

La subsanación de los defectos procesales

Felipe Gorigoitia Abbott

TESI DOCTORAL UPF / 2012

DIRECTOR DE LA TESI

Dr. Manuel Cachón Cadenas

Dr. Alejandro Saiz Arnaiz

DEPARTAMENT DRET

A la memoria de mis abuelos,

Eduardo Abbott Godoy

y Luz Charmé Montt.

AGRADECIMIENTOS

Vaya mi principal agradecimiento al Dr. Manuel Cachón Cadenas, director de este trabajo, quien me aceptó como su discípulo sin siquiera pertenecer a su universidad, me propuso el tema de tesis y me ha acompañado en estos años con disposición y dedicación dignas de un mejor doctorando.

A Carolina, mi Carolina, por seguirme en tan incierto proyecto con infinita paciencia y por sus correcciones de estilo.

A Silvio Cuneo, por esa voluntad para recabar antecedentes, sin importar dónde estuviesen, y por su ayuda en los trámites de depósito.

A Iván Navas y Felipe Paredes por el tiempo que perdieron buscando, fotocopiando y escaneando artículos y libros para esta tesis, una vez había vuelto a mi país.

A Daniela Marzi, por su traducción al italiano del resumen.

A Raquel González, quien me ha ayudado en la corrección formal del texto.

A Jaime J., Shikara, Chamo, Felipe, Miguel, Juan Pablo, Lorena, Jesús, con quienes compartí largas jornadas en la Sala de Doctorandos de la UPF (nuestra inolvidable “ratonera”), por hacer de ella el mejor lugar para trabajar.

A mis amigos Christian V., Jaime B., Jaime V. y Juan Pablo S, con quienes he compartido el esfuerzo de hacer una tesis doctoral.

A los funcionarios administrativos, profesores y autoridades de la Universitat Pompeu Fabra, por acogerme de la forma que lo hicieron. En especial, mi gratitud a David Felip, por su apoyo y generosidad en el tiempo que trabajé como su colaborador.

Por último, a la Universitat Pompeu Fabra por aceptarme como parte de su comunidad y, en especial, por facilitar mis estudios a través de dos becas, sin las cuales no podría haber concluido este largo camino.

RESUMEN

El presente trabajo trata acerca de la subsanación de los defectos procesales en el procedimiento civil español. Se funda en la tesis de la subsanación como el mecanismo prioritario de eliminación de imperfecciones, por sobre la nulidad o la inadmisión, lo que se explica por la clara inspiración antiformalista del sistema procesal vigente y, al menos en lo que respecta a las actuaciones de parte, por el influjo de la tutela judicial efectiva, como garantía procesal de rango constitucional.

La investigación comienza situando histórica y conceptualmente la subsanación, para luego analizarla dentro del contexto de la teoría de la invalidez procesal y concluir estudiando sus aspectos procedimentales más relevantes. Todo lo anterior, con el objetivo de elaborar un estudio sistemático de una institución que ha adquirido gran trascendencia práctica, pero ha gozado de poca atención por parte de la doctrina.

RIASSUNTO

Il presente lavoro versa sulla sanatoria dei vizi processuali nel processo civile spagnolo. Si fonda sulla tesi della sanatoria come meccanismo prioritario di eliminazione dei vizi, rispetto alla nullità o all'inammissibilità, la qual cosa si spiega alla luce della chiara ispirazione antiformalista del sistema processuale in vigore e, quantomeno per ciò che riguarda i comportamenti di parte, all'influsso della tutela giudiziaria effettiva, come garanzia processuale di livello costituzionale.

La ricerca incomincia inquadrando la sanatoria dal punto di vista storico e concettuale, per poi analizzarla all'interno del contesto della teoria dell'invalidità processuale per concludere studiando i suoi aspetti procedurali più rilevanti. Tutto ciò precisato, con l'obiettivo di elaborare uno studio sistematico di un istituto che ha acquisito grande trascendenza pratica, ma che ha ricevuto poca attenzione dalla dottrina.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	13
I. Objeto y justificación de la investigación	13
II. Ámbito del estudio y consideraciones de método.	15
CAPÍTULO PRIMERO: LA SUBSANACIÓN EN EL PROCESO CIVIL	
ESPAÑOL	17
I. Historia y regulación actual de la subsanación en el derecho procesal civil español	17
I.1. Historia de la subsanación en la legislación procesal española	17
A. <i>La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: la precariedad del silencio</i>	18
B. <i>Ley de Tribunales Industriales de 1912: la subsanabilidad de los defectos de la demanda</i>	22
C. <i>Ley de Bases de la Justicia Municipal: la subsanación como regla</i>	24
D. <i>Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Ley de Procedimiento Administrativo: sentando las bases para el futuro</i>	26
E. <i>El artículo 24.1 de la Constitución de 1978 y la jurisprudencia del TC: el inicio del auge de la subsanación</i>	28
F. <i>Ley 34/1984: El antiformalismo llega a la LEC 1881</i>	35
G. <i>La Ley Orgánica del Poder Judicial: la consagración y consolidación de la subsanación como regla</i> 37	
H. <i>La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: el artículo 231 y otras manifestaciones</i>	40
I. <i>La Ley Orgánica 19/2003: en búsqueda de la unificación</i>	43
J. <i>Últimas modificaciones menores: Leyes 13/2009 y 37/2011</i>	45
I.2. Regulación actual de la subsanación con incidencia en el proceso civil	46
II. Delimitación del concepto de subsanación	47
II.1. Introducción	47
II.2. El paso de la irregularidad a la ineficacia	48
II.3. Diversos significados atribuidos al término subsanación	55
A. <i>Significado común del término subsanación</i>	56
B. <i>Uso por la doctrina del término subsanación</i>	57
a. <i>Como cualquier medio que tenga por resultado la validez del acto irregular</i>	58
b. <i>Como cualquier conducta que dé validez al acto originalmente inválido o que genere otro acto válido</i>	59
c. <i>Como forma de dar validez al acto inválido</i>	59
d. <i>Como corrección del acto inválido</i>	60
C. <i>Uso del término subsanación por la legislación procesal civil</i>	61
D. <i>Uso del término subsanación por la jurisprudencia</i>	65
E. <i>Hacia una definición de subsanación</i>	67
F. <i>Conceptos afines a la subsanación</i>	69
III. Fundamentos de existencia y prevalencia de la subsanación	71
III.1. Fundamento de existencia de la subsanación: la instrumentalidad de los requisitos procesales	71
A. <i>El fundamento de la existencia de la subsanación no es la tutela judicial efectiva</i>	71
B. <i>El carácter instrumental del derecho procesal como fundamento de existencia de la subsanación</i> 73	
a. <i>Precisión: las distintas dimensiones en que se emplea la noción instrumental</i>	73
b. <i>Qué supone el carácter instrumental del derecho procesal</i>	74

c. <i>¿Un obstáculo a la consideración instrumental? El derecho procesal y las garantías constitucionales de carácter procesal.....</i>	78
C. <i>La consideración instrumental del derecho procesal y la subsanación.....</i>	80
III.2. La tutela judicial efectiva como determinante de la prevalencia de la subsanación en el ordenamiento procesal civil español.....	84
A. <i>Significado y relevancia de la prevalencia de la subsanación.....</i>	84
B. <i>Bases constitucionales de la preeminencia de la subsanación: la doctrina jurisprudencial de la tutela judicial efectiva.....</i>	85
a. <i>Nociones generales.....</i>	85
b. <i>La tutela judicial efectiva no solo es un derecho, sino, también, una garantía</i>	87
c. <i>La tutela judicial efectiva como derecho de configuración legal.....</i>	88
d. <i>Delimitación del contenido de la tutela judicial efectiva.....</i>	89
d.1. <i>Dificultades.</i>	89
d.2. <i>Primera exclusión del contenido de la tutela judicial: su diferenciación con la prohibición de indefensión.....</i>	91
d.3. <i>Contenido de la tutela judicial efectiva. Insuficiencia del estudio directo de las distintas manifestaciones de la tutela judicial. Necesidad de un estudio a partir de los diversos cánones de control.....</i>	93
e. <i>El principio pro actione.....</i>	95
e.1. <i>El principio pro actione como mandato de proporcionalidad en la interpretación de la ley procesal.....</i>	95
e.2. <i>Manifestaciones de la tutela judicial efectiva protegidas por el principio pro actione.....</i>	100
e.2.1. <i>El derecho de acceso al proceso.....</i>	100
e.2.1.1. <i>Es inseparable lógica e históricamente de la tutela judicial efectiva.....</i>	100
e.2.1.2. <i>Dentro de él, se pueden diferenciar dos expresiones.</i>	102
e.2.1.2.1. <i>El derecho a la no exclusión de asuntos del conocimiento de los tribunales.</i>	102
e.2.1.2.2. <i>El derecho a la admisión como una primera respuesta judicial.</i>	104
e.2.2. <i>Derecho a una sentencia de fondo.</i>	106
e.3. <i>Prevalencia de la subsanación como expresión del principio pro actione.....</i>	108
f. <i>El mandato de no arbitrariedad como canon constitucional.....</i>	110
f.1. <i>Nociones generales. Justificación de su estudio solo parcial.</i>	110
f.2. <i>La irrazonabilidad o arbitrariedad como canon de control.....</i>	113
f.2.1. <i>Delimitación conceptual.....</i>	113
f.2.2. <i>Especies de test de razonabilidad que aplica el TC: la distinción entre la razonabilidad lógica y la jurídica.</i>	116
f.2.3. <i>Proscripción de resoluciones fundadas en un error patente: la vertiente fáctica del test de razonabilidad.....</i>	120
f.3. <i>El derecho a los recursos legalmente establecidos bajo el canon de razonabilidad.....</i>	121
f.3.1. <i>No hay un derecho genérico al recurso.</i>	121
f.3.2. <i>Contenido del derecho al recurso.....</i>	123
f.3.3. <i>Vulneración del derecho al recurso.</i>	124
f.3.4. <i>Preeminencia de la subsanación en el derecho al recurso legalmente establecido.</i>	127
g. <i>Alcance de la regla de prevalencia de la subsanación derivado de la tutela judicial efectiva: su efecto irradiador.....</i>	129

g.1. En principio, la prevalencia que impone la subsanación es solo limitada a las manifestaciones de la tutela judicial efectiva protegidas por el principio pro actione.....	129
g.2. El efecto irradiador de la tutela judicial efectiva.....	131
g.2.1. <i>La tutela judicial efectiva determina el contenido del ordenamiento procesal más allá de su ámbito directo, determinando la existencia de un principio favorable a la subsanación.</i>	131
g.2.2. <i>Alcance del principio prosubsanación.</i>	134
CAPÍTULO SEGUNDO: El objeto de la subsanación: el acto procesal inválido y subsanable.....	137
I. La subsanación en el contexto de la invalidez procesal: el acto procesal inválido.....	137
I.1. Nociones previas.....	137
A. <i>Ámbito del estudio.</i>	137
B. <i>El acto procesal como objeto de la subsanación. Su diferencia con la nulidad.</i>	138
I.2. Formas de entender la invalidez del acto procesal.....	139
A. <i>Imposibilidad de aplicar la doctrina civil a la determinación de la validez de los actos procesales</i>	139
B. <i>Insuficiencias de la doctrina tradicional de la nulidad de los actos procesales.</i>	143
a. <i>Rasgos generales de la doctrina tradicional.</i>	143
b. <i>Dificultades.</i>	147
c. <i>Imposibilidad de reconstruir el régimen actual de la nulidad procesal a través de la concepción tradicional de la nulidad.</i>	151
C. <i>La nulidad como técnica de protección.</i>	155
a. <i>La nulidad no puede ser entendida como forma de ser del acto ni como sanción</i>	155
b. <i>La nulidad como técnica de protección</i>	160
I.3. Determinación de la invalidez del acto.....	161
A. <i>Esquema general</i>	161
B. <i>La irregularidad procesal como condición necesaria de toda invalidez</i>	162
a. <i>Noción de irregularidad</i>	162
b. <i>Características y consecuencias del juicio de regularidad</i>	163
c. <i>Modelo normativo que determina la regularidad de los actos</i>	165
c.1. <i>Es un modelo procesal.</i>	165
c.2. <i>Es un modelo que no se agota en la regulación inmediata del acto.</i>	166
c.2.1. <i>La necesidad de entender al acto procesal como un acto integrado en el proceso.</i>	166
c.2.2. <i>La influencia de las garantías constitucionales, en especial de la indefensión.</i>	167
d. <i>Regulación en el ordenamiento procesal civil de la irregularidad</i>	172
C. <i>Determinación de la validez de los actos irregulares</i>	173
a. <i>Finalidad del juicio de validez.</i>	173
b. <i>La invalidez como resultado de un juicio valorativo, dinámico y particularizado</i>	175
c. <i>El juicio de invalidez es un asunto de protección.</i>	176
d. <i>Determinación de los parámetros de relevancia en el sistema de invalidez procesal civil español</i>	177
d.1. <i>Panorama de los motivos de invalidez.</i>	178
d.2. <i>Parámetros de invalidez que, a priori, aparecen en el sistema procesal civil.</i>	180
d.2.1. <i>La indefensión.</i>	180
d.2.2. <i>La afectación de alguna de las garantías del artículo 24 CE.</i>	183
d.2.3. <i>La vulneración de garantías constitucionales susceptibles de amparo.</i>	184
d.2.4. <i>El cumplimiento del fin del acto.</i>	186

d.2.5. <i>La infracción a las normas procesales reguladoras de la sentencia.</i>	186
d.3. <i>La indefensión, las garantías del artículo 24 CE y las garantías constitucionales amparables como un solo criterio de validez.</i>	187
d.3.1. <i>Necesidad de reducir los criterios constitucionales de validez de los actos procesales a uno solo.</i>	187
d.3.2. <i>El artículo 24 CE como criterio de validez de carácter constitucional.</i>	190
e. <i>Estudio particularizado de los criterios de validez.</i>	193
e.1. <i>Las garantías del artículo 24 CE como criterio de validez de los actos procesales.</i>	193
e.1.1. <i>Garantías que se incluyen dentro del control. Imposibilidad de su tratamiento detallado.</i>	193
e.1.2. <i>La indefensión.</i>	194
e.1.2.1. <i>El origen de la noción de indefensión en el ordenamiento procesal español.</i>	195
e.1.2.2. <i>Dificultades para delimitar la prohibición de indefensión de otras garantías constitucionales.</i>	196
e.1.2.3. <i>En qué consiste la indefensión.</i>	197
e.1.2.4. <i>Improcedencia de la distinción entre indefensión formal y material.</i>	201
e.1.3. <i>La tutela judicial efectiva.</i>	204
e.1.3.1. <i>Remisión. Inaplicabilidad de los cánones constitucionales.</i>	204
e.1.3.2. <i>El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.</i>	205
e.1.3.3. <i>Derecho a una sentencia congruente.</i>	213
e.1.3.3.1. <i>La incongruencia por omisión.</i>	213
e.1.3.3.2. <i>La incongruencia por exceso.</i>	215
e.1.3.4. <i>Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes.</i>	216
e.1.3.4.1. <i>Relación con la tutela judicial efectiva. Ambito de aplicación.</i>	217
e.1.3.4.2. <i>Contenido.</i>	218
e.1.3.5. <i>Derecho a la intangibilidad de las resoluciones.</i>	219
e.1.3.6. <i>El derecho a la tutela cautelar.</i>	221
e.1.4. <i>El proceso con todas las garantías.</i>	223
e.1.5. <i>Los distintos niveles de exigencia de las garantías.</i>	226
e.2. <i>Cumplimiento de la finalidad del acto.</i>	228
e.2.1. <i>Ámbito del criterio. Alcance de la noción de forma.</i>	228
e.2.2. <i>Justificación.</i>	230
e.2.3. <i>Determinación.</i>	231
e.2.4. <i>Algunos alcances acerca de su contenido.</i>	232
e.2.4.1. <i>No es una técnica de convalidación.</i>	232
e.2.4.2. <i>Es un criterio que hace más exigente el análisis de la validez.</i>	233
e.2.4.3. <i>Diferenciación del cumplimiento del fin de la indefensión y del resto de las garantías procesales del artículo 24 CE.</i>	234
e.2.4.5. <i>¿Son siempre fungibles las formas? Posibles límites a la validación de los actos irregulares que han cumplido su fin.</i>	236
e.3. <i>La infracción a las normas procesales reguladoras de la sentencia.</i>	237
e.4. <i>Un motivo de invalidez no explicitado: la mala fe procesal.</i>	240
e.4.1. <i>Regulación y alcance del deber de buena fe procesal.</i>	240
e.4.2. <i>La invalidez como consecuencia de la mala fe procesal.</i>	243
D. Casos en los que la irregularidad equivale a la invalidez	244
I.4. <i>La convalidación del acto inválido</i>	246
A. <i>Aspectos generales.</i>	246
a. <i>Concepto</i>	246
b. <i>Clases.</i>	247

c. Fundamentos.....	248
d. La convalidación como situación excluyente de la subsanación.....	249
B. Tratamiento de la convalidación en las regulaciones más tradicionales de nulidad procesal y sus consecuencias en la imprecisión conceptual actual.....	250
C. La convalidación en el sistema de la LOPJ y LEC.....	252
a. La, al menos en apariencia, desmejorada situación de la convalidación.....	252
b. Análisis del estatuto de la convalidación.....	253
II. El acto procesal subsanable.....	256
II.1. Cuestiones previas.....	257
A. Contextualización.....	257
B. El papel de la jurisprudencia del TC en la determinación de la subsanabilidad de los actos.....	258
II.2. La subsanabilidad como regla.....	261
A. Contenido.....	261
B. ¿De dónde se deduce la existencia de una regla favorecedora de la subsanación?.....	262
C. Críticas y la necesidad de ciertos límites a la regla de la subsanabilidad.....	264
D. Límites a la subsanabilidad.....	265
a. Introducción.....	265
b. Insubsanabilidad estructural.....	266
b.1. Noción.....	266
b.2. Vulneración de la inmediación.....	267
b.3. La mala fe procesal.....	270
c. Insubsanabilidad legal.....	270
c.1. Noción.....	270
c.2. Consideraciones hermenéuticas en la determinación de la insubsanabilidad legal.....	271
c.3. Casos de insubsanabilidad legal.....	273
c.3.1. Falta de capacidad para ser parte.....	273
c.3.2. Falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.....	277
c.3.3. Infracción a las normas de reparto de los asuntos.....	278
c.3.4. Falta de copias de escritos y documentos.....	279
c.3.5. Incumplimiento de los requisitos temporales por las partes.....	284
c.3.6. Falta de abono, consignación, depósito o aval para recurrir.....	286
c.3.7. Defectos de fundamentación en la interposición, en especial el de casación.....	289
d. Insubsanabilidad derivada de la afectación de los derechos de la contraparte.....	292
d.1. Existencia.....	292
d.2. Condiciones de la afectación.....	293
d.3. Afectación de los derechos a la intangibilidad y a la ejecución de las resoluciones judiciales como límites a la subsanación.....	294
d.4. Dos situaciones de difícil configuración como límite: las dilaciones indebidas y la afectación de la igualdad en la aplicación de la ley.....	296
e. La conducta de la parte como determinante de la insubsanabilidad del defecto.....	297
e.1. Origen.....	297
e.2. Ámbito del criterio.....	299
e.3. Contenido.....	300
e.3.1. El aporte del TC.....	300
e.3.2. Interpretación jurisprudencial de la exigencia de comportamiento del artículo 231 LEC, antes de la Ley 13/2009.....	302
e.3.3. Una propuesta de interpretación.....	306
e.3.3.1. Justificación de la permanencia de la limitación después de la Ley 13/2009.....	306
e.3.3.2. Irrelevancia de las manifestaciones genéricas de voluntad subsanatoria.....	308

e.3.3.3. <i>El juicio de comportamiento como análisis global de las actuaciones de la parte respecto del defecto.</i>	309
e.3.3.4. <i>Estándar de comportamiento exigible a las partes.</i>	311
E. <i>Otros límites a la subsanabilidad propuestos por la doctrina y la jurisprudencia</i>	313
a. <i>La insubsanabilidad de las omisiones</i>	313
a.1. <i>Planteamiento</i>	313
a.2. <i>Inexistencia actual del límite e inconveniencia de su implantación.</i>	314
a.3. <i>Delimitación entre la omisión y el acto defectuoso.</i>	316
b. <i>Menoscabo a la regularidad del procedimiento</i>	318
c. <i>La gravedad del defecto.</i>	319
CAPÍTULO TERCERO: Aspectos procedimentales de la subsanación	321
I. Aspectos procedimentales de la subsanación de los actos de parte	321
I.1. Necesaria distinción entre actuaciones de parte y del órgano judicial	321
I.2. Sujetos de la subsanación	322
A. <i>El sujeto activo de la subsanación</i>	322
B. <i>El deber del órgano judicial de propender la subsanación</i>	323
I.3. El procedimiento de subsanación	325
A. <i>No existe, ni es indispensable, un procedimiento subsanatorio de aplicación general</i>	325
B. <i>Requisitos de los procedimientos subsanatorios</i>	327
a. <i>Sentido y ámbito de aplicación</i>	327
b. <i>Necesidad del procedimiento</i>	328
c. <i>Precisión del requerimiento</i>	329
d. <i>Plazo suficiente para hacer posible la subsanación</i>	330
e. <i>¿Es necesario que el tribunal advierta de las consecuencias de la no subsanación?</i>	332
C. <i>Procedimientos de subsanación establecidos en la LEC y la LOPJ. Especial referencia a la audiencia previa</i>	332
a. <i>Introducción</i>	332
b. <i>Procedimientos de subsanación en la fase de admisión de la demanda</i>	333
c. <i>La audiencia previa y su función saneadora</i>	337
c.1. <i>Origen y antecedentes</i>	337
c.2. <i>La audiencia previa en la LEC. Sus funciones</i>	340
c.3. <i>La función saneadora de la audiencia previa. Procedimientos de subsanación en ella</i>	342
c.4. <i>¿Son aplicables los procedimientos subsanatorios de la audiencia previa en el juicio verbal?</i>	350
d. <i>Procedimientos de subsanación en los recursos</i>	352
e. <i>Subsanación de los defectos procesales de la demanda ejecutiva</i>	355
I.4. El acto subsanador	356
A. <i>El acto subsanador debe ser un acto procesal o reflejarse en un acto de esta especie</i>	356
B. <i>El acto subsanador no necesariamente se identifica con el defecto por subsanar</i>	357
C. <i>Conductas que pueden constituir la subsanación. Límite</i>	357
I.5. Consecuencias de la subsanación y no subsanación de los actos defectuosos	359
A. <i>Calificación de la suficiencia del acto subsanatorio</i>	359
B. <i>Efecto de la subsanación: la validación del acto ex tunc</i>	360
C. <i>Efecto de la no subsanación: la ineficacia</i>	362
a. <i>Improcedencia de subsanaciones sucesivas</i>	362
b. <i>La invalidez, y consecuente ineficacia, como efectos propios de la no subsanación. Aparentes excepciones. Formas de implementarla</i>	363

c.	<i>Formas de implementar la ineficacia en los actos de parte</i>	365
c.1.	<i>La inadmisión.</i>	365
c.1.1.	<i>La inadmisión como técnica propia de los procedimientos. Ámbito de aplicación...</i>	365
c.1.2.	<i>Dificultades del concepto de inadmisión. Necesidad de revisión de la noción tradicional.</i>	368
c.1.3.	<i>Funciones de la inadmisión.</i>	371
c.1.3.1.	<i>Función original de la inadmisión: como controladora de la validez e idoneidad de los actos de las partes.</i>	371
c.1.3.2.	<i>Como desestimación in limine.</i>	372
c.1.3.2.1.	<i>Evidente falta de plausibilidad.</i>	374
c.1.3.2.2.	<i>Abuso, fraude o mala fe procesal.</i>	377
c.1.3.3.	<i>Como medio de objetivación de los recursos.</i>	379
a.3.3.1.	<i>Recurso de casación.</i>	380
a.3.3.2.	<i>Amparo constitucional.</i>	382
c.1.3.4.	<i>En conclusión, la inadmisión como técnica multipropósito.</i>	385
c.1.4.	<i>La inadmisión en el contexto de la invalidez.</i>	386
c.1.4.1.	<i>Relación con la nulidad.</i>	386
c.1.4.2.	<i>Excepcionalidad de la inadmisión.</i>	389
c.1.4.3.	<i>Forma de implementar el examen de admisión.</i>	390
c.1.4.4.	<i>Efectos.</i>	393
c.2.	<i>El sobreseimiento.</i>	394
c.2.1.	<i>Noción. Su uso en el proceso civil.</i>	394
c.2.2.	<i>El sobreseimiento en el contexto de la invalidez.</i>	396
c.3.	<i>La nulidad (remisión).</i>	398
II.	Aspectos procedimentales de la subsanación de los actos del órgano judicial.	
II.1.	Consideraciones generales	398
II.2.	Vías para obtener la subsanación de las resoluciones judiciales	399
A.	<i>Principio de legalidad</i>	399
B.	<i>Sujeto de la subsanación</i>	400
C.	<i>Vías de subsanación directas</i>	401
a.	<i>Aclaración</i>	401
b.	<i>Rectificación de errores materiales o aritméticos</i>	403
c.	<i>Complemento de omisiones o defectos que sean necesarios para llevar a efectos autos y sentencias</i>	404
d.	<i>Complemento de omisiones o defectos de pronunciamientos</i>	405
e.	<i>¿Procede la aplicación del artículo 227.2 LEC para subsanar de oficio resoluciones?</i>	406
f.	<i>¿Puede ser el incidente de nulidad de actuaciones un medio para subsanar resoluciones defectuosas?</i>	410
D.	<i>Los recursos</i>	410
a.	<i>Introducción</i>	410
b.	<i>Los recursos de reposición y de revisión</i>	412
c.	<i>El recurso de apelación</i>	413
d.	<i>El recurso extraordinario por infracción procesal</i>	417
E.	<i>El acto subsanador</i>	418
II.3.	La subsanación en las comunicaciones procesales	419
A.	<i>La llamada subsanación del artículo 166.2 LEC</i>	419
B.	<i>¿Se puede dar una auténtica subsanación en las comunicaciones procesales?</i>	422
II.4.	Consecuencias de la subsanación y no subsanación de los defectos	423

A. Efecto de la subsanación: la validación del acto <i>ex nunc</i>	423
B. Efecto de la falta de subsanación: la ineficacia a través de la nulidad	424
a. La nulidad como única forma de implementar la ineficacia de las actuaciones judiciales inválidas	424
b. La ineficacia	426
c. Alcance de la nulidad: la nulidad derivada y el principio de conservación	427
c.1. Planteamiento del tema.....	427
c.2. La nulidad derivada.....	427
c.2. El principio de conservación.	428
CONCLUSIONES.....	433
BIBLIOGRAFÍA.....	439

ABREVIATURAS

AA	Audiencia Provincial
AAP	Auto Audiencia Provincial
AA.VV	Autores varios
ATC	Auto Tribunal Constitucional
ATS	Auto Tribunal Supremo
ATSJ	Auto Tribunal Superior de Justicia
CE	Constitución Española de 1978
DA	Disposición adicional
DT	Disposición transitoria
ed.	Edición
FJ	Fundamento jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000
LEC 1855	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855
LEC 1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa
LJCA 1956	Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa de 27 de diciembre de 1956
LJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
LO	Ley orgánica
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial
LOTIC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LPA 1958	Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958
LPL	Ley de Procedimiento Laboral de 1995
LPL 1979	Ley de Procedimiento Laboral de 1979
Nº	Número
p.	Página
reimp.	Reimpresión.
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
ss.	Siguientes
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STJS	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
t.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

“Es un antiguo error de la construcción jurídica el creer que los conceptos de derecho privado se convierten en públicos o procesales, por agregárseles el epíteto de público o proceso. Cabe admitir que las categorías del derecho privado son los puntos de apoyo con cuya ayuda todas las disciplinas jurídicas han de aprender el arte de la construcción. Pero después de haber superado la época infantil, toda nueva disciplina jurídica ha de abandonarlos y buscar las categorías que le son adecuadas” (James GOLDSCHMIDT, *Teoría General del Proceso, Labor*, Barcelona, 1936, p. 13).

I. Objeto y justificación de la investigación.

A partir de la tendencia antiformalista que ha prevalecido en las últimas tres décadas en todos los ámbitos del derecho procesal en España y, fruto de ello, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), en especial en lo referente a la tutela judicial efectiva, se ha debido reinterpretar primero, y reelaborar después, la forma de entender el proceso y, en especial, el cumplimiento de los requisitos procesales para interiorizar la idea de que las formas no son más que medios de protección de las garantías de las partes y no entidades sustantivas con valor propio.

En este contexto, la figura de la subsanación ha adquirido una importancia insospechada e inusitada si se compara con lo que ocurría hasta hace poco tiempo y con lo que aún ocurre en otros ordenamientos. De ser un mero apéndice de la teoría de la nulidad ha pasado a ser una institución que goza de preeminencia dentro del ámbito de las irregularidades procesales, dejando a la nulidad y a la inadmisión como instrumentos secundarios que deben ser ocupados, en muy pocas ocasiones, solo cuando la subsanación no se haya verificado o no se pueda verificar.

A pesar de su importancia práctica, que es reconocida por muchos autores, la subsanación no ha tenido el tratamiento sistemático que merece. En general, la doctrina la trata como un apartado final dentro del tema de la nulidad o como una manifestación de la tutela

judicial efectiva. Son solo unos pocos los estudios sobre la invalidez procesal los que se han preocupado con alguna profundidad del tema. Este tratamiento insuficiente ha redundado en una escasa comprensión de la institución, en confusión sobre lo que es y en poco análisis, tanto de sus características, como de sus límites. Todo esto justifica y hace necesario un estudio acerca de la subsanación en el ordenamiento procesal español que venga, al menos, a proponer una comprensión de la institución en su integridad y que la sitúe dentro de la teoría general del proceso.

El examen profundo del tema propuesto exige necesariamente una revisión conceptual de la tutela judicial efectiva y de la invalidez procesal. La primera porque se suele identificar como su fundamento y como el punto de partida de su auge a la doctrina que ha construido el TC a partir del artículo 24.1 de la Constitución. La segunda, debido a que es, precisamente en su contexto, en el que se concibe y entiende la subsanación, aunque menos vinculada a la nulidad de lo que se suele decir y más relacionada con otro tema olvidado, como es el de la inadmisión, al que se le prestará especial atención.

Este trabajo parte desde algunas premisas que inspiran el acercamiento que se ha hecho al objeto de estudio. El punto de partida de todas ellas es el de valorar positivamente el tránsito hacia el antiformalismo que se ha verificado en la forma de entender las normas procesales, que suponen ver al derecho procesal como el principal instrumento que tiene el sistema jurídico para entregar las tutelas que el derecho material ofrece, concepción que condiciona el entendimiento de la invalidez procesal como una técnica destinada principalmente a proteger las garantías procesales de las partes. Los aportes de SANTAMARÍA PASTOR, HERNÁNDEZ GALILEA y otros son los cimientos sobre los que se construirá lo que se pueda aportar en esta investigación.

En este escenario de antiformalismo, se entiende algo que hace tiempo se viene diciendo y que constituye una tesis central de esta investigación: la subsanación debe cumplir un papel central en la eliminación de defectos procesales, por las ventajas que ofrece respecto de las técnicas que generan ineficacia (nulidad e inadmisión), en especial por permitir un resolución sobre el fondo del asunto (que es para lo que se recurre al órgano jurisdiccional); no afectar derechos sustantivos de las partes y ser menos agresivo para el proceso que la retroacción de las actuaciones.

II. Ámbito del estudio y consideraciones de método.

El ámbito del estudio se ha circunscrito al proceso civil español, aunque buena parte de lo que se diga es perfectamente aplicable a otras áreas del derecho procesal. Se ha tomado como base la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 (LEC 2000), sin perjuicio del resto de disposiciones aplicables, en especial de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985 (LOPJ).

El análisis que se pretende llevar a cabo es básicamente doctrinal. Aunque se recurrirá a la jurisprudencia cada vez que parezca pertinente, no busca este ser un estudio de lo que dicen los tribunales acerca de determinados asuntos ni ser exhaustivo en la consignación de líneas jurisprudenciales. Por ello, se privilegiará la ejemplificación de tendencias jurisprudenciales sobre largos listados de fallos respecto de un mismo asunto.

El trabajo pretende cubrir todos los aspectos más relevantes de la subsanación. Este se ha dividido en tres capítulos. El primer capítulo comienza examinando cómo ha evolucionado el tratamiento de esta institución desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (LEC 1881) hasta nuestros días, para luego conceptualizar la subsanación, tema importante debido a que la vaguedad de la palabra ha generado dificultades considerables que han impedido tener una noción común de ella. Termina tratando sobre su fundamentación, punto en el cual el análisis de la influencia de la tutela judicial efectiva adquiere protagonismo, debido a la estrecha vinculación que se le suele atribuir.

El segundo capítulo analiza al acto procesal subsanable, empezando por situar a la subsanación dentro del contexto de la invalidez procesal. Si bien *a priori* podría parecer una distracción innecesaria, se trata de un tema indispensable para comprender exactamente qué es un defecto procesal y en qué casos requiere de subsanación. La última parte del capítulo se refiere a la subsanabilidad como obvio presupuesto de toda corrección, tema de especial dificultad debido a las escasas referencias que existen sobre esta.

El tercer y último capítulo aborda los aspectos procedimentales de la subsanación. Se

distingue para ello entre los actos de parte y los del tribunal, por tener cauces y lógicas que, aunque no se suelen remarcar, son bastante diversas. Se pone especial acento en los procedimientos más recurrentes, principalmente los que se enmarcan dentro de la audiencia previa, y en las consecuencias que acarrea el hecho de no producirse la subsanación, incluyendo un estudio acerca de la inadmisión que, como se ha dicho, ha sido generalmente dejada de lado por la doctrina.

CAPÍTULO PRIMERO: LA SUBSANACIÓN EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

I. Historia y regulación actual de la subsanación en el derecho procesal civil español

I.1. Historia de la subsanación en la legislación procesal española

Antes de establecer qué se ha de entender por subsanación desde un punto de vista conceptual es menester, para situar el tema en el ordenamiento procesal civil español, analizar el uso que se ha hecho de ella desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (LEC 1881). Solo este estudio histórico permite entender su regulación actual.

