

El incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Teoría e incidencia práctica en el proceso civil tras su modificación por la ley orgánica 6/2007*.

The exceptional incident of nullity of actions. Theory and practice implications on civil procedure after amendment by Organic Law 6/2007.

Gracia Fernández Caballero

Doctoranda y Colaboradora honorífica del Área de Derecho Procesal de la Universidad de León.

Fecha de Presentación: mayo 2012. Fecha de Publicación: agosto de 2012.

Resumen.

Este artículo, que se divide en dos partes, analiza, como su propio nombre indica, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones —regulado en el art. 228 LEC tras su modificación por la Ley 6/2007— en el ámbito del proceso civil.

La primera parte aborda un análisis más bien teórico de la institución, examinando su historia, regulación y, por supuesto sus requisitos.

La segunda parte tiene una vocación práctica, y su objetivo es exponer los supuestos en que más frecuentemente cabrá plantear un incidente excepcional de nulidad de actuaciones en el proceso civil, analizando sus posibilidades de éxito en función de la Jurisprudencia existente en la materia.

* Esta publicación se enmarca en el Proyecto de Investigación financiado por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, bajo el título "LA PROTECCIÓN DEL CRÉDITO EMPRESARIAL A TRAVÉS DE LOS PROCESOS JUDICIALES. DIEZ AÑOS DE VIGENCIA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Finalmente se exponen las conclusiones a las que se llega tras la investigación realizada, analizando los problemas que a juicio de la autora plantea esta regulación del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, y tratando de aportar posibles soluciones.

Abstract.

This article, which is divided into two parts, examines, as its name suggests, the exceptional incident of nullity of actions —performances void in Art. 228 LEC after its modification by Law 6/2007— in the field of civil procedure.

The first part approaches mostly a theoretical analysis of the institution, examining its history, regulation and, of course requirements.

The second part has a practical vocation, and aims to expose the assumptions on which more often it will be necessary to raise an exceptional incident of nullity of procedural steps in the civil process, analyzing the possibilities of success depending on the existing Jurisprudence in the matter.

Finally, we report the conclusions reached after the investigation, examining problems that in the opinion of the author raises this regulation of the exceptional incident of nullity of proceedings, and trying to contribute possible solutions.

Sumario

LISTA DE ABREVIATURAS

PRIMERA PARTE: EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES DEL ART. 228 LEC.

- I. EL ANTES Y EL DESPUÉS DE LA LEY ORGÁNCA 6/2007.
- II. REGULACIÓN Y TRAMITACIÓN DEL INCIDENTE.
 1. CONCEPTO. REGULACIÓN Y NATURALEZA DEL INCIDENTE EXCEPCIONAL DE ACTUACIONES.
 2. ACTOS CONTRA LOS QUE CABE.
 3. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN.
 4. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

5. LEGITIMACIÓN ACTIVA.
6. PLAZO PARA EL EJERCICIO.
7. SOLICITUD Y DOCUMENTACIÓN.
8. TRÁMITE DE ADMISIÓN.
9. POSIBILIDAD DE EFECTO SUSPENSIVO DE LA ADMISIÓN A TRÁMITE.
10. PRUEBA.
11. RESOLUCIÓN. PRONUNCIAMIENTOS POSIBLES.
 - 11.1. RESOLUCIÓN ESTIMATORIA.
 - 11.2. RESOLUCIÓN DESESTIMATORIA. COSTAS. IMPOSICIÓN DE MULTAS EN CASO DE TEMERIDAD.
12. RECURSOS.

SEGUNDA PARTE: EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES EN EL DESARROLLO DEL PROCESO CIVIL.

- I. ESTUDIO DE LOS MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL PROCESO CIVIL.
 1. INTRODUCCIÓN.
 2. RÉGIMEN DE NULIDADES PREVISTAS EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL.
 3. SINOPSIS DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 24 CE EN RELACIÓN CON EL PROCESO CIVIL.
- II. CASUÍSTICA DE LOS MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL PROCESO CIVIL.
 1. DEFECTOS EN LA REPRESENTACIÓN PROCESAL Y/O EN LA DEFENSA TÉCNICA.
 2. DE LA PLURALIDAD DE PARTES. EL LITISCONSORCIO.

3. VULNERACIONES DEL DERECHO A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES.
4. INCONGRUENCIA.
5. VULNERACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSAGRADOS EN EL 53.2 CE ACAECIDOS EN LA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE PONE FIN AL PROCEDIMIENTO.
6. ERRORES EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.
7. VICIOS EN LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL.

CONCLUSIONES

Palabras clave

Incidente excepcional de nulidad de actuaciones, nulidad, derechos fundamentales, proceso civil, indefensión, tutela judicial efectiva.

Keywords

Exceptional incident of nullity of actions, nullity, fundamental rights, helplessness, right to effective legal protection.

LISTA DE ABREVIATURAS

AAP: Auto de la Audiencia Provincial
AAT: Auto de la Audiencia Territorial
AP: Audiencia Provincial
ATC: Auto del Tribunal Constitucional
ATS: Auto del Tribunal Supremo
CC: Código Civil
CE: Constitución Española
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
LO: Ley Orgánica
LOPJ: Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOTG: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS: Sentencia del Tribunal Supremo
TC: Tribunal Constitucional
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS: Tribunal Supremo

PRIMERA PARTE: EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES DEL ART. 228 LEC.

I. EL ANTES Y EL DESPUÉS DE LA LEY ORGÁNICA 6/2007.

Es necesario comenzar este estudio sobre el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, situando al lector en el contexto actual de este instrumento, mediante su evolución a lo largo de la historia.

Los hitos normativos fundamentales del incidente son cuatro, situados cronológicamente en 1984, 1997, 1999 y 2007. Se comienza, así, por la Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 34/1984, que eliminaba el incidente de nulidad de actuaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, debido a su uso poco moderado y a la finalidad dilatoria de la que fue objeto. La suspensión de este incidente fue asimismo confirmada por la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial. Así, a partir de ese momento, los vicios susceptibles de ser declarados nulos podían ser impugnados por las partes a través de los recursos previstos en las correspondientes leyes procesales y por el Juez, de oficio, según el trámite del art. 240 LOPJ, salvo que resultara posible su subsanación, previa audiencia de las partes y siempre y cuando no hubiese recaído sentencia definitiva¹.

En este sentido, hasta el año 1997 la regulación de las nulidades no contemplaba una actuación encaminada a su declaración si se hubiese dictado sentencia firme, por lo que, en bastantes circunstancias, podían presentarse supuestos de indefensión. La situación, en este punto, y como afirma Gimeno Sendra², era que, finalizado el proceso por sentencia firme y, puesto que ya no existía otro medio para declarar la indefensión, ante la imposibilidad de invocar la nulidad de actuaciones ante los órganos jurisdiccionales ordinarios, el único cauce al que acudir era el recurso de amparo por vulneración del art. 24. CE, con el fin de lograr la ineficacia de las actuaciones producidas y la celebración de un nuevo proceso a partir del acto viciado. En este

1 DOIG DÍAZ, Yolanda, "Análisis del nuevo incidente de nulidad de actuaciones en la Ley Orgánica 6/2007 de reforma del art. 241 LOPJ", Diario LA LEY, Nº 6889, Sección Doctrina, 22 Febrero 2008.

2 GIMENO SENDRA, Vicente y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, Introducción al Derecho Procesal, 2ª Edición, Colex, Madrid, 2004.

mismo sentido Yélamos Bayarri,³ describe esta situación indicando que «el recurso de amparo se convierte así en la vía ordinaria para la protección de los derechos fundamentales. El amparo, que debía ser subsidiario, suple las vías judiciales ordinarias».

Ante esta situación, y los numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional estimando recursos de amparo que tenían su origen en supuestos de nulidad de actuaciones y, pese a no considerar el Tribunal Constitucional inconstitucional la laguna normativa provocada por la desaparición del incidente de nulidad de actuaciones, este Alto Tribunal se decantó por fijar una línea de interpretación que acentuaba la necesidad de articular un incidente de nulidad de actuaciones.

De este modo se llega a la Ley Orgánica 5/1997, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que instaura de nuevo el incidente de nulidad de actuaciones en el 240 LOPJ, dedicado originalmente a la regulación de la nulidad de actos por defectos de forma. Así pues, se modifica claramente la situación expuesta en los párrafos precedentes, ya que al instaurar de nuevo el legislador el incidente de nulidad de actuaciones, articula el cauce para declarar la nulidad por vicios de naturaleza procesal tras recaer la sentencia definitiva, solucionándose así la citada situación que, tal como afirma el preámbulo de dicha ley, resulta muy grave para el justiciable e inconveniente para el Tribunal Constitucional⁴.

Por su parte, la Ley Orgánica 13/1999 introduce retoques al recién reinstaurado incidente de nulidad de actuaciones, consistentes en la corrección de la incongruencia del precepto como posibilidad de instar el incidente, precisando su ámbito subjetivo — se reconoce legitimidad para instar el incidente no sólo a quien hubiera sido parte en el procedimiento inicial, sino igualmente a quien hubiera podido serlo— y, por último, imponiendo un régimen de recursos —se niega la posibilidad de interponer recurso alguno contra las resoluciones citadas en el incidente, tanto de inadmisión como de desestimación del fondo—. Asimismo, a través de esta reforma se aclara el carácter excepcional del incidente, mediante la precisión de la regla general de no admisión del incidente de nulidad de actuaciones, constituyendo su incoación un caso excepcional previsto para casos tasados.

Cabe citar igualmente, la LO 19/2003, por la que se modifica la LOPJ y se adapta el régimen de nulidad de actuaciones previsto en la LOPJ al que recogía la LEC 2000; asimismo varía la

3 YÉLAMOS BAYARRI, Estela, Nulidad Procesal y comunicaciones judiciales fallidas, Atelier Editorial, cit., pág. 106.

4 DOIG DÍAZ, Yolanda, "Análisis del nuevo incidente de nulidad..." ob.cit.

ubicación de su regulación en la LOPJ, pasando del artículo 240, que se destina al tratamiento de la nulidad por defectos de forma, al 241 LOPJ.

Una referencia aparte merece la LO 6/2007, de 24 de mayo, de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. La fundamental modificación que esta Ley ha conllevado en el incidente de nulidad de actuaciones, es la ampliación de los supuestos en que se puede fundar, remitiéndose ya no sólo a los defectos de forma que causaran indefensión y a la incongruencia del fallo, sino que abarca ahora también los supuestos que provoquen cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 CE. Esta reforma significa, así, que el fundamento del incidente de nulidad no está ya limitado por los defectos de forma que hayan causado indefensión, sino que ahora podrá serlo cualquier vulneración de cualquier derecho fundamental de los contemplados en el 53.2 CE, incluidos los procesales, pero abarcando también a los demás⁵.

De este modo, el legislador atendió por fin la preocupación generalizada en cuanto a la gran carga de trabajo soportada por el TC. Tal finalidad queda expresamente plasmada en la Exposición de Motivos de esta LO, en la que se establece que:

«Así, respecto al mayor desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en relación con las demás funciones del Tribunal Constitucional, la Ley procede a establecer una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se trata de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria.

(...)

La protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella. Por ello, y con la intención de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales se modifica el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. De este modo se introduce una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el

⁵ ORTELLS RAMOS, Manuel, Derecho Procesal Civil, 9ª Edición, Aranzadi, Madrid, 2009, pág.583.

momento. Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico. »

Sobre este nuevo incidente excepcional de nulidad de actuaciones se pronuncia el TS, por lo general, en los Autos⁶ que resuelven aquellos incidentes que frente al mismo se incoan, del siguiente modo:

«El art. 241.1 LOPJ , en la vigente redacción dada por la L.O. 6/2007, de 24 de mayo , prevé con carácter excepcional el incidente de nulidad de actuaciones fundado en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 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, estableciéndose expresamente la inadmisión a trámite del incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones, sin que la resolución denegatoria de la admisión a trámite sea susceptible de recurso alguno, disponiéndose también que la desestimación de la solicitud de nulidad llevara consigo la condena en costas al solicitante.

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, cuando, como es el caso, no está legalmente previsto ninguno. »

Así, tras esta breve introducción, es conveniente apuntar los principales caracteres del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, en los que iremos profundizando a lo largo del presente trabajo, siendo así sus primordiales características, las siguientes:

Excepcionalidad, que se manifiesta en:

los motivos tasados por los que cabe su incoación —a pesar de haber sido ampliados por la LO 6/2007—, así, la vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el 53.2 CE;

⁶ AATS 3 de noviembre de 2009 (JUR\2009\467294); 3 de noviembre de 2009 (JUR\2009\474819); 12 de mayo de 2009 (JUR\2009\255379); 13 de abril de 2010 (JUR\2010\143003); 25 de mayo de 2010 (JUR\2010\192190); entre otros.

asimismo se pone de relieve esta excepcionalidad en que, para alegar tal motivo, el mismo no ha podido ser denunciado con anterioridad a la resolución que ponga fin al proceso; la resolución referida, que pone fin al proceso, y antes de la cual no ha sido posible la denuncia de la vulneración del derecho fundamental en cuestión, no puede ser recurrible, ni por medios ordinarios ni extraordinarios.

La legitimación activa para la interposición del incidente corresponde tanto a quienes fueron parte en el procedimiento, como a quienes hubieran debido serlo.

Frente a la resolución que deniegue la admisión a trámite del incidente —serán inadmitidos todos aquellos incidentes que planteen cuestiones diferentes a las previstas— no cabe recurso alguno.

La desestimación de la solicitud de nulidad conlleva la condena en costas a la parte recurrente.

Contra la resolución que resuelva el incidente, tampoco cabrá recurso alguno.

Es evidente, de lo expuesto, una primera desaparición, posterior reinstauración y cuatro reformas, así como ha sido manifestado por la mayoría de la doctrina que, el Incidente de Nulidad de Actuaciones, es una cuestión compleja y problemática, para la que no existen soluciones sencillas⁷.

II. REGULACIÓN Y TRAMITACIÓN DEL INCIDENTE.

1. CONCEPTO. REGULACIÓN Y NATURALEZA DEL INCIDENTE EXCEPCIONAL DE ACTUACIONES.

El incidente excepcional de nulidad de actuaciones es un remedio procesal para la denuncia de la infracción fundada: «en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución» que cabe frente a resoluciones que hayan adquirido firmeza.

De este modo, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su Auto 42/2010, de 12 de abril, estableciendo que:

«con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero del art. 241.1 LOPJ (en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), el incidente de nulidad de actuaciones no es un recurso más, sino un remedio al que se puede acudir «excepcionalmente» para reparar la vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 CE, «siempre que no haya

⁷ GARNICA MARTÍN, Juan F., Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, (Coords. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFA SOLER y VALLS GOMBAU), Vol. I. Iurgium Editores, Barcelona, 2000.

podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario».»

Por tanto, expuesto su concepto, y en cuanto a su naturaleza jurídica, se deduce con claridad que el incidente excepcional de nulidad de actuaciones no es un recurso más, sino que se configura como un medio impugnativo de resoluciones firmes cuando en las mismas, o bien en el procedimiento del que traen causa, se estime vulnerado alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 CE.

En este sentido, debemos resaltar su carácter excepcional, que se desprende claramente del tenor de su regulación, en la que ya desde el principio de establece que “no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones”, e incluso de su propia denominación en la que ya se incluye el término “excepcional”. Supeditando tal admisión a requisitos tasados e ineludibles, como son la necesidad de que contra la resolución que se interponga no quepa ya ningún otro recurso ni ordinario ni extraordinario, que la vulneración que se alegue como motivo no haya podido ser denunciada previamente, así como sus motivos en sí, esto es, una vulneración de los derechos fundamentales contemplados en el artículo 53.2 CE.

Su regulación general se encuentra en el artículo 241 LOPJ, y en lo que respecta al presente estudio, en lo referente al proceso civil, hemos de citar el artículo 228 LEC, cuya redacción es prácticamente idéntica. Dispone, así, el art. 228 LEC que:

“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.

Será competente para conocer de este incidente el mismo Tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de veinte 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 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, por el Secretario judicial 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 Tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de noventa a seiscientos euros.

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

2. ACTOS CONTRA LOS QUE CABE.

Por lo que respecta a las Resoluciones judiciales frente a las que cabe interponer el Incidente excepcional de Nulidad de Actuaciones, la nota esencial de las mismas es su firmeza⁸.

Éstas podrán ser tanto sentencias como autos, pero no providencias. Es así en cuanto se requiere que ya hubiere recaído resolución poniendo fin al proceso, y frente a la que no proceda ya la interposición de ningún recurso ordinario o extraordinario.

Sin embargo, la Ley no aclara si el incidente se debe interponer frente a la resolución en la que se hubiere producido la infracción o bien frente a la que puso fin al proceso, que asumiría, de algún modo, las consecuencias de la infracción producida.⁹

En este sentido, en opinión de Richard González, que compartimos, la resolución que deberá impugnarse será siempre aquella que pone fin al proceso, haciendo, eso sí, la debida referencia

⁸ Al respecto, DAMIAN MORENO, Juan, en su estudio sobre la cosa juzgada en La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares, Tomoll, (coord. CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA) Madrid, 2000, pags. 119 y ss

⁹ En este sentido RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, pág 217.

a la resolución en la que se puso de relieve la infracción, con las consideraciones necesarias a la imposibilidad de solicitar su nulidad en el momento en que se produjo el defecto causante de indefensión. En ese sentido, para el citado autor, la razón de esta conclusión es que será la resolución que pone fin al proceso la que producirá el perjuicio que se intenta combatir con el incidente, así como que esa será la resolución que deberá anularse en primer lugar, además de aquellas posteriores a la infracción que no pudieron subsanarse.

3. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN.

El motivo establecido en la ley para fundar la interposición de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones consiste en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los citados en el 53.2 CE —que no haya podido ser antes denunciada—.

Este motivo fue introducido por la LO 6/2007, siendo su principal novedad. Así, la primordial diferencia entre lo regulado con anterioridad y la redacción actual es que la anterior limitaba el incidente a una clase concreta de nulidad procesal. Sin embargo, en la práctica, la realidad es que parece ser que el único derecho fundamental susceptible de fundar en sí el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, es la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE.

Ahora bien, lo cierto es que el derecho a la tutela judicial efectiva, autónomamente o bien puesto en relación con otros de los derechos fundamentales protegidos en el 53.2 CE, puede vulnerarse a lo largo de todo el proceso civil, en cada una de sus fases, pudiendo darse la circunstancia de que, en determinados casos, tal vulneración no pueda ser denunciada con anterioridad a la resolución irrecurrible que ponga fin al procedimiento, únicos casos en los que será procedente la interposición del incidente excepcional de nulidad de actuaciones.

Así, en el presente apartado del artículo no se va a ahondar más en la cuestión de los motivos que dan lugar a la impugnación de las resoluciones firmes e irrecurribles mediante el incidente de nulidad excepcional de actuaciones, pues su estudio pormenorizado y ejemplificado se desarrollará en la segunda parte del mismo.

4. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

La competencia para el conocimiento del incidente de nulidad corresponde al mismo juzgado o tribunal que hubiera dictado la resolución que hubiera adquirido firmeza, así, el 241.1 2º párrafo establece que “será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza.”

Esta determinación competencial tiene su justificación en cuanto que el vicio de nulidad no debe haberse podido denunciar durante el proceso, así, es lógico que la competencia la ostente el mismo tribunal que conoció del proceso originario con la finalidad de que pueda valorar la infracción que se denuncia.

Sin embargo, son numerosos los autores que dudan de la efectividad del incidente excepcional de nulidad de actuaciones precisamente por lo que respecta a que sea el mismo órgano que conoció del asunto del que trae causa la resolución firme que le pone fin, el que asimismo resuelva el incidente. En este sentido, coincidimos plenamente con la opinión de Marc Carrillo, que afirma, en relación con el refuerzo del amparo judicial que el incidente supone, que «sin embargo, la incógnita que se cierne sobre la bondad de esta medida es la respuesta que den a su aplicación los órganos judiciales a los que va destinada y a los que se imputa la nulidad de sus actuaciones por un acto de especial trascendencia cuál es la lesión de un derecho fundamental. (...). El eventual éxito de esta medida se cifra en la asunción por jueces y tribunales de una nueva cultura jurisdiccional, en la que se asuma como propia la nulidad de los actos jurisdiccionales. Ciertamente, con la cultura jurisdiccional dominante no es nada sencillo que ello vaya a aplicarse con fluidez, por quienes son los autores de tal decisión.» En la misma línea se pronuncia Díez-Picazo, quien asimismo recalca que la experiencia enseña que es muy complicado que el mismo órgano jurisdiccional estime que vulneró los derechos fundamentales, o no reparó en la vulneración perpetrada por otro. De este modo, compartiendo las opiniones y reparos de los autores referidos, al respecto de la competencia para conocer del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, concluimos, al igual que Díez-Picazo, que encomendar la misma al órgano que dictó la resolución que pone fin al asunto concreto, supone limitar esta reforma del amparo a la capacidad de autocritica de los tribunales, lo que puede quizá no ser demasiado realista¹⁰.

10 “Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, Teoría y Realidad Constitucional, segundo semestre 2006, nº 18, págs. 28-30.

5. LEGITIMACIÓN ACTIVA.

La legitimación para interponer el incidente de nulidad de actuaciones corresponde, según el tenor literal de su regulación a “quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo”.

De este modo, la legitimación de los que fueron parte es directa, constituyendo una extensión de la que ya ostentaban en el proceso originario donde se produjo la infracción. La de los terceros es en cambio sobrevinida, y resulta del perjuicio que les produzca la resolución que se impugna.

Esta posibilidad de que terceros con interés legítimo puedan denunciar las infracciones es correcta y oportuna, puesto que son precisamente tales sujetos a los que les afecte la resolución final del proceso, los que puedan resultar indefensos por la falta de contradicción.

En todo caso, según Richard González, en quien interponga el incidente de nulidad, haya sido parte en el procedimiento originario, o sea tercero que debiera haberlo sido, debe concurrir un perjuicio efectivo constatado en una situación de indefensión.

Ahora bien, visto lo expuesto, debemos plantearnos una pregunta fundamental, ¿es necesario para hacer uso del incidente haber sido perjudicado por la resolución contra la que se interpone? A este respecto surge la duda de si la parte no perjudicada por la infracción producida podría interponer el incidente. En opinión de Díez Picazo si estará legitimado aquel que fue parte y a quien no perjudique la infracción; sin embargo, en opinión de Richard González, el fundamento de la posibilidad de impugnación de una sentencia firme no es de manera directa la protección del orden público, en tanto se denuncia una infracción procesal que produce la nulidad de pleno derecho, sino el amparo del ciudadano que considera que se han vulnerado sus derechos fundamentales y se le ha causado indefensión¹¹.

