
- AGUILERA MORALES, E., “Medios de impugnación de resoluciones firmes”, *Tribunales de Justicia*, núm. 12, Madrid, 2001.
- AGUILERA MORALES, E., “El incidente de nulidad de actuaciones ex art. 241 LOPJ: una mala solución para un gran problema”, *Revista General del Derecho Procesal*, núm. 32, Madrid, 2013.
- ALBERTI ROVIRA, E., “El recurso de amparo constitucional: una revisión pendiente”, *La reforma del recurso de amparo* (PÉREZ TREMP, P., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ALMAGRO NOSETE, J., “Nulidades e irregularidades procesales”, *Diario La Ley*, núm. 7522, Madrid, diciembre 2010.
- ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., “IX. Nulidad de actuaciones judiciales”, *Los recursos en la jurisdicción social*, Gomylex, Bilbao, 2013.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *El incidente de nulidad de actuaciones. Solución o problema frente a la resolución firme*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- ANDRÉS CIURANA, B., “Nulidad de actuaciones y sentencia firme: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 28 de mayo de 1998”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 4709, Madrid, 11 de enero de 1999.
- ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de actuaciones en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- ARAGÓN REYES, M., “Problemas del recurso de amparo”, *La reforma del recurso de amparo* (PÉREZ TREMP, P., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ARAGÓN REYES, M., “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, Madrid, 2009.
- ARAGÓN REYES, M., “El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo. Función del Ministerio Fiscal”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, UNED, Madrid, 2011.
- ARIAS LOZANO, D., “Nota urgente sobre la resurrección del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Otrosí, publicación del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 134-2ª época, Madrid, diciembre, 1997.

- ARIAS RODRÍGUEZ, J.M. “La constitucionalidad del art. 240 LOPJ. La sentencia del TC 185/1990, de 15 de noviembre y algunas de sus consecuencias”, *BIMJ*, núm. 1647, Madrid.
- BACHMAIER WINTER, L., “Nulidad de actuaciones y extemporaneidad del recurso de amparo”, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XII, Civitas, Madrid, 1995.
- BACHMAIER WINTER, L., “Inadmisión del recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa: el discutible requisito de acudir previamente a la audiencia al rebelde en los casos de sentencias dictadas inaudita parte”, *Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, 1996.
- BACHMAIER WINTER, L., “La reforma del recurso de amparo en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo”, *Diario La Ley*, núm. 6775, Madrid, 10 de septiembre de 2007.
- BACHMAIER WINTER, L., “La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 13, Madrid, 2007.
- BARBER BURUSCO, S., “La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el incidente de nulidad de actuaciones”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 880/2014, Editorial Aranzadi, SAU, versión digital [BIB 2014\589].
- BARÉS BONILLA, P., “La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el incidente de nulidad de actuaciones”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 880, Madrid, 2014
- BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Editorial Trotta, S.A., 2^a ed., Madrid, 1995.
- BENITO ALONSO, F., “Nulidad de actuaciones: una importante carencia legislativa”, *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 4, Madrid, 1991.
- BENITO ALONSO, F. “La revocación de sentencias firmes recaídas en procesos viciados de nulidad”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3432, Madrid, 11 de enero de 1994.
- BORRAJO INIESTA, I., “La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *Principios constitucionales en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- BUSTOS PUECHE, J.E., “Planteamiento técnico del conflicto entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional”, en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3601, Madrid, 6 de septiembre de 1994.
- CABAÑAS GARCÍA, J.C., “El recurso de amparo que queremos (reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 88, Madrid, 2010.