Pensar en la subsanación de los defectos procesales como un fenómeno nuevo o postconstitucional es erróneo. Si bien la subsanación ha adquirido un auge inusitado producto de la interpretación que el Tribunal Constitucional (TC) ha hecho del artículo 24.1 de la Constitución de 1978 (CE), la posibilidad de corregir vicios procesales ha estado presente expresa o tácitamente, con carácter sistemático o aislado, en todos los ordenamientos procesales evolucionados¹. Una vez superadas las etapas históricas de formalismo extremo de origen religioso o racional, en las que el más mínimo defecto formal podía suponer, incluso, la pérdida de la causa², se ha concebido, con mayor o menor extensión, la posibilidad de subsanar los defectos procesales.

La historia de la subsanación guarda estrecha relación con la de la nulidad y, más precisamente, con la de la invalidez procesal. Desde la superación de la equivalencia entre

¹ PÉREZ GORDO, A., *Los actos defectuosos y su subsanación en el proceso constitucional*, Librería Bosch, Barcelona, 1989, p. 27; TORRES, S.G., *Nulidades en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2ª ed., 1993, p. 77.

² Destaca MIQUEL, J., *Historia del derecho romano*, PPU, Barcelona, 2ª ed., 1995, p. 54, que en el derecho romano arcaico “quien se equivocara en lo más mínimo perdía el pleito (*uti quit minimum errasset litem perderem*: Gayo IV, II)”. Para la evolución de la función de las formas dentro del proceso, véase ÁLVARO DE OLIVEIRA, C.A., *Del formalismo en el proceso civil (propuesta de un formalismo-valorativo)*, Palestra Editores, Lima, 2007, p. 27 y ss.

actos defectuosos e inexistencia³, y la consiguiente elaboración de otras categorías de ineficacia, se ha dado alguna entrada, no siempre con suficiente amplitud, a la posibilidad de corregir vicios procesales como una forma de prevenir nulidades⁴.

En el presente apartado se estudiarán los hitos más importantes que han permitido que la subsanación pase de ser un tema menor de la teoría de la invalidez a una figura jurídica de relevancia teórica y práctica innegable. A través de este análisis, se puede apreciar cómo dentro de la historia procesal española la fuerza actual de la institución en estudio, si bien se puede considerar un fenómeno reciente, es el fruto de la evolución en la manera de entender las normas procesales, especialmente, durante el siglo XX, y no una consecuencia exclusiva de algún hito histórico en particular.

A. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: la precariedad del silencio

El texto original de la LEC 1881 no contenía una regulación sistemática de la invalidez de los actos procesales, sino una serie de disposiciones dispersas en las que se prescribía la nulidad de actuaciones procesales precisas⁵, como, entre otras, las no autorizadas por el funcionario a quien correspondía dar fe o certificar (artículo 249), las realizadas en días y horas inhábiles (artículo 256) o las practicadas bajo violencia o intimidación (artículo 472)⁶. Esto obligó a construir una doctrina del tema a partir de su artículo 1º, que disponía que “el que haya de comparecer en juicio, tanto en asuntos de la jurisdicción contenciosa como

³ El concepto de nulidad, como se entiende hoy, proviene de la tradición jurídica germánica. En el derecho romano, apunta CALAMANDREI, P., *La casación civil, v. I*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 42, “no se distinguían todavía entre sí los conceptos de anulabilidad o de nulidad subsanable, de nulidad absoluta y de inexistencia del fallo, que hoy representan ideas jurídicas de contenido bien diverso; sino que se tenían dos únicos conceptos antagónicos: el de sentencia válida y el de sentencia inválida, o, si se quiere expresa mejor, el de sentencia jurídicamente existente y el de sentencia inexistente en el mundo jurídico”.

⁴ YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 73.

⁵ MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, Ahr, Barcelona, 1957, p. 87.

⁶ Los pocos casos de nulidad establecidos expresamente a la ley y las constricciones que imponía el llamado “principio de legalidad”- resumido en la imposibilidad de decretar la nulidad en casos no provistos por el legislador- llevó a MORÓN PALOMINO a postular la existencia de la categoría de las nulidades implícitas para explicar aquellos casos en los que, sin existir disposición expresa, se podía reconocer la posibilidad del juez de decretar la nulidad de una actuación defectuosa (véase MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, p. 91).

de la voluntaria, deberá verificarlo ante el juez o tribunal que sea competente y *en la forma prescrita por la ley*⁷, discutiéndose y, en general, concluyendo negativamente, si era aplicable el entonces párrafo primero del artículo 4 del Código Civil que calificaba de nulos a “los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo en los casos en los que la misma ley ordene su validez”⁸.

La falta de tratamiento de la invalidez procesal se extendió a la subsanación: la LEC 1881 no incluía norma general alguna que permitiera afirmar la existencia de una regla favorecedora o, siquiera, reguladora de ella frente a un acto procesal defectuoso. Solo en dos casos se contemplaba expresamente una posibilidad de esta especie, una respecto de una actuación de partes y la otra acerca de una actuación del tribunal: (1) en la regulación de la separación de la apelación permitía subsanar la presentación del apelante por insuficiencia del poder del procurador o por falta de capacidad del litigante (artículos 847 y 848); y (2) también dentro de la tramitación del recurso de apelación, se facultaba al recurrente a pedir en un otrosí, la subsanación del quebrantamiento de una forma esencial del juicio de las que dan lugar al recurso de casación que ya hubiese sido solicitada y desestimada en primera instancia (artículo 849).

Aunque no había norma expresa que así lo consagrara expresamente, la eliminación de la norma que se contenía en el artículo 226 LEC 1855, que establecía que los jueces debían de oficio repeler “las demandas no formuladas con claridad y que no se acomodáren a las reglas establecidas”, se consideró como un avance en el sentido de que con ella se entendió que podían subsanarse los defectos contenidos en la demanda, evitando la inadmisión⁹.

⁷ Se ha agregado la cursiva. Sobre el punto, SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Actos procesales ineficaces" en SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de derecho procesal*, Ariel, 1969, Barcelona, p. 459.

⁸ Por todos, MÁRQUEZ CABALLERO, J., "Nulidad y subsanación "ex officio" en el proceso civil" en *Revista de Derecho Procesal*, v. 1, 1945, p. 19; GUASP, J., *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 2ª ed., 1961, p. 291.

⁹ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, v. III, Reus, Madrid, 4ª ed., 1919, p. 39; BECEÑA GONZÁLEZ, F., "El valor jurídico de la demanda" en *Revista de Derecho Privado*, nº 7, 1920, p. 47; NIEVA FENOLL, J., *Enjuiciamiento prima facie: aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 110. Sobre el artículo en cuestión, DE VICENTE Y CARAVANTES, J., *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, v. II, Imprenta de Gaspar y Roig, Madrid, 1856, p. 47, pone en evidencia lo imperativo de la norma contenida en él: “Según práctica anterior a la nueva ley, aun cuando la oscuridad versase sobre cosa sustancial, no se repelía por el juez la demanda, sino que pedía el demandado se mandase al actor que la aclarase, a lo que se refería, y hasta que este lo practicaba, no la contestaba aquel ni corría el término de la contestación.(...) Mas en el día,

Algo similar ocurría respecto a las excepciones dilatorias, en donde, si bien no había una norma que así lo estipulase (tampoco la había en la LEC 1855), no había duda de que el demandante podía subsanar algunas de ellas¹⁰.

El silencio de la LEC 1881 no era lo único que hacía al ordenamiento procesal civil de la época poco propicio para la subsanación, al menos en su primera etapa. La manera de entender las formas procesales de la jurisprudencia tampoco ayudaba demasiado. Cada vez que tenía la oportunidad, el Tribunal Supremo (TS) se ocupaba de remarcar el carácter indisponible de las normas procesales¹¹. Así, dejando en evidencia los primeros influjos de la doctrina procesal germánica e itálica en España, en la STS de 20 de enero de 1930, se declaraba que “las leyes procesales son de orden público, por constituir una garantía del ejercicio de las acciones y excepciones de las partes comparecientes, sin que sea a estas lícito, ni tampoco a los Tribunales, prescindir de sus ritualidades”¹². Todo esto llevó a PRIETO-CASTRO a afirmar que, dentro del excesivo formalismo de la LEC 1881, la regla era la insubsanabilidad de los actos procesales¹³. En la misma línea, CHAMORRO BERNAL sostiene que en este período “existía una jurisprudencia del Tribunal Supremo que hacía muy difícil reparar defectos o desaciertos procesales”¹⁴.

A pesar de todo lo expuesto, hay antecedentes que permiten, cuando menos, matizar el panorama en exceso formalista que se ha descrito hasta el momento. La carencia de regulación hizo que el tema de la subsanación, en este período, haya sido un asunto eminentemente de elaboración jurisprudencial. Si bien existen múltiples fallos, como el recién citado, que se fundan en una postura que impediría todo tipo de subsanación, nunca

disponiendo preceptivamente el artículo 226 (y no potestativamente como hace el art- 45 de la ley de Enjuiciamiento mercantil), que los jueces repelan de oficio, esto es, sin necesidad de petición de parte dichas demandas, deberán practicarlos así, y si no lo hicieran podrá imponerse las correcciones disciplinarias de que tratan los artículos 43 y siguientes, y que exponremos en su lugar. El juez deberá repeler esta demanda con la cláusula: *se repele esta demanda por adolecer de vicio de oscuridad*”.

¹⁰ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, p. 92; PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, v. I, Librería General, Zaragoza, 1946, p. 279.

¹¹ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Actos procesales ineficaces*, p. 459.

¹² Citada por FENECH NAVARRO, M., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo: 1 abril 1881 a 31 diciembre 1953*, v. I, Aguilar, Madrid, 1956, p. 11.

¹³ PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, p. 223. Acerca de la desconfianza que la subsanación generaba en esta autor, véase *infra* p. 249.

¹⁴ CHAMORRO BERNAL, F., *El artículo 24 de la Constitución*, v. 1. *El Derecho de libre acceso a los tribunales*, Iura, Barcelona, 2005, p. 663.

se cerró del todo esta posibilidad, al menos respecto de ciertos defectos procesales. En este sentido, y dentro de una jurisprudencia no suficientemente uniforme sobre el tema de la subsanabilidad, aparece como emblemática la STS de 12 de mayo de 1897 que declara enmendables todos los defectos que daban lugar al recurso de casación en la forma¹⁵. Aunque criticada como demasiado general y, por tanto, no del todo exacta, permite, al menos, dejar sentado, en concordancia con otra jurisprudencia posterior, que, aunque la nomenclatura en algunos casos era otra, eran subsanables los defectos que hoy se consideran relativos a la capacidad para ser parte y procesal, a la legitimación y a la representación¹⁶. Este criterio jurisprudencial permitió que MORÓN PALOMINO, contradiciendo a PRIETO-CASTRO, afirmara ya en 1957, que la sanación de los defectos procesales “es regla en nuestro derecho”¹⁷.

Con todo, se debe tener presente que el asunto de los actos subsanables no es la única perspectiva desde la que se puede apreciar el estado de la cuestión en esa época. Si bien se observa cierta apertura en cuanto a los actos subsanables, las condiciones bajo las cuales se podía hacer efectiva la subsanabilidad no eran demasiado generosas. Ejemplo de esto es la STS de 14 de junio de 1945 que, si bien considera subsanable la falta de firma del letrado en el recurso, la limita a que se haga dentro del plazo para la interposición del recurso, negando la posibilidad de que el juez otorgue un plazo adicional para esto, por considerarlo una extensión de un plazo improrrogable¹⁸.

¹⁵ Citada por MÁRQUEZ CABALLERO, J., *Nulidad y subsanación "ex officio" en el proceso civil*, p. 21.

¹⁶ PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, p. 279; GUASP, J., *Derecho procesal civil*, p. 648.

¹⁷ MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, p. 176.

¹⁸ “Que si bien el Juez de primera instancia de Lalín se hallaba facultado para exigir la subsanación de la falta de firma del letrado, y así lo reconoce el auto recurrido, aunque lo niega el recurrente, no le estaba permitido ampliar el término que para la interposición del recurso fija el art. 382 de la Ley, que fue lo que propuso dicho Juez al conceder, el último día del término, un plazo de cinco días para la indicada subsanación, con lo cual, de hecho, prorrogó un término improrrogable, contrariando la prohibición categórica que sin excepción alguna y en interés público establece el citado Decreto en sus artículos 1º y 2º [se refiere al Decreto ley de 4 de abril de 1924], y de ello derivó nulidad absoluta, que privó de eficiencia al proveído y a lo actuado, en su consecuencia, con desviación de la norma prohibitiva, y con olvido, además, del artículo 386 de la Ley, que exige para la admisión de la apelación que esta se solicite en tiempo y forma, ya que contra lo que afirma el recurrente, la firma de letrado es un requisito formal del escrito de interposición”. Un comentario favorable a esta sentencia se puede encontrar en PRIETO-CASTRO, L., "Requisitos formales de los actos. Firma de letrado en recurso. Subsanción de la falta" en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Reus, 1950, Madrid, p. 136.

A pesar de tratarse de un cuerpo legal que fue desde un inicio objeto de muchas críticas e innumerables intentos de reforma¹⁹, pasarían más de cien años antes de que la LEC 1881 tuviera reformas relevantes que afectaran a la nulidad y a la subsanación²⁰. En el tiempo intermedio, las reformas relevantes vendrían por otros cauces, que terminarían por influir en la ordenación procesal civil.

B. *Ley de Tribunales Industriales de 1912: la subsanabilidad de los defectos de la demanda*

La Ley de 19 de mayo de 1908 creó los Tribunales Industriales, el primer antecedente del actual orden jurisdiccional social y la actual Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS)²¹. Cuatro años después, el 27 de julio de 1912, esta ley fue

¹⁹ MONTERO AROCA llama la atención respecto de la evolución de las críticas de algunos de los principales procesalistas sobre la falta de reformas (cita a Prieto-Castro, Guasp y Alcalá-Zamora), ya que primeramente se le trató de forma inclemente, al llamarla “viejo armatoste” o denostar “su apego absurdamente exagerado a la tradición”, para luego ser considerada “un verdadero monumento jurídico”, pasando de la crítica de la norma –que de pésima deviene en ejemplar- a censurar la forma en cómo se aplica en la práctica (MONTERO AROCA, J., “Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley 34/1984, de 6 de agosto)” en MONTERO AROCA, J., *Trabajos de derecho procesal*, Librería Bosch, 1988, Barcelona, p. 292). En un sentido similar, ALMAGRO NOSETE, J., “La reforma del proceso español de cara al año 2000” en AA.VV., *Crisis de la Justicia y reformas procesales. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1988, Madrid, p. 173, quien describe como el momento de mayor criticismo con la introducción del procesalismo científico en España, de la mano de los mismos autores mencionados por MONTERO AROCA, pero justifica el decaimiento del ímpetu de estas críticas por la revalorización de los autores clásicos españoles y la comprobación de que, en el orden práctico, el arraigo de instituciones y costumbres exigía proceder con cautela en la introducción de conceptos foráneos que requieren de aceptación y comprensión del patrimonio jurídico propio.

²⁰ Hasta 1984, la LEC 1881 solo experimentó tres modificaciones de relativa importancia: del Decreto-ley de 4 de abril de 1924, que introdujo el principio del impulso de oficio (derogando los artículos 308, 309, 311, 312 y 521 de la LEC y estableciendo una regla consagratoria de él que quedaría fuera de esta); de la Ley de 30 de diciembre de 1952, que regula el procedimiento para las declaraciones de ausencia y de fallecimiento; y de la Ley de 22 de diciembre de 1953, sobre los arbitrajes de derecho privado. RAMOS MÉNDEZ atribuye la permanencia de la LEC 1881 sin modificaciones a los avatares políticos sufridos por España a lo largo del siglo XX: “hasta fechas muy recientes, la controversia política y la filosofía del régimen político imperante tuvieron otros escenarios de batalla distintos, más inmediatos o más adecuados. Parece obvio que los esfuerzos reformistas del régimen de turno se hayan volcado primordialmente en lo que se identifican como las leyes políticas (constitución, leyes fundamentales) y las leyes llamadas “sustantivas” (RAMOS MÉNDEZ, F., “La concepción del proceso civil fuera de Francia: el caso español” en *Justicia*, v. 3-4, 2006, p. 135).

²¹ ALONSO OLEA, M. y ALONSO GARCÍA, R.M., *Derecho procesal del trabajo*, Thomson-Civitas, Madrid, 15ª ed. rev., 2008, p. 42.

profundamente modificada²². Entre los cambios introducidos, se incluyó la siguiente disposición:

“Artículo 25. Cuando el juez de primera instancia estime que el Tribunal Industrial es incompetente, dictará auto á continuación, declarándolo así y previniendo al demandante que haga uso de su derecho ante quien y como corresponda.

Igualmente, advertirá a la parte los defectos u omisiones en que esta haya incurrido al redactar la demanda, *a fin de que los subsane inmediatamente.*

Contra la resolución mencionada en el párrafo primero podrá ejercitarse el recurso de reposición, y, si se negare, el de casación”²³

El sentido subsanador de esta disposición -explicado probablemente por el hecho de que se permitía la comparecencia de los litigantes sin necesidad de intervención de procurador o abogado- ha sobrevivido a las diversas modificaciones que ha experimentado la legislación procesal del trabajo, pasando sin excepción de una regulación a la siguiente con pocos cambios, hasta plasmarse en el texto vigente del artículo 81.1 LJS que dispone que el secretario judicial

“advertirá a la parte de los defectos u omisiones en que haya incurrido al redactar la demanda en relación con los presupuestos procesales necesarios que pudieran impedir la válida prosecución y término del proceso, así como en relación con los documentos de preceptiva aportación con la misma, salvo lo dispuesto en el apartado 3 de este mismo artículo para la conciliación o mediación previa, a fin de que los subsane dentro del plazo de cuatro días.”

Aunque no es una norma que dé una posibilidad de subsanación genérica, la disposición contenida en el artículo 25 de la Ley de Tribunales Industriales de 1912 constituye un avance relevante en el asentamiento de la subsanación como un instrumento de prevención de inadmisiones y nulidades al menos por dos motivos:

1. Porque consagra expresamente la posibilidad de subsanar defectos procesales en el acto de parte más relevante del juicio, como es la demanda; y
2. Porque establece, por primera vez, la obligación del juez de advertir a la actora de los defectos de los que pueda adolecer la demanda.

²² Para un análisis de ella, ver MONTERO AROCA, J., *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938). Jurisdicciones especiales y movimiento obrero*, Universidad de Valencia, Valencia, 1976, p. 50 y ss.

²³ Las cursivas han sido agregadas.

Por lo expuesto es que llama la atención la poca importancia que se le ha dado a este precepto en la doctrina. Dentro de las pocas veces que se ha tratado, con mayor o menor profundidad, la historia de la subsanación se suelen situar sus primeros hitos en legislación posterior, dejando de lado cualquier referencia a este²⁴. Más llama la atención cuando existe cierto consenso en reconocer la relevancia de normas que tienen claro origen en la disposición ya reproducida, en especial del artículo 72.1 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1979 (LPL 1979)²⁵.

C. Ley de Bases de la Justicia Municipal: la subsanación como regla

El 19 de julio de 1944 se promulgó la Ley de Bases de la Justicia Municipal. La base décima, letra C, apartado 9 a) disponía que

“Podrán subsanarse, mediante conformidad de las partes, los defectos de forma que pudieran ser determinantes de nulidad, si la naturaleza de la norma infringida y el estado del juicio lo consienten”.

Posteriormente, el Decreto de 21 de noviembre de 1952, por el que se desarrolla la base décima, plasmaría con mayor amplitud este principio en los artículos 34, 35, inciso 1º, y 63, inciso final, que, respectivamente, decían:

“Artículo 34. Estimándose competente, examinará el Juez si las partes tienen la capacidad necesaria para comparecer en juicio o ser emplazadas válidamente, y en caso negativo *no dará curso a la demanda hasta que queden subsanados dichos defectos*, dentro del plazo máximo de tercer día”.

“Artículo 35 (inciso primero). Cuando comparezca la parte por sí misma, no se dará curso a la demanda en tanto no se ratifique; si acude representada por persona que no sea Procurador o Letrado en ejercicio, tampoco se dará curso a la demanda *hasta tanto no se subsane este defecto* salvo el caso de que concurren las circunstancias excepcionales en que se

²⁴ En este sentido, por todos, GUI MORI, T., "La intercambiabilidad de las técnicas jurídicas: los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación como emanación del de tutela activa" en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, v. 3, 1988, p. 946; PÉREZ GORDO, A., *Los actos defectuosos y su subsanación en el proceso constitucional*, p. 25 y ss.; y BONET NAVARRO, Á., "Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil" en AA.VV., *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Consejo General de Poder Judicial, 1993, Madrid, p. 351.

²⁵ PÉREZ GORDO, A., *Los actos defectuosos y su subsanación en el proceso constitucional*, p. 27.

permite tal representación; contra la providencia que se dicte en este caso, se dará el recurso de reposición dentro de tres días, y el de apelación en ambos efectos, en su caso.”

“Artículo 63 (inciso final). El Juez podrá acordar *de oficio* en cualquier momento del juicio, aparte de lo dispuesto en el artículo 34, *la subsanación de los defectos de la capacidad procesal*, en el plazo máximo del tercer día”²⁶.

Dentro de un cuerpo legislativo que se atribuye a GUASP DELGADO y que ha sido identificado como el primero en España que acoge las tendencias procesales más modernas de la época, inspirado por la obra legislativa de Franz Klein²⁷, este conjunto de disposiciones constituye un claro avance en la aceptación de la subsanación dentro del proceso. Establece, al igual que el artículo 25 de la Ley de Tribunales Industriales, el deber del juez de propugnar de oficio la reparación de los vicios procesales, pero, en la que viene a ser su mayor novedad, consagra, en el inciso final del artículo 63, una posibilidad expresa de subsanación respecto de cualquier defecto procesal subsanable. Por primera vez se genera una regla que manda la subsanación de todo lo subsanable, es decir, que antepone la subsanación a la nulidad en todos los casos en los que ella procede. Todo esto ha llevado a que se suela señalar a la regulación descrita como uno de los hitos relevantes de esta institución en el período preconstitucional²⁸.

²⁶ Las cursivas han sido agregadas.

²⁷ ALMAGRO NOSETTE, J., *La reforma del proceso español de cara al año 2000*, p. 173. La obra de Franz Klein ha sido generalmente muy apreciada dentro de la doctrina, sobre el punto FAIRÉN GUILLÉN, sin mezquinar elogios, sostiene que la influencia de la ZPO austríaca de 1895 “es casi única en la Historia del Derecho moderno; se le puede comparar con los grandes movimientos históricos de la recepción del Derecho romano y canónico o con el éxito obtenido por estos dos en sus respectivas épocas. No creemos exagerado decir que a la vista de tales resultados que parece que el Código de Klein se aproxima, el que más de los existentes en el mundo a lo que debe ser un proceso concebido idealmente” (FAIRÉN GUILLÉN, V., “El proyecto de la Ordenanza Procesal Civil austríaca visto por Franz Klein” en *Revista de Derecho Procesal*, v. I, 1950, p. 10). Más recientemente, ÁLVARO DE OLIVEIRA ha calificado la obra del ministro austríaco como “una auténtica revolución copernicana” de la justicia civil (ÁLVARO DE OLIVEIRA, C.A., *Del formalismo en el proceso civil (propuesta de un formalismo-valorativo)*, p. 105). Sin embargo estas apreciaciones, si bien mayoritarias, no son unánimes; para una visión contraria, ver CIPRIANI, F., “El proceso civil entre libertad y autoridad (El Reglamento de Klein)” en ALVARADO VELLOSO, A. y ZORZOLI, Ó.A., *El debido proceso*, Ediar. Sociedad Anónima Editora, 2006, Buenos Aires, p. 153, quien cuestiona fuertemente los fundamentos y la supuesta eficacia de la ZPO austríaca. Un acercamiento crítico también es posible encontrar en TARELLO, G., *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 118 y ss.

²⁸ Así la señalan SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Actos procesales ineficaces*, p. 466; PÉREZ GORDO, A., *Los actos defectuosos y su subsanación en el proceso constitucional*, p. 25-26; y BONET NAVARRO, Á., *Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil*, p. 351.

D. *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Ley de Procedimiento Administrativo: sentando las bases para el futuro*

Dentro del desarrollo de la subsanación en la legislación procesal española, el proceso administrativo ha jugado un papel indudablemente importante, tanto para la jurisprudencia, como para el desarrollo legislativo posterior. De hecho, cuando el TC inicia su labor interpretativa del artículo 24 de la CE no hace otra cosa que recoger la tradición legislativa derivada del derecho administrativo²⁹.

Dos son leyes de esta rama del derecho que marcarían un hito en la materia que se estudia: la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), de 27 de diciembre de 1956, y la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), de 17 de julio de 1958.

La LJCA de 1956 se construye a partir de una filosofía renovada de lo que deben ser las formas procesales, que deben ser entendidas, según su exposición de motivos, “para asegurar el acierto de las decisiones judiciales; no como obstáculos que hayan de ser superados para alcanzar la realización de la misma”³⁰. Tal es el giro que produce esta nueva visión que BELADIEZ ROJO divide la manera de entender las formas en el derecho administrativo actual entre antes y después de esta ley, asumiendo a partir de ella, la consagración de la instrumentalidad de la forma respecto del fondo³¹.

En este contexto, la subsanación de los actos procesales juega un papel importante que se plasma en los artículos 127, 128 y 129, siendo este último el más expresivo de ellos:

²⁹ GUI MORI, T., *La intercambiabilidad de las técnicas jurídicas: los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación como emanación del de tutela activa*, p. 4. En el mismo sentido, BONET NAVARRO, Á., *Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil*, p. 352.

³⁰ En otro pasaje de la exposición de motivos se sostiene que: “Se parte para ello de un principio: que las formalidades procesales han de entenderse siempre para servir a la Justicia, garantizando el acierto de la decisión jurisdiccional: jamás como obstáculos encaminados a dificultar el pronunciamiento de la sentencia acerca de la cuestión de fondo y así obstruir la actuación de lo que constituye la razón misma de ser de la jurisdicción”. Esta situación marca un fuerte contraste con la regulación anterior que se caracterizaba por “el exagerado formalismo de los tribunales al interpretar los requisitos procesales” (GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho procesal administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 2ª ed., 1963, p. 467).

³¹ BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 108-110.

Artículo 129: 1. Cuando se alegase que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos dispuestos por la presente ley, la que se hallare en tal supuesto podrá subsanar el defecto dentro de los diez días siguientes al en que se le notificare el escrito que contenga la alegación.

2. Cuando el Tribunal apreciare de oficio la existencia de alguno de los defectos a que se refiere el párrafo anterior, dictará providencia en la que los reseñe y otorgue el mencionado plazo para la subsanación con suspensión, en su caso, del fijado para dictar sentencia.

3. Si el defecto consistiere en no haberse interpuesto recurso de reposición, siendo este preceptivo, y se hubiere denunciado esta omisión por la Administración demandada, el Tribunal requerirá al demandante para que lo formule en el plazo de diez días, y si se acredita dentro de los cinco siguientes haberlo deducido, quedará en suspenso el procedimiento hasta que se resuelva el recurso de reposición en forma expresa, o transcurra el plazo a que se refiere el artículo 54”.

La LPA de 1958 se elaboró menos de dos años después que la LJCA y bajo el mismo influjo antiformalista. En los artículos 47 y siguientes, de ella se estableció un sistema de nulidades que serviría, veintiocho años después, de inspiración para la regulación de la nulidad procesal en la LOPJ³².

En lo tocante a la subsanación, lo más relevante lo encontramos en los artículos 53 y 54.

“Artículo 53.- 1. La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.

2. Si el vicio consistiera en incompetencia, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto convalidado.

3. El acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto anteriormente para la retroactividad de los actos administrativos.

4. Si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente.

5. Lo dispuesto en el párrafo precedente no será aplicable a los casos de omisión de informes o propuestas preceptivos”.

“Artículo 54.- Cuando en cualquier momento se considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, la Administración lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo”.

³² DE LAMO RUBIO, J., *Nulidad de actuaciones judiciales: régimen jurídico actual y perspectivas*, Revista General de Derecho, Valencia, 1998, p. 90.

E. *El artículo 24.1 de la Constitución de 1978 y la jurisprudencia del TC: el inicio del auge de la subsanación*

En materia de subsanación se suele hablar de su situación pre y postconstitucional³³, lo que demuestra la relevancia que, respecto de ella, se le atribuye a la Constitución de 1978, en particular a su artículo 24.1. Aunque de una manera algo más indirecta de lo que podría parecer a primera vista³⁴, se trata del pilar fundamental de toda la doctrina de la subsanación que se ha construido con posterioridad. Curiosamente, la norma que es la base de toda la elaboración de la doctrina actual sobre el tema no menciona el término subsanación ni ninguno equivalente o derivado ni fue elaborada teniéndola en consideración y tampoco era tan previsible que tuviese consecuencias influyentes en este ámbito.

La historia de la redacción del artículo 24 CE demuestra que los alcances que se le darían a dicha norma, en especial a su apartado primero, no fueron previstos por el constituyente. Menos previó que la proyección de la tutela judicial efectiva permitiría construir toda una doctrina jurisprudencial de la subsanación de los defectos procesales. El Anteproyecto de la Ponencia Constitucional del Congreso de Diputados, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes nº 44, de 5 de agosto de 1978, proponía el siguiente texto:

“Toda persona tiene derecho al acceso efectivo a los tribunales para la tutela en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

Pretendiendo obtener una mejor redacción, en su tramitación en el Congreso se modificó la propuesta por la que, en definitiva, sería el hoy artículo 24.1 que dice:

“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”.

Esta modificación, que quería ser solo de estilo, cambió un derecho de “acceso efectivo a los tribunales para la tutela” por un derecho a obtener una tutela judicial efectiva,

³³ CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24 de la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 663-664.

³⁴ Al respecto, véase *infra* p. 69 y ss.

motivando la generación de una doctrina insospechadamente más amplia que el puro acceso al proceso³⁵. DE LA OLIVA SANTOS sostiene que la redacción de la disposición se produce “más bien como consecuencia de unas preocupaciones difusas y vagas, de unas intuiciones de justicia, laudables, sí, pero simples intuiciones”³⁶.

Ni aun con su redacción definitiva, el artículo 24.1 CE permitía avizorar los alcances que tendría. Los primeros comentarios doctrinales referentes a este precepto parecían limitarlo al acceso al proceso y a una suerte de consagración constitucional del derecho de acción, a la usanza de la Constitución italiana de 1947³⁷ o de la Ley Fundamental de Bonn^{38 39}. En este sentido, dentro de la doctrina constitucional, ALZAGA VILLAAMIL lo vinculaba en 1978, con la proscripción de la denegación de justicia y con el deber de inexcusabilidad consagrado en el artículo 1.7 del Código civil⁴⁰. Dos años después, sin que entrase aún en funcionamiento el TC, SERRANO ALBERCA lo relacionaba con el derecho a la jurisdicción,

³⁵ CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24 de la Constitución*, p. 5-6. En el mismo sentido, BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995, p. 95. En un inicio no había demasiada confianza en la bondad del cambio. ALMAGRO NOSETE, J., "El derecho procesal en la nueva Constitución" en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, v. 4, 1978, p. 861, critica, entre otras cosas, que “al referir el adjetivo ‘efectivo’ a la tutela y no al derecho, enerva, en principio, las posibilidades creadoras en un sentido práctico del texto del Congreso y no añade nada digno de mención, puesto que decir ‘tutela efectiva’ poco significa, a no ser que nos remita al problema de las sentencias justas o injustas (tema, en general, metajurídico); por eso habrá que seguir entendiendo que la efectividad alude a la posibilidad práctica de tutela”. Para la historia de la redacción del artículo 24.1, véase DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional: la persona ante la administración de justicia: derechos básicos*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 137 y ss.

³⁶ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional: la persona ante la administración de justicia: derechos básicos*, p. 137.

³⁷ Su artículo 24 dispone: Todos pueden acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos. La defensa es un derecho inviolable en todo tipo de proceso y en todas las fases del mismo.

³⁸ Que en su artículo 103.1 consagra el derecho de todos de “ser oídos ante los tribunales”

³⁹ Así lo apuntan, entre otros, SERRANO ALBERCA, José Manuel en GARRIDO FALLA, F., et al, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 300; y SÁNCHEZ BARRIOS, M.I., "La acción como derecho a la tutela judicial efectiva" en *Justicia*, v. 1-2, 2010, p. 169. Esta última autora agrega como la influencia algunos preceptos de carácter internacional como el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966.

⁴⁰ ALZAGA VILLAAMIL, Ó., *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 238.

como constitucionalización del derecho de acción y con la eliminación de obstáculos para la efectividad del derecho, sin ir más allá en el análisis⁴¹.

Dentro de la doctrina procesal de la época, el asunto no fue muy distinto. Si bien desde un principio se reconoce la influencia que tendría la CE en el derecho procesal, ninguna de las más respetadas voces se atrevió a aventurar lo lejos que llegaría la interpretación del artículo que se comenta. ALMAGRO NOSETE, en 1981, ponía el acento en la noción de efectividad incluida en él para sostener que imponía la ausencia de requisitos previos para el acceso al proceso, pero sin derivar de ello una regla a favor de la corrección de los defectos procesales⁴². Tampoco lo hace MONTERO AROCA quien, un año después, sostiene que el artículo 24.1 da rango constitucional al derecho de acción, lo que debe conducir a la eliminación en la legislación procesal de todos los obstáculos y limitaciones a ese derecho, como los requisitos fiscales, las cauciones o los privilegios de la Administración como parte en el proceso⁴³. En 1983, RAMOS MÉNDEZ, ya con dos años de funcionamiento del TC y citando jurisprudencia de él, logra un acercamiento más importante, aunque sin llegar aún a la noción de subsanación, al afirmar que la norma establece el derecho a la jurisdicción, en el que se entendería más que como un derecho de acción como un derecho al proceso, a obtener un pronunciamiento de los tribunales, favorable o adverso, y la eficacia del proceso⁴⁴.

Salvo omisión, la única referencia doctrinal anterior a la jurisprudencia a la subsanación ha sido de ALMAGRO NOSETE que el mismo año 1983 plantearía, sin profundizar, la posición que terminaría siendo recogida por la jurisprudencia solo unos meses después. Partiendo de la premisa, ya sentada por el TC, que la tutela judicial efectiva era un derecho a obtener una sentencia de fondo y de la constatación de que en ocasiones la misma no se podía obtener por incumplimiento de requisitos procesales, plantea la posibilidad de la subsanación para

⁴¹ SERRANO ALBERCA, José Manuel en GARRIDO FALLA, F., et al, *Comentarios a la Constitución*, p. 304.