En nuestra opinión, cabría preguntarse en qué supuesto la parte beneficiada por una resolución firme, o no perjudicada, decidiría instar su nulidad al percatarse de una infracción de las contempladas para solicitar la misma. En este sentido, Díez Picazo afirma, en aras de su teoría, que esa parte que no ha sido perjudicada por la eventual infracción, pudiera preferir que se declare la nulidad antes que permanecer en la duda de si alguna persona legitimada la instará durante el largo tiempo previsto en la ley —asunto que será tratado más adelante, aunque se

¹¹ En este sentido RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, pág 224.

adelanta que el plazo es de hasta 5 años—, situación en la que sería perfectamente entendible que la parte no perjudicada por la resolución se planteara la interposición de un incidente de nulidad ante la incertidumbre de no saber si en los próximos 5 años alguien pudiera instarlo y declarar nula una sentencia que podría haber ya sido ejecutada, con los perjuicios que ello conllevaría.

A esta cuestión da respuesta la Jurisprudencia, y como se mostrará en la parte dedicada a la casuística del incidente, no comparte que la parte no perjudicada por la resolución judicial firme pueda plantear un incidente de nulidad de actuaciones, pues exige que la parte que invoque la vulneración de un derecho fundamental deberá razonar cuál y cómo le ha sido a ella vulnerado tal derecho, por lo que en realidad lo cierto es que no se exige ya tanto que la resolución firme sea contraria a la posición del recurrente, sino más bien que quien interponga el incidente haya visto lesionados sus derechos.

6. PLAZO PARA EL EJERCICIO.

Por lo que respecta al plazo para la interposición del incidente, como con claridad se expone en su regulación, el mismo deberá interponerse en el plazo de veinte días desde la notificación de la resolución que ponga fin al proceso. Se establece asimismo que, además del dies a quo citado, podrá computarse el referido plazo de veinte días, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de la indefensión, eso sí, sin que pueda instarse el incidente después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución¹².

Así pues, el plazo de 20 días para la interposición del incidente se computará bien desde el día de la notificación de la resolución, bien desde que se tuviera efectivo conocimiento del defecto procesal causante de indefensión.

De este modo, parece que el plazo no plantea mayores problemas. En este sentido cabe señalar una excepción a esta cuestión que parece sencilla, y que se produce en los casos en que no exista comunicación efectiva de la resolución que pone fin al proceso y, por extensión, se desconozca el dies a quo establecido como tal por la Ley.

¹² Artículo 228.1 2º párrafo de la LEC.

Este problema se planteó frecuentemente en la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional, hasta la reforma de la LO 6/2007. En dichos casos el TC vino declarando que se debe computar el plazo desde que la parte recurrente tuvo conocimiento suficiente y fehaciente de la resolución, dándose por informada de su alcance material¹³, como establece en su Sentencia 248/2006 de 24 de julio, cuando fija que:

«La singularidad de este tipo de demandas de amparo suscita una dificultad, como ya apuntamos en la STC 72/1990, de 23 de abril (RTC 1990, 72) , F. 2, consistente en la necesidad de precisar el plazo en el que la solicitud de amparo debe ser formulada ante este Tribunal Constitucional, por cuanto quien no es parte en el proceso judicial previo y no tiene, por tanto, intervención en el mismo, no es objeto de notificación alguna que le proporcione noticia de la Sentencia dictada, con lo que, en principio, no puede ser de directa aplicación, dada su propia literalidad, la regla fijada en el art. 44.2 LOTC, en virtud de la cual el plazo de veinte días para interponer el recurso de amparo se contará «a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

Pues bien, como indicamos en la propia STC 72/1990, de 23 de abril, F. 2, antes citada, «conviene recordar que la cuestión fue ya resuelta por este Tribunal Constitucional en su ATC 421/1983 (RTC 1983, 421 AUTO) , manteniendo desde ese momento, en reiterada doctrina (por todos, ATC 642/1984 [RTC 1984, 642 AUTO] y STC 92/1984 [RTC 1984, 92]), que para suplir el vacío legal debe ser aplicado analógicamente lo dispuesto en el referido art. 44.2 LOTC, si bien "computando el plazo desde que la parte recurrente en amparo tuvo conocimiento suficiente y fehaciente de la Sentencia dictada por el órgano judicial, dándose por informada de su alcance material, puesto que esta noticia es equivalente por su contenido a la proveniente de la notificación procesal, debiendo por ello entablar recurso de amparo dentro del plazo de veinte días, y sin poder extender sus límites temporales más allá de su alcance, dejando a su arbitrio la extensión, con ilimitado ejercicio del derecho a iniciar el proceso constitucional" (ATC 642/1984, F. 2)».

De este modo, habrá que determinar si los solicitantes de amparo tuvieron conocimiento material de la Sentencia dictada en el proceso al que no fueron emplazados en un momento anterior al que formalmente reconocieron como tal, porque, si así fuese, la demanda de amparo necesariamente incurriría en extemporaneidad y, por tanto, habría de ser rechazada. »

En este sentido, ha de aclararse asimismo que será el actor del incidente de nulidad el que deberá acreditar el momento en que tuvo conocimiento de la resolución que pretende impugnar.

13 RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, Tratamiento Procesal de la Nulidad... pág. 238. ob.cit.

Así, será el tribunal el que deberá resolver esta cuestión, en atención a las alegaciones presentadas, motivando en todo caso la inadmisión del incidente de nulidad cuando considere que se ha interpuesto fuera de plazo.

7. SOLICITUD Y DOCUMENTACIÓN.

Por lo que respecta a la interposición del incidente de nulidad de actuaciones, la misma se cursará mediante petición escrita ante el mismo tribunal que dictó la resolución que se impugna, y en el plazo de veinte días fijado en la Ley, como ya ha quedado expuesto en apartados anteriores.

En atención a la falta de concreción sobre requisitos formales de esta solicitud, pues la Ley no indica más que "...podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en...", entiende la doctrina que el escrito deberá observar los requisitos generales de los recursos, además de los requisitos específicos para su admisión previstos en el 241 LOPJ: cumplimiento de plazo de interposición, legitimación, imposibilidad de denuncia previa, vulneración de un derecho fundamental, etc.

Del mismo modo, es pacífico, a pesar de que ni la LOPJ ni la LEC indiquen nada al respecto, que será necesaria la comparecencia con procurador y asistencia letrada, en tanto la ley no excluye expresamente su intervención, como fija en los artículos 23.2 y 31.2 LEC. Sin embargo, Richard González, opina que esta regla lo es a salvo de que el incidente de nulidad se plantee en alguno de los procesos para los que expresamente se prevea la no necesidad de comparecer por medio de procurador y asistido de abogado. En este sentido, opinamos que la respuesta correcta es la primera y para todos los casos. En apoyo de nuestra posición cabe decir que, como es sabido, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones no es una fase más de un procedimiento, es este caso de un procedimiento en el que se prevea que no es necesaria la asistencia de procurador ni de letrado, así, no es un recurso, conforma una pieza aparte. Asimismo, en apoyo de nuestra opinión, se encuentra el hecho de que los casos en que no es necesario ni procurador ni letrado se encuentran previstos expresamente en la LEC, recientemente reformados a mayor abundamiento, y en ningún caso se ha contemplado que el incidente excepcional de nulidad de actuaciones pueda ser planteado en ausencia de procurador y de letrado, sin obviar la complejidad del mismo y de sus fundamentos, que harían altamente inviable su planteamiento en ausencia de procurador y letrado.

8. TRÁMITE DE ADMISIÓN.

En lo referente a la admisión a trámite de la interposición de un Incidente excepcional de nulidad de actuaciones, es esencial hacer expresa referencia al tenor de la ley. Así, el artículo 228.1 LEC prevé que: “no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones”

De este modo, es claro que el Tribunal está revestido de amplios poderes para inadmitir a limine litis la tramitación de la solicitud de nulidad por esta vía, que por definición es excepcional. En este sentido, parece que la regla general es la inadmisión, salvo, claro está, que se cumplan estrictamente los requisitos legales exigidos, como expresamente prevé igualmente la Ley:

“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”

De este modo, se colige del tenor literal de la ley, que los requisitos para la admisión a trámite del incidente excepcional de nulidad de actuaciones son:

1º. Legitimación ad procesum.

2º. Que la nulidad de actuaciones se funde en la vulneración de un derecho fundamental de los consagrados en el artículo 53.2 CE.

Así pues, si el fundamento de la pretensión de nulidad se basa en algún motivo que no se enmarque en la vulneración de derechos fundamentales de los consagrados en el 53.2 CE, el incidente será inadmitido a trámite.

3º. Imposibilidad de denuncia del vicio durante la sustanciación del procedimiento en que se produjo.

Este requisito se funda en el respeto al principio en materia de denuncia de la nulidad que establece que debe denunciarse tan pronto como se conozca, sin que se pueda reservar su alegación para un momento posterior. Así pues, cualquier vulneración de derechos fundamentales de los consagrados en el 53.2 CE habrá de denunciarse durante el proceso en que se dé, conforme a lo previsto en 227 LEC.

4º. Que la resolución que se impugne no sea susceptible de recurso ordinario o extraordinario.

Este requisito es claramente consecuencia del carácter excepcional y subsidiario del incidente excepcional de nulidad, que conlleva que sólo proceda su admisión cuando no exista ningún otro recurso ordinario o extraordinario. En opinión de Richard González, con la que coincidimos plenamente, entre los recursos citados no deben incluirse los demás medios de impugnación

frente a sentencias firmes, sin perjuicio de que se puedan utilizar de modo preferente. Así, no parece que sea exigible acudir por ejemplo a la revisión de sentencias, por causa de su especificidad en materia de competencia¹⁴ y la similitud de alguno de los motivos del recurso de revisión con los que pueden fundar el incidente de nulidad¹⁵.

Sin embargo, además de estos requisitos expresamente requeridos por la ley en la regulación del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, la lógica hace pensar que el tribunal podrá y deberá controlar la concurrencia de otros presupuestos, que aunque no aparecen tan claramente delimitados en la ley, han de ser igualmente objeto de examen. En este sentido, el órgano jurisdiccional inadmitirá a trámite el incidente cuando, por ejemplo, en el escrito de solicitud se efectúe una petición distinta a la declaración de nulidad, o bien cuando se haya interpuesto el mismo de manera extemporánea, así como, cuando se interponga dentro del plazo de 5 años previsto en la Ley no se justifique debidamente por quien lo interponga el momento de conocimiento del vicio que provoca la vulneración de los derechos fundamentales consagrados en el 53.2 CE y que fundamente la interposición del incidente. Por el contrario, en opinión de Lourido Rico¹⁶ en el supuesto de que aprecie que no es competente para el conocimiento del incidente, lo procedente sería el envío al órgano jurisdiccional que si fuera competente, y no su inadmisión¹⁷.

Así pues, la excepcionalidad de este incidente, su carácter subsidiario, y la regla general de su inadmisión prevista expresamente por la Ley, parecen tener la clara finalidad de llevar a cabo la inmediata exclusión de las solicitudes manifiestamente carentes de fundamento. En este sentido, este control de oficio es claro que es uno de los instrumentos más eficaces para evitar una utilización abusiva y fraudulenta de este cauce. Ahora bien, es necesario lograr un equilibrio, en tanto ha de evitarse llegar a un excesivo rigorismo en el control in limine litis que conduzca a una

14 Art. 509 LEC: "La revisión de sentencias firmes se solicitará a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial".

15 RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, Tratamiento Procesal de la Nulidad...pág. 234. ob.cit.

16 LOURIDO RICO, Ana María, La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal, Comares, Granada, 2004, pág.282.

17 La petición de nulidad resuelta por el TS mediante Auto de 28 de mayo de 1998, fue interpuesta ante la Audiencia Provincial que había dictado la sentencia en apelación, pese a que el órgano competente era el Tribunal Supremo, que había dictado la resolución firme. La Audiencia Provincial en este caso acordó tener por interpuesto el incidente y remitir las actuaciones al Tribunal Supremo para su examen; dicho acuerdo fue adoptado por unanimidad.

inadmisión del incidente en casos en que verdaderamente es procedente, con la consiguiente lesión del derecho a no sufrir indefensión¹⁸.

Finalmente, nos parece ilustrativo, en lo que respecta a los requisitos para la admisión a trámite del incidente excepcional de nulidad de actuaciones —si bien el Auto al que se hará mención es de desestimación y no de inadmisión—, y sobre todo en lo referente a la imposibilidad de denuncia del vicio durante la sustanciación del procedimiento en que se produjo y a que la resolución que se impugne no sea susceptible de recurso ordinario o extraordinario, citar el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 163/2010 de 28 de junio. De este modo, en dicho Auto se establece que, habiéndose interpuesto incidente excepcional de nulidad de actuaciones contra la Sentencia dictada en Apelación por el referido Tribunal, la desestimación del incidente planteado puesto que la nulidad pretendida debió haberse planteado en el propio Recurso de Apelación, pudiéndose además interponer Recurso de Casación aún, así:

« Pero claro está por evidente que los motivos de nulidad, en los restrictivos términos que le corresponden, en este caso van referidos a la resolución dictada por el órgano judicial de la primera instancia, no a la dictada por el tribunal ante el que se insta el incidente, justamente porque el promotor del incidente alega motivos originados en la primera instancia. Y sucede que el promotor del incidente, en tanto que recurrente, en absoluto hizo objeto del recurso de apelación cuestión de nulidad alguna. Es obvio, en consecuencia que el incidente es extemporáneo¹⁹, porque está incurso en la proscripción establecida en el mismo art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -y en los mismos términos, el art. 228.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -, al disponer que se podrá promover el incidente "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", lo que ha de referirse en el supuesto presente, evidentemente, a la sentencia recurrida, porque el art. 227.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que 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

18 En este sentido LOURIDO RICO, Ana María, La nulidad de actuaciones... pág. 283. ob.cit.

19 Más que extemporáneo, lo calificaríamos de improcedente, puesto que la noción de extemporaneidad lleva aparejada que el mismo sí era procedente, pero se planteó fuera de plazo, por ejemplo más allá de los 20 días en que el incidente excepcional de nulidad de actuaciones puede interponerse. Sin embargo, en el presente caso, se interpuso habiendo podido denunciarse el vicio causante de nulidad con anterioridad —en el recurso de apelación— lo que ya de por sí lo haría incumplir los requisitos para el planteamiento de este incidente excepcional previstos en la LOPJ y la LEC, y además no se trataba de una sentencia irrecurrible, sino que contra la misma cabía aún Recurso de Casación, lo que supondría otro motivo más de la improcedencia de su planteamiento.

establecidos en la ley contra la resolución de que se trate; de tal modo que, en primer lugar, la cuestión de nulidad debió hacerse objeto del recurso de apelación, y además, en segundo lugar, respecto de la sentencia de apelación es posible la interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional.

En consecuencia, en aplicación de lo prescrito en la normativa expresada y de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo en el sentido de que no es de recibo que al socaire de una pretendida causa de nulidad de actuaciones se intente abrir una vía de recurso allí donde se encontraba cerrada, desvirtuando la naturaleza del incidente de nulidad de actuaciones para convertirlo en una nueva y alternativa vía revisora, pues ello excede del ámbito excepcional del incidente (cfr. ATS de 31-7-2003 (PROV 2003, 206275)), ha de rechazarse el incidente promovido.»

9. POSIBILIDAD DE EFECTO SUSPENSIVO DE LA ADMISIÓN A TRÁMITE.

Cabe decir en primer lugar, siguiendo el tenor literal de lo dispuesto en la ley, que la interposición del incidente no implica la suspensión de la eficacia de la sentencia o resolución impugnada. Sin embargo, la suspensión puede acordarse si en caso de no adoptarse tal determinación, el incidente perdiera su legítima finalidad. En este sentido, prevé el 228.2 LEC que:

“Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado anterior de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, por el Secretario judicial 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.”

Así, lo cierto es que en la mayoría de ocasiones el incidente se interpondrá ante la evidencia del perjuicio ocasionado por unas actuaciones que se fundamentan en una resolución judicial dictada con infracción procesal y que produce una efectiva indefensión. En este sentido, es evidente que en tales casos no puede permitirse que tal perjuicio se consume, para lo cuál la única posibilidad es la de que se decrete la suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida, mientras se tramita el expediente. Sin embargo, no puede negarse que al mismo

tiempo, esta posibilidad de suspensión, si se trata con una excesiva amplitud, puede llegar a convertirse en un instrumento dilatorio de la ejecución de las sentencias, en perjuicio de la parte que fue beneficiada por la misma²⁰. Es por lo expuesto que la regla general es, como se desprende de la transcripción de la norma aquí efectuada, la no suspensión de la resolución recurrida con la mera admisión a trámite del incidente, siendo necesario para ello que la suspensión sea absolutamente necesaria para evitar que el incidente pierda su legítima finalidad.

De este modo, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones sigue la regla general de los demás medios de impugnación de sentencias firmes²¹. Asimismo, a este respecto cabe decir que la doctrina del TC determina que en los procesos de impugnación de resoluciones judiciales firmes la norma general es efectivamente la no suspensión, salvo si en caso de ejecutarse la resolución impugnada pudiera producirse un perjuicio irreparable. En este sentido, el TC toma en cuenta que frente a la petición de tutela judicial efectiva del solicitante de la nulidad, se encuentra el derecho de quien obtuvo una sentencia favorable susceptible de ser ejecutada, lo que también atañe al derecho a la tutela judicial efectiva.

Consideramos interesante, en este punto, hacer mención a la relación de la doctrina del TC expuesta, con el tipo de consecuencias que conlleva la ejecución de la sentencia en cada caso impugnada, para determinar si el perjuicio que en su caso se produzca es o no irreparable y, si por ello, procede o no adoptar la suspensión. Así, es de especial relevancia señalar al respecto que la posición del TC —y también del TS—, en el caso de que las consecuencias de la Sentencia sean meramente económicas, así como en todas aquellas en las que se entiende que el daño que produzca la eventual ejecución de la Sentencia puede ser reparado por completo a posteriori, es la de no adoptar la suspensión. Cabe citar²² el ATC 276/2000, dictado en el seno

20 RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, Tratamiento Procesal de la Nulidad...pág. 243. ob.cit.

21 504 LEC para la rescisión de sentencias firmes dictadas en rebeldía, y 515 LEC para revisión de sentencias firmes.

22 Asimismo como ejemplos de otros órdenes, el ATC 201/2007, dictado en el seno de un Recurso de Amparo en materia Penal, el TC determina que:

«En aplicación concreta de dicha doctrina general este Tribunal tiene declarado que la ejecución de las Sentencias cuyos efectos son fundamentalmente patrimoniales o de contenido económico, ni causan un perjuicio irreparable al obligado al pago por la Sentencia condenatoria, ni el amparo puede perder su finalidad, ya que admiten la restitución íntegra de lo ejecutado (AATC 573/1985, 574/1985 y 275/1990 por todos). Esta doctrina es igualmente aplicable a la condena en costas procesales, pues al entrañar un pago en dinero su ejecución no provoca ningún perjuicio que pueda hacer inútil el recurso de amparo (AATC 244/1991, 267/1995 y 44/2001, entre otros muchos).»

Asimismo, cabe mencionar el ATC 85/2000, citado en el seno de un Recurso de Amparo en materia Contencioso-Administrativa:

de un Recurso de Amparo en materia civil, en el que se aducía vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sosteniendo el recurrente que no había sido correctamente emplazado, y habiendo instado previamente un incidente de nulidad de actuaciones, dispone que:

« cuando la suspensión se solicita en relación con la ejecución de resoluciones judiciales firmes y definitivas, lo más acorde con el interés general es no acceder a la suspensión de su ejecución y, por ende, no enervar su cumplimiento que dota de efectividad a la tutela judicial (art. 24.1 CE). (AATC 81/1981, 186/1998 y 284/1998, entre otros). Sin embargo, la protección del interés general que subyace a la ejecución de lo juzgado ha de ceder en aquellos supuestos en los que, de no acordarse la suspensión, el amparo perdería su finalidad. Por ello mismo, y como criterio general, no procede suspender aquellos fallos judiciales que admiten la reparación o la restitución íntegra de lo ejecutado (AATC 17/1980, 1980, 257/1986, 249/1989, 141/1990, 212/1994, 35/1996 y 76/1996, entre otros).»

Continuando con la posibilidad de suspensión de la resolución impugnada por medio del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, es esencial dejar constancia del procedimiento para la adopción de la misma. Así, la suspensión deberá ser instada expresamente por la parte a quien le interese, que normalmente lo hará en el escrito de interposición —nada impide que la suspensión se solicite posteriormente—, aunque el tribunal no se pronunciará sobre esta solicitud hasta que no se admita a trámite el incidente y se permita a las partes alegar. De este modo, una vez admitido el incidente excepcional de nulidad, se dará traslado a las partes personadas para que en el plazo de 5 días formulen sus alegaciones, resolviendo el tribunal sobre la suspensión, lógicamente antes de resolver sobre el propio incidente. En este sentido, el

«Es conocida, por reiterada, la doctrina de este Tribunal conforme a la cual no procede, como criterio general, la suspensión de la ejecución de aquellos fallos judiciales que admiten la restitución íntegra de lo ejecutado (como ocurre, aunque no sin excepciones, en las condenas de contenido patrimonial, pues, por más que puedan producir efectos desfavorables a quien demanda el amparo, su reparación posterior, en caso de estimarse éste, es meramente económica y por ello no dificultosa (AATC 573/1985, 574/1985, 275/1990 y 287/1997).»

Igualmente, puede mencionarse, pues muestra un aspecto más amplio de la citada doctrina, contemplando excepciones a la regla general, el ATC 84/2000, en el que se fija que:

«Otro ha sido nuestro criterio en los casos en que, por afectar a bienes o derechos del recurrente en amparo de imposible o muy difícil restitución a su estado anterior, hemos estimado procedente acordarla, por ejemplo, cuando por la ejecución de lo acordado se posibilita o produce la transmisión irrecuperable del dominio sobre un bien determinado (AATC 565/1986 y 52/1989, entre otros), o el lanzamiento del recurrente de la vivienda o local que ocupa, supuesto éste en que hemos acordado la suspensión, generalmente condicionada a la prestación de fianza (AATC 618/1983, 269/1984, 646/1984, 464/1985, 577/1985, 314/1994, 98/1995, 171/1995, 234/1995, 235/1996, 47/1997, 156/1997, 205/1997, 287/1997, 99/1998, 137/1998 y 203/1999, entre los más recientes).»

Tribunal resolverá a la vista de las circunstancias del concreto caso y, especialmente atendiendo al criterio de la producción de perjuicio irreparable, determinante de que en el caso de que finalmente se acordara la nulidad, el incidente hubiera perdido su finalidad. Asimismo, esta decisión deberá ser motivada, fundándose en un criterio razonado del juez, valorando los derechos que resulten afectados en el caso concreto.