- CAPILLA BOLAÑOS, J.A., "La nulidad de actuaciones en el proceso laboral. Su nueva regulación en el anteproyecto de reforma de la LOPJ", *Actualidad Laboral*, núm., 22, Madrid, 1997.
- CARMONA CUENCA, E., "El recurso de amparo constitucional y la defensa del derecho a la tutela judicial efectiva. Apuntes para una reforma", *La reforma del recurso de amparo* (PÉREZ TREMPES, P., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- CARMONA CUENCA, E., *La crisis del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2005
- CARRASCO DURÁN, M., "Supuestos problemáticos de la articulación entre los procesos judiciales y el recurso de amparo", *Revista Jurídica La Ley*, núms. 4756 y 4757, Madrid, 17 y 18 de marzo de 1999.
- CARRASCO DURÁN, M., "La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, Madrid, mayo-agosto, 2012.
- CARRASCO DURÁN, M., "El incidente de nulidad de actuaciones: problemas y algunas soluciones", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2013, Editorial Aranzadi, SLU, edición digital [BIB 2013\1055].
- CARRASCO DURAN, M., "El incidente de nulidad de actuaciones, tras la ley orgánica 6/2007", "Parte Primera. Los problemas procesales en el amparo reformado", en *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional: (el camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España)*, José María Morales Arroyo (director) Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.
- CARRETERO SÁNCHEZ, S., "Acerca de la nulidad de actuaciones y su complicada clarificación constitucional", *Diario La Ley*, núm. 8275, Sección Tribuna, Editorial La Ley, Madrid, 11 de abril de 2014.
- CASAJUANA PALET, M^a. P., "Ejecución provisional y nulidad de actuaciones en proceso por despido", en *Revista de Derecho Social*, núm. 13, Editorial Bomarzo, Albacete, 2001
- CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Incidente de nulidad de actuaciones y recurso de amparo constitucional. Capítulo IV: Derecho procesal del trabajo", *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González/coordinadores*, Efrén Borrajo Dacruz (dirección técnica), Juan M. Ramírez Martínez, Tomás Sala Franco, La Ley, Madrid, 2003.
- CASAS BAAMONDE, M^a. E., "La nueva regulación de los incidentes de nulidad de actuaciones y de subsanación y complemento de sentencias", en *Relaciones Laborales*, núm. 1, Madrid, 2004.

- CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Incidente de nulidad de actuaciones y recurso de amparo constitucional", *Relaciones Laborales*, núm. 1, Madrid, 2004.
- CASTRILLO RODRÍGUEZ, L., "El nuevo incidente de nulidad de actuaciones", *Actualidad Civil*, núm. 8, Madrid, 2008.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, "Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial", aprobado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 12 de agosto de 1996, *Estudios, informes y dictámenes*, CGPJ, Madrid, 1997.
- CORDÓN MORENO, F.; LOZANO CUTANDA, B., "Overruling de la jurisprudencia constitucional sobre el requisito de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo: (STC 216/2013)", *Diario La Ley*, N^o 8238, Madrid, 2014
- CHOCLAN MONTALVO, J.A., "Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 137, Madrid, 17 de febrero de 1994.
- CHOZAS ALONSO, J.M., "La expansión del incidente de nulidad de actuaciones por motivos procesales, a propósito de la STC 43/2010, de 26 de julio", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, Madrid, ene/dic 2011.
- DESDENTADO BONETE, A., "Sobre las difíciles relaciones entre el recurso de casación para unificación de doctrina y el recurso de amparo", *Civitas*, núm. 78, Madrid, 1996.
- DIAZ MARTÍNEZ, M., "Análisis de los supuestos en los que procede la nulidad de pleno derecho de los actos procesales", *Práctica de Tribunales*, núm. 46, Sección Estudios, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, febrero 2008.
- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "La reforma del art. 240 de la LOPJ: Luces y sombras", *Revista Tribunales de Justicia*, Madrid, 1998/2.
- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "A vueltas con el incidente de nulidad de actuaciones", en *Tribunales de Justicia*, núm. 7, Madrid, julio de 1999.
- DOIG DÍAZ, Y., "Análisis del nuevo incidente de nulidad de actuaciones en la Ley Orgánica 6/2007 de reforma del art. 241 LOPJ", en *Diario La Ley*, núm. 6889, Madrid, 2008.
- ESCUADERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., CASAS PUIG, P., *El Proceso Laboral Práctico. Comentarios, formularios y esquemas prácticos*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, enero, 1999.