⁴² "No obstante, la interpretación del concepto 'efectividad' referido a la tutela judicial que consagra el antes mencionado artículo 24 de la Constitución, hace pensar que esta efectividad significa ausencia de condicionamientos previos que obstaculicen o entorpezcan la posibilidad de actuar por vía jurisdiccional" (ALMAGRO NOSETE, J., "Garantías constitucionales del proceso civil" en *Justicia*, v. 1, 1981, p. 24).

⁴³ MONTERO AROCA, J., "Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución" en *Justicia*, v. 4, 1982, p. 36.

⁴⁴ RAMOS MÉNDEZ, F., "La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil" en *Justicia*, v. 1, 1983, p. 22-23 y 36-37.

permitir la remoción del óbice formal y el conocimiento del fondo del asunto, afirmando que “deben de favorecerse tanto por el legislador como por los órganos jurisdiccionales, aquellas normas y aquellas líneas jurisprudenciales que tiendan a eliminar, evitar o paliar la virtualidad de los óbices formales que impidan el conocimiento sobre el mérito del asunto”⁴⁵.

En este escenario, se debe atribuir la mayor parte del crédito y de la responsabilidad por la elaboración de la doctrina de la subsanación a la jurisprudencia del TC⁴⁶. Esto no debe ser interpretado como una instalación inmediata y preeminente de ella dentro de los criterios de este órgano jurisdiccional. Si bien es cierto que el TC sostuvo una postura antiformalista desde un comienzo -que no era otra cosa que el reflejo de un sentir bastante generalizado- el asentamiento de la subsanación tardó un tiempo⁴⁷. Expresión de ello es que CANO MATA, en 1984, analizando los tres primeros años de la jurisprudencia del TC en materia del derecho a la tutela judicial efectiva, si bien reconoce en ella como parte de este derecho a obtener una resolución fundada en derecho, no llega a plantear la posibilidad de que una herramienta para propender este fin sea la subsanación⁴⁸.

Las primeras resoluciones del TC en donde se aprecia la materialización del espíritu antiformalista en materia de subsanación no guardan relación con el artículo 24.1, sino con la regulación de su propio procedimiento en su Ley Orgánica (LOTIC), en particular con los artículos 85.2 y 94 que, en otra demostración de que el antiformalismo de la época no era privativo de alguna institución en particular, disponían que

“Artículo 85.2. En los supuestos subsanables a que se refiere el artículo cincuenta de la presente ley [que trataba de las causas de inadmisión del recurso], el tribunal deberá

⁴⁵ ALMAGRO NOSETTE, J., "Artículo 24. Derecho Procesal" en ALZAGA VILLAAMIL, Ó., *Comentarios a las leyes políticas: Constitución española de 1978*, III, Editorial Revista de Derecho Privado, 1983, Madrid, p. 30.

⁴⁶ Por todos, BONET NAVARRO, Á., *Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil*, p. 349.

⁴⁷ En el sentido opuesto parece plantearse DE LA OLIVA SANTOS en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 3ª ed., 2004, p. 340.

⁴⁸ CANO MATA, A., *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional: artículo 24 de la Constitución*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984, p. 13.

notificar al recurrente los motivos de inadmisión que hubiere, con objeto de que, dentro del plazo de diez días, pueda subsanar los defectos advertidos”⁴⁹.

“Artículo 94. El Tribunal, a instancia de parte o de oficio, deberá antes de pronunciar sentencia, subsanar o convalidar los defectos que hubieran podido producirse en el procedimiento”⁵⁰.

En aplicación de estos preceptos se puede encontrar jurisprudencia que permite la corrección de vicios en el escrito de iniciación, como la falta de dirección letrada, de representación por procurador o de claridad en el amparo solicitado⁵¹. Incluso, la STC 10/1981, de 6 de abril, aparte de fundarse en la LOTC, basa su interpretación en el artículo 24.1, como fundamento interpretativo a favor de la opción subsanadora⁵². Este tipo de jurisprudencia relativa a la aplicación de su propio procedimiento, si bien constituye un antecedente interesante en la cronología que se comenta, no puede considerarse como la génesis de la doctrina acerca del tema, debido a que se trata de la interpretación de disposiciones expresas que favorecen la corrección de defectos y no de la aplicación directa de la CE en el proceso. Aunque en la sentencia recién mencionada se hace referencia al artículo 24.1 como un elemento de auxilio hermenéutico, el alcance de lo que con eso se plantea –o, al menos, se insinúa– es mucho menor al que se lograría poco tiempo después.

Como parte de un proceso esperable de maduración de los conceptos, antes de siquiera darse los primeros pasos tendentes a construir una postura favorable a la subsanación, se

⁴⁹ Este artículo fue reemplazado por la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo. De la versión actual, su equivalente es el artículo 49.4 que dispone que: “De incumplirse cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados que anteceden, las Secretarías de Justicia lo pondrán de manifiesto al interesado en el plazo de 10 días, con el apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acordará la inadmisión del recurso”.

⁵⁰ Aún vigente.

⁵¹ De esa situación dan cuenta las partes expositivas de las SSTC 23/1981, de 10 de Julio, 24/1981 de 14 de julio (ambas de la Sala Primera y ponente Díez de Velasco Vallejo).

⁵² “En efecto, de una interpretación combinada de los artículos 49.2.a, 50.1.b, 81.1 y 85.2 de la LOTC a la luz del principio contenido en el artículo 24, número 1, de la Constitución, no se desprende en absoluto la imposibilidad de subsanación de la falta –y no solo de la justificación documental– de postulación previa a la presentación de la demanda ante el Tribunal Constitucional. Esta es, por lo demás, la postura adoptada por este en relación con el tema en diversos autos, aunque hasta ahora no se haya abordado en los términos con que se ha planteado en el presente pleito por el representante de la Administración”. (Sala Primera, ponente Díez de Velasco Vallejo, FJ 1º, a).

acuñaba de manera relativamente precisa qué debía entenderse por la noción de tutela judicial efectiva sin indefensión. A poco andar, el TC ya decía que

“(…) el derecho a la tutela efectiva de los jueces y Tribunales comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho. Resolución que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Y que podrá ser de inadmisión, o de desestimación por algún motivo formal, cuando concurra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma”⁵³.

Hubo de pasar un par de años antes de que la inspiración antiformalista del TC, que sí se aprecia desde un inicio⁵⁴, y que ya estaba influyendo en cómo se entendía la tutela judicial efectiva, deviniera en una postura derechamente favorecedora de la subsanación. Aún sin una clara conciencia de que se estaba haciendo algo más que dar una solución particular a un determinado caso⁵⁵, la primera insinuación en materia de subsanación sería la STC 19/1983 de 14 marzo⁵⁶. En su FJ 4º, luego de afirmar que la interpretación de la ley (en este caso, del artículo 181 LPL 1979 relativo al depósito necesario para interponer el recurso de casación) había vulnerado la tutela judicial efectiva, afirma que “no corresponde a este tribunal el examen de los medios existentes para que la autoridad judicial obtenga la subsanación del error padecido”. Aunque parece haber una clara inclinación favorable a la corrección del defecto, luego el TC parece encontrar la solución del asunto por otro lado, pues termina reconociendo el derecho de la recurrente a que no se le tenga por desistida del recurso, sin necesidad de corrección del defecto.

Pocos meses después, la STC 65/1983, de 21 julio⁵⁷, que también versaba sobre un incumplimiento del artículo 181 LPL 1979 y que en definitiva sería desestimado por

⁵³ STC 11/1982 (Sala Primera) de 29 de marzo, ponente Gómez-Ferrer Morant, FJ 2º.

⁵⁴ A vía ilustrativa, se pueden mencionar los AATC 6/1980 (Sala Primera), de 19 de septiembre, y 52/1980 (Sala Segunda), de 15 de octubre. La primera se fija un criterio bastante flexible en cuanto al cómputo del plazo para interponer el recurso en los casos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, pero antes de la LOTC (FJ 3º), mientras que en la segunda se aprecia una clara tendencia a favor de la admisibilidad del recurso frente a una supuesta falta de fundamento manifiesta y de documentos indispensables para la tramitación del mismo (FFJJ 7º y 8º).

⁵⁵ En el mismo sentido, ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 283, quien afirma que en los primeros fallos del TC la subsanación se contemplaba como un remedio excepcional.

⁵⁶ Sala Primera, ponente Gómez-Ferrer Morant.

⁵⁷ Sala Primera, ponente Gómez-Ferrer Morant.

considerarse que no había vulneración de la tutela judicial efectiva, hace una interpretación de la STC 19/1983 recién vista que la lleva más allá de lo expresado por ella, al afirmar que en ella se había manifestado que

“no toda irregularidad ha de convertirse en un obstáculo insalvable para la prosecución del recurso, cuando -como sucedía en el caso contemplado- no se habría producido un incumplimiento de la LPL en su artículo 181, al haberse manifestado la voluntad de recurrir con arreglo al mismo y al tener que interpretarse dicho precepto de conformidad con la Constitución y por ello en sentido favorable a la efectividad del derecho fundamental y no de forma que conduzca a declarar desistido el recurso no por un incumplimiento de tal precepto, sino por un defectuoso cumplimiento de una disposición reglamentaria que -se entendía- debe dar lugar a la aplicación de técnicas de subsanación” (FJ 4, b).

El paso definitivo en la consagración de una doctrina favorable a la subsanación se debe considerar dado por las SSTC 95/1983 y 96/1983 de 14 de noviembre⁵⁸. Al igual que en los casos anteriores, la cuestión versaba respecto a la aplicación del depósito del artículo 181 LPL 1979. En ellas, pues se trata de sentencias prácticamente iguales, se declara que:

“Para la ordenación adecuada del proceso, existen impuestos, formas y requisitos procesales, que, por efectuar al orden público, son de necesaria observancia, por su racionalidad y eficacia, y que no pueden dejarse en su cumplimiento al libre arbitrio de las partes, ni tampoco la disponibilidad en el tiempo en que han de realizarse. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el incumplimiento de esos requisitos y formas procesales no generan iguales efectos en todo supuesto, pues, si se trata de un incumplimiento absoluto debido a una opuesta voluntad a su realización de la parte procesal, llevará a la consecuencia de la pérdida del derecho a que se anudaba la observancia, más aún si el legislador precisa este efecto taxativamente, *mientras que si se trata de una irregularidad formal o vicio de escasa importancia, por cumplimiento defectuoso, debido a un error o equivocación disculpable y no malicioso, que no genere consecuencias definitivas, debe otorgarse la técnica de la subsanación* de las irregularidades que permita atender a la voluntad de cumplimiento, pues, como aún con mayor amplitud precisó la Sentencia del Pleno de este Tribunal, de 25 de enero de 1983 (CI número 222/1982), no son válidos los obstáculos procesales que «sean producto de un innecesario formulismo, y que no se compaginan con el derecho a la justicia»⁵⁹.

⁵⁸ Ambas de la sala Primera, ponente Escudero del Corral.

⁵⁹ FJ 4º en la STC 95/1983 y 5º en la 96/1983 (la cursiva ha sido agregada).

Con posterioridad a estas sentencias, la subsanación se ha ido asentando como una técnica de aplicación obligatoria en los casos que sea posible. Como se analizará más adelante, su desarrollo no ha estado exento de vaivenes que han supuesto momentos de más o menos extensión en la aplicación de esta doctrina.

F. *Ley 34/1984: El antiformalismo llega a la LEC 1881*

Para el centenario de la LEC, la situación no era muy distinta a la que se describía en el apartado A. Sin modificaciones legislativas, la jurisprudencia, no sin contradicciones, tendía a aceptar la subsanabilidad de ciertos defectos, pero siempre a partir de soluciones tópicas. MONTERO AROCA, en 1981, “el de la subsanación es uno de los temas más imperfectos de la LEC, que la admite en casos particulares (arts. 3. II, 29, 1537, 1618, por ejemplo), pero falta la regla general”⁶⁰.

La Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC de 1881, es la primera modificación de importancia a dicho cuerpo normativo. Ella ocurría luego de más de cien años de vigencia, en un ambiente cargado del mismo hastío por el formalismo que ya venía reflejando la jurisprudencia del TC⁶¹ y motivada por la “indiscutible necesidad de adoptar medidas de todo orden que palién la difícil situación de nuestra Administración de Justicia y con una clara vocación de provisionalidad, en el sentido de no abandonar la perspectiva de un nuevo Código procesal civil”⁶². Su exposición de motivos refleja bien este estado de ánimo al diagnosticar que “se queja el sistema de la Ley, especialmente en determinados sectores, de formalismos muy rigurosos que, concebidos con el mejor propósito de servir a la seguridad jurídica, obstaculizan a veces las soluciones justas”, para luego afirmar que “la flexibilidad tiene muchas versiones en la nueva ordenación. En conjunto, significa el abandono de los rigores del formalismo que apareciendo sin duda alguna en la propia redacción de la Ley que se reforma, fueron acentuados y hasta exacerbados por la jurisprudencia, singularmente en los últimos tiempos”.

⁶⁰ MONTERO AROCA, J., *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Civitas, Madrid, 1981, p. 130.

⁶¹ BONET NAVARRO, Á., *Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil*, p. 349; lo mismo en ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 275.

⁶² PASTOR LÓPEZ, M., "La Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil" en *Revista de Derecho Procesal*, v. I, 1985, p. 166.

Esta ley, que modifica más de 300 artículos, introdujo cambios profundos en variadas materias de la LEC, en especial en lo referente a la tramitación del juicio de menor cuantía y del recurso de casación, tendentes, en general, a acortar la duración de los juicios. Sin estar exenta de críticas en su totalidad, incluso desde antes de su vigencia, tanto por la forma en que fue preparada como por su contenido⁶³, lo que más reacciones causó en la doctrina fue la eliminación del incidente de nulidad de actuaciones, que generó, hasta su reposición en 1997, muy abundante literatura⁶⁴.

En el asunto que nos ocupa hubo dos reformas relevantes, ambas destinadas a consagrar legislativamente la posibilidad de subsanación en determinadas circunstancias:

1. En la nueva regulación del juicio de menor cuantía se incluye, accediendo parcialmente a una extendida propuesta doctrinal⁶⁵, una comparecencia obligatoria que tendría, entre otros objetivos, “subsanar o corregir, si fuese posible, los defectos de que pudieran adolecer los correspondientes escritos expositivos, o salvar la falta de algún presupuesto o requisito del proceso que se haya aducido por las partes o se aprecie de oficio por el Juez” (artículo 693, regla 3ª);
2. Dentro de la tramitación del recurso de casación, se introduce un trámite específico para la aportación de los documentos omitidos o la subsanación de los defectos que aprecie la Sala en el recurso, dentro del plazo que esta fijara y que no podía exceder de diez días (artículo 1710, regla 1ª).

La trascendencia de estas modificaciones no está dada tanto por la extensión de su impacto práctico, como por el advenimiento de los aires antiformalistas en la LEC y, en especial, por la vinculación -razonable, pero no necesaria- entre la repulsión de la forma por la forma y la posibilidad de subsanar los defectos procesales.

⁶³ Al respecto se puede ver SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Observaciones críticas sobre el Proyecto de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil" en *Justicia*, v. 4, 1983, p. 801 y MONTERO AROCA, J., *Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución*, p. 7.

⁶⁴ Por todos, ver SERRA DOMÍNGUEZ, M., "La reforma de la nulidad de actuaciones analizada a través de tres resoluciones judiciales" en *Justicia*, v. 4, 1984, p. 825 y ss.; PASTOR LÓPEZ, M., *La Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 121 y ss.; GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002, p. 27.; y VERGÉ GRAU, J., *La nulidad de actuaciones*, Liberia Bosch, Barcelona, 2ª ed., 1987, p. 227 y ss.

⁶⁵ ALMAGRO NOSETTE, J., *La reforma del proceso español de cara al año 2000*, p. 174.

En el resto de vida de la LEC 1881 la única modificación, muy menor, que se produjo al estatuto de subsanación visto fue el de la ley 10/1992, de 30 de abril, que amplió el plazo máximo para la subsanación de los defectos en la tramitación del recurso de casación por infracción fijado en la regla de 1ª del artículo 1710, de diez a veinte días.

G. *La Ley Orgánica del Poder Judicial: la consagración y consolidación de la subsanación como regla*

La promulgación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial (LOPJ) causó gran repercusión en la doctrina, no solo por su contenido propiamente orgánico, sino por la inclusión en ella, por primera vez en la historia procesal española, de una regulación sistemática de la nulidad procesal. Aunque criticada por su ubicación⁶⁶, hay consenso doctrinario en alabar el hecho de que vino a llenar un vacío en la materia⁶⁷.

Las novedades en el tema de la nulidad son un buen indicio de los tiempos que corrían. Aparte de privilegiar la subsanación y la conservación de los actos, esta regulación, para estupor de muchos, terminaría por destruir cualquier pretensión de traspasar al campo procesal las categorías de ineficacias propias del derecho privado y que, hasta ese momento, se consideraban, con algunas matizaciones, como aplicables a este. HERNÁNDEZ GALILEA afirma que todo intento de encontrar un sistema en este sentido “está muy probablemente destinado al fracaso”⁶⁸.

En materia de subsanación, la LOPJ contenía dos normas de especial relevancia:

⁶⁶ En este sentido, FAIRÉN GUILLÉN, V., *Comentarios a la ley orgánica del poder judicial de 1 de julio de 1985*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, p. 301; PRIETO-CASTRO, L., *Derecho de tribunales: organización, funcionamiento, gobierno*, Aranzadi, Pamplona, 1986, p. 468; YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 60, quienes sostienen que es un tema que no debe tratarse en una ley de organización de tribunales. FAIRÉN GUILLÉN, seguido en este punto por YÉLAMOS BAYARRI, postula que el mejor lugar para su regulación es el de una Ley Procesal General.

⁶⁷ Por todos, PRIETO-CASTRO, L., *Derecho de tribunales: organización, funcionamiento, gobierno*, p. 468.

⁶⁸ Y agrega: “Basta con examinar los preceptos para convencerse de que el legislador no ha querido plantearse si determinado supuesto constituye nulidad o anulabilidad, ni ha tratado de buscar diferenciación alguna de categorías. El legislador, así al menos pienso que puede interpretarse, ha buscado determinar la finalidad que debe perseguir la nulidad en el proceso y ha tratado de definir los criterios de valoración y los medios de denuncia” HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, Forum, Oviedo, 1995, p. 137. Para un tratamiento más profundo del tema de las categorías de nulidad, véase *infra* p. 136 y ss.

- (1) El artículo 11.3 que dispone que “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”.
- (2) El artículo 243, por su parte, consagra una clara regla respecto a la subsanación de los actos de las partes: “Los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la Ley serán subsanables en los casos, condiciones y plazos previstos por las leyes procesales.

La valoración de estas disposiciones ha sido disímil, en especial de la primera y la última. Mientras RAMOS MÉNDEZ sostiene que el artículo 11.3 es donde mejor formulada está la subsanación y que, frente a él, el recuerdo que hace el artículo 243 es “retrógrado e incluso limitativo”⁶⁹, ANDRÉS CIURANA considera que el primero no significa novedad alguna para la situación vigente a la época, mientras que el segundo extendió la técnica de la subsanación más allá del criterio que venía utilizando el TC al hacerlo aplicable a los actos de parte⁷⁰.

Aunque con menos atención doctrinal, también es destacable lo dispuesto por el artículo 240.2, que establece la posibilidad del tribunal de decretar la nulidad, de oficio o a petición de parte, “siempre que no proceda subsanación”. A partir de él, se consagra en el nuevo régimen de la LOPJ como una regla aplicable de forma general la preeminencia de la subsanación como técnica correctora preferente a la nulidad.

La influencia de la Constitución en la regulación de la LOPJ es innegable, pues la misma exposición de motivos de ella así lo reconoce. En lo referente a la subsanación, aparte de la aportación de la LPA de 1958⁷¹, en una técnica legislativa poco común, dicha influencia se reconoce en el texto del artículo 11.3 que hace mención del artículo 24.1 CE y a la tutela judicial efectiva como fundamento de la regla a favor a la subsanación que establece.

⁶⁹ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2005)*, Atelier, Barcelona, 7ª ed., 2005, p. 285-286.

⁷⁰ ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 277.

⁷¹ HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 134.

Junto con la Constitución, GUI MORI afirma que “la doctrina constitucional acuñada entre 1981 y 1985 [por el TC] influyó sin duda y mucho en la redacción de la LOPJ”. Aunque esta afirmación resulta difícil de controvertir en términos generales, no parece preciso afirmar que la jurisprudencia acerca de la subsanación del TC haya sido la que ha influido en la redacción de los artículos recién transcritos, como afirma, entre otros, DE LA OLIVA SANTOS⁷², pues, como hemos visto, la primera sentencia que hace referencia a esta como mecanismo que debe ser aplicado con preferencia a la nulidad es recién de noviembre de 1983, solo diez meses antes de la publicación del proyecto en el Boletín General de las Cortes Generales⁷³, cuando aún no se encontraba consolidada a nivel de jurisprudencia la doctrina de la subsanación, ni se hablaba de ella como expresión de la tutela judicial efectiva en la doctrina. Si a ello se le agrega que el proyecto original no incluía el apartado en cuestión, sino que fue incorporado por una indicación del Grupo Parlamentario Socialista durante su tramitación parlamentaria, parece evidente que, si bien la CE y la doctrina del TC en general acerca de los formas procesales y el alcance del artículo 24.1 han influido en la ley, no es exacto afirmar que específicamente lo haya sido la postura acerca de la subsanación, que aún era incipiente⁷⁴.

⁷² “Aunque la subsanación de defectos subsanables no era del todo ajena a la jurisprudencia y, desde luego, siempre se admitió genéricamente por la doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sostuvo, desde el primer momento, respecto de muy diversos casos, la necesidad de permitir e incluso facilitar aquella subsanación cuando fuere posible, a fin de respetar (de no violar, más exactamente) el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. De esta jurisprudencia, tan numerosa como casuística, se pretende hacer eco el apartado 3 del art. 11 LOPJ (...)” (DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 340).

⁷³ El proyecto fue publicado en el Boletín número 118-1 de 19 de septiembre de 1984. La historia completa del proyecto está disponible en CORTES GENERALES, *Ley orgánica del poder judicial: Trabajos parlamentarios*.

⁷⁴ La motivación para la inclusión de la norma también parece indicar que lo que se buscaba, principalmente, era evitar comportamientos formalistas. En la sesión de la Comisión de Justicia e Interior de 4 de marzo de 1985, el diputado del Grupo Socialista Sr. Granados Calero afirma que “El ciudadano lego en la materia, lo que no entendía hasta ahora (...) es cómo después de estar pleiteando tres o cuatro años llegaba nada menos que el Tribunal Supremo a decirle: No sabemos señor peticionario, señor litigante si tiene razón o no, no lo sabemos porque no vamos a entrar en el fondo de su reclamación. Lo único que vamos a decir es que usted ha constituido mal la relación jurídico-procesal, lo único que sabemos es que hay aquí una excepción de carácter procesal que impide entrar en el fondo de la cuestión. Queremos que se acabe esto, y queremos que se acabe, y creo que así lo va a entender el pueblo español, en beneficio del justiciable, y lo va a entender porque sabe que mal o bien su pleito se va a resolver y que no va a ser un semillero y una fuente de sucesivos pleitos que vayan encadenados con el que acaba de perder o de ganar, esto es lo que pretende garantizar este artículo” (Publicado en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados número 272 de 1985, p. 8448).

Más allá de la discusión acerca de la novedad de lo introducido, parece evidente -y así se ha reconocido- que la consagración legal de la subsanación es un elemento que la fortalece como herramienta preventiva de la nulidad⁷⁵.

Hasta la entrada en vigencia de la LEC 2000, se producirían dos modificaciones a la LOPJ con incidencia en el tema de la nulidad de actuaciones, pero sin alterar lo referido a la subsanación:

1. La LO 5/1997, de 4 de diciembre, reincorporó el incidente de nulidad de actuaciones, a través de la modificación del artículo 240⁷⁶ y;
2. La LO 13/1999, de 14 de mayo, que solo introduce “un remozamiento del incidente de nulidad de actuaciones”⁷⁷.

H. *La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: el artículo 231 y otras manifestaciones*

Desde el punto de vista del tema que se estudia, hay dos situaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC 2000), que merecen especial atención: (a) El artículo 231 de ese cuerpo legal que establece una regla a favor de la subsanación; (b) las múltiples disposiciones dispersas en ella que permiten la subsanación en casos particulares.

Tal como la LOPJ -y en desmedro de ella- la LEC nació con la pretensión de transformarse en una ley procesal general⁷⁸. Dentro de este contexto, contiene un título completo- el

⁷⁵ MARTÍN DE LA LEONA, José María, *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, Colex, Madrid, 2ª ed., 1996, p. 113. En la jurisprudencia del TC esto también fue reconocido. Así, por ejemplo, la STS 3/1987 (Primera Sala), de 21 de enero, ponente Díaz Eimil, se refiere al artículo 11.3 como un refuerzo a nivel legislativo del artículo 24.1 (FJ 2º). En la STS 5/1988 (Segunda Sala), de 21 de enero, ponente Leguina Villa, se utiliza para justificar, en materia laboral, la existencia de una tendencia de cada vez más acentuada, “a favorecer la conservación de los actos procesales o la subsanación de los defectos susceptibles de reparación sin ruptura del proceso” (FJ 2º).

⁷⁶ El apartado 240.2 quedó de la siguiente forma: “2. Sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular”.

⁷⁷ DE LAMO RUBIO, J., "El "remozado" incidente de nulidad de actuaciones" en *Revista General de Derecho*, nº 658-659, julio-agosto 1999, p. 8952.

⁷⁸ YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 130; RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p.

quinto de libro primero- destinado a las actuaciones procesales. En su capítulo IX, se trata el tema de la nulidad con clara inspiración en la regulación vigente en la época, pero con ciertas modificaciones relevantes⁷⁹. Siendo un tema que aún se encontraba vigente en la LOPJ, su disposición final (DF) 17ª dispuso que estas normas no serían aplicables mientras no se derogaran las contenidas en esta última⁸⁰.

De todo el capítulo IX, solo el artículo referente a la subsanación, el 231, no se encontraba sujeto a este régimen especial, siendo aplicable desde la entrada en vigencia de la LEC, el 7 de enero de 2001. La disposición en cuestión disponía:

“Artículo 231. Subsanación. El tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley”.

Al igual que los artículos 11.3 y 243 LOPJ, el 231 LEC establecía una regla general prosubsanación. La comparación entre la regulación permite apreciar dos diferencias importantes:

1. El artículo 231 LEC no hace mención a la exigencia de que la subsanación se haga de acuerdo a los procedimientos establecidos por las leyes del artículo 11.3, ni tampoco mención a la exigencia de que se realice “en los casos, condiciones y plazos establecidos por las leyes procesales” del artículo 243 y;
2. En el artículo 231 LEC se incluía una condición que no estaba presente en la regulación de la LOPJ: para que se pueda subsanar un acto de parte se debe haber manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley.

289. En el párrafo V de su exposición de motivos, expresa que “no existe impedimento alguno y abundan las razones para que la Ley Orgánica del Poder Judicial se desprenda de normas procesales, no pocas de ellas atinadas, pero impropriadamente situadas y productoras de numerosas dudas al coexistir con las que contienen las Leyes de Enjuiciamiento. Como es lógico, la presente Ley se beneficia de cuanto de positivo podía hallarse en la regulación procesal de 1985”.

⁷⁹ Respecto a las diferencias entre el estatuto de la LEC y de la LOPJ a esa fecha se puede consultar YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 140 y ss.

⁸⁰ DE LA OLIVA SANTOS hace notar que se proyectaba, junto con la sanción de la LEC, la aprobación de las modificaciones a la LOPJ, que requería un cuórum mayor, por lo que no se esperaba que esta dualidad de regulaciones durara más que un muy breve tiempo (DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 354). En un sentido similar, RAMOS MÉNDEZ, F., *La concepción del proceso civil fuera de Francia: el caso español*, p. 40.

La primera de las diferencias se valoró positivamente por la doctrina, pues la exigencia de subsanación “en los casos, condiciones y plazos establecidos por las leyes procesales” solo generaba confusión, toda vez que no siempre la ley establece la forma de realizar la subsanación y ello, sin que ello afecte a la subsanabilidad de un acto⁸¹, mientras que la segunda fue en general criticada negativamente, a pesar de haber sido vista como una forma de luchar en contra de actitudes dilatorias o que atenta a la buena fe procesal⁸², por ser una formulación muy ambigua que “abre un ámbito de discrecionalidad del tribunal inaceptable”⁸³.

La LEC contiene en su regulación numerosos supuestos de subsanación respecto de defectos precisos en actos de las partes o del tribunal, que son una buena muestra, en comparación con lo que ocurría en la LEC 1881, de la filosofía antiformalista y favorecedora de la subsanación que la inspira⁸⁴.

Probablemente lo más destacable de las regulaciones específicas, es la posibilidad establecida en el artículo 215 LEC de subsanar y complementar sentencias y autos defectuosos o incompletos.

“Artículo 215. Subsanación y complemento de sentencias y autos defectuosos o incompletos.

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 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.

⁸¹ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2005)*, p. 286; ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 131.

⁸² VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Dijusa, Madrid, 2000, p. 386.

⁸³ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2005)*, p. 286.

⁸⁴ Respecto a cada uno de los casos, ver *infra* p. 317.

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. No cabrá recurso alguno contra los autos 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 o auto a que se refiriera la solicitud o la actuación de oficio del tribunal. Los plazos para estos recursos, si fueren procedentes, comenzarán a computarse desde el día siguiente a la notificación del auto que reconociera o negara la omisión de pronunciamiento y acordara o denegara remediarla”.

Se trata, en parte, de una novedad de este texto que viene a atenuar la rigidez del principio de la invariabilidad de las sentencias con el objeto de corregir los abusos que se producían en la práctica a través del mal llamado “recurso de aclaración”⁸⁵ y permitiendo una vía rápida de subsanación de defectos de incongruencia omisiva. Al igual que lo ocurrido con la nulidad de actuaciones, su aplicación quedó supeditada a la derogación, en este caso, del artículo 267 LOPJ.

I. *La Ley Orgánica 19/2003: en búsqueda de la unificación*

Transcurrirían casi cuatro años antes de que acabara la irregular situación de interinidad establecida por la LEC a través de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que introdujo cambios de diversa magnitud a la LOPJ, incluyendo la creación de las Oficinas de Señalamiento y la modificación de lo que debe entenderse por días hábiles e inhábiles.

En materia de nulidad y subsanación, el desarreglo producido por la LEC se solucionó de manera sorpresiva, al menos en consideración con la intención manifestada tres años antes en la ya mencionada DF 17^a. En lugar de derogarse la regulación presente en la LOPJ y dejar, simplemente, vigente la de la LEC, se modificó la primera, para incorporar los aspectos diferentes de la segunda, aunque con algunas diferencias⁸⁶. En otra opción poco

⁸⁵ CORDÓN MORENO, F., *Ley de enjuiciamiento civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 390.

⁸⁶ Las diferencias entre ambas regulaciones, aparte de la que se genera en la subsanación, eran, a esa fecha, tres: 1. En 238.1.5º LOPJ se incorpora como causal de nulidad la falta de intervención del secretario; 2. El artículo 240.1 LOPJ agrega la referencia a “demás medios”, aparte de los recursos, para obtener la nulidad,

ortodoxa del legislador, se dejaron subsistentes dos regulaciones casi idénticas de un mismo tema⁸⁷.

En lo relativo a la subsanación, se buscó traspasar el artículo 231 LEC, mediante la agregación del mismo como un nuevo apartado del artículo 243. El resultado no deja de extrañar, no solo porque se realizó una fusión de los aspectos más criticados de ambas normas, sin aprovechar de la oportunidad de perfeccionar su contenido como ocurrió en materia de nulidad, sino porque la mezcla genera una mixtura de criterios, el objetivo del anterior 243 LOPJ y el subjetivo del 231 LEC⁸⁸. En definitiva, la redacción que resultó fue la siguiente:

- “(Artículo 243) 3. El juzgado o tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley.
4. Los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la ley serán subsanables en los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales.”

Además, se aprovechó de incorporar, con pequeñas modificaciones, la disposición contenida en el artículo 215 LEC al artículo 267 LOPJ, como sus apartados 4, 5, 6, 7 y 8.

La LO 6/2007, de 24 de mayo, junto con introducir cambios importantes a la LOTC, modifica el artículo 241.1 LOPJ a fin de ampliar el incidente de nulidad de actuaciones, como una forma de suplir la ausencia de un mecanismo de tutela de los derechos

que no se encuentra en el artículo 227.1 LEC; y 3. La inclusión de la incongruencia como causal del incidente de nulidad de actuaciones en el artículo 241.1 (que sería modificado por la Ley Orgánica 6/2007).

⁸⁷ Sin perjuicio de lo poco prolijo que es este hecho, en la práctica esta duplicidad de regímenes, incluida la del artículo 243 LOPJ y 231 LEC, no ha significado problemas, pues, como hace presente YÉLAMOS BAYARRI, “los tribunales han solventado las diferencias de esta duplicidad de regímenes del modo más favorable para el justiciable. Esto es, no aplicando un sistema sobre otro si ello perjudicaba a la parte que alegaba haber sido afectada por la nulidad causante de indefensión (...). Al final, los tribunales no han tenido problemas en simultanear la aplicación de ambos regímenes, el orgánico y el de la LEC (ni las partes en invocarlos sin miedo a equivocarse)” (en YÉLAMOS BAYARRI, E., “¿Dos regulaciones de la nulidad de actuaciones? Arts. 225 y ss. LEC (que pretende ser ley procesal común) y arts. 238 y ss. LOPJ, reformada a finales de 2003” en *Justicia*, v. 3-4, 2007, p. 50.

⁸⁸ YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 139.

fundamentales y proteger la subsidiariedad del amparo constitucional⁸⁹. En materia de subsanación no introduce cambio alguno a la regulación vigente.

J. *Últimas modificaciones menores: Leyes 13/2009 y 37/2011*

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, ha establecido la nueva Oficina Judicial, obligando a la, hasta el momento, más significativa modificación de la LEC 2000⁹⁰. Los cambios se han dirigido principalmente a configurar el nuevo papel del secretario en el proceso, que ha pasado a tener un importante papel- se quiera o no- jurisdiccional en ella, cuya más crítica expresión es relativo a la admisión- pero no la inadmisión- de la demanda y otras actuaciones de las partes.