10. PRUEBA.

Nada prevé la ley sobre la práctica de prueba en el incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Así pues, parece que nada impide que se adopte respecto a la prueba un criterio amplio que permita la práctica de aquellos medios probatorios previstos en la Ley, de conformidad con los criterios de pertinencia y utilidad.

Resulta llamativo, a este respecto, que la redacción inicial del proyecto de LO 5/1997, preveía que se admitiese prueba sin ninguna restricción. Sin embargo, esta regulación se modificó a consecuencia de la enmienda número 39 fundada en el informe del CGPJ que consideraba que la amplitud de la prueba en este incidente podía dilatar la tramitación y convertirlo en un cauce declarativo más²³.

De todos modos, y al margen de lo expuesto, consideramos, por un lado, que efectivamente debe permitirse la prueba en este incidente, en tanto no se dice nada en contra en la ley, y lo contrario podría ir en detrimento del derecho fundamental a no sufrir indefensión y a utilizar los medios de prueba pertinentes, así como también es cierto que un amplitud en la prueba podría dilatar su tramitación. Sin embargo, respecto a la posibilidad de dilatación de su tramitación, lo cierto es que en la mayoría de incidentes no hay una posibilidad de actividad probatoria desmesurada, incluso en muchos ninguna, en tanto en la mayoría de ocasiones se trata de violaciones de normas procesales, que no conllevan prueba sobre ningún hecho, así como los citados criterios de pertinencia y utilidad servirán para cribar aquellas pruebas que, valga la redundancia, sean inútiles o impertinentes.

23 En este sentido RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, Tratamiento Procesal de la Nulidad... pág. 242. ob.cit

11. RESOLUCIÓN. PRONUNCIAMIENTOS POSIBLES.

Llegados a este punto, se entiende que se ha superado ya la fase de admisión del incidente, por tanto no se hará referencia a la posibilidad de resolución de inadmisión, ya tratada en su correspondiente apartado.

Así pues, una vez admitido a trámite el incidente, presentadas las alegaciones correspondientes por la otra u otras partes del procedimiento, a las que se les habrá dado traslado del mismo, el juez o tribunal resolverá sobre lo solicitado.

De este modo, prevé el artículo 228.2, segundo párrafo LEC que:

“Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. 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 Tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de noventa a seiscientos euros.”

La resolución, que decidirá exclusivamente sobre la nulidad de la resolución impugnada, adoptará la forma de auto, conforme a lo previsto en el artículo 206.2 LEC, en el que se determina que adoptarán esta forma aquellas resoluciones que resuelvan sobre la nulidad o validez de las actuaciones y cualesquiera otras cuestiones incidentales, tengan o no señalada una tramitación especial. No obstante, podría sembrarse la duda en este punto, en tanto el 206.3 LEC fija que se resolverán mediante sentencia los procedimientos de revisión de sentencias firmes²⁴. En este caso, la solución más eficaz para resolver esta duda es acudir a la práctica, la cual confirma la resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones mediante auto²⁵.

Por lo que respecta a los requisitos internos de esta resolución, la misma deberá ser motivada, dando respuesta a todas las pretensiones de nulidad contenidas en el recurso. Así, los litigantes podrán conocer las razones que fundamentan la decisión y valorar la posibilidad de, en su caso, recurrir en Amparo. En este sentido se ha pronunciado el TC, que ha declarado reiteradamente que la obligación de dictar una resolución fundada en Derecho no puede entenderse cumplida con una mera declaración genérica admitiendo o denegando la tutela solicitada.

24 En este sentido RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, Tratamiento Procesal de la Nulidad...pág. 245. ob.cit

25 A este respecto cabría añadir que el propio 228.2 LEC prevé que en caso desestimatorio se condenará mediante auto al solicitante en todas las costas.

11.1. RESOLUCIÓN ESTIMATORIA

En caso estimatorio, procederá la reposición de las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que originara el vicio causante de la nulidad.

En este sentido, no cabe la desestimación de la petición de nulidad argumentando que el resultado final del procedimiento hubiera sido, en cualquier caso, el mismo. En opinión de Richard González, que compartimos, debe prevalecer la protección de la norma y los derechos fundamentales de los litigantes, de modo que, en cualquier caso, admitida la nulidad, procede su declaración y la reposición de las actuaciones conforme a lo dispuesto en la Ley. Este criterio está confirmado por el TC, que ha declarado que el derecho constitucional de defensa, audiencia y contradicción no puede resultar limitado o amputado radicalmente en aras del principio de economía procesal reforzado con la imposible previsión del tribunal de que la resolución del juicio sería en todo caso la misma²⁶. Todo ello sin perjuicio de que, efectivamente, en el supuesto de que se declare la nulidad alegada y, repuestas las actuaciones al estado y momento en que se cometió la falta, pueda finalizar en procedimiento con el mismo contenido el fallo²⁷.

11.2. RESOLUCIÓN DESESTIMATORIA. COSTAS. IMPOSICIÓN DE MULTAS EN CASO DE TEMERIDAD.

Como se extrae de la simple lectura del artículo 228.2 segundo párrafo de la LEC, es consecuencia directa de la desestimación del incidente de nulidad, la condena en las costas del incidente al solicitante del mismo. Asimismo, adicionalmente, en el caso de que el tribunal entendiese que la nulidad se promovió con temeridad, le impondrá una multa de 90 a 600 €, como se prevé en el ya citado 228.2 segundo párrafo LEC.

En lo referente a la posibilidad de imposición de esta multa, en opinión de algunos autores, como Richard González, dicha norma resulta totalmente procedente, en tanto acreditada la temeridad del litigante, debe procederse en consecuencia, pues de otro modo se verían perjudicados los derechos legítimos de las partes a la ejecución de las resoluciones judiciales en los términos en que fueron dictadas.

26 STC 215/2006 de 3 de julio.

27 En este sentido RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, Tratamiento Procesal de la Nulidad... pág. 245. ob.cit

Sin embargo, en nuestro parecer, tal opinión resulta matizable. Así, poniendo en conjunción las dos consecuencias de la desestimación del incidente, la primera inevitable según la redacción de la ley y la segunda en caso de apreciarse temeridad, hemos llegado a la conclusión que a continuación se expone.

En este sentido, consideramos esencial relacionar la finalidad de este incidente con el Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional. Así, y como se expuso en los primeros apartados de este artículo, la propia exposición de motivos de la LO 6/2007 presenta la nueva regulación del incidente excepcional de nulidad de actuaciones como un trámite previo y preceptivo a la interposición de un recurso de amparo —siempre claro que se den los requisitos para ello— como se aprecia cuando fija que:

«Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico.»

Así como, y en relación con su finalidad, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, además de constituirse procesalmente como un instrumento que permite la impugnación de resoluciones firmes, lo es en cuanto se den sus requisitos, esto es, se haya vulnerado alguno de los derechos fundamentales protegidos por medio del 53.2 CE, así, aquellos derechos fundamentales que gozan del más alto nivel de protección constitucional.

Por tanto, tratándose de un trámite excepcional previo y preceptivo a la interposición de cualquier Recurso de Amparo —pues de darse las circunstancias²⁸ en que el mismo debiera haberse planteado, y no haberse hecho previamente, el Recurso de Amparo sería inadmitido—, constituyendo asimismo un medio directo de defensa de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución y garantizados con el mayor grado de protección, así como tomando en cuenta que el Recurso de Amparo es gratuito²⁹. En nuestra opinión, la desestimación del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, lo que por otro lado supone que ya se ha superado el trámite inicial de su admisión —siendo, como se ha visto, la regla general la inadmisión del mismo— lo que conlleva que en principio parecían darse los requisitos para su planteamiento, no debiera conllevar en modo alguno la consecuencia directa de la imposición de las costas que en el mismo se hayan generado.

28 Vulneración de derechos fundamentales de los protegidos en el 53.2 CE, imposibilidad de denuncia previa, etc.

29 Artículo 95. LOTC.

A mayor abundamiento, y enlazando con la opinión de otros autores expuesta en párrafos precedentes, ni para justificar la imposición de las costas, ni la posibilidad de imposición de una multa en caso de temeridad, puede alegarse que se verían perjudicados los derechos legítimos de las partes a la ejecución de las resoluciones judiciales en los términos en que fueron dictadas, en tanto ello solo tendría lugar cuando se procediera a la suspensión de la resolución impugnada, lo que sólo sucede en circunstancias excepcionales, cuando se den los requisitos para ello, y lo que tendría solución exigiendo la prestación de una caución al solicitante de la suspensión, como en cualquier otra medida cautelar.

Es más, nos cuestionamos si la consecuencia directa de la imposición de las costas en caso de desestimación del incidente excepcional de nulidad —cuando por lo general en la mayoría de los casos ya se han desestimado las pretensiones del eventual solicitante en los procedimientos previos, lo que en el ámbito civil habría conllevado la imposición de más costas³⁰— conlleva directamente un elemento disuasorio para su planteamiento, por los elevados costes que podría acarrear para unos litigantes posiblemente ya agotados, teniendo en cuenta que la mayoría de incidentes excepcionales de nulidad de actuaciones son desestimados —y en no pocas ocasiones se concede posteriormente el Amparo—, vulnerándose así incluso el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE.

Así pues, en nuestra opinión, la desestimación del incidente excepcional de nulidad de actuaciones no debiera conllevar necesariamente la imposición de las costas del mismo. En este sentido, una solución intermedia pudiera ser dejar al arbitrio del tribunal el imponerlas, como sucedía en la primera instancia en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa³¹, en la que se preveía que en su caso las costas se impondrían, razonándolo debidamente, a la parte que sostuviere su acción o interpusiere los recursos bien con mala fe o bien con temeridad. De este modo, es nuestro criterio que la mala fe o temeridad debiera operar en este incidente como razón para la imposición eventual de las costas, y no como adicional a una condena en costas segura, para la imposición de multas, como en realidad ocurre en los recursos ante el Tribunal Constitucional³².

30 Las de primera instancia, apelación, incluso las de una eventual casación.

31 Lo que ha sido modificado por la reciente Ley 37/2011 de Medidas de Agilización Procesal que ha instaurado en este orden el criterio del vencimiento

32 Artículo 95 LOTC.

A mayor abundamiento, se ha de dejar constancia de que la propia LEC prevé otros supuestos específicos para imposición de multas con los que se da cobertura a circunstancias concretas en que se litigue de manera contraria a la buena fe procesal cuyo respeto se prevé en el 247 LEC. Así pues, en la LEC se prevé la posibilidad de imposición de multas a los litigantes, abogados, peritos y testigos, cuando se aprecie, en unos casos temeridad, como sucede en el 320 LEC³³ y 344 LEC³⁴; o bien mala fe o ánimo dilatorio, como en recusaciones realizadas con mala fe, 112LEC, retrasos o dilaciones indebidas de las vistas, 183 LEC, presentación de documentos en momento no inicial del proceso con mala fe o ánimo dilatorio, 270 LEC, así como en el caso de alegaciones de hechos nuevos o de nueva noticia 286 LEC; asimismo sucede en casos de falta de la debida colaboración con el órgano jurisdiccional, como en el caso de retrasos injustificados en los exhortos, 176 LEC, entre otros supuestos. Así, dichas multas por actuar temerariamente, con mala fe, o ánimo dilatorio entendemos, que se podrán imponer igualmente a las partes del incidente excepcional de nulidad de actuaciones si concurren las circunstancias necesarias para ello previstas en la LEC.

En conclusión, la mejor opción en lo referente a las consecuencias de la desestimación del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, en nuestra opinión, sería la de condenar en costas tan sólo en caso de haberse interpuesto el mismo con temeridad o mala fe, y en su caso la posibilidad de imposición de multas cuando se den los supuestos que para ello prevé la LEC a lo largo de su redacción.

12. RECURSOS.

Finalmente, y para concluir la primera aparte de este artículo, se ha de hacer referencia a la posibilidad o no de recurrir la resolución que recaiga en este incidente. La Ley es clara en este sentido, fijando que “contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno.”

Sin embargo, a pesar de ser el tenor de la Ley suficientemente claro, lo cierto es que son numerosos los casos en que se recurren las resoluciones que ponen fin al incidente excepcional

33 Impugnación temeraria el valor probatorio de documento público.

34 Tachas temerarias de peritos.

de nulidad de actuaciones. En este sentido cabe citar, entre otros³⁵ el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 169/2010 de 12 de julio, en el que se establece que:

« La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 240, y la L.E.C ., en el art 227 , regula para todo tipo de procedimientos judiciales las posibles vías de declaración de nulidad de actuaciones: a través de los recursos ordinarios, de oficio o a instancia de parte, en el curso de las actuaciones, cuando no haya recaído Resolución definitiva y el llamado "incidente de nulidad de actuaciones", siempre excepcional (prohibido con carácter general), para cuando ya ha recaído Resolución definitiva sólo para cuando no haya sido posible denunciar la causa de nulidad con anterioridad; en todos los casos se requiere infracción de norma esencial de procedimiento con "efectiva" causación de indefensión (o incongruencia para el "incidente de nulidad").

Sobre la posibilidad de recurrir la resolución que decida la nulidad planteada, sólo en el caso del "incidente de nulidad" (art. 240-3 y 4) se prevé expresamente la prohibición de todo ulterior recurso (con toda lógica, pues se trata ya de nulidad frente a Resolución ya definitiva).

En consecuencia procede rechazar el recurso de apelación de conformidad con el citado artículo 241 la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 228.2 de la L.E.C. pues la resolución de dicho incidente de nulidad de actuaciones que regulan las citadas normas no es susceptible de recurso alguno, tesis que se sigue mayoritariamente. Dicho lo que precede, se reitera que el presente recurso no debió ser admitido a trámite conforme a la L.E.C., operando en el momento actual la referida causa de inadmisión de la apelación como causa de desestimación. »

Eso sí, por supuesto, y como se desprende de lo expuesto a lo largo del presente trabajo, sin perjuicio de interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional conforme a lo previsto en el artículo 44 LOTC, lo que ha sido expresamente confirmado el propio Tribunal Constitucional³⁶.

35 Auto de la AP de Barcelona 123/2007 de 18 de septiembre; Auto de la AP de Valencia 109/2009, de 22 de mayo; Auto de la AP de Las Palmas 20/2009 de 10 de febrero.

36 No debe olvidarse que, precisamente, el planteamiento del incidente excepcional de nulidad de actuaciones se ha convertido en un requisito sine qua non para acceder al Recurso de Amparo en caso de que se dieran los requisitos para su planteamiento.

SEGUNDA PARTE: EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES EN EL DESARROLLO DEL PROCESO CIVIL.

I. ESTUDIO DE LOS MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL PROCESO CIVIL.

1. INTRODUCCIÓN.

Como ya anticipamos en la primera parte de este artículo, el motivo establecido en la ley para fundar la interposición de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones consiste en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los citados en el 53.2 CE.

En este sentido, y como también se puso de manifiesto en el referido punto, la diferencia entre lo regulado con anterioridad a la LO 6/2007 y la redacción actual, es que la anterior limitaba el incidente a una clase concreta de nulidad procesal, habiéndose abierto ahora a toda infracción de algún derecho fundamental de los contemplados en el 53.2 CE. Sin embargo, en la práctica, la realidad es que el único derecho fundamental susceptible de fundar en sí el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, es la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE —lo que se podrá comprobar en el análisis de la casuística de estos motivos derivada de la Jurisprudencia—.

Así, lo cierto es que los derechos fundamentales que se contienen en el 53.2 CE, son los contemplados en los artículos 14 a 29 CE, es decir, el derecho a la igualdad, a la libertad de expresión, a la libertad de reunión, al honor, a la huelga, a la tutela judicial efectiva, etc., y de conformidad con el 241 LOPJ, cualquier vulneración de los mismos puede fundar un incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Sin embargo, es obvio, como hemos puesto de manifiesto, que aquí el legislador cometió un exceso, posiblemente fruto de una falta de reflexión —sobre los requisitos que exigía para el planteamiento del incidente y su amplio objeto— que, ante el problema de la enorme carga de trabajo, entendió que podía utilizar el incidente —que se considera por el TC como recurso previo que agota la vía jurisdiccional ordinaria— como cauce procesal para garantizar la tutela de cualquier derecho fundamental de los previstos en el artículo 53.2 CE, lo que se deduce directamente de la Exposición de Motivos de la LO 6/2007³⁷.

37 En este sentido, RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, Tratamiento Procesal de la Nulidad... pág. 226. ob.cit

De este modo, el problema se encuentra en la imposibilidad de convertir un procedimiento en aquello que no es, pues la ampliación del legislador del ámbito del incidente, designándolo como el cauce procesal que debe utilizarse para que los tribunales ordinarios sean garantes de los derechos fundamentales, no provoca que tales normas por sí solas modifiquen la configuración legal del incidente de nulidad, que está configurado para solicitar la nulidad por infracción procesal que produzca una vulneración en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)³⁸. Eso sí, dentro del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra un amplio número de derechos fundamentales así consagrados por la Jurisprudencia del TC³⁹. Pero, tanto la lógica como la práctica nos indican que el incidente excepcional de nulidad de actuaciones no sirve de procedimiento de garantía de los derechos fundamentales contenidos en los artículos del 14 al 29 CE, y aún menos para denunciar cualquier vulneración de los mismos⁴⁰.

Es esencial del mismo modo, dejar constancia de que parece que, en todo caso, la vulneración de que se trate ha de causar indefensión, como se desprende del propio tenor del 241 LOPJ, cuando establece que:

“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...”

Así pues, y como bien establece Richard González⁴¹ en su obra Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones:

“...el incidente de nulidad se dirige a solicitar la nulidad de una sentencia firme (...) que habrá recaído en un procedimiento previo. De modo que lo que puede plantearse en el incidente tiene por objeto el proceso ya sustanciado, se trate de lo que se trate. De modo que ampliar el catálogo de infracciones por las que se procede interponer el incidente de nulidad de nada sirve, puesto que los vicios que pueden fundarlo van a ser los que son, de infracción procesal, incluyendo la incongruencia absoluta, en cualquier caso con efectiva indefensión. Vicios determinantes de nulidad que no habrían podido denunciar durante el proceso, ya que en ese caso no procedería interponer el incidente en razón de su carácter excepcional y subsidiario.”

38 RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, Tratamiento Procesal de la Nulidad... pág. 227. ob.cit

39 En un próximo apartado se desarrollará brevemente el contenido del artículo 24 CE.

40 En este sentido, RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, Tratamiento Procesal de la Nulidad... pág. 227. ob.cit

41 RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, Tratamiento Procesal de la Nulidad... pág. 227. ob.cit

2. RÉGIMEN DE NULIDADES PREVISTAS EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL.

Apartándonos brevemente de la línea más procesal que hasta ahora se ha seguido en el presente estudio sobre el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, consideramos interesante tratar en el presente apartado el régimen de determinación de nulidades en el ordenamiento procesal civil.

En este sentido, una aproximación a los preceptos de la LOPJ y de la LEC revela la existencia de un conjunto heterogéneo de normas que contienen referencias explícitas a la nulidad de actos procesales⁴².

Así, en opinión de Andrés Ciurana, a primera vista los preceptos que regulan la nulidad de los actos procesales no parecen ofrecer mucho, pero un examen detenido de los mismos permite descubrir las bases de un sistema —posiblemente incompleto— para la valoración de las irregularidades procesales. En este sentido, tales bases consisten en:

- 1) En primer lugar, la existencia de “nulidades expresas”
- 2) En segundo lugar, la configuración de dos reglas generales de valoración de las irregularidades que actúan como cláusulas residuales o normas de cierre del sistema.
- 3) Finalmente, la existencia de nulidades expresas no excluye que diversos preceptos de la ley ofrezcan base suficiente para deducir de ellos concretos casos de nulidad que son verdaderos supuestos de nulidad o invalidez implícita.

De este modo, tomando como pie tales bases, el sistema puede estructurarse de la manera que sigue, partiendo de la distinción que ha sido empleada por Díez-Picazo⁴³, entre “nulidades específicas” y “nulidades genéricas”⁴⁴:

42 En este sentido ANDRÉS CIURANA, Baldomero, La invalidez de las actuaciones en el proceso civil, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, Pág. 160.

43 “El artículo 24 de la Constitución y la aplicación del Derecho Procesal: breve reflexión sobre algunas cuestiones pendientes en la interpretación de un precepto capital”, Tribunales de Justicia, núm 2, 1998, pág. 625, según cita extraída de ANDRÉS CIURANA, Baldomero, La invalidez de las actuaciones..., Pág. 161, ob.cit.

44 ANDRÉS CIURANA, Baldomero, La invalidez de las actuaciones..., Pág. 161, ob.cit.

1. Nulidades específicas: son supuestos de nulidad específica aquellos en que la ley describe una infracción para la que se prevé expresa o implícitamente la sanción de invalidez. Así pues, en este conjunto se incluyen no sólo las nulidades expresas sino también las implícitas. En este sentido, lo que caracteriza tales nulidades no es el modo en que se disponga la sanción, sino el hecho de que la ley contemple la concreta infracción de forma específica. Así, como ejemplo, cabe citar el artículo 238.1º LOPJ, el cual dispone tanto la sanción de nulidad como una precisa descripción de la infracción que se sanciona, esto es, realizar el acto por o ante un tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional⁴⁵. Asimismo, cabe citar como ejemplo de esta clase de nulidades, el 424.2 LEC, en tanto establece que «en caso de no formularse aclaraciones y precisiones, el tribunal sólo decretará el sobreseimiento del pleito si no fuese en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor, o, en su caso, del demandado en la reconvenición, o frente a qué sujetos jurídicos se formulan las pretensiones», de este modo, para la infracción descrita el propio precepto reserva implícitamente la sanción de invalidez, así, el juez ordenará el sobreseimiento del proceso, es decir, dejará sin efecto lo actuado⁴⁶.

2. Nulidades genéricas: son aquellas, según establece Andrés Ciurana en su Manual, que el legislador determina recurriendo a criterios generales de valoración de las irregularidades que pueden darse en el proceso. Así, tanto en la LOPJ como en la LEC, se establecen, según el citado autor, dos reglas generales de valoración que actúan como cláusulas residuales del sistema:

a. Artículos 238.3 LOPJ y 225.3 LEC. De este modo, conforme a los preceptos citados deben considerarse nulos los actos realizados con infracción de normas esenciales del procedimiento, siempre que la infracción hubiere podido producir indefensión.

45 En este mismo sentido cabe contemplar los puntos 2, 4 y 5 del 238 LOPJ, en los que se dispone que:

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

2. Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.
4. Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva.
5. Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial.»

46 ANDRÉS CIURANA, Baldomero, La invalidez de las actuaciones..., Pág. 162, ob.cit.

b. Artículos 240.1 LOPJ y 227.1 LEC⁴⁷, en ellos se dispone la valoración general de los vicios formales. Según dichos preceptos, deben considerarse nulos los actos viciados por defectos de forma que impliquen la falta de requisitos indispensables para que el acto alcance su fin⁴⁸.