- FERNÁNDEZ CABALLERO, G., “El incidente excepcional de nulidad de actuaciones y las demandas para la declaración de error judicial”, *Diario La Ley*, núm. 8409, Madrid, 2014.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “Fijación de los hechos en el proceso de despido disciplinario: nulidad de actuaciones por alegación y prueba de hechos no aducidos en la carta de despido”, AAVV (GÁRATE CASTRO, J., Coord.): *Cuestiones actuales de despido disciplinario: estudios ofrecidos al Prof. Manuel Alonso Olea con motivo de su investidura como doctor honoris causa de la Universidad de Santiago de Compostela*, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, Fundación Alternativas, Madrid, 2005.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Comentario al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica del tribunal Constitucional, hecho público en septiembre de 2005”, en *La reforma de la justicia constitucional*, Elcano, Pamplona, 2006.
- FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., “El incidente de nulidad de actuaciones” (I) y (II), *Revista Jurídica la Ley*, núm. 9644/2016, enero 2017 y núm. 394/2017, Madrid, febrero 2017.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., “El incidente general en la ejecución ex artículo 236 de la Ley de Procedimiento Laboral: funciones y disfunciones”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 13, Madrid, julio de 1996.
- FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/2013, de 11 de enero de 2013, sobre intervención del Fiscal en el incidente de nulidad de actuaciones*.
- FRIGOLA CASTILLÓN, M^a. C. “Nulidad de actuaciones en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *La nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones*, CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 57, 2008
- GABALDÓN LÓPEZ, J., “Nulidad de actuaciones procesales y recurso de amparo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- GARBERI LLOBREGAT, J., “La nueva (y polémica) doctrina del Tribunal Constitucional sobre el ‘recurso de audiencia al rebelde’ (A propósito de la STC 15/1996, de 30 de enero)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 240, Madrid, 4 de abril de 1996.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Nulidad de actuaciones e indefensión por falta de emplazamiento: dos exigencias condicionantes del éxito de la pretensión de nulidad (materiales no aportados por quienes fueron parte y responsabilidad directa del Tribunal en la falta de emplazamiento)”, *Diario La Ley*, núm. 2, Madrid, 2005.

- GARBERÍ LLOBREGAT, J., "Sobre la proyectada reforma del Tribunal Constitucional y del recurso de amparo", *Diario La Ley*, núm. 6413, Madrid, 2 de febrero de 2006.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., "Réquiem por el recurso de amparo constitucional", *Diario La Ley*, núm. 7088, Madrid, 2009.
- GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ, M., "A vueltas con el incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo. Examen de la cuestión a la vista de los recientes avances legislativos y jurisprudenciales", *Diario La Ley*, Nº 5, Madrid, 2004.
- GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Tecnos, Madrid, 2002.
- GARNICA MARTÍN, J.F., "Nulidad de actuaciones después de sentencia firme", en *Revista Justicia*, 1990, Tomo IV, Barcelona, 1990.
- GARNICA MARTÍN, J.F. "Nulidad de actuaciones sin recurso: nuevas reflexiones sobre un problema crítico de nuestro proceso", *Revista La Ley*, núm. 3395, Madrid, 19 de noviembre de 1993.
- GAVILÁN, J., "Guía práctica sobre la nulidad de actuaciones", *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 163, Madrid, 2011.
- GIMENO GAMARRA, R., "El incidente de nulidad de actuaciones", *Revista Derecho Procesal*, núm. 3, Madrid, 1949.
- GIMENO SENDRA, V., "El derecho a un proceso laboral con todas las garantías", *Cuadernos de Derecho Judicial, sobre El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, CGPJ, Madrid, 1996.
- GIMENO SENDRA, V., "Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho Procesal Europeo", *Revista Jurídica La Ley*, núm. 4734, Madrid, 15 de febrero de 1999.
- GÓMEZ CINTAS, M^a del M., "La nulidad de actuaciones después de sentencia firme, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997", *Revista Secretarios Judiciales*, núm. 9, La Ley-Actualidad, Madrid, octubre de 1998.
- GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, E., "El proceso electrónico", *La Ley Penal, nº 118, Sección Derecho Procesal Penal*, enero-febrero 2016, Editorial La Ley, versión digital en *laleydigital* 360.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., "Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario a la STC 110/1988", en *Revista La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1989.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., "Nulidad de actuaciones y la Constitución", *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ SALINAS, P., "Recurso de amparo prematuro, nulidad de actuaciones improcedente y recurso de amparo extemporáneo ¿dónde está la garantía de una