En lo relativo a la subsanación, dos fueron las principales novedades:

- (1) La eliminación del artículo 231 LEC de la criticada referencia a manifestación de voluntad de cumplimiento como requisito para que los actos puedan ser subsanados⁹¹.
- (2) La exigencia, en los artículos 404 y 405 LEC, al secretario de requerir la subsanación antes de poner en conocimiento del tribunal cualquier defecto formal que pudiese obstar a la admisión de la demanda o de la contestación.

Por último, recientemente se ha promulgado la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, dentro de una regulación que busca, por enésima vez, disminuir los tiempos de tramitación de los juicios a costa de las garantías de las partes, que incluye como deber del procurador el de “colaborar con los órganos jurisdiccionales para la subsanación de los defectos procesales” (artículo 26.2.1 LEC). Esto junto a otras modificaciones más trascendentes, como la eliminación de la

⁸⁹ Ver BACHMAIER WINTER, L., "La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones" en *Revista de Derecho Procesal*, 2007, p. 45 (falta la ciudad de publicación)

⁹⁰ Acerca del funcionamiento, véase GÓMEZ DE LIANO, R., "Estructura y organización de la nueva oficina judicial" en *Diario La Ley*, nº 7016, 2008, p.1. (falta la ciudad de publicación)

⁹¹ La referencia subsiste en la LOPJ. Sobre el punto, véase *infra* p. 282.

preparación en los recursos devolutivos o el aumento de la cuantía en la casación y en la apelación del juicio verbal.

I.2. Regulación actual de la subsanación con incidencia en el proceso civil

Como consecuencia de todo el proceso anterior, la subsanación hoy goza de una sólida e indudable base constitucional y legislativa que se encuentra principalmente en:

1. El artículo 24.1 de la Constitución que garantiza a todas las personas “el 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. La regla a favor de la subsanación del artículo 11.3 de la LOPJ que dispone que “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”;
3. El artículo 227.2 LEC (prácticamente igual al artículo 240.2 LOPJ) que fija la prevalencia de la subsanación sobre la nulidad al decir que “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”;
4. La regla de subsananabilidad de la actuaciones de las partes del artículo 231 que establece que “El Tribunal y el Secretario judicial cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes”;

5. Y por las reglas particulares de procedimientos subsanación que se encuentran dispersas en la LEC y, en menor medida, la LOPJ y que se verán más adelante⁹².

II. Delimitación del concepto de subsanación

II.1. Introducción

Entre quienes se han ocupado de temas relacionados con la invalidez procesal, resulta un lugar común -desde los primeros tratamientos sistemáticos- el representar su dificultad originada en la poca claridad e imprecisión conceptual con la que se trata el tema⁹³. En 1957, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, al prologar la obra de MORÓN PALOMINO, llamaba la atención sobre el tema al afirmar que la teoría de las nulidades procesales “es una de las cuestiones menos claras, tal vez por no haberse llegado a conceptos estables, siquiera con la permanencia que en temas análogos ha logrado la ciencia y la formación del derecho material”⁹⁴. Casi cincuenta años después, el panorama no se calificaría como mucho más auspicioso: ANDRÉS CIURANA describiría un estado de cosas similar, al decir que “no hay en él puntos de partida homogéneos, ni métodos de investigación uniformes, ni siquiera sustrato conceptual o terminológico común. Estos antecedentes auguran un resultado cierto: la confusión”⁹⁵.

⁹² Véase *infra* p. 317.

⁹³ En este sentido, RODRÍGUEZ ESPEJO, J., "En torno a la teoría general de la eficacia o nulidad de los actos procesales" en *Revista de Derecho Privado*, nº LX, 1976, p. 671.

⁹⁴ En MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, p. 12.

⁹⁵ ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 27. En el mismo sentido, entre otros, HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 18; LOURIDO RICO, A.M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, Comares, Granada, 2ª ed., 2003, p. 9; y YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 40. Este hecho no es privativo del derecho procesal, sino propio de cualquier área del derecho en la que se trate el tema de la invalidez. En derecho privado, DE CASTRO Y BRAVO nos dice que “la doctrina no ha llegado a un acuerdo sobre la distinción de los tipos de ineficacia y su correspondiente rotulación. En buena parte, ello resulta de la carencia de una exacta terminología legal y de la polivalencia semántica de las voces empleadas” (DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 462). En un sentido similar, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN advierte que “definir la ineficacia y situarla en el campo de los conceptos jurídicos constituye una tarea que no resulta fácil. Por lo pronto, la terminología

Teniendo en cuenta que la subsanación es un tema que se ha tratado por la doctrina casi siempre dentro de la nulidad procesal, el desorden y dispersión conceptual del sistema de invalidez afecta a este tema de manera tal que impide construir cualquier tipo de teoría, por limitada que sea, sin previamente efectuar precisiones en el uso de los términos. La magnitud de estas precisiones no es menor: en los hechos, significa elaborar un aparato conceptual propio que permita la adecuada transmisión de lo que se propone.

Por lo expuesto, es que resulta indispensable comenzar este estudio con la fijación de, primero, cómo se entenderán los términos de irregularidad, ineficacia e invalidez y, luego, de lo que se entiende por subsanación. Esto último constituirá, en definitiva, el ámbito del análisis que se llevará a cabo. No se trata de calificar o corregir sistematizaciones anteriores, sino, simplemente, de elaborar un lenguaje que permita, por un lado, comunicar con precisión desde las distinciones doctrinarias que se juzgan útiles para este efecto y, por otro, reconstruir más fielmente el sistema que se busca describir como punto de partida.

II.2 El paso de la irregularidad a la ineficacia

Desde el momento en que se admite que no toda desviación del modelo fijado por el ordenamiento jurídico para un acto procesal conlleva la eliminación de sus consecuencias, se puede apreciar, sin complejidad alguna, la falta de equivalencia entre la imperfección de un acto y la privación de efectos del mismo. Esta distinción es plenamente admitida y no merece mayor controversia más allá de las denominaciones que unos y otros utilicen para describir estas situaciones⁹⁶. Así, al acto que se encuentra en la situación de no correspondencia con el modelo normativo, se le suele llamar *defectuoso o irregular*⁹⁷, mientras que al que se le ha privado sus efectos se le puede llamar *ineficaz*.

usual no se encuentra fijada y es en muchas ocasiones equívoca” (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, v. I, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 6ª ed., 2007, p. 424).

⁹⁶ CIACCIA CAVALLARI, B., *La rinnovazione nel processo di cognizione*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 69.

⁹⁷ Muchos autores emplean la noción de irregularidad para referirse a una consecuencia de la defectuosidad del acto menor a la nulidad. En esta línea, SERRA DOMÍNGUEZ dice que “entendemos por irregularidad la ausencia en un acto procesal de determinado requisito que, si bien determina la incorrección del acto y la subsiguiente imposición a su titular de una sanción determinada, no impide la plena producción de sus

La básica distinción planteada, aunque correcta, no logra aprehender la totalidad de las variables que involucra el complejo fenómeno de la nulidad, pues no bastarían estas categorías para lograr describir siquiera con mínima precisión las diversas vicisitudes que pueden ocurrir en el tránsito entre el defecto de un acto y la privación de sus efectos. Dicho de otra forma, no basta con distinguir entre actos perfectos y defectuosos, para luego, entre estos últimos, separar entre eficaces e ineficaces con el fin de comprender la serie de propiedades que el ordenamiento procesal considera relevantes para la regulación del acto procesal en relación con este tema⁹⁸.

Una distinción más enriquecedora es la de invalidez e ineficacia. En el derecho sustantivo, aunque con algunas objeciones, la misma se reconoce especialmente a partir de WINDSCHEID⁹⁹ quien afirma que en un negocio jurídico la invalidez se origina en la falta de alguno de sus requisitos y que, como consecuencia de eso, el derecho no le reconoce la fuerza de producir la conformación de la relación. Sería un concepto más restringido que el de la ineficacia, pues un negocio puede ser ineficaz aun sin ser defectuoso¹⁰⁰.

En la depuración de este aspecto del fenómeno de la nulidad, la doctrina procesal española es deudora del derecho administrativo y, en especial, de SANTAMARÍA PASTOR quien aportó claridad en un tema tan lleno de equívocos al exponer con brillantez la diferencia entre la invalidez y la ineficacia del acto¹⁰¹. El autor comienza su análisis describiendo una primera

efectos jurídicos" (SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Actos procesales irregulares" en SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de derecho procesal*, Ariel, 1969, Barcelona, p. 468). En el mismo sentido, entre muchos otros, CARNELUTTI, F., *Sistema de derecho procesal civil*, v. III, UTEHA, Buenos Aires, 1944, p. 562; y, más modernamente, RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, p. 85.

⁹⁸ La noción de *propiedad relevante* está tomado en el sentido dado por ALCHOURRÓN y BULYGIN, es decir, entendiendo, en términos muy simples, que una propiedad es relevante en relación a un caso determinado cuando el caso complementario (esto es, en el que la propiedad está ausente) tiene un status normativo distinto (ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 152).

⁹⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, p. 463.

¹⁰⁰ WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette*, v. I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1930, p. 264. En contra de esta distinción, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, p. 431.

¹⁰¹ En el derecho procesal esta diferenciación ya se había realizado, aunque con menos profundidad. CONSO, en 1955, observaba que el binomio validez-invalidez de un acto era un fenómeno que no coincidía con el de eficacia-ineficacia ni con el de perfección-imperfección (CONSO, G., *Il concetto e le specie d'invalidità*:

fase en la que se produce la confrontación entre la forma fijada por la ley (que llama “estructura-tipo del negocio”) con el acto como fue llevado a cabo en la realidad (“estructura real del acto”). Esta confrontación ofrece solo dos posibilidades, de acuerdo a si hay o no coincidencia entre ellas. Si la hay, el acto es válido y, en consecuencia, debe producir los efectos previstos por la norma. En caso contrario, el acto es inválido y no debe producir efectos¹⁰².

En este punto se produciría normalmente el equívoco de buena parte de la doctrina, al pasar de afirmar que un acto no *debe* producir efectos, por ser inválido, a decir que no produce efectos, es decir, al pasar del campo del deber ser al del ser -del prescriptivo al descriptivo-, pues se daría una equivalencia entre la invalidez y la ineficacia que en los hechos no existe. Tomando esta falta de equivalencia, se constata que:

1. Hay actos válidos ineficaces y actos inválidos eficaces¹⁰³. Ejemplos de la primera especie serían, entre otros, la concurrencia de circunstancias sobrevenidas, como el cumplimiento de una condición resolutoria, el incumplimiento de una condición suspensiva o la imposibilidad de ejecución, o la producción de negocios extintivos, como la renovación o el disenso. En la segunda especie encontramos, por citar algunos, la subsanación del vicio, la caducidad de la acción de impugnación o la irrelevancia de la irregularidad¹⁰⁴; y

introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali, A. Giuffrè, Milano, 1955, p. 15). En un sentido similar, poco después, PEYRON, C., "Inammissibilità" en *Enciclopedia del Diritto*, v. XXII, 1958, p. 613.

¹⁰² SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos: contribución a una teoría de la ineficacia en derecho público*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972, p. 156. Llama la atención que en este punto el autor se sostenga en una cita de KELSEN, acerca de lo que es validez, no solo porque la postura de este último se refiera a la teoría de las normas, que sería un obstáculo salvable, sino porque para el jurista austriaco la validez de la norma equivale a su existencia (KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma, México, 2ª ed., 5ª reimp. (1995), 1958, p. 35).

¹⁰³ Una constatación similar se puede encontrar explícitamente en LUISO, F.P., *Diritto processuale civile*, v. I, Giuffrè, Milano, 4ª ed., 2007, p. 402 quien distingue entre actos válidos y eficaces, válidos e ineficaces, inválidos y eficaces e inválidos e ineficaces.

¹⁰⁴ En este sentido, LOURIDO RICO afirma que la causa de la ineficacia “puede ser la invalidez del acto, a la que se le suele llamar causa intrínseca, o bien cualquier otra causa extrínseca, como, por ejemplo, el incumplimiento de una condición o la falta de un acto posterior que ha de unirse al primero para que este despliegue su normal eficacia” LOURIDO RICO, A.M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, p. 37). Hoy esta distinción parece estar bastante asentada en la mayor parte de la doctrina. En el mismo sentido, FONTI, R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Cedam, Padova, 2008, p. 8; y DIDIER JR., F., "El juicio de admisibilidad en la Teoría General del Derecho" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, nº 8, 2005, , p.

2. La invalidez es una calificación meramente teórica, derivada del desajuste entre la estructura real del acto y la estructura-tipo normativa, mientras que la ineficacia es un dato empírico que nace de la constatación de si el acto ha producido efectos, con independencia de su origen¹⁰⁵. Ilustrativamente, SANTAMARÍA PASTOR afirma que

“el acto inválido no es ‘jurídicamente inexistente’, en cuanto constituye una realidad fáctica que el ordenamiento ha de tener en cuenta para negarle valor de atendibilidad jurídica; ni es tampoco el que ‘no produce efectos’, sino el que carece de vigor para exigir jurídicamente la realización de tales efectos típicos, y cuyos efectos eventualmente producidos *de facto* pueden ser eliminados mediante una acción restauradora del orden jurídico”¹⁰⁶

La forma de articular la ineficacia de un acto inválido, es decir, el nexo entre la potencialidad de la invalidez y la realidad de la eficacia, se realiza a partir de las técnicas instrumentales que cada ordenamiento contempla y que, normalmente son la nulidad y la anulabilidad. Siendo solo técnicas de instrumentación de la ineficacia, resulta impropio hablar de actos nulos o anulables como sinónimo de actos inválidos¹⁰⁷.

A partir de lo planteado por SANTAMARÍA PASTOR, resulta fácil distinguir un acto defectuoso o irregular de un inválido y de uno ineficaz. Ya se sabe que no hay equivalencia entre estos términos, que describen situaciones jurídicas, aunque relacionadas, sustancialmente diversas.

La distinción de estos tres fenómenos en el tema que tratamos, si bien valiosa, es susceptible de cuestionamientos. Nuevamente, el aporte más valioso en esta materia viene

129. En el sentido contrario, MEGINO FERNÁNDEZ, D., *El incidente de nulidad de actuaciones*, Jurua, Lisboa, 2010, p. 24.

¹⁰⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos: contribución a una teoría de la ineficacia en derecho público*, p. 158. En este punto es donde la elaboración de CONSO encuentra su punto débil: para él, si bien la eficacia puede depender de otras causas y, por lo tanto, la validez no coincide necesaria con la eficacia y viceversa, reconoce como coincidentes la ineficacia derivada con la divergencia de un acto con su modelo a la invalidez, lo que implica desconocer los distintos planos en los que se desarrollan ambos fenómenos CONSO, G., *Il concetto e le specie d'invalidità: introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, p. 16.

¹⁰⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos: contribución a una teoría de la ineficacia en derecho público*, p. 162.

¹⁰⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos: contribución a una teoría de la ineficacia en derecho público*, p. 168.

de la doctrina administrativista y no procesal: BELADIEZ ROJO formula dos críticas a la construcción de SANTAMARÍA PASTOR que vienen a enriquecer el tema y a darle mayor correspondencia con el tratamiento que el ordenamiento jurídico le da a la nulidad:

1. Precisa el concepto de validez a partir de la crítica al hecho de que el autor no contemplaría la situación de las irregularidades no invalidantes¹⁰⁸. La existencia de este tipo de irregularidades permitirían afirmar que no es la disconformidad con el modelo establecido por el ordenamiento lo que determinaría la invalidez, sino - como apunta NIETO GARCÍA- “el resultado de una valoración”¹⁰⁹, la consideración del ordenamiento de que dicho desajuste no debe ser protegido, por lo que la invalidez sería “aquella situación en la que se encuentran los actos contrarios al ordenamiento jurídico”¹¹⁰; y
2. Desvincula, aún más, la invalidez de la ineficacia. En este punto no se pretende contradecir que invalidez e ineficacia son cuestiones distintas y que se dan en planos diversos, sino introducir otro elemento: no siempre la invalidez de un acto debe acarrear como consecuencia su ineficacia. En otras palabras, la distancia entre estas dos figuras no viene dada solo por el hecho de que puede que la invalidez no sea declarada, por diversas razones, aun cuando el ordenamiento la atribuya, sino que habrá oportunidades en las que se dispondrá algo distinto a que el acto inválido deba ser ineficaz. Frente a una invalidez el ordenamiento no solo puede prescribir su ineficacia, sino, alternativa o incluso preferentemente, su corrección¹¹¹.

Tomando como base el sistema propuesto por esta autora, se debe reconocer una cuarta posibilidad de categorizar los actos en el camino que va desde la irregularidad a la ineficacia: el de los actos inválidos susceptibles de ser corregidos y los que no lo son. La posibilidad

¹⁰⁸ Disiento parcialmente de esta crítica, pues la constatación formal de validez a la que refiere SANTAMARÍA PASTOR no debe ser tomada como una identificación dentro de la construcción del autor entre irregularidad e invalidez. Si bien no lo trata con profundidad, parece claro que el análisis de la discordancia de la estructura-tipo del negocio con la estructura real del acto es, para él, más complejo que la sola constatación de la ausencia de un requisito en particular. Así lo reconoce explícitamente, aunque solo en un pie de página y sin profundizar, al aceptar la existencia de irregularidades irrelevantes para la validez de los negocios jurídicos (p. 172, p.p. 31).

¹⁰⁹ NIETO GARCÍA, Alejandro, *Estudio Preliminar* en BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, p. 10.

¹¹⁰ BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, p. 57.

¹¹¹ BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, p. 56.

de corrección del acto viene a ser una nueva propiedad relevante de este sistema que determina que frente a la invalidez del acto deba analizarse, antes de llegar a disponer su privación de efectos, si el acto es susceptible de ser corregido por el sistema. Esta reconstrucción del sistema de nulidad tiene el innegable mérito de aislar de manera precisa un momento trascendental en el paso de la constatación del defecto del acto a la privación de efectos del mismo que no había sido tomado adecuadamente en consideración por SANTAMARÍA PASTOR.

Un sistema como el descrito por BELADIEZ ROJO tiene, en definitiva, cuatro propiedades relevantes que determinan si un acto producirá o no efectos: la regularidad, la validez, la posibilidad de corrección y la eficacia. Sin embargo, la comprensión del sistema que se pretende describir en este estudio, esto es, el de la regulación de la ineficacia procesal en el ordenamiento procesal español, requiere de una distinción adicional o, al menos, hacer explícita una distinción tácita en lo relativo al paso de la irregularidad a la invalidez.

Ya se veía que, una vez constatada la irregularidad, que es una verificación, en este modelo, fáctica, el paso de la irregularidad a la ineficacia supone una valoración acerca de si el acto que tiene algún defecto debe o no ser protegido por el derecho. La decisión acerca de si se le reconoce validez a un acto no es -como postula SANTAMARÍA PASTOR- una simple constatación formal (como sí lo sería el de la determinación de la regularidad), sino una calificación acerca del mérito que tiene el acto para producir efectos dentro del ordenamiento jurídico.

El punto de la precisión pasa por determinar cuáles son los elementos que determinan este paso, es decir, los factores que inciden en determinar el resultado del juicio de valor que se realiza respecto de un determinado acto defectuoso. Las respuestas posibles, *a priori*, parecen ser dos: la entidad o esencialidad del defecto y las consecuencias de este. Al menos en principio, la primera opción parece ser más propia de un sistema formalista, mientras que la segunda de un sistema que privilegia el respeto de las garantías procesales sobre el respeto de la forma por la forma.

Si partimos de la premisa - que deberá, en su momento, demostrarse- de que estamos frente a una ordenación procesal primordialmente antiformalista, el juicio de validez deberá

efectuarse sobre el análisis de las consecuencias que ha ocasionado la invalidez decretada. Es posible descomponer este juicio y aislar dos análisis diversos en cuanto a su tratamiento por el sistema jurídico que estudiamos (por tanto, relevantes para él): (1) el de las consecuencias propiamente tales, que permitirá atribuir *validez* a un acto si no hay consecuencias negativas, de acuerdo a las coordenadas valorativas del mismo sistema, por causa de la imperfección; y (2) el de la *convalidación*, que implica agregar la consideración a si ha habido aceptación, expresa o tácita, del acto irregular, y, por lo tanto, de sus consecuencias, por parte del afectado por el defecto. Solo si se producen consecuencias desvaloradas jurídicamente y no ha habido aceptación de estas consecuencias por el afectado, podremos hablar de un acto propiamente inválido y, por ende, susceptible de terminar siendo ineficaz. Se afirma que es posible aislar estos dos elementos del juicio de validez debido a que tienen, en la reglamentación vigente, un status normativo diverso, pues, como se analizará más adelante, no es indiferente al sistema que se dé una u otra circunstancia.

Lo expuesto impone la necesidad de describir un complejo normativo con cinco variables distintas para poder aprehender con alguna exactitud la realidad normativa que se intenta abordar. Las nociones o variables que deben manejarse son las siguientes:

1. La regularidad o perfección del acto: reputando *regular* o *perfecto* el acto procesal que se corresponde con el modelo establecido por el ordenamiento jurídico aplicable e *irregular* o *imperfecto* el acto que no se corresponda con su modelo.
2. La validez o invalidez del acto: se considerará *válido* el acto procesal que, de acuerdo al juicio de valoración efectuado, se considere como idóneo de ser protegido por el derecho. Será *inválido* el acto que se califique, por los defectos que contiene, como no idóneo de ser protegido por el ordenamiento.
3. La aceptación o no aceptación de las consecuencias por el afectado: el acto de acuerdo al juicio anterior inválido, pero cuyas consecuencias han sido admitidas por la contraria, perderá la posibilidad de ser ineficaz¹¹². Solo deberá subsistir como acto susceptible de ser ineficaz aquel inválido cuyas consecuencias no hayan sido aceptadas, o no sean aceptables, por el afectado.

¹¹² Si lo anterior le hace perder la invalidez o, simplemente, la esteriliza, parece una reflexión irrelevante.

4. La corrección o falta de corrección del acto inválido: una vez que se esté frente a un acto inválido no aceptado por el afectado, se podrá dar la posibilidad de corregir ese acto. Solo el acto *inválido no corregido* será susceptible de ser anulado o inadmitido y, por lo tanto, deberá ser ineficaz.
5. La eficacia o ineficacia del acto: que, como ya se ha indicado, responderá a la constatación fáctica de si el acto produce o no efectos en la realidad¹¹³. Para que un acto inválido se transforme en ineficaz es necesaria la aplicación de algún mecanismo que los haga ineficaces, pues- insisto- el paso no es automático. En el sistema procesal, estos instrumentos son básicamente la nulidad y la inadmisión.

El modelo descrito no siempre es aplicable en su totalidad. Habrá, por ejemplo, oportunidades en las que irregularidad equivaldrá, sin más, a invalidez o en la que no existirá posibilidad de corregir el acto o en que la aceptación del afectado será irrelevante. Que en un caso determinado una o más de esas estas propiedades sea irrelevante no implica que lo sea para el sistema en su totalidad¹¹⁴.

II.3. Diversos significados atribuidos al término subsanación

La elección del significado de subsanación no puede pasar por una simple preferencia basada en la convención acerca de cómo tratar un término determinado ni, mucho menos, por una constatación simplemente semántica o acerca de la supuesta esencia de un determinado concepto. Por el contrario, debe conllevar un diagnóstico respecto a la forma de tratar el tema que mejor se adecue al tratamiento que haga de él el ordenamiento que se pretende estudiar. Para determinar esto, antes de hacer una opción, se realizarán cuatro análisis complementarios acerca del empleo del término: el de los usos común, doctrinal, legal y jurisprudencial.

¹¹³ En la descripción preliminar que se ha hecho de este modelo se han evitado los términos más utilizados en la doctrina para definir algunas de estas situaciones, debido a que el contenido de cada uno de ellos se delimitará en el apartado siguiente.

¹¹⁴ En la terminología de ALCHOURRON y BULYGIN, será igualmente relevante para su Universo de Casos (UC) ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 153.

A. Significado común del término subsanación

El diccionario de la RAE define subsanar, en su primera acepción, como “disculpar o excusar un desacierto o delito”, en su segunda, como “reparar o remediar un defecto” y, en su tercera y última, como “resarcir un daño”¹¹⁵. Si bien estas definiciones no pueden ser consideradas definitivas ni ayudan mucho a la precisión del tema, al menos resultan útiles para acotar el campo en el que se hace presente este término.

Las tres definiciones transcritas parten de un punto común del que el derecho no se separa: el de una actuación defectuosa, errónea o desacertada. Parece ser que, aun en la dispersión conceptual que genera este término, hay siempre un mismo presupuesto, una base común sobre la que se actúa, que es de algo mal hecho, de algo imperfecto. En la perfección no hay espacio para la subsanación.

De manera amplia, la unidad conceptual también se puede encontrar en el resultado que produce la actividad: entre la disculpa, el remedio y el resarcimiento a los que se refieren las distintas acepciones hay un sustrato común de remisión de los efectos normales de lo defectuoso, de dar a lo imperfecto las consecuencias de lo perfecto.

Siendo el antecedente y el consecuente similares -o, al menos, análogos- en las tres situaciones, la diferencia principal entre ellas está en la actividad que permite obviar las consecuencias jurídicas de lo mal hecho. Si se pretende que la imperfección de un acto no produzca consecuencias, es posible pensar, básicamente, en tres hipótesis: (1) que se considere irrelevante el defecto y, por lo tanto, se actúe como si no existiera; (2) que el afectado por él tome por bueno lo imperfecto, optando por no tenerlo en cuenta; y (3) que el autor o responsable de lo defectuoso lo corrija.

¹¹⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 2001, versión web, disponible en www.rae.es.

Dentro de las acepciones del diccionario de la RAE, se encuentran, en buena parte estas opciones. En la primera de las acepciones, parece ser una actividad del afectado la que “salva” al acto, al tener por correcto lo incorrecto; en la segunda, la reparación del mismo autor y en la tercera una actividad del autor, pero que no es correctiva, sino compensatoria. Las diversas actividades que pueden corresponder al término subsanación demuestran la vaguedad que contiene el término en este aspecto. No es posible aislar un solo componente de las tres actividades descritas, pues son sustancialmente distintas.

B. Uso por la doctrina del término subsanación

La vaguedad que se describe también la encontramos con características parecidas en el derecho y, en lo que concierne a este estudio, en el derecho procesal civil y, en especial, en la doctrina procesal, que suele utilizar el término sin preocuparse de precisarlo o considerar otros posibles significados, como si cupiese una sola y precisa acepción. Así, se suele hablar de que un acto es subsanable o insubsanable sin indicar qué se entiende por tal, ni reflexionar acerca del contenido de la acción a la que se refieren. Esta imprecisión en el uso probablemente se explica por la escasa atención que se le ha dado a esta figura.

El presupuesto de la subsanación parece coincidir en todos los autores, al menos en términos amplios: la subsanación presupone la existencia de una irregularidad procesal, es decir, de un acto procesal realizado de forma defectuosa. Los actos que se han realizado de acuerdo al modelo establecido por el ordenamiento jurídico no necesitan ser subsanados.

También en términos amplios, parece coincidir el efecto que se busca con la subsanación: que produzcan las mismas consecuencias jurídicas que un acto regular. Aquí, sin embargo, hay una diferencia sustancial entre los autores que conciben la posibilidad de subsanación luego de la nulidad o de la inadmisión y de quienes solo la entienden como una forma de prevenirlas.

Nuevamente, en la actividad constitutiva de la subsanación es donde se produce una dispersión mayor. Si el cumplimiento de la finalidad, la aceptación o mera inacción del

afectado o la actividad reparadora del realizador constituyen subsanación y si tienen, o no, en consecuencia, estatus jurídicos idénticos o, al menos, analizables conjuntamente, parece ser el *quid* del asunto.

A continuación se dividirán las diferentes formas de entender la subsanación en cuatro grupos, intentando ir de mayor a menor extensión en la comprensión de ella.

a. Como cualquier medio que tenga por resultado la validez del acto irregular

Esta postura es sostenida principalmente por autores argentinos. ALVARADO VELLOSO trata la subsanación como “un presupuesto negativo de la nulidad” y enumera seis situaciones o conductas que entiende, en sentido amplio, subsanatorias: (1) la actuación del interesado en conformidad con el vicio; (2) la confirmación o ratificación del interesado del acto; (3) el cumplimiento cabal de la finalidad; (4) la indiferencia del vicio para los fines del proceso; (5) la sustitución del acto vicioso, es decir, la repetición del mismo pero con carácter de regularidad; y (6) la revalidación del acto, que ocurriría cuando el interesado, sabedor de la existencia del vicio, lo consiente expresa o tácitamente¹¹⁶. En la misma línea, CREUS afirma que “el concepto de subsanación, por consiguiente, se verifica cuando la irregularidad que puede fundar la declaración de nulidad, encuentra en otro acto o en circunstancias posteriores a aquel en la secuencia procedimental un nuevo elemento que sustituye al defectuoso o llena la omisión del acto típico”¹¹⁷.

Para quienes sostienen esta manera de entender la subsanación, ella equivale a cualquier manera de hacer que el acto irregular devenga en válido. Se considerará, entonces, subsanado el acto tanto si el mismo adolece de una irregularidad irrelevante, que evita su invalidez, como si se juzga inválido, pero es aceptado por el afectado o reparado por una actuación posterior.

¹¹⁶ ALVARADO VELLOSO, A., *Introducción al estudio del derecho procesal*, v. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989, p. 294.

¹¹⁷ CREUS, C., *Invalidez de los actos procesales penales*, Astrea, Buenos Aires, 2ª ed., 1995, p. 81.

b. Como cualquier conducta que dé validez al acto originalmente inválido o que genere otro acto válido

MORÓN PALOMINO, partiendo de la premisa que subsanación en su acepción gramatical es reparación de un defecto¹¹⁸, distingue tres formas de llevarla a cabo:

1. Por renovación: declarado nulo el acto procesal, será necesaria la producción de otro acto de igual naturaleza, pero ajustado a las normas del derecho procesal.
2. Por convalidación (o sanatoria): no exige la existencia de una previa declaración de nulidad, sino, por el contrario, la excluye. Se produciría porque quien podía interponer la pretensión de nulidad acepta el defecto, sea expresa o tácitamente.
3. Por enmienda: se trataría de la corrección, antes de la nulidad, de los defectos del acto por parte de su autor.¹¹⁹

A diferencia de la concepción anterior, la subsanación es posible solo respecto de actos inicialmente inválidos y no respecto de actos solo irregulares, por lo que el cumplimiento de la finalidad sería una categoría de exclusión de la invalidez de los actos irregulares de tratamiento diferenciado. Incluye, además, la posibilidad de subsanar actos tanto como un medio para impedir la nulidad como un remedio posterior a ella.

c. Como forma de dar validez al acto inválido

Esta tendencia se distingue de la anterior en que solo utiliza el término subsanación para aquellas situaciones que dan validez a un acto originalmente inválido y no a la renovación que sería un acto posterior a la declaración de nulidad. Se restringe, así, el concepto de subsanación como algo previo a la nulidad, preventivo de ella, pero excluyendo de esta posibilidad al acto irregular que se repute válido por haberse cumplido la finalidad del

¹¹⁸ Lo que, por lo visto antes, parece discutible.

¹¹⁹ MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, p. 203. En un sentido similar, BERIZONCE, R.O., *La nulidad en el proceso*, Editora Platense, La Plata, 1967, p. 92. Más recientemente, parece adherirse a esta concepción YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 73.

mismo. Dentro de este grupo, CLARIÁ OLMEDO dice que “subsanaar significa curar el acto viciado o defectuoso que pudo ser invalidado, sin eliminarlo, impidiendo la aplicación de la sanción; rehabilita el acto antes de la declaración de nulidad; lo que se manifestaba inválido, queda definitivamente convalidado”¹²⁰.

Para esta concepción, la subsanación es el acto o circunstancia que transforma en válido un acto originalmente inválido, tomando por equivalentes las actuaciones del responsable del defecto y las del afectado, aunque a veces distinguiendo subespecies dentro de ellas. Así, MORENO SÁNCHEZ distingue entre *subsanación activa*, que sería la reparación del acto, y *subsanación pasiva o tácita*, que sería la falta de reclamación de la misma¹²¹.

Dentro de la doctrina española, si bien no encontramos autores que expresamente se manifiesten por la subsanación de esta forma, son numerosos a los que se le puede atribuir este modo de entender la subsanación, en especial por su postura frente al artículo 166 LEC- probablemente influenciada por su título- de considerar que es subsanación el acto de comunicación realizado sin la observancia de las formas legales, siempre que la persona notificada, citada, emplazada o requerida se hubiera dado por enterada del asunto, y no denunciase la nulidad en su primer acto de comparecencia¹²².

d. Como corrección del acto inválido

ANDRÉS CIURANA emplea el término subsanación para aludir a cualquier actividad que trata de regularizar un acto procesal, mediante la eliminación o remedio del defecto o irregularidad del acto, distinguiéndola de otras técnicas que permitan atribuir validez a un acto irregular sin corrección del defecto¹²³. En el mismo sentido, BARONA VILLAR afirma que “la subsanación supone corrección, reparación o enmienda de la irregularidad que

¹²⁰ CLARIÁ OLMEDO, J.A., *Derecho procesal*, v. I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 131.

¹²¹ MORENO SÁNCHEZ, G., *La Nulidad procesal*, Oxford University Press, México, D.F., 2000, p. 259.

¹²² Entre otros, PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, p. 223; RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2005)*, p. 286; FURQUET MONASTERIO, N., *Las comunicaciones procesales*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 248; y MAGRO SERVET, V., "La subsanación de defectos procesales (Art. 231 LEC)" en *Práctica de Tribunales*, nº 46, 2008, , p. 6.

¹²³ ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 249.

impide la ulterior declaración de nulidad del acto. La subsanación hace que el acto inicialmente defectuoso se adecue a su modelo normativo y priva de causa o de fundamento a la nulidad”¹²⁴. CHAMORRO BERNAL también sostiene una postura similar, pero agregando otro elemento interesante: el que la subsanación también puede consistir en la realización de un acto omitido¹²⁵.

Esta postura, la más restringida de todas, supone distinguir como fenómenos normativamente diversos, es decir, con estatus jurídicos distintos la situación que se produce al ser corregido el acto de la que ocurre al ser admitido expresa o tácitamente por el afectado por este¹²⁶.