En este sentido, consideramos que esta segunda regla, según se desprende del tenor literal de los artículos citados, fija la posible nulidad de los actos en que concurren vicios formales, diferenciándolos de las nulidades de pleno derecho, pues habla de unos y otros diferenciando ambos por medio de un nexo copulativo, “y”, en lugar de uno disyuntivo, “o”, que habría implicado la identidad de ambos conceptos. Así, consideramos que la finalidad principal de estos dos preceptos señalados por Andrés Ciurana en segundo lugar dentro de las nulidades genéricas, constituye la regulación del cauce procesal adecuado para hacer valer tanto las nulidades de pleno derecho, como los defectos en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión.

Así, y por lo que respecta al incidente excepcional de nulidad de actuaciones en relación con la clasificación de las nulidades que como tales se contemplan tanto en la LOPJ como en la LEC, ya sea de manera expresa, implícita o bien genérica, cabe decir que, como regla general, los supuestos que se enmarcarían en las categorías de nulidades mencionadas, se podrán denunciar con anterioridad a la finalización del procedimiento en que hayan tenido lugar. Así, ello tendrá como consecuencia, bien que ya hubieran sido declarados nulos, bien que si no hubieran sido denunciados cuando se tuvo oportunidad, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones que eventualmente fuera planteado sería inadmitido a trámite, pues no se cumpliría con uno de los requisitos esenciales para su planteamiento de conformidad con lo previsto en el artículo 228.1 LEC que establece que “...siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso...”.

47 Artículo 240.1 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 legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.”

Artículo 227.1 LEC:

“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.”

48 ANDRÉS CIURANA, Baldomero, La invalidez de las actuaciones..., Pág. 162, ob.cit.

3. SINOPSIS DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 24 CE EN RELACIÓN CON EL PROCESO CIVIL.

Como ya se hemos puesto de manifiesto a lo largo de este artículo, a pesar de que la nueva redacción del artículo 241 LOPJ amplíe el ámbito de los motivos que pueden dar lugar a la interposición de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones, fijando que podrá constituir tal motivo cualquier vulneración de los derechos contemplados en el artículo 53.2 CE, lo cierto es que en la práctica, el único derecho fundamental susceptible de fundar en sí el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, es la vulneración de los derechos consagrados en el artículo 24 CE. De este modo, esto es así en tanto el incidente de nulidad se dirige a solicitar la nulidad de una sentencia firme que habrá recaído en un procedimiento previo, y por una eventual vulneración de un derecho fundamental cuya denuncia no se hubiera podido plantear con anterioridad, de forma que ampliar el catálogo de infracciones por las que procede interponer el incidente de nulidad a, por ejemplo, la vulneración del derecho de reunión, de libertad religiosa, de petición o de sindicación, de poco sirve, puesto que los vicios que pueden fundarlo van a ser los que son, como establece Richard González.

En este sentido, consideramos de gran utilidad realizar una sinopsis de los derechos que se contienen en el artículo 24 CE —de relevancia en el proceso civil—, tanto de los que se desprenden de su tenor literal, como de aquellos intrínsecos a los mismos y que la Jurisprudencia Constitucional ha ido consagrando.

De este modo, dispone el artículo 24 CE que:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

Así pues, se desprenden del tenor literal del citado precepto los siguientes derechos:

1. Derecho a la tutela judicial efectiva.

2. Derecho a no sufrir indefensión.
3. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.
4. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.
5. Derecho al juez predeterminado por la ley⁴⁹.
6. Derecho a la defensa y asistencia de letrado.

El Derecho a la tutela judicial efectiva

Por lo que respecta a los derechos que se derivan de este precepto, o más bien de los concretos derechos fijados en el mismo, cabe citar, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, los siguientes:

- El derecho al libre acceso a los Tribunales, derecho de acceso a la Justicia, o derecho de acción.
- El derecho a la obtención de una sentencia fundada en Derecho que ponga fin al proceso.
- El derecho a la ejecución de la sentencia, o derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos.
- El derecho a los recursos.

En este sentido, por lo que respecta al derecho de acceso a la Justicia, el TC ha señalado [STC 223/2001] que: "desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, este Tribunal ha venido reiterando que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial proclamado por el artículo 24.1 CE consiste en el acceso a la jurisdicción". De este modo, podemos definir el derecho de acción o de acceso, como el derecho fundamental que asiste a todo sujeto de Derecho, a acceder libremente al poder judicial, a través de un proceso con todas las garantías y a todas sus instancias, deducir en él una pretensión u oponerse a ella y obtener de los Tribunales una resolución definitiva, motivada y razonada, fundada en Derecho, congruente y, a ser posible, de fondo, que ponga irrevocablemente término al conflicto, así como a obtener su ejecución⁵⁰; así pues, para Gimeno Sendra, autor de la citada definición, que asumimos plenamente, tanto el derecho a obtener una

49 Por lo que respecta al derecho al juez predeterminado por la Ley, el mismo hace referencia a la prohibición de jueces excepcionales, tal y como establece la jurisprudencia constitucional (SSTC 199/1987 y 62/1990) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Bulut, STEDH, de 22 de febrero de 1996), así como a evitar posible manipulación del litigio al sustraer éste del conocimiento del Juez natural (STC 47/1983) [En este sentido ORTEGA GUTIÉRREZ, David, "Sinopsis del artículo 24", <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis>, Diciembre de 2003.]

50 GIMENO SENDRA Vicente, Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional (junto con Antonio Torres del Moral, Pablo Morenilla Allard y Manuel Díaz Martínez), Colex, Madrid 2007, Pág. 523.

sentencia como a su ejecución, y en los que ahondaremos a continuación, se incluyen asimismo en el Derecho de acceso a la Justicia.

De este modo, en cuanto al derecho a la obtención de una sentencia sobre el fondo, el derecho a la tutela judicial efectiva exige que se obtenga una Sentencia de fondo —tras haberse deducido las pretensiones correspondientes, los actos de alegación y la prueba— que ha de resultar motivada en la prueba, fundada en Derecho y ser racional y congruente con las pretensiones de las partes. Así pues, el artículo 24 CE exige a los Tribunales que siempre que sea posible otorguen una respuesta jurídico material al conflicto que se les plantea, sin que puedan acudir a las temidas “sentencias absolutorias en la instancia” salvo que exista un impedimento legal y razonable que imposibilite ese pronunciamiento sobre el fondo⁵¹.

Continuando con los derechos referidos en este apartado, por lo que respecta al derecho a la ejecución de las sentencias, hemos de decir que la función jurisdiccional, como se desprende de la propia Constitución⁵², de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se limita a un mero conocer y juzgar las causas, sino que se extiende a la ejecución de lo juzgado, y por ello el derecho a la ejecución forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE. En este sentido, el TC ha declarado [STC 119/1988] que: «el obligado cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del estado de Derecho»

Asimismo, en el contexto del derecho a la tutela judicial efectiva, el TC ha reiterado el derecho del ejecutante a la intangibilidad del fallo judicial firme, estableciendo que [STC 16/1991]: «la ejecución de las sentencias ha de hacerse en los propios términos de la parte dispositiva de la resolución a ejecutar, pues lo contrario supondría igual fraude al derecho a la tutela judicial efectiva que la no ejecución»

51 GIMENO SENDRA Vicente, Los Derechos Fundamentales... (junto con Antonio Torres del Moral, Pablo Morenilla Allard y Manuel Díaz Martínez), ob. Cit. Pág. 526 y 527.

52 Artículo 117.3 CE:

“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”

Concluyendo que la inmodificabilidad de las sentencias firmes «no es un fin en sí mismo sino un instrumento para garantizar la efectividad de la tutela judicial»⁵³.

Sin embargo, hemos de matizar lo expuesto fijando que el derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos no supone la inconstitucionalidad de la ejecución de las mismas a través del equivalente pecuniario (18.2 LOPJ). En este sentido, el TC ha establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva «no alcanza a cubrir las diferentes modalidades que pueda revestir la ejecución de una sentencia, pues tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación» [STC 322/1994].

El derecho a no sufrir indefensión

En otro orden, ya fuera de las concretas manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva, en lo referente a la proscripción de indefensión, configurada expresamente en el texto del artículo 24 CE, constituye realmente una cláusula de cierre, pues "la idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que puedan colocarse en el marco del artículo 24 CE" (STC 48/1984). De este modo, siguiendo la abundante Jurisprudencia Constitucional, se produce indefensión cuando de forma ilegítima se priva o limita los medios de defensa producida en el seno de un proceso, produciendo en una de las partes, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos⁵⁴. Se daría pues indefensión, cuando se infringe una norma procesal, se priva a una parte o se la limita en sus medios de defensa o ante la falta imputabilidad al justiciable. En este sentido se manifiesta el Tribunal Constitucional al indicar que "viene declarando reiteradamente que, en el contexto del artículo 24.1 CE, la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el artículo 24 CE se requiere [...], que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional" (STC 40/2002).

53 SENÉS MOTILLA, Carmen, Disposiciones Generales sobre la Ejecución Forzosa, La Ley, Madrid, 2000, Pág. 18.

54 ORTEGA GUTIÉRREZ, David, "Sinopsis..." ob.cit.

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

En cuanto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, tal derecho hace referencia a un concepto jurídico indeterminado que la Jurisprudencia ha ido delimitando. Así, el TC ha fijado los criterios específicos que en cada caso concreto han de aplicarse para determinar si ha habido o no dilación indebida, siendo éstos: 1. Las circunstancias del proceso; 2. La complejidad objetiva del mismo; 3. La duración de otros procesos similares; 4. La actitud procesal del recurrente; 5. El interés que en el litigio arriesga éste; 6. La actitud de los órganos judiciales; y 7. Los medios de que disponen éstos⁵⁵.

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes

Finalmente, en este análisis —que hemos tratado fuera breve— de los derechos contenidos en el artículo 24 CE con incidencia en el proceso civil, hemos de hacer referencia al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. En este sentido, cabe decir que el juez o Tribunal tiene que velar por el buen desarrollo de la fase de prueba, de forma que las pruebas sean, como no puede ser de otra manera, obtenidas legalmente, pertinentes, esto es, relacionadas con el litigio, por un lado, y útiles al mismo. Por tanto, tienen que estar destinadas a esclarecer los hechos objeto del litigio. Nuevamente, el incumplimiento o vulneración de este derecho provocaría la indefensión de la parte afectada. Es por tanto preciso fundamentar la inadmisión de medios probatorios que puedan incidir en la sentencia⁵⁶ (SSTC 30/1986 y 45/1990). Asimismo, y citando más Jurisprudencia Constitucional, "la lesión del derecho invocado sólo se habrá producido si, en primer término, la falta de práctica de la prueba es imputable al órgano judicial y, en segundo término, si esa falta generó indefensión material a los recurrentes en el sentido de que este Tribunal aprecie, en los términos alegados en la demanda de amparo, la relación de la práctica de la prueba con los hechos que se quisieron probar y no se probaron y la trascendencia de la misma en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo" (STC 73/2001).

55 En este sentido se pronuncia el TC en sus Sentencias, entre otras, 36/1984, 5/1985, 152/1987, 223/1988, 28/1989, 50/1989, 81/1989, 224/1991, 215/1992, 69/1993, 179/1993, 197/1993, 313/1993, 8/1994, 35/1994, 324/1994, 144/1995, 10/1997.

56 ORTEGA GUTIÉRREZ, David, "Sinopsis..." ob.cit.

II. CASUÍSTICA DE LOS MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL PROCESO CIVIL.

Como es lógico, debido al poco tiempo transcurrido desde la nueva regulación del incidente que estamos analizando, la Jurisprudencia sobre la materia no es abundante, sin embargo, y como se desprende de lo expuesto en los puntos precedentes, a pesar de que el presente estudio se centre sobre el nuevo incidente excepcional de nulidad de actuaciones, hay abundante Jurisprudencia recaída sobre la normativa anterior, cuando los motivos de impugnación se reducían a los defectos de forma causantes de indefensión y la incongruencia, que sigue siendo útil para el estudio de la casuística del incidente.

Así, del estudio de la Jurisprudencia, tanto la más reciente, como otra anterior pero relevante, se colige que son por lo general identificables las causas que dan lugar al incidente excepcional de nulidad de actuaciones en la mayoría de los casos. De este modo, haciendo un estudio del proceso civil a partir de la LEC de 2000 en conjunto con la Jurisprudencia, son los temas que a continuación trataremos los que con más frecuencia derivan en el incidente.

1. DEFECTOS EN LA REPRESENTACIÓN PROCESAL Y/O EN LA DEFENSA TÉCNICA⁵⁷.

Así pues, en este apartado se tratará la declaración de nulidad de actuaciones que puede derivar de la falta de intervención en el proceso civil de Abogado y Procurador, así como se abordará la posibilidad de una eventual nulidad de actuaciones a causa ausencia de actuación del Ministerio Fiscal, en aquellos casos en que la LEC lo establece como preceptivo.

En este sentido, antes de personarse ante los Tribunales, el ciudadano que pretende demandar justicia, ha de nombrar Abogado y dar poder a un Procurador que le represente ante la Justicia, salvo en determinados casos, poco numerosos⁵⁸ —y recientemente reformados⁵⁹—, así:

- Según el artículo 23 LEC, no será preceptiva la representación por medio de Procurador:
 1. En los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 2.000 euros y para la petición inicial de los procedimientos monitorios.

⁵⁷ Capítulo V del Título I del Libro I de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

⁵⁸ MARTÍNEZ FAGUNDEZ, César, Nulidad de Actuaciones en el Proceso Civil y Penal, Thompson Civitas, Pamplona, 2008, Pág. 104.

⁵⁹ Los artículos 23 y 31 LEC han sido recientemente reformados por la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía.

2. En los juicios universales, cuando se limite la comparecencia a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a Juntas.

3. En los incidentes relativos a impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita y cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio.

- Asimismo prevé el artículo 31 LEC que no será necesaria la asistencia de Abogado:

1. En los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 2.000 euros y la petición inicial de los procedimientos monitorios.

2. Para los escritos que tengan por objeto personarse en juicio, solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio o pedir la suspensión urgente de vistas o actuaciones. Cuando la suspensión de vistas o actuaciones que se pretenda se funde en causas que se refieran especialmente al abogado también deberá éste firmar el escrito, si fuera posible.

De este modo, fuera de los casos citados, la Ley, en interés de los litigantes, les obliga a comparecer por medio de Procurador y asistidos de Abogado⁶⁰. Así pues, toda persona tiene que estar asistida cuando se dirige a los Tribunales, en aras a cumplir la ley y a evitar situaciones de indefensión.

Por lo que respecta al Ministerio Fiscal, si bien es cierto que su actuación se restringe más al ámbito del proceso penal, hay casos en los que su presencia es preceptiva en el proceso civil, como en los de reconstrucción de actuaciones, según determina el artículo 232 LEC, y en especial en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 749 LEC⁶¹.

En este sentido, y a tenor de la finalidad del presente estudio, consideramos esencial destacar que en los casos en que obligatoriamente tiene que intervenir el Ministerio Fiscal, la falta de su intervención en primera instancia queda subsanada con su intervención en la segunda o en casación, según la doctrina del Tribunal Supremo declarada en la STS de 3 de marzo de 1988 [RJ 1988, 1574], 12 de febrero de 2001 [RJ 2001, 851], de 26 de julio de 2001 [RJ 2001, 7063], así como en el Auto de 23 de septiembre de 1997 [RJ 1997, 9390]⁶², entre otras resoluciones. Así pues, a tenor de lo expuesto, es claro que mientras la falta de de intervención del Ministerio

60 En este sentido, GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, "Sujetos y actuaciones del proceso. Las costas procesales" en La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I, (coords. CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA), Tecnos, Madrid, 2000. Pág. 89 y siguientes.

61 Art. 749 LEC:

"1. En los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes.

2. En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal."

62 MARTÍNEZ FAGUNDEZ, César, Nulidad de Actuaciones en el Proceso... Pág. 169, ob. Cit.

Fiscal se haya subsanado en instancias posteriores, no será en principio estimado un incidente excepcional de nulidad de actuaciones con base en dicho motivo, aunque siempre habrá de estarse al caso concreto y al supuesto en que era exigida la presencia del Ministerio Fiscal.

Así, por lo que respecta a la casuística acontecida en casos en los que la representación por medio de Procurador y/o la asistencia de Abogado han dado lugar al planteamiento de incidentes excepcionales de nulidad de actuaciones, destacamos las Sentencias que a continuación comentamos⁶³. En este sentido, podemos enumerar a grosso modo una serie de supuestos en que es posible que se declare la nulidad de las actuaciones por falta de intervención de Abogado o Procurador. De este modo, por lo que respecta al Procurador, el caso más representativo es la renuncia voluntaria; y en cuanto al Abogado, las situaciones más típicas al respecto son aquellas en que falta su firma o en las que el Abogado ha sido privado del ejercicio de su profesión; así como, comunes a ambos, son los casos en que alguno de los dos o ambos no asisten a la vista. En aras a clarificar lo que se expondrá en el presente apartado, en relación con los defectos en la postulación de las partes, creemos esencial hacer referencia a los efectos generales de la falta de postulación. Así, en la actualidad, la falta de postulación, como toda irregularidad procesal, constituye un defecto subsanable, por lo que, cuando un tribunal advierta algún defecto de esta clase habrá de conferir a las partes un plazo para subsanar la carencia. En este sentido, sólo cuando concluido el trámite para subsanar la subsanación no se haya producido, procederá declarar dicha falta de postulación, cuyos efectos varían en función de cuando se produzca la misma.

Así, si el defecto de postulación afectase al demandado y este no la subsana, entonces, por aplicación del 418.3 LEC, se le declarará en rebeldía, sin que de las actuaciones que hubiese llevado a cabo quede constancia en autos. Sin embargo, si el defecto de postulación afectase al demandante, tratándose como se trata de la carencia de un presupuesto procesal, el tribunal procederá bien a inadmitir la demanda o bien decretará el sobreseimiento del proceso en el estado en que se encuentre o bien dictará sentencia absolutoria en instancia si el vicio se advierte cuando ya no reste sino dictar resolución definitiva⁶⁴.

Sin embargo, en lo que afecta al presente estudio, las faltas de postulación a que se hará referencia serán en situaciones en las que el procedimiento habrá llegado a su fin, pues de otro modo no cabe pensar en el incidente excepcional de nulidad de actuaciones. En este sentido, es

63 Aún si bien varios de los ejemplos no se refieren a incidentes excepcionales de nulidad de actuaciones, en tanto no es abundante la Jurisprudencia al respecto, sí son útiles para intuir la Doctrina que sería aplicable a tales casos.

64 GARBÉRÍ LLOBREGAT, José, Capacidad, Postulación y Legitimación de las partes en el proceso civil, Bosch, Barcelona, 2009, Pág. 63.

obvio que en la mayoría de los casos el efecto sería la inadmisión a trámite del mismo, en tanto se entiende que en todo caso estos defectos podrán haberse denunciado con anterioridad a la finalización del procedimiento, por lo que no procedería el planteamiento del incidente. De todos modos, se procede a continuación a hacer un examen de aquellos casos más representativos en que un defecto en la postulación pueda llevar a alguna de las partes a plantear un incidente excepcional de nulidad de actuaciones.

Renuncia Voluntaria del Procurador

En atención al orden de motivos más comunes expuesto, comenzaremos analizando los casos de renuncia voluntaria del Procurador, y en lo que nos es relevante en el presente estudio, los efectos de la misma sobre el proceso y una eventual declaración de nulidad de actuaciones en caso de que se entienda que uno de los litigantes ha intervenido sin Procurador.

En este sentido, la renuncia voluntaria es una de las causas de cesación del Procurador en su cargo. Es esencial, por lo que a los efectos de esta renuncia respecta, tener en cuenta que la ley exige una serie de trámites que se deben observar de manera escrupulosa para que la renuncia tenga efecto⁶⁵ —de lo contrario se entenderá que la representación del Procurador sigue vigente—. A este respecto, dispone el artículo 30.1.2 LEC⁶⁶, que la renuncia voluntaria, para que se entienda efectivamente realizada, debe ser puesta en conocimiento tanto de su poderdante como del Tribunal, con anticipación y de modo fehaciente, así como es necesario que dicha renuncia conste en los Autos y se le tenga expresamente por renunciante

En este sentido, cabe citar una Sentencia en la que se aplicaron dichos requisitos —aunque en su versión de la LEC\1881⁶⁷.—, y en virtud de cuyo incumplimiento se desestimó un recurso de

65 MARTÍNEZ FAGUNDEZ, César, Nulidad de Actuaciones en el Proceso... Pág. 124, ob.cit.

66 *Artículo 30. Cesación del procurador.

Cesará el procurador en su representación:

2. Por renuncia voluntaria o por cesar en la profesión o ser sancionado con la suspensión en su ejercicio. En los dos primeros casos, estará el procurador obligado a poner el hecho, con anticipación y de modo fehaciente, en conocimiento de su poderdante y del Tribunal. En caso de suspensión, el Colegio de Procuradores correspondiente lo hará saber al Tribunal.

Mientras no acredite en los autos la renuncia o la cesación y se le tenga por renunciante o cesante, no podrá el procurador abandonar la representación de su poderdante, en la que habrá de continuar hasta que éste provea a la designación de otro dentro del plazo de diez días.

Transcurridos éstos sin que se haya designado nuevo procurador, el Secretario judicial dictará resolución en la que tendrá a aquél por definitivamente apartado de la representación que venía ostentando."

67 Se exigen los mismos requisitos referidos, en el artículo 9. 2º LEC\1881:

casación —bien pudiera haber sido un incidente excepcional de nulidad de actuaciones⁶⁸ si la renuncia del Procurador se hubiera producido en la propia casación y no en las instancias previas— en el que se solicitaba que se casara la sentencia de apelación por incumplimiento del artículo 3 LEC\1881⁶⁹.

Así, la Sentencia a la que nos referimos es la STS de 1 de febrero de 1984 [RJ 1984, 568], en la que se había interpuesto una demanda de juicio ejecutivo, ante un Juzgado de Primera Instancia por una Sociedad contra un particular, y ante la que éste último se opuso. En este sentido, el Juzgado estimó la demanda, sentencia estimatoria frente a la que el particular interpuso recurso de apelación. Lo relevante de asunto, en lo que respecta al tema que estamos tratando, es que durante la sustanciación del recurso de apelación, el Procurador del apelante presentó un escrito desistiendo de la representación “por razones de delicadeza”, dictando finalmente la Audiencia sentencia estimatoria de la apelación por la que se revocaba la del Juzgado. En atención a lo expuesto, la Sociedad, interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, alegando la infracción del artículo 3 LEC\1881, según el cuál “la comparecencia en juicio será por medio de procurador”. Así, consideraba la Sociedad que el particular carecía de Procurador, al haber renunciado el mismo durante la sustanciación del recurso de apelación. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, confirmando la sentencia de la audiencia, siendo las razones de tal decisión que el Procurador no había cumplido con la obligación que le imponía el artículo 9.2 LEC\1881, y que hoy impone el artículo 30 LEC, de comunicar la renuncia a su poderdante, lo que tenía como consecuencia que continua en su representación, y por tanto no se había vulnerado la exigencia de comparecer en juicio por medio de Procurador⁷⁰.