- tutela judicial efectiva?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 1116, Madrid, 2002.
- GORIGOITÍA ABBOTT, F., *La subsanación de los defectos procesales*, Tesis doctoral, inédita, Universidad Pompeu Fabra, 2012.
- GÓRRIZ GÓMEZ, B., “Modificación de la doctrina constitucional sobre la necesidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo (STC 216/2013, de 13 de diciembre)”, *Diario La Ley*, núm. 8275, Sección Tribuna, Editorial La Ley, Madrid, 20 de marzo de 2014.
- GUILLO SÁNCHEZ GALIANO, A., “La nulidad de actuaciones en el proceso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Actualidad Administrativa*, Tomo 3, Madrid, 1992.
- GUI MORI, T., “Nulidad de actuaciones tras sentencia definitiva. La anunciada inconstitucionalidad del art. 240 LOPJ”, *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1, Madrid, 1990.
- GUI MORI, T., “La modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: profunda reforma del recurso de amparo y de la nulidad de actuaciones”, *Diario La Ley*, núm. 4, Madrid, 2007.
- HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., *La nueva regulación de la nulidad procesal (El sistema de ineficacia de la LOPJ)*, Oviedo, 1995.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, A., “La tutela judicial efectiva por los órganos de la jurisdicción social: el incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 28, Murcia, 2000.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, A., “El incidente de nulidad de actuaciones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en obra colectiva *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, VVAA, RIOS SALMERON, B. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coordinadores), Aranzadi, Pamplona, 2001.
- HERNÁNDEZ RAMOS, M., *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Ed. Reus, 2009.
- HERRERO ALARCÓN, F., “Reacción procesal frente a notificaciones defectuosas: la nulidad de actuaciones”, en *El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, editorial Lex Nova, Valladolid, 2001
- LAMO RUBIO, J. de. “El resurgir del incidente de nulidad de actuaciones judiciales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 136, Madrid, 10 de febrero de 1994.
- LAMO RUBIO, J. de, “Nulidad de actuaciones y ejecución de sentencia”, *ponencia inédita*, expuesta en el curso sobre *Fe Pública y Nulidad de actuaciones*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 12 al 14 de diciembre de 1994.

LAMO RUBIO, J. de, "Ineficacia procesal y nulidad de actuaciones judiciales", publicación de separata en *Revista de los Tribunales de Castilla-La Mancha*, Euroius Editorial Jurídica, S.A, Madrid, abril 1997.

LAMO RUBIO, J. de, "Nulidad de actuaciones judiciales y sistema de recursos. Estudio sistemático en relación con el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil", ponencia expuesta en el curso sobre *El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 30 de marzo a 1 de abril de 1998.

LAMO RUBIO, J. de, "El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al artículo 1º de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 3 y 4 de agosto de 1998.

LAMO RUBIO, J. de, *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998.