C. Uso del término subsanación por la legislación procesal civil

Ya se veía que la subsanación es un término que se ha venido ocupando cada vez con mayor amplitud dentro del ordenamiento procesal español. Desde la época en donde tímidamente se asomaba por alguna legislación especial hasta ahora, ha habido un desarrollo legislativo importante que se plasma en el proceso civil, principalmente, en los artículos 11.3 y 243.4 LOPJ y 231 LEC, además de las normas dispersas por todo este último cuerpo legal.

¹²⁴ En MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 16ª ed., 2008, p. 426.

¹²⁵ “Mediante la subsanación se otorga a la parte, que incurrió en el defecto procesal, la posibilidad de realizar, en el plazo al efecto habilitado, el requisito procesal incumplido o el acto procesal defectuosamente realizado, integrando así, o rectificando *ex novo* la actuación procesal inicialmente defectuosa o irregular. Sin embargo, la subsanación puede consistir no solo en ese completar o integrar un acto, sino incluso en realizarlo íntegramente. El art. 11.3 de la LOPJ no ha de entenderse como limitado a menos defectos formales, sino también a los defectos de una significación que exceda del formal” CHAMORRO BERNAL, F., *El artículo 24 de la Constitución*, p. 680. La adscripción de este autor a esta forma de entender la subsanación debe ser matizada, debido a que más adelante en la misma obra introduce la noción de *subsanación material*, que sería el cumplimiento de la finalidad del acto, reservando el término *subsanación formal* a la reparación del vicio (p.700).

¹²⁶ También sostienen esta postura MEGINO FERNÁNDEZ, D., *El incidente de nulidad de actuaciones*, p. 60 y, aparentemente, GUI MORI, T., *La intercambiabilidad de las técnicas jurídicas: los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación como emanación del de tutela activa*, p. 13.

La sola lectura del artículo 11.3 LOPJ y la ubicación de los tratamientos genéricos de la misma que contienen los artículos 243.4 LOPJ y 231 LEC, dentro de la regulación de las nulidades procesales, permiten observar, sin mayores dificultades que, al menos a grandes rasgos, el uso que la ordenación procesal le da a la subsanación no es muy distinto a las acepciones que hemos recogido de la doctrina. No cabe duda alguna de que se habla de subsanación como una actividad que tiene como presupuesto un defecto procesal y que el resultado de la misma es dar a lo imperfecto las consecuencias de lo perfecto. En definitiva, la cuestión radica, nuevamente, en las actividades o situaciones que estarían comprendidas por este término.

De las tres hipótesis que encontramos en el camino de la irregularidad a una invalidez anulable, y que obstarían para que aquella devenga en esta, la más fácil de descartar como integrante del concepto de subsanación es la primera, es decir, aquella que dice relación con la irrelevancia del vicio que impide que de la irregularidad se pase a la invalidez. Una demostración de esta diferenciación se encuentra en el artículo 227.1 LEC y su gemelo el 240.1 LOPJ¹²⁷. Ellos hacen mención, en sus párrafos primeros, al cumplimiento del fin como un parámetro que se debe considerar para identificar si un defecto formal puede o no ser motivo de nulidad, en otras palabras, para considerar válido o inválido un acto¹²⁸. A continuación, en el párrafo siguiente, se establece que el juez podrá decretar la nulidad, de oficio o a petición de parte, “siempre que no proceda subsanación”. Esto demuestra que para el sistema que se está estudiando el cumplimiento de la finalidad y la subsanación son cuestiones no solo ontológicamente diversas, sino con un tratamiento normativo distinto, pues el primero precede y es condición necesaria de la validez de un acto formalmente defectuoso y la segunda solo es posible en caso de que la invalidez ya exista. Se puede decir,

¹²⁷ “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. 2. Sin perjuicio de ello, el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y *siempre que no proceda la subsanación*, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular. En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal”. Las cursivas han sido agregadas.

¹²⁸ Por el momento no es decisivo si el cumplimiento de la finalidad es un parámetro por tener en cuenta en toda nulidad o solo en aquellas en las que ha habido algún defecto formal pues se debe insistir en que bastará que una propiedad sea relevante para un caso determinado para que lo sea respecto de todo el sistema.

entonces, que el cumplimiento de la finalidad, en las situaciones de la norma que se revisa, válida al acto, mientras que la subsanación solo podrá verificarse en subsidio de este -es decir, cuando no se haya cumplido la finalidad- como una forma de superar la situación de invalidez ya generada.

Así como es fácil excluir del concepto de subsanación el del cumplimiento del fin, también es sencillo, por lo evidente que resulta, el incluir en este el de la posibilidad de reparación del acto por parte, esto es, de cumplimiento cabal de lo antes omitido o realizado defectuosamente. Más allá de la extensión que pueda darse a esta posibilidad, es evidente que, tanto el artículo 11.3 como el 243.4 LOPJ y el 231 LEC discurren a partir de la posibilidad de que el autor sea el que repare el acto. De otra manera, no cabría hablar de procedimientos de subsanación como lo hace el 11.3, ni de condiciones y plazos como el 243.4.

A lo expuesto debe agregarse que otros artículos que hablan de subsanación lo hacen expresamente para referirse a la posibilidad de enmendar lo hecho de forma incorrecta, por lo que no parece que pueda haber alguna controversia acerca de eso. Así, por ejemplo, el artículo 73.4 LEC, acerca de la acumulación de acciones, dispone que “Si se hubieren acumulado varias acciones indebidamente, el secretario judicial requerirá al actor, antes de proceder a admitir la demanda, para que subsane el defecto en el plazo de cinco días, manteniendo las acciones cuya acumulación fuere posible”. En términos análogos, el 254.4 LEC permite la corrección de errores en la indicación de la cuantía de la demanda y artículos 215 LEC y 267 LOPJ la subsanación de la sentencia.

El aspecto más problemático de la subsanación, entonces, se refiere a la inclusión dentro de este término de la aceptación de las consecuencias de parte del afectado por la irregularidad existente. Sobre este punto, la regulación vigente, en especial la de la LEC, no ofrece una respuesta definitiva, pues hay señales derechamente contradictorias.

Hay una disposición que parece ser categórica en el sentido de la admisión de una concepción de la subsanación que contemple este aspecto:

“Artículo 166. Nulidad y subsanación de los actos de comunicación.

1. Serán nulos los actos de comunicación que no se practicarán con arreglo a lo dispuesto en este capítulo y pudieren causar indefensión.
2. Sin embargo, cuando la persona notificada, citada, emplazada o requerida se hubiera dado por enterada en el asunto, y no denunciase la nulidad de la diligencia en su primer acto de comparecencia ante el tribunal, surtirá esta desde entonces todos sus efectos, como sí se hubiere hecho con arreglo a las disposiciones de la ley”.

El título y redacción del artículo entiende por subsanación el hecho de que la persona notificada, citada, emplazada o requerida a través de un acto de comunicación no denuncie la nulidad en su primer acto de comparecencia. Tan identificada está esta disposición con el término que RAMOS MÉNDEZ lo califica como “el supuesto tradicional de subsanación”¹²⁹, probablemente influenciado por PRIETO-CASTRO que consideraba el artículo 279 LEC 1881 como un ejemplo de subsanación por falta de denuncia¹³⁰.

En contraposición, varias de las reglas enunciadas parecen estar pensadas discurriendo más en la reparación de los defectos que en la posibilidad de aceptación de los mismos, sin reparación. Dentro de estas, encontramos a las reglas de los artículos 11.3 y 243.4 LOPJ y 231 LEC. Sin embargo, estas no son suficientes para excluir del concepto a otros tipos de subsanación que podrían no estar tratados en ellas.

Sí parece excluir la aceptación de los vicios de la subsanación el artículo 469.2 en el que, luego de enunciar los motivos del recurso por infracción procesal, se exige la denuncia previa, en los siguientes términos:

“Artículo 469.2. Sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, esta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas”.

¹²⁹ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2005)*, p. 286. Más recientemente, en RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles, v. II*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 1424.

¹³⁰ PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, p. 223.

Esta norma hace una clara diferencia entre la imposibilidad de anular un acto por falta de denuncia -que implicaría aceptación- y por falta de solicitud de subsanación, lo que implica dar un estatus distinto a una y a otra situación, y concebir a la falta de aceptación como condición necesaria de la subsanación, pues ante la ausencia de ella, que en este caso equivaldría a la no denuncia, no sería necesaria la subsanación, puesto que el acto ya no sería inválido.

En resumen, no parece haber una concepción unívoca de lo que es la subsanación dentro de la LEC. Aunque la dispersión conceptual es menor a la de la doctrina, igualmente hay un grado de imprecisión importante desde el punto de vista de la sistematización de los conceptos.

D. Uso del término subsanación por la jurisprudencia

La importancia que ha tenido la jurisprudencia del TC en el actual auge de la subsanación como técnica preventiva de la nulidad procesal impone un análisis acerca de cómo ha tratado este tribunal el término en estudio. La relevancia de ello es clara: si se ha construido toda una doctrina favorecedora de la subsanación es menester entender a qué tipo de actividad se refiere cuando habla de ella, pues solo de esta manera se puede aprehender su verdadero alcance.

A pesar de las numerosísimas resoluciones en que se utiliza el término subsanación, el TC nunca se ha dado el tiempo de siquiera esbozar una definición de ella. Sin embargo, a partir de las diferenciaciones que hace y las oportunidades en que lo emplea, es posible obtener, por inducción, al menos los alcances con que lo usa.

Dentro de la doctrina del TC, la subsanación ha sido siempre claramente diferenciada del cumplimiento de la finalidad del acto, considerándose esta como una cuestión anterior a aquella, en los términos que ya se han mencionado. Solo si no ha cumplido el objetivo del acto como consecuencia del defecto, podrá haber subsanación. Los defectos que no alteran

la finalidad, como regla al menos, devienen en irrelevantes y, por lo tanto, el acto se reputa válido¹³¹.

Por otra parte, toda la construcción a favor de la subsanación de los defectos procesales del TC se ha elaborado a partir de la garantía de la tutela judicial efectiva. Desde este punto de partida se ha dejado asentado, cada vez que ha sido pertinente, que no caben los formalismos enervantes y que, en caso de encontrarse frente a un defecto que obstaría a obtener una resolución sobre el fondo de un asunto, el tribunal debe entregar, de ser factible, la posibilidad de corregir los defectos en que se haya incurrido. Es sobre este pilar que se ha construido toda la doctrina de la subsanación.

Sobre el punto, la STC 33/1990, de 26 de febrero¹³², ha dicho que

“(…) la inadmisión de los recursos es una garantía de la integridad objetiva del proceso y no una sanción a la parte que incurre en defectos procesales y que, por ello, no debe rechazarse un recurso defectuosamente interpuesto o formalizado sin dar previamente

¹³¹ Al respecto, la STC 139/1985 (Sala Primera), de 18 de octubre, ponente Escudero del Corral, dice: “Es cierto que la defensa del condenado, en el escrito de preparación del recurso de casación que presentó el Capitán General, citó para apoyar su procedencia el art. 14 referido, e incluso estimó que correspondía conocer del mismo a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, pero estas apreciaciones eran indudablemente equivocadas, porque la Sentencia recurrida no procedía del Consejo Supremo de Justicia Militar, como exige dicha norma para otorgar el indicado recurso ante la Sala precisada, sino que emanaba de un Consejo de Guerra, en cuyo supuesto resultaba aplicable el art. 13 y el órgano que debía conocer de él era dicho Consejo Supremo. Pero este error pudo y debió ser estimado, no como un formalismo enervante e insuperable, atribuyéndolo a un incumplimiento procesal esencial y grave, haciendo uso de una interpretación harto restrictiva y contraria al derecho constitucional que concede la tutela judicial efectiva, y a la finalidad protegible de conocer del fondo del recurso casacional penal, para cumplir el buen fin de todo proceso, declarando la inadmisibilidad del mismo. sino que debió valorarse como de escaso alcance, por constituir una mera irregularidad instrumental de condición menor al ser ínfima, y *que ni siquiera requería de una subsanación impulsada de oficio*, ya que era evidente la voluntad de recurrir en casación contra la Sentencia condenatoria por el agraviado, y esa voluntad resultaba prevalente y atendible, sin cortapisas imbuidas en rigor formal, debiéndose de admitir el recurso, por encima de una mera equivocación en la cita de una norma, de la que eran conscientes el Auditor y el Capitán General, por así expresarse en su dictamen y acuerdo, con solo aplicar el cambio del punto de vista jurídico, que corresponde como debe ejercitar a los Jueces y autoridades con capacidad de decidir, que se consagra en los conocidos principios procesales, *iura novit curia* y *dat mihi factum dabo tibi ius*, *consiguiéndose la finalidad perseguida*, y aplicando como ambos reconocían los efectos permitidos en pro del recurso del art. 13 tan repetido, por lo que, al no actuar de dicha manera, resulta necesario en este sentido, acoger la pretensión de amparo, acordándose admitir el recurso rechazado, por lesionar el art. 24.1 de la CE. tal y como resulta interpretado por la doctrina expuesta de este Tribunal” (FJ 5º, la cursiva ha sido agregada). En el mismo sentido, entre otras, SSTC 122/1986, de 22 de octubre, 216/1989, de 21 de diciembre, y 23/1992, de 14 de febrero.

¹³² Sala Segunda, ponente de los Mozos y de los Mozos. En igual sentido, entre otras, la STS 36/1986, de 12 de marzo.

ocasión a la subsanación de los defectos advertidos, siempre que no tengan su origen en una actitud negligente o maliciosa del interesado y no dañe la regularidad del procedimiento ni los intereses de la parte contraria. Equivale ello a decir que el derecho a la tutela judicial impide la clausura de un procedimiento por defectos que pueden subsanarse, sin perjuicio de otros derechos o intereses igualmente legítimos. Está, en consecuencia, obligado el órgano judicial a rechazar toda interpretación formalista y desproporcionada de los presupuestos procesales que le conduzca a negar el acceso a la jurisdicción, debiendo, en su lugar, utilizar aquella que resulte ser la más favorable al ejercicio del derecho a la tutela judicial, concediendo a la parte la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones procesales que sean susceptibles de subsanación, en los términos anteriormente expresados, tal y como dispone el art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”(FJ 3º).

En resumen, cuando la jurisprudencia del TC se refiere a la subsanación, lo hace considerando exclusivamente la corrección de los defectos procesales realizada por el autor o responsable de él y no a la posibilidad de que el vicio, sin ser reparado, sea validado por la actitud activa o pasiva del afectado. Todas las sentencias de este órgano relevantes para el tema, en definitiva, se refieren a este punto: a si debió o no permitir la corrección de un defecto procesal.

E. Hacia una definición de subsanación

Desde lo observado acerca del uso del término subsanación en los apartados anteriores es posible, desde ya, acotar su contenido, en el sentido de que: (1) se trata de una actividad o circunstancia preventiva de la declaración de nulidad o inadmisión de un acto inválido; (2) que presupone la existencia de un acto irregular o defectuoso; y (3) que tiene por resultado dotar al acto originalmente del estatus normativo de un acto válido.

Acerca de la actividad o circunstancia que previene la declaración de nulidad que permitiría revertir una invalidez inicial, es posible, por lo visto en los tres aspectos jurídicos estudiados, excluir de ella la consecución de la finalidad del acto defectuoso, quedando, en consecuencia, la vaguedad en este punto reducida a si solo se incluye la eliminación del defecto mediante la corrección o complementación de los actos o si también se incluye la aceptación que se ha mencionado en reiteradas ocasiones.

Respecto a la disyuntiva planteada, se tomará la primera de las opciones, es decir, aquella que recoge un concepto restrictivo de la subsanación que incluye solo la corrección o complementación de los actos. Esto se debe a dos motivos. El primero:(1) es la acepción en la que se utiliza el término por la jurisprudencia constitucional y, por lo tanto, acerca de la que se se ha construido la doctrina sobre el tema que se analizará en este trabajo; y (2) porque el sistema normativo distingue como hechos con una regulación distinta las dos conductas descritas.

El segundo de los motivos merece alguna reflexión adicional. A priori, no es posible descartar, desde el punto de vista de su significado común, ninguna de las de las acepciones revisadas con anterioridad. Todas son admisibles en determinadas situaciones, pues en un sentido amplio toda actividad que tenga el efecto de dar la calidad jurídica de válido a algo inicialmente inválido es subsanación. No obstante, parece incorrecto tratar con un mismo término dos situaciones con un estatus normativo diverso, pues esto lleva a la imprecisión e impide un tratamiento adecuado de cualquier tema.

En el caso de la corrección y la aceptación, solo sería admisible su tratamiento bajo un solo término, aun cuando se trate de actividades ontológicamente diversas, si sus características relevantes comunes le dieran, en el sistema objeto de estudio, un estatus común. Si bien es cierto que ambas forman parte de una misma categoría que se caracteriza por el efecto de normalización mencionado, sus diferencias en cuanto a fundamentos, límites, procedimientos, estructura y otras, las hacen fenómenos distintos y solo acumulables en el sentido indicado que es demasiado amplio para ser el objeto de este trabajo. Si a lo anterior le sumamos la utilización dada por el TC al tema en una doctrina, que por la misma diversidad no es aplicable a la convalidación en buena parte, parece evidente la justificación de la opción tomada.

Como consecuencia de todo lo expuesto, provisionalmente al menos, se puede definir a la subsanación como *aquella técnica procesal que, a través de la corrección o integración de un acto o procedimiento defectuoso o incompleto, otorga validez a un acto o procedimiento originalmente inválido*¹³³.

¹³³ Una concepción similar adopta ANDRÉS CIURANA, partiendo de que es el uso que se le da al término en las leyes procesales y en la práctica, al definir la subsanación como “toda conducta del autor del acto

Respecto de esta definición caben dos advertencias:

(1) Si bien no es extraño ni incorrecto referirse a la subsanación como actividad, instrumento, mecanismo o medio, la calificación como técnica procesal parece la más adecuada. Se emplea ese término siguiendo la conceptualización de DINAMARCO, quien la entiende como una “predisposición ordenada de medios destinados a la realización de los objetivos procesales”¹³⁴. Y es que se trata de eso: de un mecanismo que tiene un fin muy preciso, como es el de eliminar de un acto aquello que impide su consideración como válido.

(2) Se podría argumentar que la inclusión de la dimensión del procedimiento como objeto de la subsanación es incorrecta, en atención a que el procedimiento no es más que una agregación de actos procesales, debiendo operar la subsanación siempre al nivel de estos últimos porque en ellos estarán siempre los defectos. Sin embargo, hay casos en los que no hay propiamente un acto que corregir, pues lo que causa la invalidez es, precisamente, la falta de este. Acá se salva de la invalidez a un procedimiento¹³⁵ y no a un acto, porque aquel no existe. La inclusión de esta dimensión significa, en otras palabras, una toma de postura que posteriormente será defendida, en el sentido de entender que las omisiones también pueden ser subsanadas¹³⁶.

F. *Conceptos afines a la subsanación*

irregular (o de un tercero facultado para ello) que está orientada a reparar o poner remedio al defecto o vicio a fin de ajustar el acto a la legalidad e impedir sus posterior anulación” ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 252.

¹³⁴ DINAMARCO, C.R., *La instrumentalidad del proceso*, Communitas, Lima, 2009, p. 388. Una acepción más amplia de técnica procesal es posible encontrar en BEDAQUE, J.d.S., *Efectividad del proceso y técnica procesal*, Communitas, Lima, 2010, p. 103, quien considera que, en un sentido amplio, se pueden considerar técnica procesal “los momentos de formulación e interpretación de la norma procesal, además del modo de enseñar el derecho procesal: elaboración, conocimiento e interpretación”.

¹³⁵ Se entiende acá procedimiento en un sentido amplio, admitiendo que cabe dentro de él todo un juicio o una serie de actos de él.

¹³⁶ Al respecto, véase *infra* p. 231.

A la luz de lo expuesto, cabe distinguir la subsanación de tres figuras distintas, pero afines, como son (a) el cumplimiento de la finalidad; (b) la convalidación; y (c) la renovación del acto. Aunque las dos primeras se tratarán posteriormente, parece útil al menos esbozar una noción de cada una de ellas, para una mejor comprensión de lo siguiente.

(a) La noción de *cumplimiento de la finalidad del acto* se desarrolla desde la premisa de que los requisitos procesales son aquellos que un determinado ordenamiento considera el medio más idóneo para alcanzar un determinado objetivo¹³⁷ y de la constatación de que, en muchos casos, incluso sin la observancia estricta de estos requisitos es posible alcanzar ese objetivo. La depuración de esta noción se debe principalmente a la doctrina italiana que ha venido estudiando el punto a partir de lo dispuesto en el artículo 156 del *Codice di procedura civile* de 1940¹³⁸.

La finalidad del acto a los se hace mención ha de entenderse no como el resultado que ha motivado al autor a realizarlo, sino “como la función objetiva y típica por la cual el acto ha sido creado y considerado por la ley”¹³⁹. Como ya se ha dicho, no se trata de una técnica subsanatoria, sino de una circunstancia anterior que impide que se valore como inválido un determinado acto irregular¹⁴⁰.

(b) De forma bastante similar a lo que ha ocurrido con la subsanación, el término *convalidación* ha sido entendido en diversos sentidos. Se utilizará el término convalidación en esta última acepción, como lo que, hasta el momento, hemos denominado *aceptación*. Se ha preferido este término debido a que, aun con las imprecisiones, es más usado dentro de la doctrina procesal.

¹³⁷ FURNO, C., "Nullità e rinnovazione degli atti processuali nel XL anno del suo insegnamento" en CARNELUTTI, F., *Studi in onore di Enrico Redenti*, I, Giuffrè, 1951, Milano, p. 413.

¹³⁸ Art. 156. (Rilevanza della nullità) Non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge.

Può tuttavia essere pronunciata quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo.

La nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato.

¹³⁹ VERDE, G., *Profili del processo civile: parte generale*, Jovene, Napoli, 2ª ed., 1989, p. 302. En el mismo sentido, entre muchos otros, LIEBMAN, E.T., *Manuale di diritto processuale civile: principi*, A. Giuffrè, Milano, 6ª ed. / a cargo de Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci, 2002, p. 232; y SATTI, S. y PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 12ª ed., 1996, p. 293.

¹⁴⁰ BINDER, A.M., *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2000, p. 103.

(c) La *renovación* también es una figura que se ha estudiado con especial cuidado en la doctrina italiana, debido a la presencia del artículo 162 de su Código que establece la obligación del juez, cuando sea procedente, de disponer la renovación del acto al cual su nulidad se extiende¹⁴¹. Se entenderá por renovación a la repetición del acto inválido una vez declarada la nulidad del mismo. No se trata de una técnica para evitar la invalidez, como la subsanación, sino de una consecuencia de ella que presupone la declaración de nulidad del acto que debe volverse a realizar. Por otra parte, mientras renovar supone rehacer un acto *ex novo*, ya se sabe que subsanar es, en principio, corregir, completar o regularizar un acto defectuoso.

III. Fundamentos de existencia y prevalencia de la subsanación

III.1. Fundamento de existencia de la subsanación: la instrumentalidad de los requisitos procesales

A. El fundamento de la existencia de la subsanación no es la tutela judicial efectiva

La respuesta a la pregunta de cuál es el fundamento de la subsanación dentro del ordenamiento procesal español parece simple, pues no hay mayor controversia sobre ella: la garantía de tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 CE. La subsanación encontraría su razón de ser en esta garantía, de la que sería una expresión más¹⁴². Esta tesis

¹⁴¹ Art. 162. (Pronuncia sulla nullita') Il giudice che pronuncia la nullita' deve disporre, quando sia possibile, la rinnovazione degli atti ai quali la nullita' si estende.

Se la nullita' degli atti del processo e' imputabile al cancelliere, all'ufficiale giudiziario o al difensore, il giudice, col provvedimento col quale la pronuncia, pone le spese della rinnovazione a carico del responsabile e, su istanza di parte, con la sentenza che decide la causa puo' condannare quest'ultimo al risarcimento dei danni causati dalla nullita' a norma dell'art. 60, n. 2.

¹⁴² BONET NAVARRO, Á., *Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil*, p. 355. En el mismo sentido, entre otros, ZARZALEJOS NIETO, J., "La subsanación de los defectos procesales" en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 29, 1987, p. 156 (aquí falta la ciudad de publicación); y GUI MORI, T., *La intercambiabilidad de las técnicas jurídicas: los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación como emanación del de tutela activa*, p. 14.

se vería corroborada por el artículo 11.3 LOPJ que empieza haciendo referencia a ella para justificar el establecimiento de una regla favorable a la corrección de los defectos procesales (o, al menos, para aquellos de carácter formal).

Cuando se analiza el fundamento de una institución jurídica se busca desentrañar, en definitiva, la motivación de su existencia, la razón por la que un determinado ordenamiento jurídico recoge o utiliza una determinada figura. De este modo, resulta más factible lograr entender esta a cabalidad y tener una perspectiva más clara de sus límites. Visto desde este punto, resulta difícil afirmar que la tutela judicial efectiva sea el fundamento de existencia de la subsanación: basta con apreciar la historia procesal española o el derecho comparado para comprobar que las técnicas subsanatorias son independientes y anteriores a la noción de tutela judicial efectiva. Como ya se ha dicho, la subsanación es un instrumento que, con mayor o menor extensión, ha sido concebido desde que se distingue entre irregularidad e inexistencia y que en el derecho español cumplía un rol, aunque significativamente menor al actual, mucho antes de la entrada en vigencia de la CE. Esto deja de manifiesto la primera de las limitaciones que tiene la tutela judicial efectiva como fundamento de la subsanación, pues, si bien puede justificar que la subsanación sea, en palabras de VALDÉS DAL-RE, el “primer remedio de reparación de las irregularidades formales”¹⁴³, por sobre la nulidad, no permite explicar la existencia de la misma, el por qué se concibe la posibilidad de que los defectos procesales se reparen, más allá de la preponderancia que tenga esta técnica.

Además de insuficiente para justificar su existencia, la tutela judicial efectiva no logra siempre fundar la posición que, dentro del sistema, deba dársele a una técnica correctiva de los defectos procesales. Habrá situaciones en las que no habrá riesgo de afectación de esta garantía en las que procederá igualmente la subsanación de forma preferente a la nulidad. Qué ocurre en esos casos y cuán relevantes pueden llegar a ser es algo que se analizará más adelante.

¹⁴³ VALDÉS DAL-RE, F., "Sobre las consecuencias del incumplimiento de los requisitos procesales en la Jurisprudencia constitucional: la doctrina de la subsanación" en *Relaciones laborales*, v. 1, 1992, p. 9.

B. *El carácter instrumental del derecho procesal como fundamento de existencia de la subsanación*

a. *Precisión: las distintas dimensiones en que se emplea la noción instrumental*

En general, es poco discutida la relación que hay entre la instrumentalidad y el derecho procesal, aunque muchas veces se quieran significar cosas diversas con ella. Dentro de la doctrina nacional y extranjera, es común que, en los prolegómenos de obras generales dedicadas a esta área, se haga referencia a su cualidad instrumental desde uno de dos puntos de vista: de todo el derecho procesal o del proceso. Incluso, algunos autores tratan el tema indiferenciadamente, asumiendo que si al proceso se le atribuye esta característica, se le debe dar la misma a este sector del derecho en su totalidad¹⁴⁴.

Esta postura no parece acertada. El considerar instrumental al proceso no supone atribuir la misma cualidad al derecho procesal ni viceversa, pues se trata de dos planos distintos¹⁴⁵. Tal como apunta MONTERO AROCA, el derecho procesal no es solo el derecho del proceso, sino que también el de la acción (y/o la pretensión) y la jurisdicción¹⁴⁶. Hablar, entonces, de las relaciones entre el proceso y otros elementos no será equivalente a hacer notar las que existan entre el derecho procesal y el derecho sustantivo u otros, porque mientras en la primera situación se busca interconectar instituciones reputadas clásicamente como pilares del derecho procesal, en la segunda se intenta relacionar a esta área del derecho con elementos ajenos a él, en este caso, como medio a fin. De esta forma, las relaciones que se

¹⁴⁴ En este sentido, GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso*, Civitas, Madrid, 1981, p. 240, quien contrapone la función del derecho civil con la del proceso y no con el derecho procesal en su totalidad, negando la calidad instrumental de este último respecto del derecho sustantivo (una opinión en sentido contrario parece dar más recientemente en GIMENO SENDRA, V., *Introducción al derecho procesal*, Colex, Madrid, 2ª ed., 2004, p. 326, donde su postura a favor del proceso como función de satisfacción jurídica no obsta a que considere al derecho procesal como instrumental). También utiliza indiferenciadamente estas dos nociones LORCA NAVARRETE, A.M., *Tratado de derecho procesal civil parte general: el nuevo proceso civil*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 7 y ss., quien critica la instrumentalidad del proceso a partir de refutar posturas referidas al carácter instrumental del derecho procesal.

¹⁴⁵ A pesar de lo anterior, no es común que se traten, por un mismo autor, estas dos situaciones. Una excepción es GIMENO SENDRA, V., *Introducción al derecho procesal*, p. 251 y 326.

¹⁴⁶ MONTERO AROCA, JUAN, en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, p. 21. Como se denota del solo título citado, este autor va incluso más allá, al propugnar el reemplazo de la denominación “derecho procesal” por la de “derecho jurisdiccional”.

puedan reconocer entre el proceso y, por ejemplo, la jurisdicción¹⁴⁷ o la satisfacción jurídica¹⁴⁸ no resultan relevantes para este estudio, ya que intentan describir la interacción interna de distintos elementos que se juzgan constitutivos del derecho procesal, pero que no son determinantes ni influyentes para determinar la cualidad instrumental del derecho procesal como un todo¹⁴⁹.

b. Qué supone el carácter instrumental del derecho procesal

Aunque con anterioridad, queriendo hacer notar algo similar, ya se había considerado al derecho procesal como un derecho “secundario”, “adjetivo”, “formal” o “realizador”, la denominación de “derecho instrumental” se le debe a CARNELUTTI, quien postula una categorización de normas entre materiales e instrumentales sosteniendo que mientras las primeras componen inmediatamente un conflicto de intereses, al imponer una obligación y atribuir eventualmente un derecho, las segundas componen el conflicto mediatamente atribuyendo un poder¹⁵⁰. En términos similares, LIEBMAN explica la misma distinción reconociendo en el ordenamiento jurídico dos clases de normas: las primarias y las secundarias. Mientras las primarias, que serían sustantivas, regulan directamente las relaciones vitales del hombre, las secundarias, entre las que estarían las procesales, tienen como objeto otra norma, es decir, son “derecho acerca del derecho”¹⁵¹.

¹⁴⁷ Ver MONTERO AROCA, *El proceso no tiene naturaleza jurídica* en MONTERO AROCA, J., *Ensayos de derecho procesal*, José María Bosch, Barcelona, 1996, p. 145.

¹⁴⁸ Por todos, FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general del derecho procesal hacia una teoría y ley procesal generales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 24.

¹⁴⁹ En este sentido, DINAMARCO, C.R., *La instrumentalidad del proceso*, p. 458 afirma que “El carácter instrumental del proceso, en cuanto categoría jurídica, constituye sin embargo una característica endosistémica que no coincide ni tiene la riqueza de esta otra que se estudia y que es la instrumentalidad del proceso, entendido ahora como expresión resumida del propio sistema procesal; esta sí es una perspectiva exterior, donde el sistema examinado desde el ángulo externo, en su inserción en el ordenamiento jurídico y social”.

¹⁵⁰ CARNELUTTI, F., *Sistema de derecho procesal civil, v. I*, UTEHA, Buenos Aires, 1944, p. 57. Para hacer gráfica la diferencia, el jurista italiano sostiene que una norma material diría “si un fundo está rodeado por otros, deberá dejarle paso a la vía pública el fundo colindante a través del que sea más corto el acceso”. En cambio, la norma instrumental dispondría que “Si un fundo está rodeado por otros, el Juez decidirá cómo debe tener acceso a la vía pública”.

¹⁵¹ LIEBMAN, E.T., *Manuale di diritto processuale civile: principi*, p. 34.

La calificación de instrumental del derecho procesal pretende destacar la calidad medial de esta disciplina respecto de otro derecho que se reconoce como primario o sustantivo. Al respecto, ALMAGRO NOSETE afirma que “la naturaleza instrumental del Derecho procesal salta a la vista, pues ninguna pretensión exclusivamente procesal tiene sentido sino en cuanto, directa o indirectamente, tiende a conseguir la aplicación de una norma jurídica a los efectos derivados del reconocimiento de derechos o del establecimiento de obligaciones que trascienden al proceso, como medio de conseguir la efectividad de normas no procesales”¹⁵². El derecho procesal no sirve a finalidades propias, sino es un medio concebido para un fin ajeno a él. Como consecuencia de esto, el cumplimiento de las normas procesales resulta relevante solo en cuanto tutela al derecho sustantivo¹⁵³. No existe un interés propiamente procesal, sino que intereses sustantivos protegidos a través del derecho procesal.

Tradicionalmente, se ha concebido al derecho procesal como un instrumento de creación o aplicación de un derecho sustantivo, de una ordenación normativa ajena a este que se crea o aplica a partir de él¹⁵⁴. En el caso del derecho procesal civil, la relación medial estaría dada con el derecho privado¹⁵⁵, aunque, como precisa DE LA OLIVA SANTOS, no con este tomado como conjunto sino en cada caso con alguna de sus normas, pues el carácter instrumental no se puede predicar respecto de todo el Derecho, ya que este es, a su vez, instrumental y, en tales condiciones, no habría elemento identificador alguno¹⁵⁶.

Esta pretendida calidad instrumental plantea algunas cuestiones todavía no resueltas pacíficamente por la doctrina. Una de ellas dice relación con cuál es el objetivo que, dentro del derecho material, se persigue por el derecho procesal. Clásicamente, se suelen reconocer

¹⁵² ALMAGRO NOSETE, José en ALMAGRO NOSETE, J. y TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de derecho procesal, v. I*, Trivium, Madrid, 1993, p. 29.

¹⁵³ MONTESANO, L. y ARIETA, G., *Diritto processuale civile, v. I*, Giappichelli, Torino, 2ª ed, 1997, p. 272.

¹⁵⁴ Entre muchos otros, CALAMANDREI, P., *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código*, El Foro, Buenos Aires, 1996, p. 367; GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil, v. I*, S.N., Madrid, 8ª ed., 1976, p. 1; y ASECIO MELLADO, J.M., *Introducción al derecho procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 4ª ed., 2008, p. 21.

¹⁵⁵ Incluso antes de acuñarse la denominación de instrumental, WACH ya lo había hecho presente al considerar al ordenamiento procesal “una figura secundaria, un medio para lograr el fin que es probar la eficacia del derecho privado” WACH, A., *Manual derecho procesal civil*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 4ª ed., 1977, p. 22.