“Por el desistimiento voluntario del Procurador o por cesar en su oficio, estando obligado a poner con anticipación uno y otro caso en conocimiento de sus poderdantes, judicialmente o por medio de acta notarial.

Mientras no se acredite el desistimiento en los autos por uno de estos dos medios, y se le tenga por desistido, no podrá el Procurador abandonar la representación que tuviere.”

68 Si en aquel momento hubiera estado regulado como en la actualidad, pero esta doctrina sirve para hacerse una idea de la eventual respuesta de un órgano judicial ante un planteamiento similar.

69 Artículo 3 LEC\1881:

“La comparecencia en juicio será por medio de Procurador legalmente habilitado para funcionar en el Juzgado o Tribunal que conozca de los autos, y con poder declarado bastante por un Letrado.”

70 En este sentido, MARTÍNEZ FAGUNDEZ, César, Nulidad de Actuaciones en el Proceso... Pág. 124, ob.cit.

En este sentido, cabe entender que el eventual planteamiento de un incidente excepcional de actuaciones por ausencia del Procurador que hubiera renunciado durante la tramitación del procedimiento, sólo sería estimado si aquella renuncia hubiera cumplido con todas las previsiones legales ya referidas, en caso contrario se entendería que el Procurador continuaba en su representación y que no había vulneración de derecho alguno⁷¹. Del mismo modo, habría que estarse a su admisibilidad en tanto debería prestarse atención a si dicha carencia pudiera haberse denunciado con anterioridad a la resolución que pusiera fin al procedimiento, lo que parece que reduce los casos a aquellos en que se desconociera tal renuncia, que consideramos prácticamente imposibles. Asimismo, al pensar en la vulneración de alguno de los derechos fundamentales consagrados en el 53.2 CE, en este caso, nos surge la cuestión de qué derecho se vulneraría, estimando que en todo caso sería el de defensa, lo que nos lleva a la siguiente pregunta, ¿quién estaría legitimado para alegar dicha vulneración?. Así, lo cierto es que el ejemplo Jurisprudencial expuesto parte de que quién recurre la sentencia, siendo el perjudicado por la misma, no es quién finalizó el procedimiento sin Procurador. Así pues, en la casación expuesta, se alegaba quebrantamiento de la forma del procedimiento, sin embargo, lo que debería alegarse en un incidente excepcional de nulidad de actuaciones sería en todo caso la vulneración del artículo 24 CE, encontrándonos entonces con el problema de la legitimación. En este sentido, entendemos que sólo estaría legitimado para alegar la vulneración del derecho de defensa aquella parte cuyo Procurador hubiera renunciado a su representación, y por causas no imputables a él mismo⁷². Así, conforme a lo expuesto, lo cierto es que el planteamiento de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones con base en la renuncia voluntaria del procurador se hace impensable.

Falta de firma de Abogado

71 Esta Doctrina Jurisprudencial en cuanto a cuándo entender la renuncia voluntaria del Procurador como efectiva, sigue vigente en la actualidad con la LEC\2000, habiendo cambiado tan sólo la forma de efectuarse la comunicación al cliente por parte del Procurador de su denuncia. En este sentido, la misma ya no puede hacerse por vía judicial, a través del Tribunal, sino que es el propio Procurador quien debe comunicarla a su representado de modo fehaciente, esto es, por medio de acta notarial o en documento privado en el que figure la firma de aquél. (MARTÍNEZ FAGUNDEZ, César, Nulidad de Actuaciones en el Proceso... Pág. 126, ob.cit.).

72 En este sentido, como asunto en el que quien recurrió la decisión judicial fue la parte que perdió a su Procurador, cabe citar la STS de 24 de mayo de 1984 [RJ 1984, 2502], en la que se deja muestra de la Doctrina por la que se entiende que para entender renunciado en su representación a un Procurador existe la obligación de los tribunales de declarar el cese o renuncia del mismo, que se encontraba en el artículo 9.2 LEC\1881 y que perdura hoy en el 30.2 de la actual LEC. No obstante es cierto que la actual LEC obliga al litigante a nombrar nuevo Procurador en el plazo de diez días, y que en caso de no hacerlo se tendrá por apartado al anterior. Sin embargo opinamos que esta afirmación de necesidad de nombramiento en el plazo de diez días de nuevo Procurador, no anula la obligación impuesta a los Tribunales de tener al Procurador por renunciante.

Continuando con los temas más relevantes a efectos de causar una eventual interposición de un incidente excepcional de actuaciones, relacionado con la postulación, citamos en los párrafos anteriores la falta de firma del Abogado.

El artículo 31.1 de la LEC establece la obligación que tienen los litigantes de ser dirigidos por Abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto, añadiendo que no podrá proveerse ninguna solicitud que no lleve firma de Abogado. Así, dispone el referido artículo que:

“Los litigantes serán dirigidos por abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto. No podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado.”

Asimismo, el artículo 225.4 LEC determina que serán nulos de pleno derecho los actos procesales:

“Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la Ley la establezca como obligatoria.”

En este caso hay que hacer referencia al cambio de Doctrina Jurisprudencial que produjo la aprobación de la LOPJ. Así, con anterioridad a 1985, y en aplicación entonces del artículo 10 LEC\1881⁷³, la Doctrina determinaba la nulidad de actuaciones a causa de documentos carentes de firma de Abogado, afirmando incluso que se trataba de un requisito de ineludible cumplimiento, no de mera forma, no subsanable, no siendo posible tampoco su convalidación, y que en él no cabía el consentimiento de la parte adversa. Asimismo, otras Sentencias lo consideraban un vicio esencial del procedimiento, generador de absoluta y radical nulidad, que provocaba la nulidad de todas las demás actuaciones que del mismo trajeran causa, que debía ser declarada ex officio⁷⁴. Cabe citar en este sentido las SSAT de Barcelona Sala 1ª de 12 de marzo de 1971, de 30 de octubre de 1971, y de 13 de febrero de 1978; así como la SAT de las Palmas de Gran Canaria de 15 de abril de 1978. Del mismo modo se pronunció el TS en su Sentencia de 3 de julio de 1980, Sala de lo Social, en la que se afirma que la falta de firma de

73 Art. 10 LEC\1881:

“Los litigantes serán dirigidos por Abogado habilitado legalmente para ejercer su profesión en el Juzgado o Tribunal que conozca del proceso. No podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma del Abogado.”

74 En este sentido, MARTÍNEZ FAGUNDEZ, César, Nulidad de Actuaciones en el Proceso... Pág. 133, ob.cit

Letrado constituye un vicio o defecto que acarrea la nulidad absoluta del acto, debiendo ser declarada de oficio por los Tribunales⁷⁵:

«...incidiendo en vicio por falta de formalidades procesales de obligada observancia, o de uno de los requisitos exigidos para su validez y eficacia, el escrito de formalización de recurso que adolezca de falta de firma de Letrado, como ocurre en el presente caso, con los efectos que se derivan de la aplicación de la regla general que sobre intervención de Abogado establece el art. 10 de la supletoria L. E. Civ., diciendo que «no podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de Letrado, y más concretamente la norma procesal laboral, en idéntico sentido, dice «no admitiéndose a trámite los -escritos- que no cumplan este requisito -art. 158-», y disponiendo la entrega de los autos «al Abogado designado por el recurrente, o nombrado de oficio, para que formalice el recurso -art. 172-»; pues la intervención de Letrado resulta indispensable para precisar y razonar el recurso, por lo que su falta, la infracción de este requisito, constituye un vicio o defecto del acto que acarrea su nulidad, sin que produzca los efectos a que normalmente está destinado, nulidad que ha de acordarse en el momento en que el defecto se advierta, y aunque por la parte recurrida no haya sido solicitada, por tratarse de exigencia imperativa cuyo cumplimiento ha de imponerse por los Tribunales de oficio, si por las partes no ha sido pedido...» Sin embargo, como hemos anunciado, todo cambia a partir de la publicación de la LOPJ en 1985, y de la interpretación que hace el TC de su artículo 11.3⁷⁶:

“Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las Leyes.”

Así, la STC 3/1987 declara, en relación con la falta de firma de Letrado en un recurso de apelación, que se trata de una irregularidad procesal constitutiva de una omisión subsanable:

« 2. Numerosas Sentencias de este Tribunal⁷⁷ (...) constituyen un cuerpo de doctrina, según el cual el derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, integrado en la tutela judicial efectiva, impone a los Jueces y Tribunales que en el control de los requisitos formales que

75 MARTÍNEZ FAGUNDEZ, César, Nulidad de Actuaciones en el Proceso... Pág. 134, ob.cit

76 En el mismo sentido el art. 231 LEC:

“El Tribunal y el Secretario judicial cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes.”

77 «entre ellas las 19/1983, de 14 de marzo (RTC 1983\19), 61/1983, de 21 de julio (RTC 1983\61), 57/1984, de 8 de mayo (RTC 1984\57), 70/1984, de 11 de junio (RTC 1984\70), 60/1985, de 6 de mayo (RTC 1985\60), 36/1986, de 12 de marzo (RTC 1986\36), 87/1986, de 27 de junio (RTC 1986\87) y 117/1986, de 13 de octubre (RTC 1986\117)»

condicionan la válida interposición de los mismos utilicen criterios interpretativos que sean favorables a dicho acceso, evitando incurrir en el rigor formalista de limitarse a una aplicación automática y literal de los preceptos legales, que conduzca a negar el recurso por una irregularidad formal subsanable, sin dar oportunidad al interesado de la posibilidad de proceder a su subsanación.

3.(...)Es cierto que el art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aisladamente considerado, al preceptuar que no se podrá proveer a ninguna solicitud que no lleve la firma del Abogado, fuera de los casos expresamente exceptuados en el susodicho precepto legal, pueden entenderse en el sentido de que determina la ineficacia total de los actos que no cumplan dicho requisito y, por consiguiente, que permite negar efecto al escrito de interposición de un recurso de apelación que adolece de tal efecto con la consecuencia de declarar firme la Sentencia apelada.

Sin embargo tal precepto ha de aplicarse en estrecha relación con el art. 24.1 de la Constitución, que exige, según reiterada doctrina de este Tribunal, que no se imponga una sanción desproporcionada a una irregularidad procesal constitutiva de omisión subsanable, lo que en la actualidad se encuentra legalmente establecido en el art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985 (RCL 1978\1578 , 2635 y ApNDL 8375), que de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en dicho art. 24 de la Constitución, sólo permite desestimar o rechazar por motivos formales las pretensiones de las partes cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsane por el procedimiento establecido en las Leyes procesales y, como hemos dicho en la Sentencia de 17 de diciembre de 1986 (RTC 1986\1620), el citado precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial debe entenderse aplicable no sólo a los defectos que en sentido estricto puedan considerarse formales, sino también a todos aquellos defectos u omisiones que permitan subsanación o integración, aunque sean portadores de un significado que pueda exceder del puramente formal.»

En conclusión, los documentos que no lleven firma de Abogado, en los casos en que la Ley lo exige, deben ser rechazados por los Tribunales y ello por imperativo del art. 30 de la LEC; ahora, si hubieran sido admitidos, se debe promover la subsanación del defecto.

En este sentido, y en atención al objeto del presente trabajo, podríamos encontrarnos con casos en los que no cabiendo recursos ordinarios —requisito para el planteamiento del incidente excepcional de nulidad de actuaciones— el escrito de demanda, o bien el recurso de apelación o de casación, según el caso, se hubieran interpuesto sin firma del correspondiente Letrado. Así, alguna de las partes podría plantearse interponer el incidente por tal motivo. A este respecto

cabría afirmar que el mismo sería en todo caso inadmitido, y ello basándonos en dos motivos. En primer lugar, porque se trataría de un vicio que con seguridad podría haber sido denunciado antes del final del procedimiento —en tanto aquí ni tan siquiera cabe hacer referencia al desconocimiento del defecto por las partes—, pues nada impide que en cuanto se advierta la existencia del defecto, la parte demandada pueda denunciar ante el tribunal los posibles defectos de postulación en que haya podido incurrir la actora, y viceversa⁷⁸, y en segundo lugar, por la dudosa legitimación de la parte que lo planteara, en tanto es complicado imaginar de qué manera y qué derecho fundamental de los contenidos en el artículo 53.2 CE se vería afectado por tal vicio. Debemos aclarar que nos estamos refiriendo a en qué modo se vería vulnerado alguno de los derechos fundamentales —protegidos por el incidente— si la demanda o el recurso se presentara sin firma de Abogado, constituyendo más bien una irregularidad procesal —según el TC—, que además de ser denunciable y subsanable antes de la resolución que ponga fin al procedimiento, constituye en sí un supuesto de nulidad de pleno derecho declarado por el 225.3 LEC, cuya declaración podrá instarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 227 LEC⁷⁹.
Abogados privados del ejercicio de su profesión

Respecto a este supuesto de falta de postulación, del que puede derivar la interposición de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones, debemos decir que en aquellos casos en que un Abogado, suspendido por motivo disciplinario del Colegio, intervenga en un juicio, el Tribunal que conozca del mismo deberá declarar la nulidad de las actuaciones, salvo que la Jurisdicción ante la que actúe el Letrado no tuviera conocimiento de tal suspensión, en cuyo caso la actuación del mismo se mantiene⁸⁰, en este sentido se pronunció el TS en su Sentencia de 13 de octubre de 1970 [RJ 1970, 4225].

78 GARBERÍ LLOBREGAT, José, Capacidad, Postulación...Pág. 62, ob.cit.

79 Artículo 227 LEC:

“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.

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

En ningún caso podrá el 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.”

80 MARTÍNEZ FAGUNDEZ, César, Nulidad de Actuaciones en el Proceso... Pág. 137, ob.cit

Sin embargo, en relación con el planteamiento de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones, y como veremos a continuación, nos encontramos en este supuesto de nuevo con un problema que ya se nos ha presentado al estudiar este apartado, el de la legitimación para su interposición. Así, el eventual planteamiento de un incidente excepcional de actuaciones con base en un vicio consistente en que el abogado hubiera sido privado del ejercicio de su profesión, quedaría restringido a la parte cuyo letrado fuera el referido, pero nunca a la otra parte cuyo abogado si estuviera perfectamente legitimado para el ejercicio de su profesión, de suerte que en caso de una sentencia estimatoria para la parte cuyo abogado estuviera privado del ejercicio de su profesión, no cabría el planteamiento de un incidente excepcional de actuaciones. Por el contrario, podemos pensar que en caso de enterarse a posteriori la parte perjudicada por la sentencia —si lo hubiera sabido con anterioridad debería haberlo denunciado— sí podría plantearlo, pero nos encontraríamos entonces con el problema de si existió o no indefensión, pues como viene consagrando la Jurisprudencia, la misma es necesaria para el planteamiento del incidente.

Como útil ejemplo de lo expuesto, nos encontramos con el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia 46/2011 de 30 de marzo, por el que se desestima un incidente excepcional de nulidad de actuaciones en el que se alegaba la falta de colegiación del abogado que había actuado como defensor de la parte beneficiada por la sentencia —que había sido recurrida en Apelación y confirmada por la referida Audiencia Provincial— en la Audiencia Previa y en el acto del Juicio en primera instancia. En este sentido, ha de dejarse constancia como antecedentes de hecho para comprender el fallo del Auto lo ya expuesto, así como que el letrado en cuestión había sido cesado por su Colegio por incumplimiento de sus obligaciones corporativas con anterioridad a la Audiencia Previa, pero sin embargo no había constancia de que la notificación le hubiera sido entregada en la debida forma, así como que posteriormente al acto del Juicio él mismo se dio de baja y se reincorporó al Colegio Profesional de manera efectiva un mes después. De este modo, expuestos los referidos antecedentes, consideramos de relevancia citar las conclusiones del referido Auto:

«que el letrado Sr. Pons Gilabert en la fechas en que intervino en el presente procedimiento de juicio ordinario 740/2007, audiencia previa en fecha 25-9-2008 y acto de juicio oral en fecha 22-1-2009, y que desde fecha 26-11-2007 se daba la circunstancia de que la Junta de Gobierno había acordado su baja colegial por incumplimiento de sus obligaciones corporativas, resulta que no consta que el mismo conociese dicha decisión y que la misma fuese firme y definitiva. Y si bien es cierto que tanto las normas de la LEC como de la LOPJ son claras respecto a los requisitos para la asistencia y defensa de los intereses de los ciudadanos ante los juzgados y

tribunales, la existencia de una posible infracción de normas de carácter administrativo e interno, referidas al Estatuto de la Abogacía, cuando no consta cual sea la concreta infracción, su alcance y efectos, además de si es o no firme la resolución que los valora, no puede conllevar necesariamente la nulidad de las actuaciones.

El segundo viene referido a que su intervención en dichas actuaciones fue limitada exclusivamente a las que se citaron y no a todo el procedimiento.

El tercero y decisivo es que la intervención del Sr. Pons Gilabert en el procedimiento no pudo nunca causar indefensión a la parte instante de la nulidad, ya que no era su abogado, sino el de la parte contraria, a la que además defendió con éxito al estimarse la demandada tanto en la primera como en la segunda instancia, de modo que en el presente caso la parte solicitante de la nulidad no se encuentra legitimada para argumentar la nulidad.

Bajo la perspectiva del art. 24 de la CE , lo establecido en la LOPJ y en la Lec, la posible efectividad de la ausencia de colegiación en el momento de las dos actuaciones en que intervino este letrado, puede plantear dudas sobre la legalidad procesal de la misma, pero no de la legalidad constitucional, que insistimos exige que se haya causado indefensión, que bajo ninguna perspectiva posible ni se argumenta ni se acredita»

De este modo, están claros los criterios de esta Audiencia Provincial al desestimar el incidente excepcional de actuaciones planteado, con especial hincapié en la falta de legitimación de la parte beneficiada por la sentencia, legitimación a la que hemos hecho referencia tanto en el presente apartado como en la primera parte del presente artículo, pues ningún derecho fundamental le es vulnerado, haciendo referencia igualmente a la ausencia de indefensión que este defecto conlleva, pues como se afirma bien puede ser una ilegalidad procesal, pero la misma no conllevó vulneración de derecho fundamental alguno.

Así, se puede concluir, en lo referente al presente apartado, que un incidente excepcional de nulidad de actuaciones, planteado sobre la base de defectos en la representación procesal o en la defensa técnica, tiene pocos visos de prosperar, pudiendo ser bien inadmitido en muchos casos o bien finalmente desestimado, y ello fundamentalmente porque generalmente se tratará de vulneraciones que ya habrán podido ser denunciadas, o bien porque no exista legitimación para su interposición, o simplemente porque no se dé vulneración de ningún derecho fundamental de los consagrados en el artículo 53.2 CE.

2. DE LA PLURALIDAD DE PARTES. EL LITISCONSORCIO⁸¹.

Como se desprende del título del presente apartado, el mismo se centrará sobre la nulidad de actuaciones con causa en la figura del litisconsorcio y, en concreto, en el litisconsorcio necesario, que es aquél que puede dar lugar a la misma.

El origen del litisconsorcio y su concepto comienza a elaborarse con el pensamiento de Chiovenda en su obra *Sul litisconsorcio necessario*, en la que señala que esta institución nace debido a la imposibilidad jurídica de pronunciar sentencia de fondo que no depende de la falta de fundamentación de la demanda, ni de normas imperativas, sino sólo del hecho de que la sentencia sería inútil *data*⁸². En este sentido, dicha institución ha sido desarrollada jurisprudencialmente. Así, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de junio de 1984 [RJ 1984\3260] determinó que:

«Que el llamado litis consorcio necesario es figura de construcción preferentemente jurisprudencial, regida por el primer principio de haber de cuidar los Tribunales de que el litigio se ventile presentes en juicio todos aquellos que puedan resultar afectados o alcanzados por el fallo y en íntima dependencia con la búsqueda de la veracidad de la cosa juzgada, que, a su vez, exige que estén en el juicio cuantos debieran ser parte; señalándose también en su abono la necesidad de evitar fallos contradictorios, por lo cual y porque se quebranta de otro modo el principio de que nadie puede ser condenado sin antes ser oído y vencido en juicio (principio éste, de la audiencia bilateral, hoy de rango constitucional, conforme el núm. 2 del art. 24 de la Constitución (RCL 1978\2836), según ha notado la sentencia de esta Sala de 14 enero 1984 (RJ 1984\346) la existencia del litis consorcio necesario se debe enjuiciar de oficio y aunque no la hayan propuesto las partes litigantes; descubriéndose al ahondarse en la figura, que si la pretensión que se haga objeto del proceso por la parte actora sólo puede proponerse válidamente (y de ahí la oficialidad con que ha de ser tratada en el juicio) contra varios que por ello han de ser inexcusablemente constituidos en parte, esto acaece porque existe una situación jurídica extraprocesal o de naturaleza material en la cual y conforme al derecho sustantivo, la consecución de los efectos pretendidos exige la precisa concurrencia de todas las personas titulares de un interés radicado en esa situación material, interés que las que las hace litis consortes necesarios y obliga a que se integren con carácter forzoso en la relación procesal.»

81 Libro I, Título I, Capítulo II de la LEC.

82 LÓPEZ JIMÉNEZ. Raquel, *El Litisconsorcio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, Pág.73.

Del mismo modo, establecido el origen y el concepto jurisprudencial de la figura del litisconsorcio, debemos dejar constancia de sus clases, esto es, el litisconsorcio necesario — sobre el que profundizaremos en el presente trabajo, en tanto es el que puede dar origen a la declaración de nulidad— y el voluntario o facultativo. En este sentido, como establece González Granda en su obra *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*, el TS, implícita o explícitamente ha reconocido las especies de litisconsorcio necesario y facultativo, y en lugar de necesario, alguna vez habló de solidaridad procesal y solidaridad jurídica⁸³.

En la actualidad, y en el marco ya del Derecho positivo, ha sido la LEC de 2000 la que ha regulado la referida figura por primera vez, en concreto en su artículo 12, describiendo en su apartado primero el litisconsorcio voluntario —cuya regulación positiva no es tan innovadora, como se expondrá más adelante—:

“Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir.”

Y en su segundo apartado el necesario, sobre lo que sí debemos destacar que su regulación, como se desprende de lo expuesto anteriormente, es totalmente novedosa, en tanto tratándose de una figura ampliamente desarrollada jurisprudencialmente, no se encontraba aún definida en norma jurídica alguna. Así, el 12.2 LEC determina que:

“Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.”