LAMO RUBIO, J. de, *El Procedimiento Abreviado (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Legislación)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

LAMO RUBIO, J. de, "El 'remozado' incidente de nulidad de actuaciones judiciales. Comentario al art. 2º de la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, de modificación de los artículos 19 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *Revista General de Derecho*, Valencia, julio-agosto, 1999.

LAMO RUBIO, J. de, "Aspecto procedimental de la nulidad de actuaciones judiciales: vías o cauces. Especial referencia al nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales introducido mediante Ley Orgánica 5/1997, de reforma de la LOPJ", *Nulidad de actuaciones: presente y futuro, Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999, Tomo III-1999.

LAMO RUBIO, J. de, "El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales: su incidencia en el proceso laboral", *Cuestiones actuales del proceso laboral, Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999, Tomo III-1999

LAMO RUBIO, J. de, y otro, *Formularios Laborales. Adaptados a la Reforma de la Nueva Oficina Judicial*. Editorial Bosch, S.A., Barcelona, junio, 2010.

LAMO RUBIO, J. de, "La 'sede judicial electrónica' y los derechos del trabajador en caso de empresas desaparecidas", *Diario La Ley*, núm. 9037, de 8 de septiembre de 2017, Wolters Kluwer, *versión electrónica*.

LAMO RUBIO, J. de, "Justicia digital y nulidad de actuaciones judiciales (a propósito de la STS [Sala 2ª] de 11 de julio de 2017)", *Diario La Ley*, núm. 9042, de 15 de septiembre de 2017, Wolters Kluwer, *versión electrónica*.

LARROSA AMANTE, M.A., "El incidente de nulidad de actuaciones a instancia de parte", *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 36, Madrid, 1999.

- LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, I., “Las complejas relaciones entre el recurso de casación para la unificación de doctrina y el incidente de nulidad de actuaciones frente a sentencias de suplicación: una visión a la luz de las restricciones para la admisibilidad del recurso de amparo”, *Libro homenaje a Abdón Pedrajas Moreno*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- LORCA NAVARRETE, A.M., “La restauración del denominado incidente de nulidad de actuaciones mediante la LO 7/1997, de 4 de diciembre”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo, 100, San Sebastián, 1998.
- LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal. Estudio de la regulación de la nulidad en la LOPJ y en la LEC*, Edit. Comares, Granada, 2004.
- MAGRO SERVET, V, “Alegación de la nulidad de actuaciones en el plazo de veinte días desde que se tuvo conocimiento de la causa. Necesidad de que el tribunal motive esta alegación. STC 204/2009, de 23 de noviembre”, *Práctica de Tribunales*, núm. 82, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, mayo 2011.
- MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN, M., “Una Ley para una Justicia eficaz”, conferencia pronunciada por la Ministra de Justicia en las Jornadas sobre “protección del crédito en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, celebradas en Barcelona, el 19 de junio de 1998, publicada en *BIMJ*, núm. 1825, Madrid, 15 de julio de 1998.
- MARTÍN BRAÑAS, C., “Nulidad de actuaciones: inadmisión de prueba testifical”, *Tribunales de Justicia*, núm. 3, Madrid, 1999.
- MARTÍN BRAÑAS, C., “Nulidad de actuaciones: hechos probados insuficientes y falta de motivación”, *Tribunales de Justicia*, núm. 5, Madrid, 1999.
- MARTÍN BRAÑAS, C., “Nulidad de actuaciones: ampliación de demanda sobre hechos no conciliados previamente”, *Tribunales de Justicia*, núms. 8-9, Madrid, 1999
- MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Editorial Colex, Madrid, 1991.
- MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M., “Nulidad de actuaciones. Principios informadores y clasificación”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M., *La nulidad de actuaciones en el proceso civil. Análisis constitucional de la nulidad en la LOPJ*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ MOYA, J., “El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso laboral”, *La nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones, Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 57, CGPJ, 2008.