¹⁵⁶ En DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 118.

acá dos grandes tendencias, la de la actuación concreta de la ley¹⁵⁷ y la de la justa composición de la litis¹⁵⁸, que derivan, en definitiva, en sostener posturas monistas o dualistas respecto a la relación del derecho sustancial y procesal¹⁵⁹. Aunque la opción por una u otra forma de ver el derecho tiene importantes consecuencias¹⁶⁰, en este punto no implica en caso alguno un cuestionamiento a esta característica. Si bien en principio podría verse alguna dificultad, debido a que el monismo niega la distinción entre derecho sustancial y adjetivo¹⁶¹, RAMOS MÉNDEZ, sosteniendo una postura abiertamente monista, defiende esta concepción, pero con un matiz: el derecho procesal no es un instrumento para la aplicación del derecho, sino un método para la creación del derecho en el juicio. En tal calidad, facilita el camino para llegar al derecho¹⁶². Es, en definitiva, “la invisible y dinámica estructura del derecho”¹⁶³.

Otra cuestión dice relación con si el derecho procesal solo tiene fines jurídicos o si, por el contrario, tiene otros fines de tipo social o político. Sin pretender más que mencionar el tema, se ha de hacer presente que es hoy común reconocer junto con los fines jurídicos del proceso, a otros de tipo social o político, que determinarán también el contenido y la hermenéutica de las normas que conforman proceso, que no es más que una clara aceptación de que el derecho procesal es un instrumento político e ideológico relevante, negando su pretendido carácter exclusivamente técnico¹⁶⁴. Ello, en vez de cuestionar el

¹⁵⁷ Postura planteada por CHIOVENDA, G., *Principios de derecho procesal civil, v. I*, Reus, Madrid, 1922, p. 81 y ss.

¹⁵⁸ Sostenida por CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil, v. I*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 43.

¹⁵⁹ DINAMARCO, C.R., *La instrumentalidad del proceso*, p. 258

¹⁶⁰ Sobre las consecuencias que acarrea una noción monista o dualista, véase DINAMARCO, C.R., *La instrumentalidad del proceso*, p. 325 y ss.

¹⁶¹ FAZZALARI, E., *Istituzioni di diritto processuale*, Cedam, Padova, 7ª ed., 1994, p. 97. La doctrina dualista, que es la más tradicional, plantea una distinción radical entre el derecho material y el derecho procesal. Para esta, el juicio es un fenómeno de segundo grado que es necesario en caso de desconocimiento del derecho material. La doctrina monista, por su parte, considera al derecho no como algo preexistente al juicio, sino como algo que nace de él (RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 26-27).

¹⁶² RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1979, p. 250.

¹⁶³ RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y proceso*, p. 251.

¹⁶⁴ DINAMARCO, C.R., *La instrumentalidad del proceso*, p. 51 sostiene que la causa más aguda del atraso del derecho procesal en la interpretación dinámica de los textos es “el preconcepto que considera al proceso como *mero instrumento* técnico al derecho procesal como una *ciencia neutra* frente a las opciones axiológicas del Estado”, agregando que esta neutralidad es “máscara de posturas o miradas conservadoras” (las cursivas son del original).

carácter medial del proceso, le agrega otras dimensiones a él, que deben ser considerados al elaborar e interpretar las normas procesales.

La negación del carácter instrumental del derecho procesal proviene de las que DINAMARCO llama “posturas introspectivas”¹⁶⁵. Es el caso de GOLDSCHMIDT, quien ve como finalidad del proceso el alcanzar la cosa juzgada¹⁶⁶, o de GUASP, quien, a partir de la concepción de la satisfacción de pretensiones como esencia de la función procesal, afirma que “la finalidad institucional del proceso no se halla subordinada jurídicamente a ninguna otra, pues la satisfacción de pretensiones es un concepto radicalmente primario desde el punto de vista jurídico”¹⁶⁷. Como consecuencia de esto, el derecho procesal sería un instrumento de los comunes valores jurídicos a los que todo el derecho obedece y se subordina¹⁶⁸. Ambas son posturas hoy superadas- o, al menos, muy minoritarias- que parten de concepciones del proceso que, más allá de su indudable valor, no lograron trascender a sus autores¹⁶⁹.

Más allá de estas críticas, algo resulta claro: el derecho procesal ha sido concebido para fines que lo exceden¹⁷⁰. Sin perjuicio de los reparos reproducidos o de otros que puedan

¹⁶⁵ Son introspectivas, nos dice el autor brasileño, “las posturas que consisten en la visión del sistema procesal en sí mismo y no llega siquiera a cuestionar su función cara al ordenamiento jurídico sustancial” (véase DINAMARCO, C.R., *La instrumentalidad del proceso*, p. 306).

¹⁶⁶ GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*, Labor, Barcelona, 1936, p. 33 y ss.

¹⁶⁷ GUASP, J., *Derecho procesal civil*, p. 34.

¹⁶⁸ GUASP, J., *Derecho procesal civil*, p. 34. En el mismo sentido, ARAGONESES dice que “la consideración secundaria o instrumental es inadmisibles partiendo de la consideración dinámica del derecho, en la cual la pretensión tiene un carácter abstracto, desconectada en cuanto a los efectos puramente procesales del derecho material que le sirve de fundamento, y en el que el derecho material se convierte en el instrumento de las categorías procesales que la actuación de la pretensión engendra” (ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso y derecho procesal: introducción*, Aguilar, Madrid, 1960, p. 331).

¹⁶⁹ Dentro de la doctrina procesal argentina, también encontramos aprehensiones, pero dirigidas más que a la referida calidad del derecho procesal, a lo poco característica que sería dentro del Derecho la misma, en comparación con otros sectores de él. En esta línea, PALACIO, L.E., *Manual de derecho procesal civil, v. I*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 10ª ed., 1993, p. 19, considera esta calificación como excesivamente genérica por existir dentro de esta área no solo normas instrumentales, sino también sustanciales y por haber dentro de otras, como el derecho civil, también normas de carácter instrumental (como las que establecen las formalidades de los actos jurídicos). Por su parte, BACRE, A., *Teoría general del proceso, v. I*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 33, considera inexacta dicha calificación, porque dentro de la gradación de las normas la más particular es siempre instrumental a la más genérica, por lo que la distinción pierde sentido.

¹⁷⁰ Al respecto DE LA OLIVA SANTOS afirma que “si el Derecho Procesal es el Derecho de la función jurisdiccional, tiene que ser también, por definición, el conjunto de normas jurídicas dirigidas a tutelar y dirigir el Derecho. De manera que habría una clara dualidad: de una parte, el Derecho *para tutelar* y, de otra, el

caber, resulta difícil afirmar que el derecho procesal busque resultados propios o que, como ya se decía, existan intereses que sean propiamente procesales que sean la motivación última y final de la aplicación del mismo¹⁷¹. Aun cuando se predique un carácter instrumental de todo el derecho o que se constate la existencia de normas que cumplen este mismo papel en áreas que se han denominado como de derecho sustantivo, la inspiración, al menos preferentemente instrumental, del derecho procesal no cabe ser puesta en duda¹⁷².

c. ¿Un obstáculo a la consideración instrumental? El derecho procesal y las garantías constitucionales de carácter procesal

La CE de 1978 ha generado una reorientación del derecho procesal que ha devenido, entre otros cambios, una vigorización de los derechos fundamentales de índole procesal que se garantizan principalmente por su artículo 24¹⁷³. A contar de lo dispuesto en la Carta Magna, se puede afirmar que el derecho procesal es un medio para la creación o aplicación del derecho sustantivo y, a la vez, sirve como garantía de los derechos fundamentales. El TC ha dicho que: “es cierto que el artículo 24 de la Constitución no constitucionaliza todo el derecho procesal, pero no lo es menos que obliga a interpretarlo y aplicarlo de manera que

Derecho *tutelado*. Claramente, un Derecho instrumental de otro Derecho, según ya se había adelantado. Se diría, por tanto, que hay motivo y razón para distinguir, dentro del conjunto del Derecho objetivo, dos bloques diferentes” (en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 118).

¹⁷¹ En este sentido, CALAMANDREI, P., *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código*, p. 367-8. En contra de esta afirmación, CLARIÁ OLMEDO afirma que no es efectivo que el derecho procesal carezca por completo de un fin en sí mismo, “el fin que le es propio al derecho procesal surge con toda claridad si se observa que su regulación tiende a asegurar la garantía judicial en la realización del orden jurídico que no apareció directamente observado, a restablecer ese orden en cuanto se muestre alterado, y con ello a la vigencia del derecho, evitando la injusticia de su realización por mano propia” (CLARIÁ OLMEDO, J.A., *Derecho procesal*, p. 16).

¹⁷² ALMAGRO NOSETE, José en ALMAGRO NOSETE, J. y TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de derecho procesal*, p. 29.

¹⁷³ RAMOS MÉNDEZ ilustra sobre este punto diciendo que “La solución de litigios forma parte de nuestro programa de organización de la convivencia. La Constitución no ha querido simplemente un sistema, sino que ha fijado los valores fundamentales del mismo. Estos son los parámetros homologables que ha de cumplir para ser aceptado como tal y para que preste el servicio que se espera. A esos valores con proyección en todos y cada uno de los elementos de los sistemas de solución de litigios se les denomina garantías constitucionales” (RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2010)*, Atelier, Barcelona, 8ª ed., 2010, p. 367).

se maximalice [sic] la efectiva vigencia de los derechos de carácter procesal que en aquel precepto se garantizan¹⁷⁴.

En el mismo sentido, y siguiendo a ALMAGRO NOSETE, se puede afirmar que el derecho procesal garantiza el derecho fundamental a la defensa jurídica de todos los derechos fundamentales, desarrollando la garantía de justicia ofrecida por la Constitución¹⁷⁵, lo que lo transforma, en última instancia, en un medio de materialización de estos derechos procesales. Así, esta área del derecho no solo sirve para la creación o aplicación de eso que se podría llamar el derecho sustantivo sectorial, sino que deviene en una instancia necesaria de concreción de estas garantías constitucionales.

LORCA NAVARRETE se adscribe a esta noción, pero considerándola excluyente de cualquier otra finalidad relativa al derecho que hemos llamado material. Este autor, aunque confundiendo las calificaciones que se hacen del proceso con las del derecho procesal y sin ahorrar calificativos¹⁷⁶, insta a “preterir totalmente aquellas posiciones doctrinales ancladas aún en aquella consideración *instrumental* del Derecho procesal¹⁷⁷, a las que considera absolutamente erradas. En su reemplazo afirma que el derecho procesal es un derecho sustantivo consistente en hacer posible un sistema de garantías procesales que haga posible, en todo momento e hipótesis, la tutela judicial efectiva, a través del debido proceso¹⁷⁸.

Pese a que la expresión utilizada por este autor, de “derecho sustantivo”, no parece la más adecuada, su postura no difiere demasiado de la expuesta por el resto de la doctrina en lo relativo a los derechos fundamentales garantizados por la CE. Se trata más bien de un asunto de denominaciones, pues en uno y en otro caso se reconoce y se desea remarcar la funcionalidad del derecho procesal con respecto a las garantías. Donde sí aparecen diferencias relevantes es en lo concerniente al cuestionamiento del carácter instrumental del

¹⁷⁴ STC 93/1987 (Sala Primera), de 3 de junio, ponente Rubio Llorente, FJ 2º.

¹⁷⁵ ALMAGRO NOSETE, J. y TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de derecho procesal*, p. 23.

¹⁷⁶ Así se desprende de las dos posturas que considera paradigmáticas sobre el asunto y que sirven de base a su crítica, como lo son las del proceso como satisfacción jurídica, que encarna en FAIRÉN GUILLÉN (la que, con sarcasmo, califica de sublime) y la del proceso como instrumento necesario de la jurisdicción, que la reproduce a partir de la postura de MONTERO AROCA (que la valora como cercana al paroxismo) (LORCA NAVARRETE, A.M., *Tratado de derecho procesal civil parte general: el nuevo proceso civil*, p. 8-12).

¹⁷⁷ LORCA NAVARRETE, A.M., *Tratado de derecho procesal civil parte general: el nuevo proceso civil*, p. 8.

¹⁷⁸ LORCA NAVARRETE, A.M., *Tratado de derecho procesal civil parte general: el nuevo proceso civil*, p. 12.

derecho procesal respecto del conocido tradicionalmente como derecho sustantivo, que este autor descarta de forma tajante. Además de la fundamentación ya revisada – ampliamente compartida por la doctrina- no se observa la razón por la que se deban considerar excluyentes el entender que el derecho procesal es un sistema de garantías y de considerarlo instrumental al derecho sustantivo.

Si bien no habría inconveniente en reconocer una especie de doble instrumentalidad del derecho procesal, según lo expuesto, parece más exacto distinguir el medio del fin. El fin del derecho procesal sigue siendo, al menos en lo jurídico, básicamente el mismo: la realización del derecho material. Las garantías constitucionales imponen estándares- saludablemente altos, por cierto- de cómo debe configurarse ese medio para llegar al fin que ha tenido siempre. El indudable aporte de las garantías es fijar verdaderos protocolos de calidad del proceso que, idealmente, terminará resolviendo el asunto de derecho material que le dio origen¹⁷⁹.

C. *La consideración instrumental del derecho procesal y la subsanación*

El carácter instrumental del derecho procesal hace que los requisitos que pueda establecer una norma de esta índole tengan, al menos en principio, la misma calidad¹⁸⁰. Aunque normalmente se suele predicar esta respecto de las formas, resulta aplicable en general a toda especie de requisito procesal, concepto más amplio que el primero¹⁸¹. Sobre el punto,

¹⁷⁹ La noción de las garantías como protocolos de calidad es de RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español* (2010), p. 370.

¹⁸⁰ Advierte DINAMARCO, C.R., *La instrumentalidad del proceso*, p. 459, que la instrumentalidad del derecho procesal no es exactamente lo mismo que la de las formas o requisitos de este. No lo es porque operan en planos distintos, una en la relación del derecho procesal con otras disciplinas o situaciones y otra dentro del derecho procesal. Ello, sin embargo, no quita que la segunda de ellas sea una consecuencia necesaria de la primera o, como sostiene BEDAQUE, J.d.S., *Efectividad del proceso y técnica procesal*, p. 417, “un reflejo interno” de la visión instrumentalista del derecho procesal.

¹⁸¹ Así parece entenderlo en general el TC, que suele hablar de “requisitos y formas procesales”. Asimismo, ORTELLS RAMOS incluye en el concepto de requisito procesal a la aptitud, la voluntad, el objeto, la causa, el lugar, el tiempo y la forma (en ORTELLS RAMOS, M., MASCARELL NAVARRO, M.J. y CÁMARA RUIZ, J., *Introducción al derecho procesal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 366 y ss.). En términos muy amplios, se puede entender a la forma como comprensiva también de los requisitos procesales

el TC ha afirmado reiteradamente que estos “no son valores autónomos con sustantividad propia, sino que solo sirven en la medida en que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima”¹⁸².

El asumir la calidad instrumental recién mencionada supone un abierto rechazo a asignar valor propio a los requisitos procesales, que es lo que termina por ser formalismo, es decir, a la exigencia de observancia y respeto radical de los requisitos procesales por el solo hecho de ser tales¹⁸³. Si bien las expresiones más básicas y burdas del formalismo se deben entender superadas hace ya bastantes siglos, no se debe ver al discurso instrumentalista como una lucha ante esa expresión, sino frente a algunas formulaciones más sofisticadas en las que la atribución a los requisitos procesales de cualidades relativas al interés público o a la indisponibilidad derivan en una indiscriminada utilización de medios como la nulidad o la preclusión como medio de control¹⁸⁴, que llevan a que el derecho procesal, en definitiva, fracase en su finalidad de ser un instrumento del derecho material.

Algunos autores atribuyen al nacimiento de la ciencia procesal el alejamiento que se produce entre el derecho procesal y el derecho material, que habría tenido como efecto colateral una revalorización del formalismo¹⁸⁵. En la lucha por demostrar la hoy indiscutida autonomía del derecho procesal, se habrían olvidado de su instrumentalidad, generando un buen caldo de cultivo para posturas formalistas que vieron en el proceso un fin en sí mismo que debía ser protegido a través de un riguroso control de las formas¹⁸⁶. La necesidad de la

(así lo hace BEDAQUE, J.d.S., *Efectividad del proceso y técnica procesal*, p. 113), pero ello no parece conveniente en un sistema como el español que emplea dicho término más restringidamente para este tema, con una regulación específica para los requisitos formales (la de los artículos 240.1 LOPJ y 227.1 LEC).

¹⁸² Por todas, ver STC 180/1987 (Sala Segunda), de 12 de noviembre, ponente Leguina Villa, FJ 2º. En la misma línea, RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2010)*, p. 240, afirma que “Como norma general, la regla del procedimiento no puede sustantivarse, es decir, convertirse en fin propio por sí misma. Ello conduce al *formalismo*, defecto que debe ser firmemente rechazado por convertir en fin lo que no es más que un medio” (la cursiva es del original).

¹⁸³ La noción de formalismo expuesta es de BONET NAVARRO, Á., “Rasgos de la forma y formalismo en el proceso (en defensa de la forma)” en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, v. 2-3, 1977, p. 16.

¹⁸⁴ Es SATTI, S., “Il formalismo nel processo” en SATTI, S., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam, 1968, Padova, p. 58, quien llama la atención acerca del uso que el formalismo puede hacer de figuras como la nulidad o la preclusión, originalmente creadas precisamente para luchas en contra de él.

¹⁸⁵ DINAMARCO, C.R., *La instrumentalidad del proceso*, p. 25 y ss.; BEDAQUE, J.d.S., *Efectividad del proceso y técnica procesal*, p. 26.

¹⁸⁶ El mejor ejemplo de esta postura es CHIOVENDA, G., “Las formas en la defensa judicial del derecho” en CHIOVENDA, G., *Ensayos de derecho procesal*, II, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949, Buenos Aires, una

ciencia procesal más moderna sería, entonces, liberarse de esos formalismos y resituar a los requisitos procesales en el lugar donde les corresponde estar¹⁸⁷.

Reconocer la instrumentalidad no supone instar a la eliminación de los requisitos ni de las formas procesales. Se asume que son necesarios, y que el proceso no podría llevarse a cabo sin él dando mínimas garantías de certeza y seguridad¹⁸⁸. El establecimiento de requisitos y formas cumple importantes funciones, en general relacionadas con la garantía de los derechos de las partes, configurando un proceso acorde con las exigencias, en especial constitucionales, del sistema¹⁸⁹. Se debe asumir que tras toda exigencia procesal hay una finalidad digna de resguardar y que la modalidad establecida es la que el legislador, en su criterio y basado en la experiencia, mejor procura su obtención¹⁹⁰.

de las más célebres piezas de la primera etapa del maestro italiano. Aunque reconoce y critica la existencia de formas residuales y de las degeneraciones del formalismo, afirma que “No deben ser excesivas las formas, sino rigurosas. El rigor de la sanción tiene la inestimable ventaja de eliminar las cuestiones sobre las consecuencias de las inobservancias” (p. 150).

¹⁸⁷ DINAMARCO, C.R., *La instrumentalidad del proceso*, p. 27, considera a la conciencia de la instrumentalidad del proceso como un tercer momento metodológico- luego de la afirmación de la autonomía y un posterior período de maduración de conceptos – en el que el que ya no se justifica más “la clásica postura metafísica consistente en las investigaciones desprovistas de orientación teleológica”.

¹⁸⁸ Se suele citar en este punto a MONTESQUIEU, como demostración de la necesidad de las formas, a partir de la enseñanza que deja la abolición a ellas, citando su afirmación de que “Para la libertad son necesarias las formalidades de la justicia”, pero olvidando que inmediatamente agrega que “Pero podrían ser tantas, que contrariasen la finalidad de las leyes que las hubieran establecido, y los procesos no tendrían término; la propiedad de los bienes quedaría dudosa; daríase a una de las partes, por falta de atento examen, lo que perteneciera a la otra, o se arruinaría a las dos a fuerza de examinar. Los ciudadanos perderían su libertad y su seguridad; los acusadores no tendrían medios de convencer ni los acusados de justificarse” (MONTESQUIEU, C.L.d.S., *Del espíritu de las leyes*, v. IV, Imprenta de Villapando, Madrid, 1821, p. 110). Más contemporáneamente, la necesidad de las formas ha sido continuamente reafirmada. Por todos, en este sentido, CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil*, p. 472; BONET NAVARRO, Á., *Rasgos de la forma y formalismo en el proceso (en defensa de la forma)*, p. 461.

¹⁸⁹ Sobre el punto, ORTELLS RAMOS postula que “entre las garantías procesales y las formas del procedimiento judicial existe (debe entenderse que existe; o –más– debe postularse que exista) una relación de prioridad en la que las segundas –las formas– están al servicio de las primeras –las garantías–. Estas últimas tienen naturaleza de valores jurídicos –en algunos supuestos, son derechos fundamentales–, mientras que las formas tienen una calidad instrumental o medial respecto de la realización de las garantías” (en ORTELLS RAMOS, M., “Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil” en *Revista Ius et Praxis*, 2010, p. 396).

¹⁹⁰ BEDAQUE, J.d.S., *Efectividad del proceso y técnica procesal*, p. 83.

Esta manera de entender las normas procesales repudia el establecimiento y exigencia de requisitos procesales sin sentido¹⁹¹ y, principalmente, la concepción de ellos como asuntos de ineludible e inflexible cumplimiento, desconociéndoles un valor intrínseco diverso del medial¹⁹². Se busca evitar la paradoja -a la que apunta BEDAQUE- de que aquello que debería representar una garantía para el desarrollo adecuado del instrumento acabe por transformarse en óbice para que este alcance sus objetivos¹⁹³. Si se tiene en cuenta esto, es fácil entender que la omisión o el incumplimiento de ellos no sean, en consecuencia, susceptibles de ser reprochados jurídicamente por la sola inobservancia del modelo impuesto. El defecto de esta índole no será, *per se*, algo sustancialmente antijurídico que deba ser eliminado del sistema¹⁹⁴.

La ausencia de valor intrínseco de los defectos procesales impone una actitud frente a los defectos procesales que supone hacer algunas distinciones. Así, frente a una irregularidad procesal, se debe formular un análisis que excede la simple constatación de la existencia de una desviación del modelo establecido por el ordenamiento, como es el del cumplimiento de las finalidades para que han sido establecidos los requisitos procesales¹⁹⁵. Como ya se ha dicho, deberá ser la valoración del cumplimiento de ellas y no la consideración meramente formal la que presida, primero, la valoración de si el acto es válido o no.

Si se llega a considerar que el acto que no ha cumplido una finalidad que es trascendente para el sistema y que, por lo tanto, es inválido, deberá propenderse a que el defecto desaparezca. Acá el sistema ofrece básicamente dos métodos (sin perjuicio de la convalidación por el afectado): la eliminación del acto o su corrección. La opción primera es la tradicionalmente más común y se materializa a través, principalmente, de la nulidad y la inadmisión. La otra opción es la subsanación, que es tan viable como la anterior debido a

¹⁹¹ Son las formas residuales y las degeneraciones de formalismo a las que se refiere CHIOVENDA, G., *Las formas en la defensa judicial del derecho*, p. 134.

¹⁹² BEDAQUE, J.d.S., *Efectividad del proceso y técnica procesal*, p. 64.

¹⁹³ BEDAQUE, J.d.S., *Efectividad del proceso y técnica procesal*, p. 61. En una línea similar, SERRANO HOYO, G., "Flexibilización de las formas procesales y tutela judicial efectiva" en *Revista General de Derecho*, n° 595, Abril 1994, p. 3590.

¹⁹⁴ Es en este sentido que SERRANO HOYO, G., *Flexibilización de las formas procesales y tutela judicial efectiva*, p. 3589 sostiene que "(...) esto no quiere decir que los requisitos procesales hayan perdido su carácter imperativo (abundante jurisprudencia constitucional al tratar de ellos alude a su naturaleza de orden público) sino que no siempre el incumplimiento de ellos implica la nulidad".

¹⁹⁵ MONTESANO, L. y ARIETA, G., *Diritto processuale civile*, p. 272.

que no es relevante- ni reprochable- el solo hecho del incumplimiento procesal. Si se busca resguardar solo el requisito- incluido en él la temporalidad- y se considera un disvalor el solo hecho de incumplirlo, la subsanación aparece como un remedio residual y de poco espacio, porque no tiene la carga destructiva de aquello “mal hecho” que tienen la nulidad o la inadmisión. Pero si lo que se busca es resguardar la finalidad del requisito y con ello, de forma mediata, la del derecho procesal, entonces la subsanación sí se presenta como una opción igualmente válida, porque cumple la misma función: hacer desaparecer eso que repugna al sistema, pero de otra forma.

Dentro de un sistema procesal que se ve a sí mismo instrumental, la subsanación se erige como una técnica idónea para los intereses de este frente a un defecto procesal, pues posibilita- al igual que las técnicas más destructivas- la superación del defecto. Sin embargo, el hecho de que esta posibilidad se pueda concebir dentro de un sistema no aporta el dato de la preeminencia que deba tener en el mismo. En otras palabras, no permite identificar en qué casos resultará preferible esta técnica de control de un acto inválido, como preferente a la de su eliminación por la vía de la nulidad o la inadmisión. Aunque parece lo más razonable que dentro de un sistema como el que se describe donde el proceso no tiene fines propios, esto no resulta suficiente para determinar, en abstracto, una posición preeminente. Ella, necesariamente, deberá ir vinculada a opciones políticas que trasuntan valoraciones concretas acerca de un determinado ordenamiento que respondan qué medio les es más funcional para los fines que se buscan y para lo que se pretende garantizar.

III.2. La tutela judicial efectiva como determinante de la prevalencia de la subsanación en el ordenamiento procesal civil español

A. Significado y relevancia de la prevalencia de la subsanación

En un apartado anterior se analizaba cómo se integra la subsanación en el *iter* que se recorre desde la mera irregularidad a la ineficacia de un acto. Se puede apreciar que, en definitiva, las técnicas que permiten que un defecto procesal invalidante deje de tener esta característica pueden ser, básicamente, cuatro: la que lo torna en irrelevante por la aceptación del afectado (convalidación), la que corrige el defecto (la subsanación) y las que

hacen ineficaz el acto (la nulidad y la inadmisión). La preferencia por una de estas sobre cualquiera de las otras es un tema complejo cuya respuesta ha ido cambiando con el tiempo y que responde a cuestiones referentes a cómo se entiende el proceso y qué papel juegan en él los requisitos procesales. Normalmente, la subsanación ha sido colocada, como ya se advertía, en un papel secundario, reservado para defectos menores y situaciones sin mayor relevancia¹⁹⁶.

Hoy, sin embargo, el asunto es distinto: se puede afirmar que la subsanación es una técnica preferente a las generadoras de ineficacia (nulidad e inadmisión), lo que implica que cada vez que se esté frente a un defecto susceptible de ser subsanado, deberá optarse por la corrección en vez de la simple inadmisión o eliminación de los efectos del acto. Esta preeminencia es, precisamente, la que le ha ido asignando importancia al tema de la subsanación: si ella es hoy un tema digno de estudio, es porque constituye la respuesta que, de forma prioritaria, debe posibilitar el ordenamiento frente a un defecto invalidante. Esto hace que sea un elemento de constante utilización y de mucha trascendencia, más, incluso, que la misma nulidad de actuaciones.

B. Bases constitucionales de la preeminencia de la subsanación: la doctrina jurisprudencial de la tutela judicial efectiva

a. Nociones generales

Ya se ha revisado cómo la doctrina jurisprudencial construida en torno a la tutela judicial efectiva ha sido la primera gran expresión de una corriente antiformalista que, en especial en la década de 1980, se haría presente en el ambiente jurídico español y cómo ella ayudaría a dar relevancia a la subsanación. El papel que, en este contexto, ha jugado la garantía del artículo 24.1 CE en la configuración de esta institución ha sido de una importancia capital, principalmente, en lo que refiere a la preponderancia de ella como técnica eliminadora de

¹⁹⁶ Un ejemplo gráfico es MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, p. 221, que, en 1957, solo le dedicaba las últimas catorce líneas de su excelente obra al tema.

defectos procesales, aunque con más matices y limitaciones de los aparecen en un examen superficial.

Resulta, entonces, necesario adentrarse en el contenido de la garantía de tutela judicial efectiva. Esta necesidad se explica en que ayuda a configurar una regla favorecedora de la subsanación, pero, además, por una cuestión de la que la doctrina no se ha hecho cargo con profundidad: la de precisar el alcance que tiene hoy la influencia de la tutela judicial en la subsanación, más allá del lugar común de que le sirve de fundamento.

La tarea de estudiar el contenido de la tutela judicial no es fácil debido a varias causas, pero principalmente a tres: (1) las múltiples expresiones o vertientes que esta garantía tiene, cada una con un perfil propio, que hace que sea más exacto describirla como un conjunto de garantías que como una sola; (2) la numerosa, variada, no pocas veces contradictoria y en constante evolución jurisprudencia del TC sobre el tema; y (3) los cuantiosos esfuerzos doctrinales que, con disímil calidad y profundidad, se han dedicado a describir, relacionar y- en menos oportunidades de lo deseable- sistematizar qué debe entenderse por tutela judicial efectiva. Por estas razones, quien quiera analizarla seriamente en su totalidad se encontrará frente a un desafío de considerable extensión y de límites muy inseguros, en el que la sola descripción de las tendencias jurisprudenciales del TC se revelaría insuficiente para lograr una construcción coherente.

A la luz de lo expuesto, el análisis que se hará no pretenderá ser exhaustivo. Ni siquiera intentará dar una visión panorámica de la tutela judicial efectiva. Simplemente, buscará abarcar aquellos aspectos de ella que guardan más estrecha relación con la subsanación y que permiten entenderla. El estudio se detendrá, en especial, en uno de los temas al que menos atención se le ha prestado por la doctrina y que tampoco ha merecido un trabajo suficientemente reflexivo por parte de la misma jurisprudencia, como es el de los cánones de control que aplica el TC dependiendo del tipo de garantía que se encuentre en juego.

b. La tutela judicial efectiva no solo es un derecho, sino, también, una garantía

Ya se ha dicho que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva se encuentra establecido o reconocido¹⁹⁷ en el artículo 24.1 CE, que, en una fórmula que ha sido criticada reiteradamente por su deficiente redacción¹⁹⁸, dispone que “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”.

Esta norma debe ser entendida en consonancia con el artículo 53.2 CE¹⁹⁹ que, al otorgar la posibilidad de recabar la protección de los tribunales ordinarios y el amparo del TC, ha entregado a este derecho el máximo nivel de protección que concibe el ordenamiento jurídico español en materia constitucional²⁰⁰. El reforzamiento del derecho fundamental que entrega este artículo configura a la tutela judicial efectiva como verdadera *garantía*, entendiendo que cuando se utiliza este término se denota la exigibilidad permanente de su observancia y se enfatiza su necesidad de cumplimiento, pues, como apunta FERRAJOLI, “las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”²⁰¹.

¹⁹⁷ Quienes ven a la tutela judicial efectiva como un derecho anterior a toda construcción legal preferirán hablar de reconocimiento, más que de establecimiento de esta, pues lo que haría el Constituyente no sería más consagrar una situación anterior que proviene de un derecho natural y no entregar un nuevo derecho a la persona del que antes carecía (p.e., GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2003, p. 25).

¹⁹⁸ En este sentido, entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional: la persona ante la administración de justicia: derechos básicos*, p. 158; ALMAGRO NOSETE, J., "La prohibición constitucional de indefensión" en *Poder Judicial*, v. VI (especial sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas), 1989, p. 29; PRIETO-CASTRO, L., "Tutela jurisdiccional" en AA.VV., *Jornadas de derecho procesal*, Consejo General de Poder Judicial, 1984, Madrid, p. 14; y GÓMEZ DE LIAÑO, F., "Notas sobre el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva" en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, nº 0, 1988, p. 88. Aparte de cuestiones de estilo, lo que más se le critica a la redacción es la utilización del verbo “obtener”, en vez de “pretender” u otro similar.

¹⁹⁹ Artículo 53.2 CE: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

²⁰⁰ FIGUERUELO BURRIEZA, Á., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 55.

²⁰¹ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 4ª ed., 2004, p. 25. En el mismo sentido, RAMOS MÉNDEZ afirma que “se habla de *garantías* porque están ahí para exigir su observancia.

c. La tutela judicial efectiva como derecho de configuración legal

En innumerables ocasiones el TC se ha preocupado de reiterar que la tutela judicial efectiva es un “derecho de configuración legal” para significar que es un derecho de prestación²⁰² “de modo que no cabe deducir la existencia de un derecho incondicionado y absoluto a la prestación jurisdiccional en toda clase de supuestos cualquiera que sea la naturaleza jurídica del acto y del órgano del que procedan”²⁰³. Le corresponde a la ley procesal determinar los cauces procesales a través de los que se puede pretender la tutela judicial efectiva, fijando los presupuestos, requisitos y condiciones que, en cada caso, deben observarse para poder exigirla, siendo constitucionalmente tolerable la inadmisión que se funda en la inobservancia de la forma de acceso fijado²⁰⁴.

Sin embargo, esta característica de la tutela judicial no transforma al legislador en absolutamente soberano al momento de configurar el modo en que se debe materializar este derecho, pues deberá respetar, en todo caso, los alcances de esta, proscribiéndose la fijación de obstáculos o trabas arbitrarias o caprichosas que no tengan su justificación en un

Son algo cuya verificación es permanentemente controlable. Lo que cuenta es la posibilidad de tutela efectiva y así lo ha demostrado la praxis constitucional. Los mecanismos para hacerlas valer son los que en verdad nos permiten comprobar que el texto constitucional es algo más que un mero *desiderátum*” (las cursivas son del original)(RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2010)*, p. 368, RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2010)*, p. 414, RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2010)*, p. 414, RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2010)*, p. 414).

²⁰² En este caso, la calificación como derecho prestacional de la tutela judicial efectiva debe ser entendida en un sentido amplio como derecho a una acción positiva del Estado, en contraposición con los derechos de defensa que implican una abstención de este (sobre el punto, véase ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 427 y ss.).

²⁰³ STC 190/1991 (Sala Segunda), de 14 de octubre, ponente de los Mozos y de los Mozos, FJ 4º.