Por lo que respecta al voluntario, aunque no es objeto de estudio en el presente trabajo, podemos decir que junto con la acumulación subjetiva de acciones conforma dos aspectos del mismo fenómeno, pues en ambos casos nos encontramos ante procedimientos con un objeto plural, puesto que uno de los elementos identificadores del objeto del proceso es el relativo a los sujetos activo y pasivo de la pretensión. Asimismo, como hemos anunciado, y a diferencia de lo que sucede con el litisconsorcio necesario, no se trata de una figura innovadora, puesto que, aunque en la antigua LEC no se regulaba como tal, en sede de acumulación de acciones se establecía ya que:

83 GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, *El Litisconsorcio Necesario en el Proceso Civil*, Comares, Granada, 1996, Pág. 53.

“Podrán acumularse y ejercitarse simultáneamente las acciones que uno tenga contra varios individuos, o varios contra uno, siempre que nazcan de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir.⁸⁴”

Centrándonos ya en el litisconsorcio necesario, pues a pesar de que mucho hay que decir sobre el voluntario, como ya hemos puesto de manifiesto el mismo no es objeto de nuestro estudio puesto que no tiene relación en sí con una eventual declaración de nulidad de actuaciones, podemos decir lo siguiente. Así, debemos destacar cómo en la LEC se formula únicamente la noción de litisconsorcio pasivo necesario —nada se dice de un eventual litisconsorcio activo necesario—, así como que no se relacionan los supuestos en que tal situación acontece, pues esto es algo que vendrá impuesto por las correspondientes normas sustantivas. En este sentido, sólo en unos pocos casos el litisconsorcio pasivo necesario viene exigido de forma explícita en la norma correspondiente, lo que por ejemplo ocurre en el caso de las obligaciones indivisibles⁸⁵ o en el de la demanda de tercería de dominio⁸⁶. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones ha sido la Jurisprudencia la que ha ido determinando los supuestos en que existe una legitimación pasiva necesariamente conjunta⁸⁷. Como ejemplo de litisconsorcio pasivo necesario consagrado jurisprudencialmente podemos resaltar aquellos asuntos cuyo objeto son derechos reales pertenecientes a un matrimonio cuyo régimen matrimonial es el de sociedad de gananciales, en cuyo caso «las acciones reales han de ejercitarse frente a ambos cónyuges, en situación de litisconsorcio pasivo necesario (en tanto que) las personales sólo contra el que intervino en la relación contractual» [SAP Las Palmas, 63/1999m de 27 de febrero]⁸⁸.

Asimismo, como hemos puesto de relieve en el párrafo anterior, la LEC en su artículo 12.2 regula el litisconsorcio necesario, pero tan sólo el pasivo, en este sentido ¿existe el activo? A esta

84 Artículo 156 de la LEC\1881

85 1139 CC:

“Si la división fuere imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores. Si alguno de éstos resultare insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta.”

86 Primer párrafo del artículo 600 LEC:

“La demanda de tercería se interpondrá frente al acreedor ejecutante y también frente al ejecutado cuando el bien al que se refiera haya sido por él designado.”

87 En este sentido, SAMANES ARA, Carmen, Las partes en el proceso civil, La Ley, Madrid, 2000, Pág. 124.

88 En este mismo sentido: SSTS 161/1998 de 27 febrero [RJ 1998\968]; de 11 noviembre 1997 [RJ 1997\7872]; 189/1997 de 12 marzo [RJ 1997\2490]; de 22 julio 1991 [RJ 1991\5408]; de 25 enero 1990 [RJ 1990\24], entre otras.

pregunta da respuesta González Granda en su obra ya citada, estableciendo que aunque excepcionalmente se encuentra alguna STS que parece admitir en el plano teórico la existencia del litisconsorcio activo necesario⁸⁹, la tendencia es constante a la hora de su negación. Para resumir la situación, la citada autora hace alusión a la STS de 13 de julio de 1995 que manifiesta el rechazo a la figura del litisconsorcio activo «por cuanto no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario, dado que nadie puede ser obligado a litigar, si solo ni unido con otro, de tal forma que para el TS la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto de la demanda no puede ejercitarse sino en forma conjunta o mancomunada con otro sujeto se traducirá en una falta de legitimación activa, que, como tal carecería de un presupuesto preliminar a la consideración del fondo, pero basado en razones jurídico-materiales, lo que debe conducir a un sentencia desestimatoria, más nunca a la inexistente, legal y jurisprudencialmente excepción de litisconsorcio activo necesario»; a lo que añadiríamos la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que dicha figura podría suponer, en tanto no sólo supondría la obligación a otro de litigar, como afirma el Supremo, sino que vetaría a quien quisiera hacerlo en caso de no poder acceder a la Justicia si la otra parte —que necesariamente debiera litigar— no quiere hacerlo.

Por lo que respecta ya en sí a la nulidad de actuaciones en relación con falta del debido litisconsorcio pasivo necesario, podemos afirmar que la misma dependerá de la Doctrina sobre si se entiende que existe o no esa necesidad de litisconsorcio pasivo, Doctrina que no podemos exponer en su totalidad en el presente trabajo y que bien dependerá de si se trata de acciones reales, contratos u otras acciones, estándose al caso concreto. Sin embargo, en lo referente a los requisitos del propio incidente excepcional de nulidad de actuaciones, nos encontraríamos con el problema de la imposibilidad de denuncia previa de la vulneración, puesto que en la mayoría de los casos, y así se pone de manifiesto en las resoluciones que deciden sobre la existencia o no de litisconsorcio pasivo necesario —las mismas se dan consecuencia de Recursos de Apelación, así como de Casación— lo que evidencia la normalidad de la posibilidad de denuncia previa. No obstante, podríamos encontrarnos con Sentencias no recurribles, o bien con que la necesidad de ese litisconsorcio se conociera con posterioridad, lo que enlazaría con la legitimación y motivación del incidente. En este sentido, lo cierto es que aquél perjudicado por la resolución firme que entiende que debió haberse demandado a alguien más, no vería vulnerado para sí ningún derecho fundamental, sino que aquél que vería lesionados sus derechos, y en concreto el de defensa, sería aquél que debiera haber sido parte del litigio y no lo fue. Así, llegamos a que en este supuesto pueda darse con claridad el caso de que sea un

89 STS de 26 de septiembre de 1991.

tercero interesado y no personado inicialmente en la causa el que inste la nulidad de actuaciones, así como puede darse la excepción en el plazo para el mismo, esto es, los veinte días para su interposición contarían a partir de que tuviera conocimiento de la misma.

3. VULNERACIONES DEL DERECHO A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES.

En relación con el presente apartado, consideramos esencial comenzar el mismo citando el propio artículo 24 CE en lo que al derecho de prueba se refiere, así, en su apartado segundo se establece que:

“Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”

Esto es, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa se configura como un derecho fundamental. En este sentido, como tiene declarado la Jurisprudencia⁹⁰, es un derecho fundamental inseparable del derecho mismo a la defensa, y que consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal, y al haber sido constitucionalizado impone unas nuevas perspectivas y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que los Tribunales de Instancia deben proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación. Lo que no implica desapoderar al juzgador a quo de su potestad para pronunciarse sobre la pertinencia de las pruebas que las partes propongan, sino acoger, con el espíritu que informa el artículo 24.2 CE, las peticiones de admisión a prueba en cuando no sea manifiesta la ausencia de adecuación entre las que se proponen y la cuestión debatida, habiéndose asimismo declarado que el derecho del litigante a la utilización de las pruebas debe enmarcarse dentro de la legalidad y de las facultades del Juez para estimar, en principio, su pertinencia, es decir, su relación efectiva con el verdadero tema que en el pleito se discute, sin que esté el órgano judicial, por tanto, sometido al mecanismo ciego de su aceptación. Por lo mismo, y como derecho potestativo del litigante, concedido en su beneficio, habrá que añadir que es la parte a quien

90 Entre otras, STS de 27 de junio de 1991, y SSTC de 20 de febrero de 1986 y 27 de febrero de 1988.

compete la reclamación o exigencia de efectividad, así como su activa colaboración para que la prueba se practique, una vez admitida por el Tribunal⁹¹.

En este sentido, la ausencia de actividad probatoria, o la deficiencia en su práctica, provocarán la nulidad de las actuaciones, si concurren, de conformidad con lo establecido por el TS⁹² cuando:

- a) La prueba solicitada tenga una influencia decisiva en la resolución del pleito, esto es, que la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta, si se hubiera practicado.
- b) Debe producir indefensión.
- c) La denegación de la prueba por el Tribunal debe ser infundada por falta de motivación o porque la misma se base en una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irracional.
- d) En caso de no practica de la prueba, que no pueda ser imputable al proponente.
- e) La prueba ha de ser pertinente, relacionada con los hechos que quisieron probarse y que se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos por la LEC.

Asimismo, en opinión de Martínez Fagúndez —aunque él en relación con el recurso extraordinario por infracción procesal— que compartimos, para invocar esta causa como motivo del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, la parte debe haber presentado recurso de reposición contra la resolución denegatoria de la prueba y de formular protesta, pues como ya hemos establecido, no puede caber contra la vulneración que se alegue recurso alguno.

Así pues, de conformidad con la doctrina expuesta, no toda denegación de prueba supone una vulneración del derecho consagrado en el artículo 24.2 CE sino que deberán darse los requisitos jurisprudenciales anteriormente plasmados.

En este sentido, como ejemplos para ilustrar la casuística del incidente excepcional de nulidad de actuaciones con base en este motivo, podemos citar el Auto de la Audiencia Provincial de León 62/2008 de 4 de septiembre, en el que se desestima el incidente interpuesto con base en que la indefensión sufrida por la inadmisión de una prueba ya había sido contestada en el Recurso de Apelación contra el que el incidente de planteaba —por lo que ya en u primer momento debería haber sido inadmitido, con base en los requisitos del propio incidente— fijando que el desacuerdo de la recurrente con tal motivación no puede dar lugar al planteamiento de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones.

91 En este sentido, MARTÍNEZ FAGUNDEZ, César, Nulidad de Actuaciones en el Proceso... Pág. 624, ob.cit.

92 SSTS de 14 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 9922], 10 de mayo de 2004 [RJ 2004, 2751], 13 de julio de 2004 [RJ 2004, 4296], entre otras.

Del mismo modo, como otro ejemplo, podemos citar el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 307/2010 de 24 de noviembre en el que se fija que a través del incidente que en ese caso se planteó se pretendía una revisión de la prueba:

«pretende una revisión de la prueba, invariable a través del incidente de nulidad de actuaciones, siendo, además, que la prueba que la instante del incidente de nulidad dice no valorada, si lo está pero en relación con la demás, pretendiendo ahora una prevalencia de su prueba frente a la tenida en cuenta en valoración conjunta, pero descontextualizada del contenido de la resolución»

Finalmente, consideramos de interés citar el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 20 de septiembre de 2010, en relación con la prueba pericial, sobre la que la recurrente alegó que la Sentencia no tuvo por cierto lo manifestado por el perito que no acudió al juicio, no habiendo sido impugnado su informe, alegando un razonamiento viciado. En este sentido, establece el referido Auto que:

« El recurrente a través de su escrito sólo quiere poner de manifiesto su discrepancia con el parecer de la Sala respecto a la valoración de la prueba pericial y a tal efecto es de recordar a la parte que plantea el incidente que de acuerdo con el art. 348 de la Ley de E. Civil, el tribunal valorará los dictámenes judiciales según los criterios de la sana crítica. Lo que significa que el juez de instancia no está obligado a sujetarse a los informes periciales que obren en las actuaciones y que los podrán valorar en la forma que crean más conveniente para la correcta resolución del caso sometido a su consideración. Es por ello que, una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo tenga señalado que la valoración de la prueba pericial es una función privativa del juez de instancia; que debe ser apreciada por el juez según las reglas de la sana crítica; que las indicadas reglas no están provistas de ninguna norma valorativa de prueba, equivaliendo esto, en la mayoría de los casos a declarar la libre valoración de este medio probatorio; y que finalmente, que tal criterio valorativo no podrá ser sometido a revisión casacional salvo que el mismo llegue a resultados totalmente ilógicos, inveraces o irracionales, lo que no ocurre en el caso que estamos enjuiciando.

No es el caso que nos ocupa la sentencia en tal sentido es suficientemente clara sobre la valoración de la prueba y en definitiva el Informe pericial emitido por el perito propuesto por la parte hubiese requerido de aclaraciones que no pudieron llevarse a cabo y en este caso entra en juego lo dispuesto en el art 217 de la L.E. Civil. »

4. INCONGRUENCIA.

Debemos comenzar este apartado haciendo referencia expresa al artículo 218 LEC, en el que se establecen la exhaustividad y congruencia de las sentencias, así, reza el referido precepto en su primer apartado que:

“1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.”

Del mismo modo, consideramos esencial dejar aquí constancia de lo que la Jurisprudencia entiende por “incongruencia”, y qué es necesario para que esta tenga relevancia constitucional. En este sentido, hemos elegido la STS 850/1998 de 23 de septiembre, que en su fundamento de derecho segundo hace un completo análisis tanto de lo que este Alto Tribunal entiende por incongruencia, como deja constancia de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los requisitos para que la misma tenga relevancia constitucional. Así, dispone que:

«La incongruencia, como vicio interno de la sentencia, es la falta de correlación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia ; así lo han expuesto con detalle las Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras muchas de 27 noviembre 1995 (RJ 1995\8719) y 12 mayo 1998 (RJ 1998\3575) que dicen: Es doctrina reiterada de esta Sala respecto al alcance que corresponde dar a la exigencia procesal de la congruencia afirmando que no puede tener otra extensión que la derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, existiendo allí donde esos dos términos, fallo y pretensión procesal, no está sustancialmente alterada; entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos rectores del proceso, y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en las mismas .

Asimismo, la de 13 mayo 1998 (RJ 1998\4028) resume la doctrina constitucional y jurisprudencial en los siguientes términos: (...) es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido («ultra petita»), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes («extra petita») y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes («citra petita»), siempre y cuando el

silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescindan de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, que no ampara el principio «iura novit curia». Y añade la Sentencia 9/1998, de 13 enero (RTC 1998\9) del Tribunal Constitucional: Desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que para que la incongruencia por exceso adquiriera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido («ultra petitum») o algo distinto de lo pedido («extra petitum»), «suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño o las respectivas pretensiones de las partes»»

Definido ya el motivo de interposición del incidente excepcional de actuaciones que aquí estudiamos, hemos de hacer sobre el mismo una concreta reflexión, en tanto el mismo conformaba uno de los dos únicos posibles supuestos para el planteamiento de este incidente antes de su reforma mediante la LO 6/2007, junto con los defectos de forma causantes de indefensión⁹³.

En este sentido, lo cierto es que la incongruencia del fallo de la Sentencia sigue pudiendo motivar la interposición de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones, aunque no se halle expresamente citado ya como motivo del mismo. Así, el motivo de incongruencia se estableció en la LOPJ desde la versión del incidente de nulidad introducida por la LO 5/1997, hasta la versión que se aprobó por medio de la LO 19/2003. No obstante, la regulación de este motivo fue objeto de modificación en la LO 13/1999 y también en la LO 19/2003 que suprimió el requisito de la existencia de indefensión para poder fundar un incidente por este motivo. Así, como se ha anunciado, ha sido finalmente la LO 6/2007, la que ha eliminado este motivo.

Sin embargo, lo cierto es que, como hemos establecido, la incongruencia sigue siendo uno de los motivos más probables que podrá fundar un incidente de nulidad, y ello se deduce

93 DAMIÁN MORENO, Juan, *El Derecho y su garantía jurisdiccional* (Estudios y comentarios de Derecho Procesal), Reus, Madrid, 2009, pág. 81 y ss.

precisamente de la nueva redacción del art. 241.1 LOPJ que dispone que el incidente de nulidad podrá fundarse en la vulneración de cualquier derecho fundamental, es decir, la tutela judicial efectiva se violará cuando exista un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, de conformidad con la definición de incongruencia que ya hemos fijado. La incongruencia atañe a la tutela judicial efectiva, pues la incongruencia supone, en definitiva, una falta de la debida respuesta judicial, además de una infracción del principio de motivación de las sentencias reconocido en el art. 120 CE⁹⁴.

De este modo, y por lo que respecta a los requisitos para que el incidente excepcional de nulidad de actuaciones sea admitido, las partes deberán hacer valer este motivo de impugnación mediante los recursos ordinarios previstos para tal fin. Concretamente el recurso de apelación y el extraordinario por infracción procesal. Además, no podemos olvidar que tanto las partes, como el tribunal de oficio, podrán utilizar el incidente de complemento de resoluciones judiciales como un medio procesal para completar las resoluciones judiciales en las que se hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente dedicadas en el proceso⁹⁵. Así pues, no podrá alegarse para el planteamiento de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones el motivo de incongruencia omisiva que pudiera haberse resuelto

94 En este sentido, RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, Tratamiento Procesal de la Nulidad... pág. 230. ob.cit.

95 Art. 215 LEC:

"1. Las omisiones o defectos de que pudieren adolecer sentencias y autos y que fuere necesario remediar para llevar plenamente a efecto dichas resoluciones podrán ser subsanadas, mediante auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecidos en el artículo anterior.

2. Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el Tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado por el Secretario judicial de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla.

3. Si el tribunal advirtiese en sentencias o autos que dictara las omisiones a que se refiere el apartado anterior, podrá, en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que se dicta, proceder de oficio, mediante auto, a completar su resolución, pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado.

4. Del mismo modo al establecido en los apartados anteriores se procederá por el Secretario judicial cuando se precise subsanar o completar los decretos que hubiere dictado.

5. No cabrá recurso alguno contra los autos o decretos en que se completen o se deniegue completar las resoluciones a que se refieren los anteriores apartados de este artículo, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia, auto o decreto a que se refiriera la solicitud o la actuación de oficio del Tribunal o Secretario judicial. Los plazos para estos recursos, si fueren procedentes, se interrumpirán desde que se solicite su aclaración, rectificación, subsanación o complemento, continuando el cómputo desde el día siguiente a la notificación de la resolución que reconociera o negara la omisión de pronunciamiento y acordara o denegara remediarla."

mediante el complemento de la sentencia, de modo que, ciertamente será improbable que la incongruencia omisiva pueda fundamentar un incidente de nulidad contra resolución firme, ya que las partes habrán tenido oportunidad de denunciarla.

Sin embargo, no podemos olvidar, como se extrae la STS 850/1998 citada al inicio de este apartado, que la incongruencia no es sólo omisiva, sino que puede ser también “extra petita” o “ultra petita”, es decir, por exceso de la respuesta judicial, o bien por pronunciarse el órgano judicial sobre cosa distinta de la solicitada en el proceso. Así pues, y en virtud de la Doctrina Constitucional ya citada, no todo vicio de incongruencia afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, sino que la infracción del principio de congruencia procesal sólo alcanzará relevancia constitucional cuando la incongruencia haya supuesto la ausencia de una efectiva contradicción entre las partes.

Así, como ejemplo de casuística acontecida en relación con incidentes excepcionales de nulidad de actuaciones, cuyo motivo sea la incongruencia, consideramos interesante citar, como ejemplo de desestimación, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de febrero de 2007⁹⁶, en el que la parte que lo interpuso adujo como causa de la nulidad la incongruencia de la Sentencia puesto que estimaba que el fallo no se ajustaba a las pretensiones de las partes. De este modo fija el referido Auto que:

« Como se deduce del escrito promotor del incidente la recurrente interesa la nulidad de lo actuado por entender que el recurso de casación interpuesto debería haber sido inadmitido por su defectuosa interposición. En realidad esa cuestión ya la planteó en su escrito de oposición al recurso y fue examinada y resuelta inicialmente en la sentencia cuya nulidad ahora se impetra. (...) concluyéndose en interpretación no rígidamente formalista, como ha sido criterio general de esta Sala en todos los recursos de casación en aras del principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836) , que el recurso era viable por razón de la

96 Que resuelve un incidente excepcional de actuaciones planteado frente a una Sentencia dictada por el TSJ de Galicia en resolución de un Recurso de Casación interpuesto frente al mismo en virtud del artículo 478 LEC:

“1. El conocimiento del recurso de casación, en materia civil, corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

No obstante, corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.”

cuantía pese a la cita de interés casacional que la parte recurrente mencionaba en su primer motivo en imprecisa formulación como en tantos otros casos de que conoció este Tribunal que restó importancia a esa cuestión cuando con toda evidencia el recurso en procedimiento seguido por razón de la cuantía era viable (...) Tal criterio es evidente que no lo comparte la recurrente ahora en nulidad, pero eso no es suficiente para que se estime tal pretensión por las razones de incongruencia e indefensión»

Concluyendo al respecto, con relación a la incongruencia que:

«No existe incongruencia porque el Tribunal dictó sentencia siguiendo los motivos de casación interpuestos sin acoger ninguno distinto que no hubiere sido planteado por la parte y, pese a lo que también alega la recurrente, ateniéndose a los hechos que fueron objeto del proceso que al efecto se refieren en el fundamento cuarto de la sentencia. De la lectura detenida de los argumentos de fondo de la sentencia bien se desprende que el motivo de anulación de la sentencia recurrida fue, por una parte, una indebida interpretación de los preceptos relativos a la consignación como forma de pago (arts. 1.176 a 1.181 CC [LEG 1889, 27]), que ya el Juzgado había entendido en sentido distinto; por otra en la también indebida negación por parte de la Audiencia del acceso a la propiedad en un arrendamiento histórico que, por las razones que se expusieron en la sentencia, estimamos procedente a tenor de lo previsto en la LDCG 4/1995 (LG 1995, 184) y LARHG 3/1993, de 16 de abril (LG 1993, 119) . En suma, sin variar el presupuesto de hecho se aplicaron las normas conforme este Tribunal de Casación entiende deben ser interpretadas. Así deriva de la función nomofiláctica del recurso de casación que no deja de ser un remedio procesal encaminado a determinar si, dados unos hechos concretos, vinculantes en casación, es o no correcta la apreciación jurídica efectuada por el órgano jurisdiccional de instancia, para resolver la cuestión sometida al debate judicial»

Asimismo, son interesantes otras Sentencias, si bien no responden a la vigente regulación del incidente excepcional de actuaciones, puesto que como nos ha ocurrido en otros casos debido a su reciente establecimiento aún no hay una variada casuística, sí dejan constancia de claros ejemplos que son útiles para el presente estudio.

Así, en primer lugar, podemos hacer referencia a la STS de 2 de septiembre de 1991 [RJ 1991, 6042], en la que se declaró la existencia de incongruencia en una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona debido a que en el suplico de la demanda se había pedido la mitad del producto que se obtuviera con la venta de una vivienda, llevada a cabo en pública subasta, mientras que la referida sentencia concedió una determinada cantidad con base en la prueba

pericial realizada sobre el valor de la vivienda. Es este pues un claro ejemplo de incongruencia ultra petita, pues se concede algo distinto de lo solicitado.