- MEDINA FERNÁNDEZ, F. “Nulidad de actuaciones: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista General de Derecho*, núm. 643, Valencia, abril, 1998.
- MEGINO FERNÁNDEZ, D., *El incidente de nulidad de actuaciones*, Editorial Juruá, Lisboa, 2010.
- MERCADER UGUINA, J.R. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *El recurso de amparo: un enfoque laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MONSERRAT QUINTANA, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones en la jurisdicción civil”, en *La nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones*, CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 57, 2008.
- MONTERO AROCA, J., *Introducción al Proceso Laboral*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- MONTERO AROCA, J. “Evolución conceptual de la nulidad de actuaciones”, *La nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones*, CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 57, 2008.
- MORENILLA ALLARD, P., “El ‘incidente de nulidad de actuaciones’ según el nuevo artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: consideraciones críticas”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 12 de marzo de 1998.
- MORENILLA ALLARD, P. y CASTRO MARTÍN, J.L. de, “Sobre la constitucionalidad del art. 241.1.II LOPJ, en cuanto que atribuye la competencia para el conocimiento y resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones al mismo Tribunal que dictó la resolución judicial firme cuya rescisión se postula”, *Diario La Ley*, núm. 7784, Sección Doctrina, Editorial La Ley, Madrid, 26 de enero de 2012.
- MORENILLA ALLARD, P., “De nuevo, sobre la constitucionalidad del incidente excepcional de nulidad de actuaciones”, *Diario La Ley*, núm. 8099, Sección Doctrina, Editorial La Ley, Madrid, 6 de junio de 2013.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes: su repercusión en el recurso de amparo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 341, Madrid, 7 de mayo de 1998.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1831, Madrid, 15 de octubre de 1998.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Contracciones y dilataciones en la reforma de La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: parto prematuro del incidente de nulidad de actuaciones e incongruencia omisiva”, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 3, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
- OLMOS PARÉS, I., *La nulidad de actuaciones en el recurso de suplicación*, Tesis Doctoral, inédita, Facultad de Derecho, Universidad da Coruña, 2014.

- PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. "Comentario al artículo undécimo del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ", en *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 20, Madrid, 1994.
- PÉREZ TREMPES, P., "La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 39, Oñate, Guipúzcoa, 1994.
- QUINTANA PELLICER, J. de, "Recurso de suplicación e incidente de nulidad de actuaciones: momento procesal y órgano jurisdiccional adecuados para interponerlo", *Tribuna Social*, núm. 214, Madrid, 2008
- RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Ed. Thomson Aranzadi, S.A., Pamplona 2008.
- ROBLEDO VILLAR, A., "Sobre la nulidad de actuaciones en el apremio de bienes inmuebles por práctica defectuosa de actos de comunicación", *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 1997.
- ROBLES GARZÓN, J.A. y GIMENEZ SÁNCHEZ, M.I., "La constitucionalidad del art. 240 LOPJ (Comentario a la sentencia TC 185/1.990, de 15 de noviembre)", *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 2, Madrid, 1992.
- RODRÍGUEZ CARBAJO, J.R., "El gran incremento de los incidentes de nulidad de actuaciones a raíz de su reforma por la LO 6/2007", *Actualidad Administrativa*, núm. 19, Madrid, 2008.
- RODRÍGUEZ CARBAJO, J.R., "La nulidad de actuaciones (I y II)", *Actualidad Administrativa*, núms. 13 y 14, Madrid, 2010.
- RODRÍGUEZ CARBAJO, J.R., "La nulidad de actuaciones (ni "incidente" ni "excepcional")", *Actualidad Administrativa*, núm. 12, Madrid, 2013.
- RODRÍGUEZ CARBAJO, J.R., "Derechos fundamentales y nulidad de actuaciones", *Actualidad Administrativa*, núm. 12, Madrid, 2014.
- RODRIGUEZ OJEDA, J. J., *Rescisión de sentencias firmes del orden jurisdiccional social: El recurso de rescisión. La Audiencia al demandado rebelde. El incidente de nulidad de actuaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- RUIZ-RICO RUIZ, G., "X. El recurso de amparo y el incidente de nulidad de actuaciones en la reforma de la LOPJ", *El derecho a la tutela judicial efectiva: análisis jurisprudencial* / Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, María José Carazo Liébana, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- RUIZ VADILLO, E., "Relaciones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria en el ámbito de los derechos fundamentales", *Cuadernos de Derecho Judicial sobre Jurisdicción y competencia penal*, CGPJ, Madrid, 1996.