²⁰⁴ Entre las más recientes, así lo recuerda la STC 52/2009 (Sala Segunda), de 23 de febrero, ponente Conde Martín de Hijas, FJ 2º, a).

fin constitucionalmente lícito²⁰⁵, que es una especie de obligación negativa del legislador de no bloquear el acceso a la jurisdicción²⁰⁶. Tampoco genera que la garantía sea inaplicable por el solo hecho de no existir el cauce legal precisado o insuficiente. Siendo un derecho que también obliga al juez, la tutela judicial efectiva de los derechos se impone incluso en ausencia de ley²⁰⁷.

El hecho de que se esté frente a un derecho de configuración legal hace sumamente tenue - cuando no inexistente- la línea que divide el ámbito de legalidad constitucional, propio del TC, del de legalidad ordinaria, exclusivo de la jurisdicción ordinaria²⁰⁸. Al ser indispensable la ley para la concreción de la garantía, se produce, cuando se analiza una decisión judicial, un necesario juzgamiento del cumplimiento de la legalidad procesal, que en muchos casos derechamente superpone los ámbitos de juzgamiento constitucional y ordinario²⁰⁹.

d. Delimitación del contenido de la tutela judicial efectiva

d.1. Dificultades.

Determinar el contenido de la tutela judicial efectiva en el proceso civil significa, en definitiva, precisar qué parámetros impone esta garantía al proceso, es decir, concretar los

²⁰⁵ Ver las SSTC 172/1987 (Sala Primera), 3 de noviembre, ponente Tomás y Valiente, FJ 4º; y 174/1995 (Pleno), de 23 de noviembre, ponente García-Mon y Regueral, FJ 3º.

²⁰⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Constitución y Derecho Procesal: Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 137.

²⁰⁷ MARINONI, L.G., *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Palestra, Lima, 2007, p. 280, dice que "Si la técnica procesal es imprescindible para la efectividad de la tutela de los derechos, no se puede suponer que, ante una omisión del legislador, el juez nada puede hacer. Esto por una razón simple: el derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional no se vuelve solo contra el legislador, sino también se dirige contra el Estado-Juez. Por ello, es absurdo pensar que el juez deja de tener el deber de tutelar de forma efectiva los derechos solamente porque el legislador dejó de establecer una norma procesal más explícita".

²⁰⁸ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Artículo 24: Garantías procesales" en ALZAGA VILLAAMIL, Ó., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, III, Edersa, 1996, Madrid, p. 34. GARBERÍ LLOBREGAT, J., "Una nueva extralimitación del Tribunal Constitucional en la interpretación de la legalidad ordinaria: sobre el carácter subsanable o insubsanable de la falta de traslado de copias de escritos y documentos al procurador de la parte contraria (artículos 276 y 277 LEC)" en *La Ley*, v. 3, 2005, p. 1954).

²⁰⁹ Sobre las tensiones, más aparentes que reales, que produce la relación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, en lo referente a la tutela judicial efectiva, ver VIVER PI-SUNYER, C. y BOFILL LÓPEZ, H., "Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión" en VIVER PI-SUNYER, C., *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant Lo Blanch, 2006, Valencia, p. 160.

estándares que el legislador y los tribunales deben observar al configurar e interpretar las normas procesales. Como ya se ha dicho, consiste, siguiendo a RAMOS MÉNDEZ, en fijar los protocolos de calidad que el ordenamiento procesal debe cumplir para estar acorde con la Carta Fundamental²¹⁰.

Desde un inicio, el TC ha calificado a la tutela judicial efectiva como un concepto de contenido complejo²¹¹, queriendo significar con ello que dentro de él se pueden encontrar diversas expresiones que no pueden ser reducidas a una sola idea²¹². La dificultad de determinar cada una de las vertientes en las que se expresa es significativa. Tratándose de un concepto tan intensamente indeterminado, de formulación tan amplia, sobre el que se ha generado tanta jurisprudencia y al que se le han dedicado tantos esfuerzos doctrinales, la identificación de los contenidos de ella no admite respuestas definitivas. Prácticamente no hay derecho o norma de carácter procesal que no sea susceptible de ser incorporado dentro de la tutela judicial efectiva. El margen interpretativo que deja la noción utilizada es tal que se ha llegado a afirmar que su contenido es “potencialmente infinito”²¹³.

La capacidad expansiva de este concepto ha sido aprovechada por el TC, quien en muchas oportunidades lo ha utilizado como una auténtica “caja de sastre” para dar rango constitucional a derechos no incluidos expresamente en la Carta Fundamental²¹⁴. A veces parece que el mismo tribunal considera que, sin perjuicio de un contenido propio, todas las garantías contenidas en el artículo 24 se encuentran comprendidas dentro del enunciado de la tutela judicial, lo que en alguna oportunidad ha llevado a afirmar que toda vulneración de

²¹⁰RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2010)*, p. 370.

²¹¹ DE LA OLIVA SANTOS prefiere hablar, más que de un derecho subjetivo complejo de “un conjunto de derecho subjetivos, elevados *ex Cosnstitutione* a un rango superior el de los derecho fundamentales” (en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 432).

²¹² Por todas, STC 26/1983 (Sala Segunda), de 13 de abril, ponente Rubio Llorente, FJ 2º.

²¹³ BORRAJO INIESTA, I., DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, p. 22. VIVER PI-SUNYER, C., "Diagnóstico para una reforma" en PÉREZ TREMPES, P., *La reforma del recurso de amparo*, Tirant Lo Blanch, 2004, Valencia, p. 25, sin embargo, hace presente que “el TC ha dado al artículo 24.1 un contenido horizontal muy amplio, pero ‘verticalmente’ muy poco profundo o incisivo”, en el que la amplitud de la norma se compensa “por una incisividad muy reducida de control ejercido fruto del carácter sumamente laxo de los cánones o tests de enjuiciamiento empleados por el TC y por la muy estricta aplicación de los cánones a los casos concretos”.

²¹⁴ VALLESPÍN PÉREZ, D., *Las garantías constitucionales en el proceso civil*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1996, p. 307.

una garantía del artículo 24.2 CE supone una violación a la de tutela judicial efectiva, pero no a la inversa²¹⁵.

A este fenómeno expansivo se debe agregar que en varias ocasiones el TC no se ha preocupado mayormente de distinguir entre las distintas garantías contenidas en el artículo 24, invocando un conjunto de ellas para extraer las consecuencias particulares necesarias para dar amparo a un caso concreto²¹⁶. Esto ha terminado por crear un complejo de garantías procesales en el que es difícil de diferenciar entre una y otra, con áreas solapadas de protección, en especial entre la de la tutela judicial y la de un proceso con todas sus garantías, consagrada en el artículo 24.2 CE²¹⁷.

Aun con las dificultades expresadas, se ha reivindicado para la tutela judicial efectiva un contenido propio, diferente de las otras garantías procesales consagradas en el artículo 24 CE. Aunque con una distinción teórica que en la práctica muchas veces se enturbia, hoy la doctrina, a partir de la jurisprudencia, ha identificado, con relativo consenso, ciertos contenidos como propios de este derecho.

d.2. Primera exclusión del contenido de la tutela judicial: su diferenciación con la prohibición de indefensión.

El ya reproducido artículo 24.1 CE garantiza a todas las personas el derecho a la tutela efectiva de los órganos jurisdiccionales, sin que en caso alguno pueda producirse indefensión. La incorporación en un mismo precepto de las dos nociones procesales más relevantes contenidas en la Carta Fundamental hace surgir la duda si se trata de una sola garantía o de dos diferenciables o, visto de otro modo, si la prohibición de indefensión es lo mismo o, al menos, una manifestación más de la tutela judicial efectiva o si se le debe atribuir un contenido propio e independiente.

²¹⁵ CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Aranzadi, Elcano Navarra, 1999, p. 42.

²¹⁶ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2010)*, p. 369.

²¹⁷ BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona Navarra, 1992, p. 97.

Para algunos autores la tutela judicial y la prohibición de indefensión son conceptos inseparables. Dentro de este predicamento, ALMAGRO NOSETE ha identificado en el derecho de defensa el fundamento de lo que llama derecho a la jurisdicción²¹⁸. Siguiendo la misma tendencia, también se ha visto en la prohibición de indefensión la dimensión negativa de la tutela judicial²¹⁹. Estas concepciones pasan por ver en la indefensión una falta de tutela²²⁰, entendiendo que ambas expresiones son manifestaciones de diversas facetas de un mismo derecho.

Para otro sector de la doctrina, la identificación entre estos conceptos es parcial, en el sentido de considerar que la prohibición de indefensión es una vertiente más de la tutela judicial efectiva, situación que implica que toda vulneración de la primera conlleva la de la segunda, pero no al contrario. De esta forma, se considera que la relación que hay entre la tutela y la indefensión es la del todo a la parte, de manera que la indefensión no puede utilizarse como falta de tutela²²¹. Para ellos, la indefensión es una de las formas de vulnerar la tutela judicial efectiva²²². Así, el derecho a la tutela jurisdiccional comprendería, junto con otras manifestaciones, la posibilidad de que el interesado pueda desarrollar la actividad conducente a la defensa de sus intereses ante el órgano decisor²²³.

Un tercer sector propugna una separación en la comprensión y estudio de la tutela judicial y la prohibición de indefensión. Aun cuando se reconoce que hay una estrecha vinculación entre ellas, se busca deslindar conceptualmente ambas nociones. Aparte de un fundamento sistemático, esta opción resulta útil especialmente para una comprensión cabal de la diferenciación que debe efectuarse en el campo teórico entre la garantía de tutela y la de defensa: mientras la primera, en términos simples, asegura el derecho de toda persona a acceder a la jurisdicción y a obtener una resolución sobre el fondo de la controversia, la

²¹⁸ Ver ALMAGRO NOSETE, José, en ALMAGRO NOSETE, J. y TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de derecho procesal*, p. 50.

²¹⁹ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2005)*, p. 401.

²²⁰ Como hace notar CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, p. 140 y ss.

²²¹ CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24 de la Constitución*, p. 131.

²²² Recientemente, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Constitución y Derecho Procesal: Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, p. 223; y SÁNCHEZ BARRIOS, M.I., *La acción como derecho a la tutela judicial efectiva*, p. 180.

²²³ ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., "Contenido y alcance del derecho a la tutela judicial" en AA.VV., *El Poder Judicial*, I, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, Madrid, p. 431.

segunda asegura a la parte el derecho a contradecir y probar, con igualdad de armas, las alegaciones de la contraria²²⁴.

Esta última opción parece ser la más adecuada, no solo por ser la más aprovechable para un mejor desarrollo de los conceptos, sino porque se adecua mejor a la jurisprudencia del TC. Aunque este tribunal sigue identificando a la prohibición de indefensión con la tutela judicial, toma a la última como algo distinto e independiente de las otras vertientes de aquella, aplicándole parámetros diversos, quedando, en consecuencia, su vinculación como algo meramente formal que se deriva solo de la redacción del artículo 24.1 CE y no de una interrelación entre ambas garantías²²⁵.

d.3. Contenido de la tutela judicial efectiva. Insuficiencia del estudio directo de las distintas manifestaciones de la tutela judicial. Necesidad de un estudio a partir de los diversos cánones de control.

A la luz de la jurisprudencia del TC, y más allá de diversas sistematizaciones, es posible afirmar que, al menos en líneas generales y sin perjuicio de si se incluye o no en ella lo referente a la prohibición de indefensión, se identifican como las distintas vertientes de la tutela judicial efectiva a las siguientes: (1) el derecho al acceso al proceso; (2) a obtener una sentencia de fondo; (3) a una sentencia motivada y fundada en derecho; (4) al acceso a los recursos legalmente establecidos; (5) a la ejecución en sus propios términos; (6) a la invariabilidad e intangibilidad de los pronunciamientos; y (7) a la tutela cautelar²²⁶.

²²⁴ En esta línea, CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, p. 157. También DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Artículo 24: Garantías procesales*, p. 27.

²²⁵ Entre las últimas, así se desprende de la STC 62/2009 (Sala Primera), de 9 de marzo, ponente Casas Bahamonde.

²²⁶ Entre quienes sostienen, con matices, este contenido, es posible encontrar a CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24 de la Constitución*, p. 352; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Artículo 24: Garantías procesales*, p. 36; PICÓ I JUNOY, J., *Garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 153; VIVER PI-SUNYER, C. y BOFILL LÓPEZ, H., *Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión*, p. 27; MORENO CATENA, Víctor en MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 4ª ed., 2003, p. 217; MONTERO AROCA, Juan en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, p. 260; ASENSIO MELLADO, J.M., *Introducción al derecho procesal*, p. 163; y GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 19.

Aunque no se trata de una enumeración exhaustiva, ya que la tutela judicial ha servido para justificar la constitucionalización de innumerables garantías y normas procesales, resulta difícil contradecir listados como el reproducido, en cuanto resumen las principales directrices que han informado la configuración de la tutela judicial efectiva por parte del TC. Sin embargo, el estudio directo de cada uno de estos contenidos, sin alguna otra categorización previa, se revela insuficiente, debido a que la intensidad del control por parte del TC es diversa en cada caso. Decir hoy que una determinada situación en el proceso se encuentra garantizada por el derecho a la tutela judicial no entrega información suficiente acerca de la forma en que se protege un determinado derecho y cómo se integra este al complejo del artículo 24.1 CE. Como se verá más adelante, esto tiene especial importancia en lo relativo a la subsanación, cuya fuerza es distinta dependiendo de la intensidad del control que la tutela judicial efectiva imponga respecto de cada manifestación.

Como consecuencia de lo anterior, parece más útil estudiar las manifestaciones de la tutela judicial a partir de los cánones que el TC aplica a cada caso. Estos denotan el nivel de protección que la tutela judicial presta a cada vertiente y permite comprender con más precisión el alcance de la garantía.

VIVER PI-SUNYER reconoce en la jurisprudencia del TC hasta seis criterios básicos o tests de enjuiciamiento: error patente, congruencia, motivación, proporcionalidad, razonabilidad o no arbitrariedad y corrección jurídica (este último, propio de la legalidad ordinaria). Si se considera, además, que el criterio de motivación, a su vez, es descomponible en el test de existencia, suficiencia (lógica y jurídica) y de motivación reforzada, y el de razonabilidad en de razonabilidad lógica, jurídica, reforzada y aplicada a los resultados, se pueden aislar hasta once criterios diversos que el TC aplica para el control de una sola garantía²²⁷.

Más allá de otras precisiones que se puedan hacer al momento de tratar con mayor profundidad el tema, y con exclusión del test de corrección jurídica que es propio de la jurisdicción ordinaria, estos criterios de protección se pueden agrupar en dos grandes

²²⁷ En VIVER PI-SUNYER, C., *Diagnóstico para una reforma*, p. 26; también en VIVER PI-SUNYER, C. y BOFILL LÓPEZ, H., *Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión*, p. 24.

cánones, que se pueden denominar del principio *pro actione* y de mera razonabilidad²²⁸. A continuación se estudiará a cada uno ellos, tanto en su contenido como en su extensión en lo que resulta relevante para la subsanación.

e. El principio pro actione

e.1. El principio pro actione como mandato de proporcionalidad en la interpretación de la ley procesal²²⁹.

El principio *pro actione* es el nivel más intenso que la jurisprudencia constitucional concibe como parámetro de control de la adecuación a la tutela judicial efectiva²³⁰. Se trata de una técnica de interpretación de las normas procesales favorecedora de esta garantía que se ha configurando por el TC de manera tónica, no ajena de contradicciones y que se ha ido debilitando con el paso del tiempo.

Hoy el mandato de interpretación proporcional constituye el núcleo del principio *pro actione*. Partiendo de la premisa de que la interpretación y aplicación de las normas procesales son cuestiones de legalidad ordinaria que competen exclusivamente a los jueces y tribunales, esta exigencia supone una interdicción a aquellas decisiones que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines de las normas y los intereses que sacrifican con la interpretación efectuada²³¹. Con esta

²²⁸ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "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" en ARAGÓN REYES, M. y MARTÍNEZ SIMANCAS Y SÁNCHEZ, J., *La Constitución y la práctica del Derecho*, I, Sopec, 1998, Madrid, p. 353.

²²⁹ Se ha optado por hablar de un mandato de interpretación proporcional, en vez de propiamente un principio de proporcionalidad, debido a que, a diferencia de lo que ocurre respecto a otros derechos fundamentales, no es posible reconocer la aplicación de un test completo de proporcionalidad que, a la usanza alemana, utilice como parámetros la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (en un sentido similar, VIVER PI-SUNYER, C. y BOFILL LÓPEZ, H., *Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión*, p. 25). Sobre la utilización de este principio por el TC, véase GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 222.

²³⁰ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *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*, p. 352.

²³¹ STC 133/2005 (Sala Primera), de 23 de mayo, ponente García-Calvo y Montiel, FJ 2º.

postura, se propugna una interpretación antiformalista del derecho que, reconociendo la importancia de las normas procesales, atienda más al fin de ellas que a la literalidad de la exigencia, que tenga conciencia de la calidad instrumental de la configuración del proceso y que no se limite a la mera interpretación formal de la norma²³².

En lo referente a los llamados presupuestos procesales, la exigencia de proporcionalidad se manifiesta a través de la exclusión de “determinadas aplicaciones o interpretaciones de los presupuestos procesales que eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva sobre la pretensión a él sometida”²³³.

Por su parte, en el ámbito del incumplimiento de requisitos procesales esta técnica interpretativa se manifiesta especialmente a través de la exclusión de interpretaciones que produzcan que la consecuencia de un defecto sea demasiado gravosa en relación con su gravedad. Se busca “que entre la sanción jurídica y la entidad real del defecto de que se trate exista una adecuada relación”²³⁴. La ponderación que se haga al realizar el juicio de proporcionalidad debe atender “a la entidad del defecto, a su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida y a su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, así como a la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado”²³⁵.

²³² “(...) los requisitos formales (...) no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que únicamente sirven en la medida en que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima. De ahí que no deban ser tenidos como exigencias cuyo incumplimiento presente siempre el mismo valor obstativo, con independencia de cuál sea su grado de inobservancia, su trascendencia práctica o las circunstancias concurrentes en el caso. Al contrario, los requisitos de forma han de considerarse a la vista de la finalidad que con ellos se pretende lograr, ponderando los defectos existentes en función de la quiebra de tal finalidad, con las consecuencias jurídicas que así se deriven” (STC 92/1990 (Sala Primera), de 23 de mayo, ponente Gimeno Sendra, FJ 2º).

²³³ SSTC 119/2007 (Sala Primera), de 21 de mayo, ponente Casas Baamonde, FJ 3º; 183/2008 (Sala Primera), de 22 de diciembre, ponente Pérez Tremps, FJ 3º; 218/2009 (Sala Primera), de 21 de diciembre, ponente Aragón Reyes, FJ 2º.

²³⁴ GUI MORI, T., *La intercambiabilidad de las técnicas jurídicas: los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación como emanación del de tutela activa*, p. 12.

²³⁵ STC 330/2006 (Sala Primera), de 30 de noviembre, ponente Aragón Reyes, FJ 2º. Si bien en la mera enunciación parece claro el criterio de proporcionalidad que se aplica, en la práctica no es así. Como apuntan VIVER PI-SUNYER, C. y BOFILL LÓPEZ, H., *Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión*, p. 30, normalmente el TC no explicita los criterios que utiliza para la realización del canon de constitucionalidad y,

Este mandato establece un límite para quien aplica la legislación procesal, un margen de acción dentro del cual cualquier decisión que se adopte es constitucionalmente admisible, aunque pueda concluirse que no es la más adecuada desde el punto de vista interpretativo o la que más se ajusta a la justicia en el caso concreto. A menos que se esté frente a una situación hermenéutica en que se pueda concebir solo una respuesta proporcionada, no se impone una determinada y precisa forma de entender y aplicar la norma procesal, sino simplemente se excluyen aquellas que no cumplan con el estándar explicado²³⁶.

Este alcance del *pro actione* no era el mismo en los primeros años del TC. Hasta la segunda mitad de la década de los noventa, la exigencia interpretativa que implicaba era sustancialmente mayor. La que se puede reconocer como la concepción tradicional de este principio imponía, al juez o tribunal llamado a aplicar una norma procesal que afectara los aspectos de la tutela judicial efectiva protegidos más intensamente, la elección de la interpretación de ella que resultara más favorable a la tutela. En este período era común encontrar declaraciones como la de la STC 21/1989, de 31 de enero²³⁷, que afirmaba que

“el órgano judicial debe interpretar las normas procesales en el sentido más favorable al ejercicio de la acción, teniendo presente la finalidad que se persigue con los requisitos establecidos en ellas, de tal modo que no desaparezca la proporcionalidad entre lo que la norma exige y el fin que pretende. *El derecho a la tutela judicial, según viene recordando este Tribunal, obliga a elegir la interpretación de la Ley que sea más conforme con el principio pro actione y con la efectividad del derecho a la defensa y a un juicio contradictorio* y lleva a favorecer la continuación del proceso siempre que el interesado actúe con diligencia y que no se lesionen bienes o derechos constitucionales, no se grave injustificadamente la posición de la parte contraria, ni se dañe la integridad objetiva del procedimiento” (FJ 4º).

En la doctrina, como consecuencia de esto, no era extraño que se identificara e incluso definiera al principio *pro actione* a partir de la exigencia de interpretación en el sentido más favorable a la tutela judicial efectiva. Así, CHAMORRO BERNAL lo definía como “aquel que

muchas veces, bajo la denominación de proporcionalidad se oculta la aplicación de otros cánones que no se condicen con el diseño planteado por el TC.

²³⁶ Es por ello que SERRANO HOYO, G., *Flexibilización de las formas procesales y tutela judicial efectiva*, p. 3595, apunta a que la aplicación de este principio supone la existencia de algún grado de ambigüedad en la aplicación de la norma procesal.

²³⁷ La cursiva ha sido agregada. Sala Segunda, ponente Begué Cantón

impide interrumpir el desarrollo normal de la acción ejercitada, si no es en base a una causa expresamente prevista por la Ley e interpretada en el sentido más favorable a su desarrollo normal hasta el fin y que obliga a resolver un litigio de una vez y por todas, si cabe hacerlo»²³⁸.

Esta forma de entender el principio en estudio era claramente más exigente que la actual. Mientras esta última, como ya se decía, no supone la elección de una interpretación determinada, sino solo excluye a algunas -las desproporcionadas-, la forma original de entender este principio sí imponía una interpretación: la que más favoreciera a la tutela judicial. En consecuencia, el margen para el intérprete de la norma era prácticamente inexistente: dentro de las razonables, toda interpretación que no fuera la más beneficiosa a este derecho, incluso siendo proporcionada, no resulta tolerable para la garantía de la tutela judicial cuando las que estaban involucradas eran aquellas áreas del proceso más protegidas.

El cambio de criterio respecto de la amplitud de este principio fue consecuencia de un replanteamiento más amplio del TC acerca del alcance de la tutela judicial efectiva originado en el excesivo número de amparos, que afectaría, como se verá más adelante, especialmente el acceso al recurso. De forma paulatina, a contar de la segunda mitad de la década de 1990, este tribunal empezó a restringir el sentido claramente expansivo con que había entendido la garantía del artículo 24.1 CE. SÁEZ LARA describe este cambio como un proceso de “autolimitación”, en el que, luego de una primera etapa de difusión o irradiación de criterios finalistas, se ha pasado a otra en la que el control quiere reservarse para supuestos extremos de desajuste constitucional²³⁹.

En el ámbito que se estudia, la modificación ha sido muy perceptible y casi sin matices que busquen esconder el cambio de criterio. Hay un marcado contraste entre aquella jurisprudencia como la reproducida que establecía claramente una obligación de elegir una determinada forma de entender la procesal y la actual donde esa opción se descarta expresamente. Sobre el punto STC 11/2009, de 12 de enero²⁴⁰, ha dicho que

²³⁸ CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24 de la Constitución*, p. 314. En un sentido similar, PICÓ I JUNOY, J., *Garantías constitucionales del proceso*, p. 50 y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Artículo 24: Garantías procesales*, p. 24.

²³⁹ SÁEZ LARA, C., *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 30.

²⁴⁰ La cursiva ha sido agregada. Sala Segunda, ponente Aragón Reyes.

“el principio *pro actione* opera sobre los presupuestos procesales establecidos legalmente para el acceso a la justicia, impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del justiciable a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida, *sin que ello suponga, como también ha señalado este Tribunal, que se deba necesariamente seleccionar la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan*, ya que esta exigencia llevaría al Tribunal Constitucional a entrar en cuestiones de legalidad procesal que corresponden a los Tribunales ordinario” (FJ 1º)²⁴¹.

La restricción del canon más exigente de interpretación constitucional significa una rebaja de la intromisión del TC en las cuestiones procesales que pueden ocurrir en un juicio, con la consiguiente relajación del estándar de control que se aplica para determinar la conformidad de las decisiones judiciales con la tutela judicial efectiva. Esto ha ocasionado que más de algún autor critique esta restricción. Ya en los albores de esta nueva tendencia, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ manifestaba su preocupación por el tema²⁴², mientras que CHAMORRO BERNAL ha postulado que el TC debe desandar todo el nuevo camino andado y reconocer que el *pro actione* “implica necesariamente la interpretación más beneficiosa para el normal desarrollo del proceso”, para así eliminar la confusión que se ha creado en relación a la tutela y este principio y mantener una construcción teórica consistente y coherente sobre tales figuras²⁴³.

El cambio no puede ser valorado positivamente. Fuera del hecho de que el uso de la denominación *pro actione* se haya transformado casi en una impropiedad, la interpretación impuesta por el TC es de dudosa constitucionalidad. En aras de evitar conflictos con el

²⁴¹ Aunque es prácticamente unánime dentro de la jurisprudencia del TC, aún es posible encontrar algunas “recaídas” en la concepción antigua del *pro actione*. En esta línea la STC 185/2006 (Sala Segunda), de 19 de junio, ponente Rodríguez Arribas, citando a una sentencia de 1991 dice que “coherentemente con ello hemos razonado que resulta esencial para el respeto del derecho a la tutela judicial una interpretación de las normas «del modo más favorable para la acción (principio *pro actione*) y no de tal manera que la obtención de una resolución sobre el fondo (que debe entenderse como el modo normal de finalización de un proceso y de cumplimiento de la tutela judicial) sea dificultada u obstaculizada con interpretaciones rigoristas o indebidamente restrictivas de aquellas normas procesales» (STC 78/1991, de 15 de abril, F. 4)” (FJ 6º).

²⁴² DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva" en *Cuadernos de Derecho Público*, 2000, p. 13

²⁴³ CHAMORRO BERNAL, F., *El artículo 24 de la Constitución*, p. 659. También sostiene una postura crítica GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Constitución y Derecho Procesal: Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, p. 146.

Poder Judicial y de evitar una mayor saturación, han reducido el núcleo de la tutela judicial efectiva más allá de lo admisible. Es claro que la tutela judicial efectiva no tiene una estructura de regla que permita aplicarla incondicionadamente cada vez que se da una determinada hipótesis²⁴⁴. En cuanto derecho fundamental, se trata de un principio que está sujeto a la aplicación de acuerdo a la ponderación de otros principios que puedan ser afectados en una situación particular. En tal calidad, existe un mandato de optimización que debe ser aplicado en toda la medida que sea posible sin dañar o afectar a otro derecho fundamental²⁴⁵. Si no hay afectación de otro derecho fundamental, este mandato de optimización impone hacer la interpretación de la ley que mejor se adecue, que más eficazmente concrete, el derecho en cuestión. Esto era- y debe ser- el principio *pro actione*, la forma de interpretar la normativa que mejor se adapta a la tutela judicial efectiva. Olvidarse de ella y reemplazarla por una exigencia de proporcionalidad en relación con la gravedad del defecto o falta es desconocer el carácter de fundamental del artículo 24.1 CE.

e.2. Manifestaciones de la tutela judicial efectiva protegidas por el principio pro actione.

e.2.1. El derecho de acceso al proceso.

e.2.1.1. Es inseparable lógica e históricamente de la tutela judicial efectiva.

Denominado, entre muchas otras formas, como derecho a la justicia, al proceso o a la jurisdicción o de libre acceso a los tribunales, el derecho de acceso al proceso a los tribunales se podría calificar como el sentido originario de la garantía del artículo 24.1 CE²⁴⁶, pues es el significado que, inicialmente, se le pretendió dar a esta disposición, en línea con lo que ocurría en otros ordenamientos jurídicos, como el alemán y el italiano. Es por esto que la identificación entre la tutela judicial y el acceso al proceso es absoluta e indiscutida: ni la más restrictiva forma de entender el enunciado del artículo 24.1 CE puede

²⁴⁴ Cf. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 546.

²⁴⁵ Cf. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 112.

²⁴⁶ Véase DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 3ª ed., 2008, p. 366, quien lo califica como “el significado primario de la tutela judicial efectiva”.

dejar fuera a esta manifestación. Así lo ha entendido el TC que, desde su primera sentencia, ha puesto de manifiesto esta vinculación²⁴⁷.

La constitucionalización del derecho al proceso responde a la necesidad de consagrar en la Carta Magna una exigencia que es propia del Estado de Derecho como es que todos los derechos e intereses legítimos pueden ser defendidos ante un órgano jurisdiccional²⁴⁸. Constituye, por lo tanto, un verdadero derecho fundamental que algunos han considerado incluso anterior a cualquier ordenamiento positivo²⁴⁹.

La inseparabilidad de la tutela judicial efectiva y el derecho a acceder al proceso no es solo histórica, sino también lógica. Sin esta expresión no es posible reconocer ninguna otra manifestación dentro del artículo 24, ya que constituye el presupuesto para el ejercicio de cualquier otro derecho de índole procesal. Es un requisito *sine qua non* de la tutela judicial²⁵⁰. GARBERÍ LLOBREGAT afirma que “es evidente que el presupuesto del ejercicio y la observancia de todos ellos [los contenidos de la tutela judicial] ha de ser, obviamente, el derecho de acceso a los tribunales”²⁵¹. De ahí su importancia²⁵², que ha sido reconocida por

²⁴⁷ Lo hacen notar BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, p. 31. En efecto, la STC 1/1981 (Sala Primera), de 26 de enero, ponente Arozamena Sierra, incluso usa como sinónimo del derecho a la tutela judicial el de “derecho a la justicia” (FJ 11º). Dentro de los primeros fallos del TC hubo intentos, que no prosperarían, de identificar al contenido del artículo 24.1 CE solo con el acceso al proceso, dejando la constitucionalización de cualquier otra garantía dentro del párrafo segundo del mismo artículo. El ejemplo más gráfico de esto es la STC 46/1982 (Sala Segunda), de 12 de julio, ponente Fernández Viagas, que afirma que “El artículo 24 de la Constitución, en sus dos epígrafes, previene dos supuestos íntimamente relacionados entre sí, pero que merecen un tratamiento diferenciado, y que el segundo de ellos apunta preferentemente a las llamadas «garantías procesales» -así, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, asistencia letrada, información de la acusación, proceso público, utilización de los medios de prueba pertinentes y presunción de inocencia-, mientras que el primero, al proclamar el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, previniendo que nunca pueda producirse indefensión, establece una garantía previa al proceso, que lo asegura, cuando se dan las circunstancias requeridas al efecto. Dicho de otro modo, el artículo 24.2 también asegura la «tutela efectiva», pero lo hace a través del correcto juego de los instrumentos procesales, mientras que el 24.1 asegura la tutela efectiva mediante el acceso mismo al proceso” (FJ 2º).

²⁴⁸ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, p. 363.

²⁴⁹ Entre otros, FIGUERUELO BURRIEZA, Á., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, p. 49; y VALLESPÍN PÉREZ, D., *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil: conexión entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías*, Atelier, Barcelona, 2002, p. 114.

²⁵⁰ CHAMORRO BERNAL, F., *El artículo 24 de la Constitución*, p. 39.

²⁵¹ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 27. En un sentido similar, VALDÉS DAL-RÉ afirma que el “derecho de acceso a la prestación

la jurisprudencia, tratándolo, entre varias otras formas, como “el núcleo de la tutela judicial efectiva”²⁵³ o como el primero de sus contenidos “en un orden lógico y cronológico”²⁵⁴.

e.2.1.2. Dentro de él, se pueden diferenciar dos expresiones.

Al tratar el contenido del derecho al proceso, para su mejor comprensión es útil distinguir dos situaciones en las que el TC considera que puede ponerse en riesgo este derecho: (b.1.2.1) el derecho a la no exclusión de asuntos del conocimiento de los tribunales, en razón de su objeto, los sujetos que intervienen u otra consideración; y (b.1.2.2) el derecho a la admisión como una primera respuesta judicial. La relevancia de esta cuestión viene dada por el carácter absoluto de la primera de estas manifestaciones y el condicional de la segunda²⁵⁵.

e.2.1.2.1. El derecho a la no exclusión de asuntos del conocimiento de los tribunales.

El derecho de acceso al proceso consiste básicamente en el reconocimiento que se le hace a toda persona de la posibilidad de someter a la resolución de los órganos jurisdiccionales cualquier tipo de controversia jurídica. Partiendo de la base de la no exclusión de asuntos del conocimiento jurisdiccional, se logra la judicialización de todos los conflictos relativos a derechos e intereses legítimos, de forma que no exista sector alguno del ordenamiento

jurisdiccional constituye el elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial, pues ello provoca o estimula la actividad que conduce a la adopción por parte del órgano judicial de una decisión motivada” (en VALDÉS DAL-RÉ, F., "Tutela judicial efectiva y acceso al proceso laboral" en AA.VV., *El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, 2001, Valladolid, p. 909)

²⁵² La importancia viene marcada solo por esta circunstancia: por ser un presupuesto para cualquier otra manifestación de garantías procesales. El acceso al proceso, como recuerda DINAMARCO, no es un fin en sí mismo (en DINAMARCO, C.R., *La instrumentalidad del proceso*, p. 527).

²⁵³ Por todas, las SSTC 88/2001 (Sala Segunda), de 2 de abril, ponente de Mendizábal Allende, FJ 3º; y 58/2002 (Sala Segunda), de 11 de marzo, ponente Jiménez Sánchez, FJ 2º.

²⁵⁴ En muchas otras, SSTC 26/2008 (Sala Segunda), de 11 de febrero, ponente Conde Martín de las Hijas, FJ 5º; y 135/2008 (Sala Primera), de 27 de octubre, ponente Casas Baamonde, FJ 2º a).

²⁵⁵ Con algún matiz, esta distinción es hecha por DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, p. 25., quien incluye a la segunda manifestación dentro del derecho a obtener una sentencia de fondo.

ajeno a la tutela de los jueces, a quienes se les reconoce la última voz en cuanto a su resolución²⁵⁶. La posibilidad de acceder al proceso no puede ser coartada ni desde el punto de vista subjetivo, ni del objetivo: no puede haber personas que impedidas acceder al proceso ni temas que *a priori* sean ajenos a la revisión judicial²⁵⁷.