Como ejemplo de incongruencia extra petita, podemos citar la STS de 2 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10687] que enjuicia un supuesto en el que se concedió más cantidad de dinero del que se había solicitado. Tal resolución evidencia sin duda un exceso en lo concedido respecto a lo pedido determinante —según la sentencia— de la falta de congruencia que se denuncia y que obliga la casación⁹⁷.

5. VULNERACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSAGRADOS EN EL 53.2 CE ACAECIDOS EN LA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE PONE FIN AL PROCEDIMIENTO.

En este apartado no nos referimos ya a vulneraciones de derechos fundamentales consecuencia de irregularidades en las normas que rigen el proceso, sino que entraremos ya en el terreno del fondo de las resoluciones. Así, lo cierto es que es en este supuesto en el pensamos que en algún caso podría acontecer una vulneración de los derechos fundamentales más allá del artículo 24 CE, precepto en el que, compartimos con Richard, se fundan los incidentes excepcionales de nulidad de actuaciones, si bien por el momento no hemos encontrado ninguno que nos aleje de esta opinión. Así, la vulneración de derechos fundamentales consagrados en el artículo 53.2 CE debería producirse en la motivación o en el fallo de la resolución que devenga firme, contra la que no quepan recursos, y no ya durante la sustanciación del procedimiento o en resoluciones anteriores que podrían haber evidenciado tal vulneración. Sin embargo, sigue siendo complicado imaginar una eventual vulneración del derecho de libertad religiosa, o del de expresión, en el fallo de una sentencia en la que tales derechos no hayan sido ya de por sí el objeto del pleito, y por tanto denunciado con anterioridad.

Sin embargo, no puede dejar de mencionarse este supuesto de eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales, en tanto consideramos es en el que se evidencia la novedad de la actual regulación del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, esto es, la ampliación de su objeto a la vulneración de cualquier derecho fundamental de los consagrados en el artículo 53.2 CE, y no ya sólo referido a defectos procesales o bien a la incongruencia.

97 En este sentido, MARTÍNEZ FAGUNDEZ, César, Nulidad de Actuaciones en el Proceso... Pág. 802, ob.cit

Así, lo cierto es que no hemos encontrado Jurisprudencia ilustrativa sobre este supuesto, debido consideramos sobre todo a su novedad, la cual ha podido provocar bien la inexistencia de asuntos en la que acontezcan tales vulneraciones, bien el desconocimiento por parte de los profesionales de la ampliación del objeto de este incidente y que podría haberles llevado a plantear directamente un Recurso de Amparo, que con seguridad habría sido desestimado por no agotamiento de las vías de recurso previas.

De este modo, como ejemplo de lo que queremos mostrar, tan sólo disponemos de un Auto, correspondiente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que desestima un incidente excepcional de nulidad de actuaciones que si bien invocaba la vulneración del artículo 24 CE, iba algo más allá al comprender dentro del mismo la vulneración cometida por el órgano jurisdiccional en su resolución al exceder el carácter revisor de la jurisdicción referida, y sobre todo en relación con un procedimiento sancionador. En este sentido, el asunto tenía su base en la imposición a un funcionario de carrera de una suspensión de empleo y sueldo por parte de la Administración en la que presta servicios por causas de incompatibilidad. Así, alegado por su defensa que tal sanción vulneraba el principio de tipicidad puesto que no le era imponible a un funcionario de carrera, quien no tiene ni empleo ni sueldo, sino funciones, correspondiéndole en todo caso la sanción de suspensión de funciones, debía anularse la sanción impuesta. Sin embargo, el órgano jurisdiccional respondió en su sentencia estimando que ciertamente tal sanción no le era imponible, por lo que la anulaba, pero el problema devino de que se excedió al determinar que en su lugar imponía otra de suspensión de funciones, vulnerando por tanto la prohibición de *reformatio in peius* —el funcionario antes tenía una sanción nula y ahora no— así como se excedió claramente del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la cuál, y sobre todo en lo que al procedimiento sancionador se refiere, tan sólo puede revisar los actos de la Administración, pero no erigirse en órgano administrativo y sancionador. Así, tiene en este sentido declarado el Tribunal Constitucional [STC 35/2006, de 13 de febrero] que:

«(...)el posterior proceso contencioso-administrativo no puede servir nunca para remediar las posibles lesiones de garantías constitucionales causadas por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora. (...) no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador, en donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, (...) nunca podrá concluirse que sean los Tribunales contencioso-administrativos los que, a modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, “condenen” al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración Pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución (...)»

Sin embargo, el Auto 80/2011 de 13 de abril de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de León resolvió desestimando el incidente excepcional de nulidad de actuaciones planteado, con el razonamiento que a continuación exponemos y con el que no estamos de acuerdo, en tanto es palmario que va en contra de la Doctrina Constitucional expuesta, y que consideramos un claro ejemplo de las dudas que ofrecen varios autores en cuanto a la competencia para conocer de los incidentes excepcionales de nulidad de actuaciones. Así, dispuso el citado Auto que:

«el recurrente considera que la determinación en Sentencia de que la sanción procedente es la de suspensión de funciones —y no la de empleo y sueldo— supone una vulneración del carácter revisor de la Jurisdicción contencioso-administrativa, con incidencia directa en el derecho a un proceso con todas las garantías y vulneración del principio de congruencia y de prohibición de la *reformatio in peius*. No puede compartirse una aplicación tan rigorista de los principios citados, pues con la correcta determinación de la sanción no se hace otra cosa que cumplir el principio de legalidad sancionadora, haciendo corresponder unos hechos tipificados de una determinada manera con la sanción prevista en la Ley»

Lo que —determinación de otra sanción a la impuesta por la Administración aunque sea la correcta— entendemos que precisamente se corresponde con el concepto ofrecido por el Tribunal Constitucional de una vulneración del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, lo que sin duda vulnera el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías.

6. ERRORES EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Debemos afirmar que, uno de los supuestos para los que más claramente es de utilidad el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, son aquellos casos en que la vulneración del derecho fundamental viene provocada por un error en la Administración de Justicia, que tiene como efecto la vulneración de la tutela judicial efectiva —sobre todo en casos en que se deniegue el acceso a la misma, ya sea en primera instancia o en la segunda— teniendo en muchos casos relación con defectos en los emplazamientos y citaciones, vicios que estudiaremos más adelante en un apartado concreto, pero sin embargo, caben multitud de posibilidades distintas.

Como muestra, nos encontramos con un curioso supuesto, del que se deja constancia por medio del Auto de 25 de mayo de 2010 del Tribunal Supremo [JUR\2010\192190] en el que interpuesto

un recurso de casación, el mismo se declaró a continuación desierto por falta de personación del recurrente. Con base en tal resolución, el mismo recurrente formuló incidente excepcional de nulidad de actuaciones adjuntando con el mismo copia del escrito de personación presentado ante la Sala, indicando la fecha del mismo, siendo esta en plazo, por lo que consideraba que no debía haberse declarado desierto.

En este sentido, acordó la Sala librar oficio al Secretario del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo para que informara al respecto del escrito de personación que decía haber presentado la parte recurrente. Así, señala el hecho cuarto del referido Auto que:

«(...) por el Sr. Secretario del Gabinete Técnico de este Tribunal se informó que tras la gestiones realizadas, no existe constancia de la presentación del escrito al que se hace referencia, constando únicamente registrado otro escrito con la misma fecha de 16 de diciembre de 2008 y presentado por el mismo Procurador (...) pero que fue "enganchado" al correspondiente recurso CIP 1557/08, significando que el sello de entrada que figura en la copia que se adjunta, coincide con el sello utilizado y de uso diario de este Registro General acreditativo de la fecha y hora de presentación de los diversos escritos.»

De este modo, señala finalmente el Tribunal Supremo que ante la coincidencia del sello de entrada que consta en el escrito de personación que acompañó a la interposición del incidente excepcional de nulidad de actuaciones⁹⁸, con el sello utilizado por el Registro General del Tribunal Supremo, se entiende acreditada la personación de la parte para mantener el recurso y: «(...) en aras al derecho a la tutela judicial efectiva, declarar la nulidad del Auto dictado por esta Sala en fecha 17 de noviembre de 2009 declarando desierto el recurso, dejando sin efecto tal declaración y procediendo a realizar un nuevo examen de admisibilidad.»

7. VICIOS EN LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL.

Por lo que respecta a este apartado, en el mismo se configuran otros de los supuestos para los que resulta de mayor utilidad el incidente excepcional de nulidad de actuaciones. En este sentido, lo cierto es que los actos de comunicación procesal que generalmente dan lugar al planteamiento de un incidente excepcional de actuaciones —y que en su mayoría son estimados como veremos a continuación— son los emplazamientos.

⁹⁸ Claro ejemplo de incidente excepcional de actuaciones que se acompaña de prueba.

Así, la propia LEC regula los actos de comunicación procesal en el Capítulo V “De los actos de comunicación procesal” de su Título V “De las actuaciones judiciales” (artículos 149 y siguientes LEC)⁹⁹. Así, en su artículo 149 LEC diferencia los tipos de actos procesales de comunicación existentes estableciendo que:

“Los actos procesales de comunicación serán:

Notificaciones, cuando tengan por objeto dar noticia de una resolución o actuación.

Emplazamientos, para personarse y para actuar dentro de un plazo.

Citaciones, cuando determinen lugar, fecha y hora para comparecer y actuar.

Requerimientos para ordenar, conforme a la Ley, una conducta o inactividad.

Mandamientos, para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier actuación cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad, Mercantiles, de Buques, de ventas a plazos de bienes muebles, notarios, o funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

Oficios, para las comunicaciones con autoridades no judiciales y funcionarios distintos de los mencionados en el número anterior.”

Así pues, como hemos avanzado, la generalidad de incidentes excepcionales de nulidad de actuaciones cuya causa provenga de un vicio en una comunicación procesal, tendrá por objeto un emplazamiento defectuoso, esto es, un acto procesal para personarse y para actuar dentro de un plazo que no se haya realizado en la debida forma. En este sentido, puede avanzarse ya que es una consecuencia lógica de que son tales actos los que en caso de ser defectuosos provocarán en la partes la pérdida de actuaciones que sean esenciales en el procedimiento, causándoles casi con seguridad indefensión. Asimismo, a este respecto, anticipamos ya que en este sentido la casuística acontece prácticamente en su totalidad en los emplazamientos para efectuar la personación en la segunda instancia.

En lo referente a la forma de los actos de comunicación ha de estarse a diversos aspectos, pudiendo producirse el vicio causante de nulidad bien en un defecto en la forma prevista de su práctica, bien en la ausencia de realización del preceptivo acto de comunicación. Así, el artículo 152 LEC prevé que:

“1. Los actos de comunicación se realizarán bajo la dirección del Secretario judicial, que será el responsable de la adecuada organización del servicio. Tales actos se ejecutarán por:

Los funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial.

El procurador de la parte que así lo solicite, a su costa.

⁹⁹ En este sentido, GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, “Sujetos y actuaciones del proceso. Las costas procesales” en La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil... ob.cit. Pág. 266 y siguientes.

Se tendrán por válidamente realizados estos actos de comunicación cuando quede constancia suficiente de haber sido practicados en la persona o en el domicilio del destinatario.

A estos efectos, el procurador acreditará, bajo su responsabilidad, la identidad y condición del receptor del acto de comunicación, cuidando de que en la copia quede constancia de su firma y de la fecha en que se realice.

2. Los actos de comunicación se efectuarán en alguna de las formas siguientes, según disponga esta Ley:

A través de procurador, tratándose de comunicaciones a quienes estén personados en el proceso con representación de aquél.

Remisión de lo que haya de comunicarse mediante correo, telegrama o cualquier otro medio técnico que permita dejar en los autos constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado.

Entrega al destinatario de copia literal de la resolución que se le haya de notificar, del requerimiento que el Tribunal o el Secretario judicial le dirija, o de la cédula de citación o emplazamiento.

3. La cédula expresará el Tribunal o Secretario judicial que hubiese dictado la resolución, y el asunto en que haya recaído, el nombre y apellidos de la persona a quien se haga la citación o emplazamiento, el objeto de éstos y el lugar, día y hora en que deba comparecer el citado, o el plazo dentro del cual deba realizarse la actuación a que se refiera el emplazamiento, con la prevención de los efectos que, en cada caso, la Ley establezca.

4. (...)."

En este sentido, son de especial interés los casos de entrega personal al destinatario del emplazamiento, en concreto aquellos supuestos en que el mismo no sea localizado, todo ello en atención a la forma en que se debe actuar para garantizar por todos los medios el conocimiento por el mismo de la existencia del concreto emplazamiento o citación. De este modo, si el destinatario no se encontrase en su domicilio podrá efectuarse la entrega a cualquier empleado o familiar, mayor de 14 años, que se encuentre allí, o al conserje de la finca, si lo tuviere, advirtiéndole al receptor que está obligado a entregar la copia de la resolución o la cédula al destinatario de ésta, o a darle aviso si conociera su paradero. Asimismo, en caso de que el acto de comunicación se dirigiera al lugar de trabajo no ocasional del destinatario, y el mismo no se encontrase allí, la entrega se efectuaría a la persona que manifieste conocerlo o, si existiese dependencia encargada de recibir documentos, a quien estuviera a cargo de ella¹⁰⁰.

100 Artículo 161.3 LEC.

Finalmente, en caso de haber tratado por todos los medios previstos legalmente hacer entrega del acto de comunicación procesal a su destinatario, y no haberlo conseguido, la LEC establece un sistema de notificación edictal. Así, el artículo 164 LEC prevé que si practicadas, en su caso, las averiguaciones a que se refiere el artículo 156¹⁰¹, no pudiere conocerse el domicilio del destinatario de la comunicación, o cuando no pudiere hallársele ni efectuarse la comunicación con todos sus efectos, o cuando así se acuerde en el caso a que se refiere el apartado 2 del artículo 157¹⁰², el Secretario judicial, consignadas estas circunstancias, mandará que se haga la comunicación fijando la copia de la resolución o la cédula en el tablón de anuncios de la Oficina judicial, salvaguardando en todo caso los derechos e intereses de menores, así como otros derechos y libertades que pudieran verse afectados por la publicidad de los mismos.

De este modo, es claro que la legislación hace todos los esfuerzos imaginables para que el destinatario de los actos de comunicación procesal la conozca. Ello es lo justo, pues afecta directamente al derecho de defensa y de acceso de la justicia de los ciudadanos.

Expuesta la normativa esencial en la materia, procedemos a continuación a exponer casos concretos que nos servirán para conocer la postura de los Tribunales en los supuestos en que la defectuosa realización de un acto de comunicación procesal haya dado lugar a la vulneración de

101 Artículo 156 LEC:

"1. En los casos en que el demandante manifestare que le es imposible designar un domicilio o residencia del demandado, a efectos de su personación, se utilizarán por el Secretario judicial los medios oportunos para averiguar esas circunstancias, pudiendo dirigirse, en su caso, a los Registros, organismos, Colegios profesionales, entidades y empresas a que se refiere el apartado 3 del artículo 155.

Al recibir estas comunicaciones, los Registros y organismos públicos procederán conforme a las disposiciones que regulen su actividad.

2. En ningún caso se considerará imposible la designación de domicilio a efectos de actos de comunicación si dicho domicilio constara en archivos o registros públicos, a los que pudiere tenerse acceso.

3. Si de las averiguaciones a que se refiere el apartado 1 resultare el conocimiento de un domicilio o lugar de residencia, se practicará la comunicación de la segunda forma establecida en el apartado 2 del artículo 152, siendo de aplicación, en su caso, lo previsto en el artículo 158.

4. Si estas averiguaciones resultaren infructuosas, el Secretario judicial ordenará que la comunicación se lleve a cabo mediante edictos."

102 Art. 157.2 LEC:

"Cualquier Secretario judicial que deba averiguar el domicilio de un demandado podrá dirigirse al Registro Central de Rebeldes Civiles para comprobar si el demandado consta en dicho registro y si los datos que en él aparecen son los mismos de que dispone. En tal caso, mediante diligencia de ordenación, podrá acordar directamente la comunicación edictal del demandado."

alguno de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 53.2 CE, y que, con base en ello, pueda plantearse un incidente excepcional de nulidad de actuaciones.

En este sentido, podemos comenzar haciendo referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1996 [39/1996], que si bien aconteció con anterioridad a la actual regulación del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, nos sirve para exponer la Doctrina General del Tribunal Constitucional en la materia. Así pues, de la misma se extrae que:

- La omisión o su defectuosa realización de los emplazamientos, 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.
- No basta con el mero cumplimiento formal del requisito del emplazamiento, sino que es preciso que el órgano judicial asegure, en la medida de lo posible, su efectividad real.
- La interpretación de las normas reguladoras del emplazamiento debe hacerse tratando de asegurar que el acto de comunicación cumpla su finalidad constitucional, o sea, la efectividad real del emplazamiento.
- Que siempre que sea posible, debe verificarse el emplazamiento personal de quienes hayan de comparecer en el juicio como partes, a fin de que puedan defender sus derechos (STC 118/1984) habiendo de tener en cuenta para ello la trascendencia de los bienes jurídicos que pueden resultar afectados¹⁰³.

Así pues, sentada la Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, haremos referencia a continuación a concretos casos en los que se ha planteado un incidente excepcional de nulidad de actuaciones a raíz de la defectuosa realización de un acto de comunicación procesal.

En este sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2011 [JUR\2011\244797], resuelve un incidente excepcional de nulidad de actuaciones planteado ante el referido Alto Tribunal, contra el Auto que declaró desierto el Recurso de Casación planteado con anterioridad, por falta de personación de la recurrente. En este caso, se alegaba que no había existido emplazamiento para la personación que se entendió no efectuada, en tanto tan sólo se notificó una Diligencia de Ordenación en la que no constaba ningún emplazamiento como tal. Por tanto, siendo cierto lo expuesto, el TS declaró haber lugar al incidente excepcional de nulidad de actuaciones planteado, anulando el Auto cuya nulidad se instaba y procediendo a un nuevo examen de admisibilidad. En este sentido, se determina en el razonamiento jurídico segundo del Auto referido que:

103 En este sentido, MARTÍNEZ FAGUNDEZ, César, Nulidad de Actuaciones en el Proceso... Pág. 504, ob.cit

«En el caso que nos ocupa, a la vista de las actuaciones, debe ser estimado el incidente de nulidad planteado, por cuanto que en la diligencia que se dice de notificación y emplazamiento (folio 124 del Rollo de la Audiencia Provincial) únicamente consta que lo que se notifica es la diligencia de ordenación de fecha 28 de julio de 2010 en la que no se recoge emplazamiento alguno y sin que el diligencia de notificación se haga constar que se hace entrega de cédula de emplazamiento, ni que quede enterado del emplazamiento. Por todo ello, en aras del derecho a la tutela judicial efectiva, procede declarar la nulidad del Auto dictado por esta Sala en fecha 16 de noviembre de 2010 declarando desierto el recurso, dejando sin efecto tal declaración y procediendo a realizar un nuevo examen de admisibilidad.»

En relación con la sustanciación de la Apelación¹⁰⁴

En este sentido, es de interés el Auto 89/2008 de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 18 de abril de 2008 [AC\2008\2231]¹⁰⁵. En ese caso, el problema también estribaba en una falta de emplazamiento, pues el mismo se entendió realizado, en relación con un recurso de apelación, por medio de la Providencia que acordaba remitir las actuaciones a la Audiencia Provincial y en la que se declaraba que “se remitirían los autos a la Audiencia Provincial para resolver la apelación previo emplazamiento de las partes por treinta días”, declarándose sin efecto el referido recurso interpuesto, ante la falta de personación del recurrente. En atención a lo expuesto, la recurrente planteó incidente excepcional de nulidad de actuaciones contra la resolución que declaraba dejar sin efecto el recurso de apelación interpuesto, con base en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de acceso a los recursos. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, resolviendo el incidente excepcional de nulidad de actuaciones planteado, recoge la Doctrina del Tribunal Constitucional en estos casos, que se sintetiza en que «la providencia que acuerda remitir las actuaciones a la

104 Artículos 457 y siguientes de la LEC.

105 Es de especial interés en tanto por medio de este Auto se produce un cambio del criterio de la referida Audiencia Provincial a raíz de la STC 195/2007, como se deja constancia en su razonamiento jurídico primero:

« La doctrina del máximo intérprete de la Constitución (RCL 1978, 2836) provoca un cambio de criterio de este Tribunal de segundo grado, que hasta ahora venía entendiendo que la comunicación del contenido de la providencia de remisión, dictada al amparo del art. 463.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34 y 962 y RCL 2001, 1892) , constituía un acto procesal unitario y complejo que englobaba tanto la notificación del trámite procedimental como el emplazamiento ante el órgano superior, de manera que la falta de personación en los 30 días siguientes provocaba la desersión del recurso de apelación, especialmente si mediaba apercibimiento expreso sobre tal consecuencia procesal, y que a partir de ahora habrá de entender que, para declarar desierto un recurso de apelación por falta de la oportuna personación, no basta con la notificación de la providencia de remisión, sino que será preciso además, como acto procesal independiente y previo a la remisión material de los autos, el emplazamiento formal de las partes ante el órgano judicial de segunda instancia por treinta días.»

Audiencia Provincial, en orden a la resolución de recurso de apelación, no sustituye la necesidad de emplazar en tiempo y forma a las partes para ante dicho órgano judicial», haciendo expresa mención a la STC 195/2007, de 11 de septiembre.

En este sentido, consideramos interesante citar algún extracto de la referida STC 195/2007, en los que se desarrolla la doctrina citada. Así, en su fundamento jurídico tercero, establece el máximo intérprete constitucional que:

« debe comenzarse por recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que se reconoce en el art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836) garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales (SSTC 77/1997, de 21 de abril [RTC 1997, 77] , F. 2, y 216/2002, de 25 de noviembre [RTC 2002, 216] , F. 2). Ello exige una correcta y escrupulosa constitución de la relación jurídica procesal, a cuyo efecto es un instrumento capital el régimen procesal de emplazamientos, citaciones y notificaciones a las partes de los distintos actos procesales que tienen lugar en el seno de un procedimiento judicial, pues tienen la finalidad material de llevar al conocimiento de los afectados las resoluciones judiciales con objeto de que puedan adoptar la postura que estimen pertinente para la defensa de sus intereses, evitando que se produzcan situaciones de indefensión.»