- SAINZ DE ROBLES, F.C., “La nulidad de actuaciones. Tribulaciones, muerte y resurrección de una cuestión maldita”, *Tapia. Revista para el mundo del Derecho*, Madrid, enero-febrero, 1998.
- SAINZ DE ROBLES, F.C., “De nuevo sobre la nulidad de los actos procesales”, *Tapia. Revista para el mundo del Derecho*, núm. 67, Madrid, 1992.
- SALA SÁNCHEZ, P., “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1994/95, Madrid, septiembre de 1994.
- SALA SÁNCHEZ, P., “El TS como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes del Derecho”, discurso pronunciado con ocasión del acto solemne inaugural del año judicial 1995/96, Madrid, septiembre de 1995.
- SALINAS MOLINA, F., “Las comparecencias en la ejecución. Cambio de partes e intervención de terceros. Tercerías de dominio y de mejor derecho”, *La Ejecución en el Proceso Laboral*, Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ GARRIDO, J. A., “El incidente de nulidad de actuaciones como último procedimiento de defensa de los derechos fundamentales en la jurisdicción ordinaria”, *Diario La Ley*, núm. 7965, Madrid, 2012.
- SERRERA CONTRERAS, P.L., “La protección ordinaria de los derechos fundamentales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 173, 17 de noviembre de 1994.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., “El incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Justicia*, Barcelona, 1981.
- SOSPEDRA NAVAS, F.J., “Los requisitos procesales del recurso de amparo: el incidente excepcional de nulidad de actuaciones y la especial transcendencia constitucional”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 39, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2015.
- TASCÓN LÓPEZ, R. “Las vías para remediar la nulidad de las actuaciones procesales en el orden social de la jurisdicción”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 86, Sevilla, 2006.
- TENA ARAGÓN, M^a. F., “El incidente de nulidad de actuaciones en ámbito penal”, *La nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones*, CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 57, 2008.
- TERRASA GARCÍA, A. J., “Consideraciones generales sobre el renovado incidente de nulidad”, *La nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones*, CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 57, 2008.
- URBANO CASTRILLO, E. de, “Sobre la nulidad *post sententiam*”, *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 20 de julio de 1998.

- VEGA LÓPEZ, J., "El juego del principio de congruencia en el proceso de reconocimiento de la invalidez permanente: el principio 'quien pide lo más pide lo menos'", *Actualidad Laboral*, núm. 34, Madrid, septiembre de 1997
- VERGE GRAU, J., "Comentario a la Sentencia TC de 15 de noviembre de 1990, sobre la constitucionalidad del art. 240.2 LOPJ", *Revista Justicia*, Tomo III, Barcelona, 1992.
- VERGE GRAU, J., *La Nulidad de actuaciones*, Editorial Bosch, Barcelona, 1987.
- VERGE GRAU, J., "La nulidad procesal después de sentencia", *Cuadernos de Derecho Judicial*, sobre *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 1993.
- VERGE GRAU, J., "¿Un nuevo incidente de nulidad?", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 259, Madrid, 5 de septiembre de 1996.
- VIEIRA MORANTE, F. J., "Tratamiento de la prueba ilícita", Constitución y garantías penales. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, CGPJ, 2003.
- VIVER I PI-SUNYER, C., "Diagnóstico para una reforma", *La reforma del recurso de amparo*, (PÉREZ TREMPES, P., Coord.), Valencia, 2004.