Y más al tenor del caso concreto, establece en su fundamento jurídico cuarto que:

« (...) aunque la interpretación de la legalidad procesal efectuada por el Tribunal de apelación no sea la más favorable al acceso al recurso¹⁰⁶, considerar que la comunicación del contenido íntegro de la providencia dictada al amparo del art. 463.1 LECiv hace referencia a un acto procesal unitario que lleva en sí misma contemplados tanto la notificación del trámite como el

106 Al respecto fija el TC con anterioridad que:

« (...) este Tribunal ha venido reiterando que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial proclamado por el art. 24.1 CE consiste en el acceso a la jurisdicción, en tanto que el sistema de recursos se incorpora a dicha tutela judicial en la específica configuración que le otorga cada una de las Leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales (por todas, STC 221/1999, de 29 de noviembre [RTC 1999, 221], F. 2). De esta distinta naturaleza deriva como consecuencia lógica la de que el principio hermenéutico pro actione únicamente despliega su plena potencialidad cuando lo que está en juego es la obtención de una primera respuesta de los órganos judiciales a la pretensión deducida por quien acude a ellos en demanda de justicia, pero no cuando lo que se solicita es la revisión de dicha respuesta, supuesto en el cual no es constitucionalmente exigible la interpretación legal más favorable para la admisión del recurso (entre otras muchas, SSTC 37/1995 [RTC 1995, 37], F. 5; 76/1997, de 21 de abril [RTC 1997, 76], F. 2; 236/1998, de 14 de diciembre [RTC 1998, 236], F. 2; 184/2000, de 10 de julio [RTC 2000, 184], F. 4; 239/2000, de 16 de octubre [RTC 2000, 239], F. 5; 260/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 260], F. 2; 293/2000, de 11 de diciembre [RTC 2000, 293], F. 2; 295/2000, de 11 de diciembre [RTC 2000, 295], F. 2, y 3/2001, de 15 de enero [RTC 2001, 3], F. 5). »

emplazamiento, constituye una interpretación del referido precepto que se ajusta al canon de constitucionalidad ya expuesto, imperante en esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto no puede tildarse de arbitraria, notoriamente infundada o incurra en error patente.

Ahora bien, la resolución dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba no puede desconectarse de la circunstancia de que el Juzgado de Primera Instancia, en su providencia de fecha 9 de marzo de 2004, había establecido, con total nitidez, que se remitirían los autos a la Audiencia Provincial para resolver la apelación «previo emplazamiento de las partes por treinta días», lo que, sin embargo, no llevaría a cabo.

El propio Fiscal, de hecho, admite que esta afirmación de la providencia pudo provocar confusión (...). Ciertamente que sigue el Fiscal indicando que tal llamada se verificaba en relación con «un acto procesal que no existe en la Ley», pero esta interpretación que el Fiscal hace es una interpretación de la legalidad procesal que, precisamente, corresponde realizar a los órganos jurisdiccionales, y sostener lo contrario, según pareció en su día hacer el Juzgado de Primera Instancia o, al menos, según podía deducirse del tenor literal de su resolución, no se antoja en absoluto arbitrario, erróneo ni irrazonable.

(...) al margen de la razonabilidad de la interpretación realizada por la Audiencia Provincial sobre los requisitos procesales legalmente previstos para acceder al recurso, en este caso concreto no fue razonable estimar que la parte no sufrió indefensión efectiva, o que incurrió en negligencia por haber ajustado escrupulosamente su comportamiento procesal a una indicación judicial expresa, máxime cuando la misma constituía una interpretación de la legalidad procesal alternativa a la que posteriormente se mantuvo por el órgano judicial, pero igualmente razonable. La afirmación realizada por el Juzgado de Primera Instancia de que llevaría a cabo el emplazamiento de las partes antes de remitir los autos a la Audiencia Provincial, dada la *authoritas* que corresponde a quien la hizo constar y «dada la autoridad que necesariamente ha de merecer la decisión judicial» (SSTC 79/2004, de 5 de mayo [RTC 2004, 79] , F. 2; 244/2005, de 10 de octubre [RTC 2005, 244] , F. 3), era susceptible de determinar el comportamiento procesal de la parte litigante¹⁰⁷.

(...)

107 « Si el órgano judicial ofreció indicaciones precisas sobre los trámites procesales que seguiría, era lógico y natural que la entidad interesada, aun estando asistida por expertos en la materia, entendiera que tales indicaciones, más allá de ser ciertas y correctas, fijaban con precisión los pasos o trámites que el propio Juzgado seguiría, y obrara en consecuencia.»

De todo ello resulta que se ha vulnerado el art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836) y se ha colocado en situación de indefensión efectiva a la recurrente, al haberla dado por desistida del recurso de apelación por no haberse personado ante la Audiencia Provincial, cuando nunca fue emplazada en tiempo y forma para ante dicho órgano, habida cuenta que el órgano de instancia expresamente acordó que tal emplazamiento se produciría antes de la remisión de las actuaciones al órgano superior.»

El siguiente caso que consideramos interesante mencionar es, al igual que el anterior, un supuesto en que la vulneración del derecho a la tutela efectiva acontece a raíz de una vulneración que entrelaza las reglas de los actos de comunicación y de la sustanciación de la apelación, acercándose quizá más en este caso a una vulneración de las últimas reglas referidas. El Auto objeto de estudio es el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 88/2007 de 26 de abril. Así, el mismo trae causa de una Sentencia del referido órgano judicial, por medio de la que se revocaba la Sentencia de primera instancia. En este sentido, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones se interpuso por uno de los codemandados quien solicitaba la nulidad de lo actuado y la retroacción de las actuaciones al momento procesal inmediatamente posterior a la notificación de la Sentencia de Primera Instancia y en consecuencia se le notificara el escrito de preparación del recurso de apelación otorgándole la posibilidad de oponerse al recurso y realizar las alegaciones en defensa de su derecho.

En atención al supuesto de hecho expuesto, la Audiencia Provincial de Barcelona declaró que debía estimarse el incidente excepcional de actuaciones planteado, debiendo anular cuantas actuaciones procesales se hubieran desarrollado a partir de la providencia del Juzgado por la que se daba traslado del Recurso de Apelación planteado, debiendo rectificarse a los efectos de comprender a todas las partes litigantes, pues el hecho de que:

«La sentencia de primera instancia le fue notificada [al codemandado que ahora plantea el incidente] en fecha 23 de septiembre de 2005 personalmente en su domicilio de Rubí, al igual que ocurrió con el resto de litigantes (...) que no habían designado procurador (sólo lo hizo la parte actora). Y puesto que ninguno de ellos se hallaba en rebeldía (a los rebeldes sólo se les notifican las resoluciones que ponen fin a cada una de las instancias del proceso, conforme establece el artículo 497 LEC), también debió dárseles traslado del recurso de apelación interpuesto por el codemandado (...) a los efectos prevenidos en el artículo 461.1 LEC.»

Supone una clara vulneración de las normas esenciales del procedimiento, causando la indefensión del litigante al que no se le comunicó la interposición del Recurso de Apelación¹⁰⁸.

CONCLUSIONES.

En primer lugar, para concluir, debemos recalcar de nuevo que el incidente estudiado no es un recurso más, sino que constituye un medio excepcional de revisión de resoluciones firmes, y con unos motivos claramente tasados, notablemente ampliados por la referida LO 6/2007, que es la vulneración, a lo largo de un determinado procedimiento, de cualquiera de los derechos fundamentales amparados por el artículo 53.2 CE.

Asimismo, en cuanto a la LO 6/2007, debemos destacar que parece ser el objetivo fundamental de la reforma, y por tanto del incidente regulado en la actualidad, la liberación de parte de la gran carga de trabajo que sufre el Tribunal Constitucional, tratando por medio del incidente estudiado que muchos de los asuntos que antes llegaban a la vía del Amparo Constitucional, se solucionen en los Tribunales ordinarios, como expresamente determina la Exposición de Motivos de la LO 6/2007:

«Así, respecto al mayor desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en relación con las demás funciones del Tribunal Constitucional, la Ley procede a establecer una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se trata de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria.

108 Fundamento jurídico segundo:

« Así pues, en el caso enjuiciado se ha prescindido de normas esenciales del procedimiento, lo que fue causa de indefensión para Vila Electrollar a la que se impidió de esa manera la presentación de un escrito de alegaciones que refutase la tesis de carencia de seguro postulada por el asegurador Lagun Aro o incluso de un escrito de impugnación de la sentencia de primera instancia.

El restablecimiento del codemandado Vila Electrollar en la plenitud de sus facultades procesales obliga a anular cuantas actuaciones procesales se han desarrollado a partir de la providencia del Juzgado de fecha 22 de febrero de 2006 , cuyo tercer apartado deberá rectificarse a los efectos de comprender en él a todas las partes litigantes.»

De este modo, queda claro el objeto y la finalidad del incidente excepcional de actuaciones, debiendo decir que, pese a haber ampliado su objeto, no se ha modificado su regulación procesal, que venía enfocada para sanar los vicios de incongruencia y defectos procesales causantes de indefensión. En este sentido, puede que de aquí devengan varios de los problemas que, en relación con su finalidad, lograr que la tutela de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea verdaderamente subsidiaria, se nos plantean.

Así nos preguntamos ¿cumple verdaderamente la finalidad para la que se ha regulado el incidente excepcional de nulidad de actuaciones? A este respecto, y tras el estudio realizado, concluimos que hay tres grandes problemas en relación con su eficacia, que a continuación desarrollamos.

La competencia para conocer del incidente se atribuye al mismo órgano que dictó la resolución firme que pone fin al procedimiento de que se trate. ¿Es lo más conveniente?

Ha sido nuestra opinión desde el principio de este estudio, que el hecho de que la competencia para conocer del incidente recayera en aquel órgano jurisdiccional que había dictado la resolución que ponía fin al procedimiento, restaba indudablemente eficacia a este instrumento procesal de revisión de resoluciones firmes. Pero es que, tras estudiar el asunto, hemos comprobado que no son pocos los autores que manifiestan sus reparos ante este aspecto. Así, de tal circunstancia se deja plena constancia en el nº 18 de la publicación Teoría y Realidad Constitucional, en cuya encuesta se formula una pregunta, la segunda, referente al incidente objeto de estudio. De este modo, lo cierto es que la práctica totalidad de los encuestados al responder, entre los inconvenientes que pueden encontrar en la regulación del incidente, señalan el de la competencia.

Son especialmente reseñables las opiniones de Marc Carrillo y Luis María Díaz-Picazo que ya citamos en el punto correspondiente del presente artículo. Señala el primero que duda de la respuesta que puedan dar a los incidentes planteados los órganos a los que se dirige, y que son los mismos a los que, en la mayoría de casos, se les imputa la nulidad de sus actuaciones, concluyendo que, como nosotros igualmente compartimos, el éxito de esta medida se cifra en la asunción por jueces y tribunales de una nueva cultura jurisdiccional, en la que se asuma como propia la nulidad de los actos jurisdiccionales y que, con la cultura jurisdiccional dominante no es nada sencillo que ello vaya a aplicarse con fluidez, por quienes son los autores de tal decisión. Así pues, lo que se desprende de este razonamiento que asumimos, es que en todo caso debe transcurrir tiempo para que esa nueva cultura jurisdiccional se llegue a implantar, lo que es

complicado, siendo cierto que la mayoría de incidentes, como hemos podido comprobar del estudio de multitud de jurisprudencia al respecto, no toda citada en el presente artículo, se inadmiten o se desestiman, siendo muchos los casos en los que, en unos casos a nuestro juicio, y en otros —por haberse planteado Recurso de Amparo posteriormente— según el propio Tribunal Constitucional, sí debieron haberse admitido y estimado. Referencia a esta experiencia práctica la hace el segundo de los autores citados, Díez-Picazo, quien señala que ciertamente es muy complicado que el mismo órgano que vulneró los derechos fundamentales o no reparó en la vulneración perpetrada por otro declare la nulidad pretendida.

Esta misma opinión es compartida por Cristina Izquierdo Sans¹⁰⁹, quien llega a afirmar que éste es el talón de Aquiles del incidente. Así, la referida autora afirma que la idea bienintencionada es que el juez que ya ha conocido del caso, repare posibles vulneraciones de derechos fundamentales sin tener que partir de cero, pero a su vez, lo cierto es que ello dificulta sobremanera el reconocimiento de una vulneración de un derecho fundamental, pues a su vez el órgano judicial encargado de resolver deberá reconocer y asumir la autoría de tal lesión. En este sentido, comparte con los autores anteriormente citados, y con la que es nuestra opinión, que pretender que un órgano judicial declare que se produjo indefensión o vulneró el principio de igualdad por causa que le fuera imputable, es complicado.

De este modo, desarrollado el problema señalado, lo cierto es que no tenemos una respuesta clara que dé la solución al mismo. Sin embargo, si podemos apuntar que la solución puede pasar, bien por determinar que la competencia para conocer del incidente corresponda al órgano superior, de conformidad con las normas que rigen la competencia, o bien constituir en órgano competente para la resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones al Tribunal Supremo, como ocurre en el caso de la revisión de sentencias, siendo necesario que, para los casos en que sea este Alto Tribunal el que hubiera dictado la resolución firme contra que pone fin al procedimiento, frente a la que se interpone el incidente, se forme una sección especial para resolver el mismo, en la que no intervengan los mismos Magistrados que adoptaron la resolución que se impugna. Aunque si bien, esta segunda posible solución, significaría traspasar la carga de trabajo al Tribunal Supremo, quien tampoco se encuentra precisamente libre de ocupaciones.

Las costas se imponen siempre a la parte que lo inste en caso de ser desestimado. ¿Funciona como un elemento disuasorio, e incluso inconstitucional?

109 Izquierdo Sans, Cristina, "La inesperada relevancia del incidente excepcional de nulidad de actuaciones", *Otrosí*, nº 8/ Octubre-Diciembre de 2011/5ª Época.

Al respecto de esta cuestión, creemos que es esencial poner en relación este incidente con la finalidad para la que se ha regulado y ampliado su objeto, esto es, para liberar de trabajo al Tribunal Constitucional, promoviendo una mayor tutela de los derechos fundamentales susceptibles de Amparo por los órganos judiciales ordinarios, y en su caso como vía previa ineludible al Recurso de Amparo, en caso de darse los requisitos para su planteamiento, so pena de ser inadmitido el Recurso constitucional con base en el no agotamiento de las vías de recurso ordinarias previas.

Así, lo cierto es que, tratándose de un trámite excepcional previo y preceptivo a la interposición de cualquier Recurso de Amparo, constituyendo asimismo un medio directo de defensa de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución y garantizados con el mayor grado de protección, así como tomando en cuenta que el Recurso de Amparo es gratuito. En nuestra opinión, la desestimación del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, lo que por otro lado supone que ya se ha superado el trámite inicial de su admisión —que no debe olvidarse es excepcional—, no debiera conllevar en modo alguno la consecuencia directa de la imposición de las costas que en el mismo se hayan generado.

A mayor abundamiento, ni para justificar la imposición de las costas, ni la posibilidad de imposición de una multa en caso de temeridad, puede alegarse que se verían perjudicados los derechos legítimos de las partes a la ejecución de las resoluciones judiciales en los términos en que fueron dictadas, en tanto ello solo tendría lugar cuando se procediera a la suspensión de la resolución impugnada, lo que sólo sucede en circunstancias excepcionales, cuando se den los requisitos para ello, y lo que tendría solución exigiendo la prestación de una caución al solicitante de la suspensión, como en cualquier otra medida cautelar.

Finalmente, con respecto a esta cuestión, nos cuestionamos si la consecuencia directa de la imposición de las costas en caso de desestimación del incidente excepcional de nulidad — cuando por lo general en la mayoría de los casos ya se han desestimado las pretensiones del eventual solicitante en los procedimientos previos, lo que en el ámbito civil habría conllevado la imposición de más costas— conlleva directamente un elemento disuasorio para su planteamiento, por los elevados costes que podría acarrear para unos litigantes posiblemente ya agotados, teniendo en cuenta que la mayoría de incidentes excepcionales de nulidad de actuaciones son desestimados —y en no pocas ocasiones se concede posteriormente el Amparo—, pudiendo tener como consecuencia esta obligatoria imposición de costas en caso de ser el incidente desestimado, que el mismo se constituya en una traba para la tutela de los

derechos fundamentales, lo que no podría excusarse en ningún caso en la finalidad de liberar de trabajo al Tribunal Constitucional, vulnerándose de este modo incluso el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE.

Por lo que respecta a una posible solución a este problema, debemos apuntar que consideramos la más adecuada la gratuidad del mismo, a imagen y semejanza del Recurso de Amparo, procediendo en su caso la imposición de costas tan sólo en el caso de considerar de manera fundada y motivada, que ha existido temeridad o mala fe en su planteamiento, y no siendo estos criterios las bases para fijar multas adicionales a las costas obligatoriamente impuestas por ley, mecanismo semejante al fijado hasta hace poco para las costas en primera instancia en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹¹⁰.

Los motivos por los que procede su planteamiento se concretan en la vulneración de los derechos consagrados en el artículo 53.2 CE. ¿Realmente se pueden tutelar todos los derechos contemplados en el referido precepto por medio del incidente excepcional de nulidad de actuaciones?

Este problema referente a los motivos para su planteamiento, la modificación precisamente de la regulación del incidente que ha motivado la realización del presente estudio, lo planteamos no desde la conveniencia de incluir estos motivos como base para el mismo, sino desde la perspectiva de si es este un medio idóneo para la tutela judicial de los derechos contemplados en el artículo 53.2 CE, y de si es el medio eficaz realmente para liberar de trabajo al Tribunal Constitucional en lo que al planteamiento de Recursos de Amparo se refiere.

Así, lo cierto es que como se desprende de la casuística expuesta en este trabajo, los motivos fácticos que dan lugar a la interposición de los incidentes de nulidad de actuaciones se enmarcan en vulneraciones del artículo 24 CE, siendo lo cierto que no hemos encontrado por el momento incidente alguno que haya sido estimado invocando otro de los derechos fundamentales del 53.2 CE. De este modo, como ya hemos expuesto en el presente trabajo, el problema aquí está en la imposibilidad de convertir un procedimiento en aquello que no es, pues la ampliación del legislador del ámbito del incidente, designándolo como el cauce procesal que debe utilizarse para que los tribunales ordinarios sean garantes de los derechos fundamentales, no provoca que tales normas por sí solas modifiquen la configuración legal del incidente de

110 Decimos hasta hace poco tiempo pues tal regulación ha sido modificada por la Ley 37/2011 de medidas de agilización procesal, que entró en vigor el pasado 1 de noviembre.

nulidad, que está configurado para solicitar la nulidad por infracción procesal que produzca una vulneración en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) .

Eso sí, dentro del artículo 24 CE y dentro del propio derecho a la tutela judicial efectiva, se encuentra un amplio número de derechos fundamentales, derechos fundamentales a los que sí ha afectado la ampliación de los motivos por los que se puede interponer el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, como el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, el derecho de acceso a la Justicia, o el derecho de acceso a los recursos. Pero, en principio, tanto la lógica como la práctica nos indican que el incidente excepcional de nulidad de actuaciones no sirve de procedimiento de garantía de los derechos fundamentales contenidos en los artículos del 14 al 29 CE, y aún menos para denunciar cualquier vulneración de los mismos.

Sin embargo, mostramos nuestra cautela al respecto, pues aunque no hayamos encontrado por el momento ningún Auto que estime un incidente excepcional de nulidad de actuaciones con base en la vulneración de algún otro de los derechos del 53.2 CE, pues es obvio que existe entre otras la gran barrera de la imposibilidad de denuncia previa, siendo que nos es sumamente complicado imaginar como puede ser vulnerado el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad religiosa, el derecho de reunión, etc., dentro de un procedimiento, al menos civil, lo cierto es que es una regulación muy joven, tan solo cinco años —que son pocos en este caso— y puede que se dé algún caso que no nos hayamos imaginado. De hecho, quién sabe si una sentencia firme, contra la que no quepa por tanto recurso alguno, contenga algún pronunciamiento manifiestamente contrario a alguno de los derechos fundamentales referidos, posibilidad que hemos querido dejar abierta en el apartado de la casuística dedicado a vulneraciones de los derechos fundamentales acaecidos en la motivación de la resolución que pone fin al procedimiento.

Si bien, debemos concluir que lo cierto es que la mayoría de los casos tendrán como base el artículo 24 CE, por tanto lo cierto es que este no es un remedio eficaz para consagrar al Recurso de Amparo como una vía realmente subsidiaria para la tutela de estos derechos, reforzando por medio del incidente estudiado la tutela ordinaria.

Finalmente, para terminar, tanto con el último y más relevante de los problemas señalados, como con el propio estudio del incidente excepcional de nulidad de actuaciones aquí realizado, debemos concluir que este medio de impugnación de resoluciones firmes no es el idóneo para la finalidad perseguida por la LO 6/2007. Así, la realidad es que tampoco nosotros tenemos una respuesta concreta que solucione el dilema al que trataba de dar remedio la referida Ley

Orgánica, pudiendo tan sólo apuntar que con seguridad el mismo pasa por el refuerzo de los procedimientos dedicados a la tutela de los derechos fundamentales ante los Tribunales ordinarios. De este modo, como afirma Luis María Díez-Picazo, si de verdad se quiere que la jurisdicción ordinaria libere al Tribunal Constitucional de gran parte del peso que supone la tutela de los derechos fundamentales, deberían de buscarse soluciones alternativas al Recurso de Amparo Constitucional, y no endurecer la vía judicial previa al mismo, lo que por otro lado enlazaría con el problema sobre las costas que hemos apuntado.

Es nuestra opinión que la solución para liberar de trabajo al Tribunal Constitucional, pasa por el perfeccionamiento de recursos en la vía ordinaria, ya sea dentro de la regulación específica, ya sea creando o mejorando procedimientos especiales ya existentes. En este sentido, y desgraciadamente, de lo expuesto a lo largo del presente trabajo podemos colegir que, pese a que este incidente sí sirve para dar soluciones a multitud de vulneraciones del artículo 24 CE, algunas de las cuales ya se incluían en las regulaciones anteriores, lo cierto es que, más que para reforzar la tutela de los derechos fundamentales amparados en el artículo 53.2 CE, por el momento, sirve para dar un motivo al Tribunal Constitucional para motivar inadmisibilidades, pues lo cierto es que es un medio de impugnación de resoluciones firmes, y un requisito en muchos casos para acudir al Amparo Constitucional, poco conocido por el momento, y no demasiado estudiado, lo que da lugar a casos en que debiendo plantearse no se plantea, a que se plantee mal, o a que se plantee y no sea admitido y, enlazado con esto, a que transcurra el plazo para la interposición ante el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, queremos ser optimistas y terminar con un razonamiento matizado de Izquierdo Sans¹¹¹, en el sentido de que lo cierto es que el éxito o fracaso de un instrumento procesal depende en gran parte del uso que del mismo hagan los jueces, abogados y justiciables.

111 IZQUIERDO SANS, Cristina, "La inesperada relevancia..." ob.Cit.