La forma de vulneración de este derecho es mediante la exclusión de ciertos asuntos, en atención a su objeto o a las partes de la controversia, del control judicial, sea que esta exclusión venga dada por una disposición legal o por una interpretación judicial. El ejemplo más expresivo de esto se puede encontrar en la STC 174/1995, de 23 de noviembre²⁵⁸ que declaró inconstitucional el artículo 38.2.I. de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, en cuanto establecía un arbitraje obligatorio en las controversias en materias que no excedían un determinada cuantía (500.000 pesetas), salvo pacto expreso en contrario, afirmando que

“resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace en el párrafo primero del artículo 38.2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella” (FJ 3º).

Esta concepción del llamado derecho a la jurisdicción ha traído un cambio importante en la forma de entender el tema de la tutela judicial. Con la entrada en vigencia de la Constitución, y en aplicación de su disposición derogatoria tercera²⁵⁹, se consideraron derogadas aquellas normas que excluían del control jurisdiccional ciertos actos²⁶⁰. En la

²⁵⁶ ALONSO GARCÍA, E., "El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales y acceso a los tribunales" en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, II, Civitas, 1991, Madrid, p. 997.

²⁵⁷ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, p. 23.

²⁵⁸ Pleno, Ponente García-Mon y González Regueral.

²⁵⁹ Que dice “Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”.

²⁶⁰ Como las contenidas en el artículo 40 d) y f) de la LJCA 1956, que dejaba fuera del recurso contencioso administrativo determinadas materias y que fueron declaradas inconstitucionales respectivamente por la ATC

legislación postconstitucional, se ha impuesto un muy estricto canon de permisión de control jurisdiccional de las controversias jurídicas que se ha reflejado en especial en lo referente a la noción de acto político²⁶¹.

Como se anticipaba, en esta expresión el derecho al proceso es un derecho absoluto. Con esto se quiere significar que se trata de un derecho que en caso alguno puede ser vulnerado, en el que la configuración legal de la tutela judicial no puede establecer limitación como tal y en el que, por lo tanto, no cabe siquiera el análisis de la razonabilidad y la proporcionalidad. La ya citada STC 174/1995 hace gráfico este punto cuando determina que el establecimiento del arbitraje para ciertos casos, salvo acuerdo expreso en contrario, no es ni arbitrario ni caprichoso, pues responde a motivos razonables, pero, aun así, sigue siendo inconstitucional por cerrar el acceso a la jurisdicción²⁶².

e.2.1.2.2. El derecho a la admisión como una primera respuesta judicial.

60/1980 (Sala Segunda), de 22 de octubre, y la STC 39/1983 (Sala Primera), de 17 de mayo, ponente Latorre Segura.

²⁶¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, p. 23. El cambio ha sido sensible: en la LJCA 1956 el artículo 2 b) excluía de la jurisdicción contencioso administrativa a “las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa”. En contraste, el artículo 2 a) de la LJCA 1998 dispone que la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con “la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”. La nueva concepción del acto político pretende que esta categoría no sea excluida *a priori* del control de los tribunales, estableciéndose como causal de inadmisibilidad, sino permitir que se analice la cuestión de fondo, pero solo a partir del análisis de si ha habido o no lesión de un derecho fundamental, de los elementos reglados y de la determinación de las indemnizaciones que sean, en su caso, procedentes (Véase CORDÓN MORENO, F., *El proceso contencioso administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 2001, p. 57 y ss.).

²⁶² “Del precepto cuestionado no puede decirse, ciertamente que imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva, pues responde, como destacan el Fiscal General y el Abogado del Estado, a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía; pero al hacerlo de forma que no pueda eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados, establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial contrario al derecho de todas las personas «a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos» (FJ 3º).

Aparte de la vulneración a través de la exclusión de determinadas personas o cuestiones de la revisión judicial, el derecho a la tutela judicial efectiva también puede ser afectado en esta vertiente mediante la fijación de trabas u obstáculos que dificulten el acceso al proceso. Siendo un derecho de configuración legal, se ha admitido como lícito que el legislador pueda establecer presupuestos o requisitos que lo condicionen. Estos pueden ser de muy diversa especie, como requisitos de representación, trámites previos a la presentación de la demanda, plazos, competencia, cauces procesales determinados, etc., siempre que obedezcan a finalidades razonables de protección de bienes e intereses constitucionalmente tutelados, sean proporcionales en relación con la carga de diligencia que se le exige a los justiciables²⁶³ y no constituyan trabas u obstáculos arbitrarios o caprichosos²⁶⁴. Al mismo tiempo, al órgano jurisdiccional se le impone que la interpretación y aplicación de la ley procesal cumpla el mismo parámetro, debiendo excluirse las interpretaciones excesivamente rigurosas que lleven a la privación del acceso al proceso²⁶⁵.

Para el TC, esta manifestación se materializa en el derecho a obtener una primera respuesta por parte de los tribunales sobre las cuestiones planteadas²⁶⁶. Se vulneraría este derecho cuando, en lugar de dar tramitación a una determinada pretensión, ella se inadmite *in limine*, privando al interesado de la posibilidad de discutir el asunto en sede jurisdiccional. Como se aprecia, este derecho sí es susceptible de ser condicionado, en cuanto es constitucionalmente tolerable que la primera respuesta judicial sea la inadmisión, si ella responde a una configuración legal y a una interpretación judicial de las normas del acceso al proceso que sea razonable y proporcionada.

La diferencia entre las manifestaciones del derecho a acceder al proceso es sutil, pero no por eso irrelevante. Se puede resumir en que no es constitucionalmente aceptable configuración legal o interpretación judicial alguna que implique cerrar el acceso a la jurisdicción respecto de un asunto determinado, sea en atención a los sujetos intervinientes o a la materia a tratar, pero sí lo es aquella configuración legal o interpretación judicial que, sin cerrar la posibilidad de acceder al proceso, la sujete al cumplimiento de ciertos

²⁶³ STC 13/2008, de 31 de enero, ponente García-Calvo y Montiel, FJ 4º.

²⁶⁴ STC 228/2006 (Sala Primera), de 17 de julio, ponente Rodríguez-Zapata Pérez, FJ 2º.

²⁶⁵ STC 231/2001 (Sala Primera), de 26 de noviembre, ponente Garrido Falla, FJ 3º.

²⁶⁶ Entre las más recientes, la STC 102/2009 (Sala Segunda), de 27 de abril, ponente Jiménez Sánchez, FJ 4º.

presupuestos o requisitos, siempre que los mismos sean razonables y proporcionados. Así, por ejemplo, no sería lícito establecer que determinada materia no es susceptible de control judicial, pero sí establecer como presupuesto para la formulación de una pretensión en esa materia la concurrencia por un determinado cauce procesal²⁶⁷.

e.2.2. Derecho a una sentencia de fondo.

En lo que, muy probablemente, es el mayor aporte que ha hecho la jurisprudencia constitucional en la construcción del concepto de tutela judicial efectiva, se ha asentado desde un comienzo la consideración de que ella se debe entender satisfecha con una decisión acerca del fondo del asunto, sin que baste el solo reconocimiento del derecho de acceso al proceso²⁶⁸.

Este derecho reconoce dos grandes limitaciones, que terminan por perfilarlo: (1) no es un derecho absoluto; y (2) no es un derecho al acierto judicial.

(1) Se ha dicho que el derecho a una sentencia acerca del fondo del asunto no es un derecho absoluto debido a que está sometido a una condición: que se observen los presupuestos y requisitos procesales establecidos por la ley. La inobservancia de los mismos

²⁶⁷ La concepción de la que se ha partido es solo nominalmente distinta a la de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, p. 25, quien considera que el derecho al acceso al proceso, a diferencia del derecho a una resolución de fondo, siempre es un derecho incondicionado. El origen de la diferencia está en dónde se considera que se termina el derecho de acceso al proceso y dónde empieza el derecho a una resolución sobre el fondo. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ identifica este límite con el solo reconocimiento de la “justiciabilidad” de un determinado asunto. Cualquier cuestión acerca de condiciones o requisitos para acceder al proceso sería un tema encasillable dentro del segundo de los derechos. Sin embargo, no parece esta postura la que mejor describa la doctrina del TC, quien, como ya se decía, ha identificado como límite entre ambos derechos la primera respuesta judicial. Hasta ella, está en juego el derecho al proceso. Lo que ocurra después, en especial en la sentencia pertenece al derecho a una resolución sobre el fondo.

²⁶⁸ Ya se insinuaba así en la STC 9/1981 (Sala Primera), de 31 de marzo, ponente Gómez-Ferrer Morant, FJ 4º.

puede dar lugar a una inadmisión que impida entrar en el fondo de la cuestión planteada, que, igualmente, cumplirá con la exigencia de la tutela judicial efectiva, si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique aplicada razonablemente por el órgano judicial²⁶⁹.

(2) No supone un derecho al acierto judicial. Como ya se había hecho notar, la tutela judicial efectiva no garantiza la estimación de las pretensiones de alguna de las partes ni la corrección jurídica de las resoluciones judiciales. Una decisión acerca del fondo del asunto, aun desacertada, puede ser compatible con la tutela judicial efectiva. Si, siguiendo a MORENO CATENA, se entiende al acceso al proceso, al derecho a una sentencia de fondo y al derecho al acierto judicial como círculos concéntricos en los que los derechos que corresponden a los círculos más amplios contienen a los representados por los más estrechos²⁷⁰, se debe concluir que la tutela judicial llega hasta el círculo de la decisión sobre el fondo, que supone el del acceso a la jurisdicción, pero que excluye un eventual derecho a la corrección de las decisiones judiciales, salvo que afecte a otros derecho fundamentales²⁷¹.

Una resolución acerca del fondo del asunto equivale a la sentencia que resuelve sustantivamente las pretensiones de las partes del proceso²⁷², es decir, la que pone fin al litigio, estimando o desestimando las pretensiones hechas valer por las partes, que es, en definitiva, para lo que se establece la jurisdicción. A este tipo de resoluciones se contraponen las inadmisiones y, en especial, las sentencias absolutorias de instancia - también conocidas como sentencias procesales- que no son más que inadmisiones declaradas a través de la sentencia que, luego de la tramitación de todo el juicio, dejan sin juzgar la cuestión de fondo debido a la existencia de algún obstáculo procesal, que puede estar constituido por la ausencia de un presupuesto procesal o por defectos de requisitos procesales²⁷³, que le impiden entrar en el conocimiento del fondo²⁷⁴.

²⁶⁹ Entre muchas, STC 174/2002 (Sala Segunda), de 9 de octubre, ponente Vives Antón, FJ 2º.

²⁷⁰ MORENO CATENA, V., "Sobre el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva" en *Poder Judicial*, nº 10 (Primera época), Marzo 1984, (Falta ciudad de publicación), p. 41.

²⁷¹ STC 47/2002 (Sala Primera), de 12 de marzo, ponente Rodríguez-Zapata Pérez, FJ 5º.

²⁷² BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, p. 29.

²⁷³ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 420.

²⁷⁴ Este tipo de sentencias es, casi con seguridad, la peor patología del derecho procesal, pues supone el esfuerzo de las partes y del tribunal de tramitar una instancia en su totalidad para que, luego, la decisión no

e.3. Prevalencia de la subsanación como expresión del principio *pro actione*.

La construcción más importante de la doctrina de la subsanación del TC se ha realizado a través de la articulación del principio *pro actione*²⁷⁵. La preeminencia de la subsanación que se deduce de este implica la obligación del juez de propugnar la subsanación en todos los casos en que la misma sea posible, dejando la inadmisión solo en defecto de esta. Siguiendo este razonamiento se ha dicho que

“(…) conforme a nuestra jurisprudencia, es una exigencia constitucional que el órgano judicial favorezca la corrección de los defectos que puedan ser reparados, garantizando en lo posible su subsanación (…) de suerte que la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva que ha de procurarse mediante el cumplimiento por el órgano judicial de su deber legal de permitir esa solución correctora no podrá desconocerse desviando a los recurrentes toda la responsabilidad en ese trámite”²⁷⁶.

Dentro del criterio *pro actione* esta postura se ha restringido, como podría esperarse, como consecuencia de su reformulación²⁷⁷. Antes de ella, se consideraba que cualquier interpretación de la normativa procesal, en el ámbito protegido por este principio, que no propugnara la corrección de los defectos constituía una vulneración a la tutela judicial, debido a que propiciar la subsanación constituía la interpretación más favorable a ella²⁷⁸.

resuelva la controversia que ha originado el juicio. MONTERO AROCA ha afirmado que son el “reconocimiento del fracaso de la actuación judicial” (en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, p. 434). Por su parte, RAMOS MÉNDEZ ha dicho que “Este tipo de respuestas absolutorias en la instancia son un resultado a desterrar de cualquier juicio moderno y su mención debiera ser un recuerdo meramente histórico. Algunos excesos en la interpretación de determinadas circunstancias, concebidas a ultranza como presupuestos procesales, todavía podía propiciar el desmán. ¡Quieran los hados que la prudencia la avenge de nuestra jurisprudencia!” (RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 1359).

²⁷⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Artículo 24: Garantías procesales*, p. 35. Dentro de la jurisprudencia, así lo manifiesta la STC 52/2009 (Sala Segunda), de 23 de febrero, ponente Conde Martín de Hijas, FJ 2º, a).

²⁷⁶ STC 119/2007 (Sala Primera), de 21 de mayo, ponente Casas Baamonde, FJ 4º.

²⁷⁷ En esta línea, VIVER PI-SUNYER, C. y BOFILL LÓPEZ, H., *Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión*, p. 31, quienes afirman que el criterio de subsanación así aplicado “más que de proporcionalidad parece encubrir un test de optimización cercano al que se aplicaba al principio *pro actione* antes de las Sentencias del Tribunal Constitucional de 1997 y 1998 según el cual por exigencia constitucional debe acogerse siempre la interpretación y aplicación más favorable a la subsanación (...)”.

²⁷⁸ En la STC 21/1989 (Sala Segunda), de 31 de enero, ponente Begué Cantón se afirma que “Teniendo, pues, en cuenta las consideraciones anteriores es preciso concluir que el órgano judicial, al declarar no revisable la inicial decisión que tuvo por desistida a la recurrente sin cuestionar la causa de la inasistencia, ni el documento por el que esta se acreditaba, ni la diligencia con que actuó la parte, llevó a cabo una rígida interpretación del

Hoy, lo mismo se considera como una aplicación desproporcionada de la normativa procesal²⁷⁹, sin apreciarse, en este ámbito, diferencias importantes. Sin embargo, el hecho, como se verá, de que se haya excluido de este nivel de protección al acceso al recurso, ha afectado la preponderancia de la subsanación, porque, al estar menos manifestaciones protegidas por el canon más intenso de control, los asuntos constitucionalmente relevantes han disminuido sensiblemente.

Esta obligación subsanatoria es sumamente amplia porque es aplicable, en general, a cualquier defecto procesal que obste a la admisibilidad de una actuación en el proceso. En este sentido, excede el contenido del artículo 11.3 LOPJ, que solo habla de los defectos formales. Además, siendo un aspecto que se deriva directamente del texto constitucional, no requiere una formulación legal expresa para hacerlo procedente²⁸⁰.

Lo que está en juego cuando se habla de las manifestaciones protegidas por el criterio *pro actione* es siempre la admisión de actuaciones de las partes que buscan acceder al proceso y obtener una sentencia de fondo²⁸¹. A la luz de ello, con la subsanación se busca evitar que dichos derechos se frustren por la inadmisión del acto, que deberá considerarse una *ultima*

art. 74 de la L. P. L., interpretación que, de acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta, no se corresponde con la exigencia derivada del art. 24 de la Constitución, según la cual debe otorgarse a las normas procesales una interpretación que favorezca el ejercicio de la acción y la continuación del proceso, garantizando la efectividad de los principios de defensa y contradicción, lo que implica la subsanación o reparación de los vicios susceptibles de ello antes de proceder a la ruptura total del proceso y que este solo pueda darse por concluido mediante resoluciones que se pronuncien motivadamente sobre la causa de la incomparecencia y la forma y momento de su justificación”.

²⁷⁹ STC 289/2006 (Sala Segunda), de 7 de noviembre, ponente Conde Martín de Hijas, FJ 2º.

²⁸⁰ “El que, en tales circunstancias, haya de darse ocasión para la subsanación del defecto apreciado, cuando este resulte aún reparable, depende pues, no de la existencia de previsiones legislativas específicas para cada procedimiento sino del contenido normativo mismo del art. 24.1 de la Constitución, regla esta que, según se acaba de recordar, impone al juzgador un deber de favorecer la defensa de los derechos e intereses cuya tutela ante él se reclame sin denegar dicha protección mediante la aplicación escasamente reflexiva o desproporcionada de las normas procesales que prevén una resolución de inadmisión o de eficacia equiparable. Este deber constitucional y sus consecuencias en orden a la permisión de la subsanación, aparece hoy reiterado, por lo que a los defectos de forma se refiere en el art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578 y 2635), pero como es claro, el ámbito específico de este precepto legal no podría ser argumentado para constreñir el de la norma constitucional en este punto explicitada cuando, aun sin hallarnos, en rigor, ante un defecto de forma, el contenido del derecho fundamental de referencia requiera de la aplicación proporcionada de las reglas que ordenan las condiciones para la admisión de los recursos” STC 162/1986 (Sala Primera), de 17 de diciembre, ponente Díez-Picazo y Ponce de León, FJ 4º.

²⁸¹ Acerca de la admisión véase *infra* p. 350.

ratio, solo para aquellos casos en los que no ha sido posible o no se ha verificado la subsanación.

*f. El mandato de no arbitrariedad como canon constitucional*²⁸²

f.1. Nociones generales. Justificación de su estudio solo parcial.

El mandato de arbitrariedad es un canon de control menos intenso que el *pro actione*. No se trata de dos parámetros cualitativamente distintos, sino de dos manifestaciones de distinta fuerza de uno solo. Esto tiene como consecuencia que el control que impone el canon que ahora se estudiará es también aplicable a aquellas manifestaciones de la tutela judicial efectiva vistas en el apartado anterior. Dicho de otra forma, el *pro actione* incluye una exigencia de la especie que ahora se analizará pero con el *plus* de la proporcionalidad ya visto²⁸³.

El principio de interdicción de arbitrariedad consagrado en el artículo 9.3 CE impone que no haya sitio para decisión alguna de los poderes públicos “que carezca de una justificación racional comprobable capaz de legitimar *in concreto* la voluntad de la autoridad que lo adopta”²⁸⁴. A partir de él, la tutela judicial se configura como controladora de la

²⁸² En rigor, el canon debiese llamarse de “motivación, congruencia, razonabilidad y no error patente”, si se quisiera comprender en él de forma extensiva todas las manifestaciones sobre el tema. Sin embargo, se ha elegido hacer referencia solo a la arbitrariedad en la enunciación porque se entiende que en todas las exigencias que se desarrollarán en este apartado se comprenden, directa o indirectamente, en la proscripción de ella.

²⁸³ Esta diferencia de intensidad se ve claramente en el análisis que viene haciendo últimamente el TC, en los asuntos en los que está involucrado el principio *pro actione*, a los que somete primero al test de razonabilidad y luego, de fallar este, al de proporcionalidad. Así, la STC 194/2009 (Sala Primera), de 25 de noviembre, ponente Delgado Barrio: “La interpretación realizada por el órgano judicial sobre que el plazo de prescripción no cabe interrumpirse en los supuestos en que sea manifiesta la falta de diligencia de la parte por ser evidente la incompetencia del orden jurisdiccional al que se dirija la primera reclamación no puede calificarse de arbitraria ni de irrazonable. Sin embargo, resulta excesivamente rigorista la aplicación de esta doctrina al presente caso, toda vez que no puede afirmarse que la cuestión de la competencia de los órdenes jurisdiccionales para resolver este tipo de reclamaciones fuera una cuestión incontrovertida” (FJ 3º). También es apreciable esto, entre otras, en la STC 125/2010 (Sala Primera), de 25 de noviembre, ponente Delgado Barrio, FFJJ 3º y 4º.

²⁸⁴ FERNÁNDEZ, T., *De la arbitrariedad de la administración*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 5ª ed. corregida, 2008, p. 199. La interdicción de la arbitrariedad es una noción que introduce en el derecho español

razonabilidad de la ley procesal y las decisiones de los órganos jurisdiccionales²⁸⁵, lo que supone, en el caso de las resoluciones judiciales, también un análisis de la motivación de las mismas, que es un presupuesto para un adecuado examen de este atributo de ellas y de su congruencia²⁸⁶.

El TC ha entendido que, aunque una resolución esté motivada, no se puede considerar que esta exigencia se cumpla si ella no está fundada en derecho por ser arbitraria, irrazonable o basada en un error patente, pues sería caer en un formalismo vacío²⁸⁷. De esta forma, incorpora dentro de su ámbito de acción ya no solo el análisis de la *suficiencia* de la motivación, sino también el de su *corrección*²⁸⁸. Como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia, la intensidad del control no llega a la existencia de un derecho al acierto judicial²⁸⁹, pero sí sirve como exclusión de aquellas resoluciones que no cumplen ni con los parámetros menos exigentes de conformidad lógica o jurídica.

GARCÍA DE ENTERRÍA a través de tres trabajos publicados en el año 1959. Su inclusión dentro de la Constitución de 1978 se debe a Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, quien, en su calidad de senador constituyente, la propuso a modo de homenaje a su maestro, como una forma más de control de los poderes públicos. Sobre la historia esta disposición se pueden consultar MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Materiales para una Constitución (los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*, Akal, Madrid, 1984, p. 56 y ss.; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota" en *Revista de Administración Pública*, nº 124, 1991, p. 211 y ss.

²⁸⁵ En algún sentido, así parece entenderlo DE LA OLIVA SANTOS, Andrés en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 443.

²⁸⁶ El TC ha afirmado que "la interdicción de la arbitrariedad de los órganos (art. 9.3 CE) puede garantizarse a través del derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el art. 24.1 CE" (STC 150/2001 (Sala Primera), de 2 de julio, ponente Cruz Villalón, FJ 4º).

²⁸⁷ STC 8/2004 (Sala Primera), de 9 de febrero, ponente Rodríguez-Zapata Pérez: "Es cierto que, en puridad lógica, no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad o irrazonabilidad debe tenerse por inexistente; pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas" FJ 9º.

²⁸⁸ COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 350.

²⁸⁹ Por todas, STC 148/1994 (Pleno), de 12 de mayo, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, FJ 4º.

Aunque el tratamiento que hace el TC proviene de la motivación, debe reivindicarse una autonomía jurídica y conceptual de este parámetro en relación con este deber. Esto se analizará más adelante²⁹⁰.

En lo jurídico, la autonomía viene dada por la proscripción genérica de arbitrariedad de los poderes públicos consagrada, como ya se veía, en el artículo 9.3 CE, que supone un límite a la actuación de ellos del que se deriva una interdicción no solo para el legislador y para el juez. De ella nace la exigencia de razonabilidad de las decisiones y, en consonancia con el artículo 120.3 CE, el deber de motivación y no viceversa. Si no fuese así, y la prohibición de resoluciones arbitrarias naciese de la necesidad de motivación, no cabría más que reconocer esta limitación respecto del órgano jurisdiccional, pero no respecto del legislativo, respecto de quien no se predica la necesidad de motivación.

En el plano conceptual, la autonomía también es evidente. La motivación es un mecanismo que sirve para controlar la arbitrariedad o irrazonabilidad de las decisiones o su basamento en un error patente, pues si se conoce la justificación en la que ellas se fundan es más fácil evaluar estos aspectos. Sin embargo, ello no implica que la ausencia de motivación suponga arbitrariedad. Una sentencia puede ser perfectamente razonable y no estar motivada y, al contrario, puede estar suficientemente motivada y ser arbitraria o irrazonable o estar fundada en un error patente.

Bajo el canon de razonabilidad se protege a una serie de derechos y situaciones en el proceso a las que la jurisprudencia del TC ha asignado un valor importante, pero menor a los relativos al derecho a acceder al proceso y a obtener una sentencia de fondo. Entre ellos encontramos el acceso al recurso legalmente establecido, la ejecución en sus propios términos, la invariabilidad e intangibilidad de los pronunciamientos y la tutela cautelar. No todo lo que constituye el canon de razonabilidad es relevante para el estudio que se está efectuando. En rigor, solo un aspecto de él -el de la razonabilidad propiamente tal- y una sola de las manifestaciones que tiene -la del derecho a los recursos legalmente establecidos- inciden en la configuración de la tutela judicial que ahora interesa. Los otros componentes del canon -la motivación y la congruencia- y las otras vertientes protegidas -las del derecho a la ejecución, a la tutela cautelar y a la intangibilidad de las resoluciones- no constituyen

²⁹⁰ Véase *infra* p. 190.

asuntos en los que la subsanación sea propiamente un tema, pues en todos ellos aquello que se controla guarda poco o nada de relación con la fundamentación de la subsanación. Sin perjuicio de tratar alguno de estos aspectos posteriormente, de momento no resultan necesarios para comprender el tema que se revisa.

f.2. La irrazonabilidad o arbitrariedad como canon de control.

f.2.1. Delimitación conceptual.

Aunque se empleen dos denominaciones distintas, la irrazonabilidad o arbitrariedad de las resoluciones suponen, en definitiva, una sola exigencia. Si bien no faltan intentos por diferenciar ambos términos²⁹¹, lo más acertado, si no se quiere caer en distinciones meramente basadas en el convencionalismo que no son recogidas por la jurisprudencia del TC, es reconocerlos como sinónimos²⁹². En esta línea, MARTÍNEZ TAPIA considera a la arbitrariedad como lo contrario de la razonabilidad²⁹³. Lo mismo ocurre en la jurisprudencia del TC que, sin afirmar expresamente la equivalencia de los términos, parece no preocuparse de distinguir entre uno y otro, ocupándolos de forma indiferenciada o conjunta²⁹⁴.

²⁹¹ Por ejemplo, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 84.

²⁹² Esta distinción, sin embargo, sí puede caber si el análisis se hace desde una perspectiva más amplia que la de la configuración por el TC de la tutela judicial efectiva. Así, resulta relevante la diferenciación que hace NIETO, que considera a la irrazonabilidad, a lo sumo, como un elemento de la arbitrariedad, la que se podría dar aun en casos en los que no se aprecie aquella, como en los casos de ejercicio erróneo o indebido del arbitrio (NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 378).

²⁹³ MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, Servicios de Publicaciones, Almería, 2000, p. 104.

²⁹⁴ Un ejemplo de esto es la SSTC 109/2006 (Sala Segunda), de 3 de abril, ponente Gay Montalvo, que en su FJ 5º, habla del parámetro de arbitrariedad para concluir, en el FJ siguiente, que, en aplicación de él, la decisión impugnada es irrazonable. Igualmente, hay casos en los que parece estimar que ambos son de distinta gravedad. En la STC 122/2007 (Sala Segunda), de 21 de mayo, ponente Conde Martín de Hijas, se hace referencia a una situación que podría ser un vicio de arbitrariedad “o, incluso, de irrazonabilidad” (FJ 6º), lo que lleva a dar la impresión de que esta última sería más grave que la primera.

Fijada esta sinonimia, el análisis debe ser reconducido a la razonabilidad como parámetro de control. Este tema ofrece innumerables matices que exceden por mucho no solo el contenido de este trabajo, sino también el derecho procesal como disciplina. En diversos ámbitos del Derecho, en especial en el administrativo, la discusión acerca de lo razonable sigue ocupando un espacio trascendente, aunque hoy se trata de un tema que es principalmente patrimonio de la Teoría General del Derecho. En consideración a eso, solo se esbozarán algunas líneas fundamentales que permitan entender el canon que aplica el TC en este caso.

Para empezar, es necesario precisar que la racionalidad y la razonabilidad no son lo mismo. Las distinciones que se han intentado trazar entre ambos son de distinta índole. Sabias son las palabras de NIETO cuando sostiene que “a la hora de identificar la racionalidad y la razonabilidad no hay dos autores que piensen lo mismo ni nadie ha logrado separarlos con nitidez”²⁹⁵. Entre las tesis que diferencian ambos conceptos, algunas lo hacen contraponiéndolos y otras haciéndolos, de alguna manera, complementarios²⁹⁶.

Dentro de los que contraponen ambos conceptos, RECASÉNS SICHÉS sostiene que, fuera de la lógica de lo racional, de la lógica formal de la inferencia, “hay otras regiones que pertenecen igualmente al logos pero que son de índole muy diversa de aquella lógica de lo racional en el sentido estricto. Entre estas otras zonas o regiones del logos o la razón, figura el ámbito del logos de los problemas humanos, al que yo he llamado lógica de lo *razonable*”²⁹⁷ y que mientras la primera se basa en la pura inferencia, la segunda “‘intenta ‘comprender’ sentidos y nexos entre significaciones, así como también realiza operaciones de valoración, y establece finalidades o propósitos”²⁹⁸.

Por su parte, en una posición más complementaria, ATIENZA entiende lo razonable como algo subsidiario a lo racional. Solo para aquellos casos en los que los criterios de racionalidad son insuficientes, ya sea (1) porque no se pueda tomar decisión alguna o no se

²⁹⁵ NIETO, A., *El arbitrio judicial*, p. 321.

²⁹⁶ Para un resumen de estas posiciones, se puede consultar ATIENZA, M., "Para una razonable definición de 'razonable'" en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 4, 1987, p. 190 y ss.

²⁹⁷ RECASÉNS SICHÉS, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*, Fondo de Cultura Económica : Universidad Nacional Autónoma, México D.F., 1971, p. 519.

²⁹⁸ RECASÉNS SICHÉS, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*, p. 519-520.

pueda justificar la decisión tomada; o (2) porque las decisiones resultantes serían inaceptables debido a: (a) una contradicción entre los resultados y los objetivos o metas del sistema jurídico, (b) una contradicción entre los resultados y valores o fines sociales o, en la opción probablemente más frecuente, (c) que el sistema incorpore valores contradictorios o difíciles de conciliar entre sí²⁹⁹. En estos casos, se podría recurrir al parámetro de la razonabilidad, que no sería otra cosa que no respetar íntegramente todas las reglas para la determinación de una decisión justificable desde la racionalidad³⁰⁰, lo que se entiende en atención a que esta última, en definitiva, es una cuestión de procedimientos y la razonabilidad una de resultados³⁰¹.

Más allá de la determinación precisa de lo razonable, interesa poner de manifiesto que el test de razonabilidad no es análisis del solo resultado de un silogismo³⁰². Superado el modelo liberal decimonónico del juez como mero aplicador de la ley, se erige la razonabilidad como un estándar de control de la actividad jurisdiccional³⁰³. El criterio no se presenta como la imposición de una determinada decisión que se debe considerar correcta, sino como un límite, como la garantía de un mínimo de sustentabilidad de esta³⁰⁴. Este criterio deja un margen en el que -aunque la decisión no sea la óptima o la más adecuada-

²⁹⁹ ATIENZA, M., "Sobre lo razonable en el Derecho" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1989, p. 96-97.

³⁰⁰ Para ATIENZA la decisión racional es la que puede ser justificada racionalmente, lo que ocurre si, y solo si, (1) respeta las reglas de la lógica deductiva, en el sentido de que su fundamentación no contiene errores lógicos; (2) respeta los principios de racionalidad práctica, que va más allá de la reglas del número 1, pero exige respeto de principios como los de consistencia, relevancia, coherencia, etc.; (3) no elude la utilización como premisa de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante; y (4) no utiliza criterios éticos, políticos, etc. no previstos específicamente como elementos decisivos de la fundamentación. Una decisión que no pudiese ser justificada por la inobservancia de las tres últimas reglas, no así de la primera, no podría ser calificada de irracional, sino de razonable si cumple, a su vez, con las siguientes condiciones: (1) se toma en situaciones en que no se podría, o no sería aceptable, adoptar una decisión estrictamente racional (2) logra un equilibrio óptimo entre las exigencias que se plantean en la decisión; y (3) obtiene un máximo de consenso (en ATIENZA, M., *Sobre lo razonable en el Derecho*, p. 94-95 y 108-109).

³⁰¹ ATIENZA, M., *Para una razonable definición de 'razonable'*, p. 193.

³⁰² Sobre la insuficiencia de la doctrina del silogismo judicial, ver TARUFFO, M., *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975, p. 151.

³⁰³ MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, p. 98.

³⁰⁴ En un sentido similar, MARINONI, L.G., PÉREZ RAGONE, Á. y NÚÑEZ OJEDA, R., *Fundamentos del proceso civil: hacia una teoría de la adjudicación*, Abeledo-Perrot, Santiago, 2010, p. 66.

resulte al menos admisible desde el punto de vista constitucional³⁰⁵, velando por la existencia de decisiones con mínimo plausibles.

f.2.2. Especies de test de razonabilidad que aplica el TC: la distinción entre la razonabilidad lógica y la jurídica.

Aunque en ocasiones el TC ha utilizado los conceptos de arbitrariedad o irrazonabilidad para hacer referencia a la fijación de los presupuestos fácticos a partir de los cuales se toma la decisión, se debe considerar que ellos resultan más precisamente aplicables a los casos en los que el defecto se origina en el proceso deliberativo, dejando como el parámetro aplicable al establecimiento de los presupuestos el del error patente, que se verá a continuación³⁰⁶.

Dentro de esta concepción de lo arbitrario o irrazonable, y siempre entendiendo que son nociones que tienen incidencia en la resolución tomada³⁰⁷, se pueden reconocer, básicamente, dos especies de control de razonabilidad: (a) el de razonabilidad jurídica y (b) el de razonabilidad lógica:

(a) A través de la exigencia de razonabilidad jurídica se excluyen aquellas resoluciones judiciales que son producto del voluntarismo, que objetivamente no pueden ser justificadas o que se separan abiertamente de la ley. En estas situaciones, se reprocha la abierta antijuridicidad de lo resulto, su evidente contraposición con el ordenamiento jurídico. No se trata de decisiones que tengan un defecto en la elaboración del proceso deductivo porque el mismo aparezca como formalmente no sustentable desde el punto de vista de su

³⁰⁵ CARRASCO PERERA, Á., "El juicio de "razonabilidad" en la justicia constitucional" en *Revista española de derecho constitucional*, 1984, p. 48.

³⁰⁶ Siguiendo esta postura, la STC 164/2002 (Sala Segunda), de 17 de septiembre, ponente Cachón Villar, ha dicho que "la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión, pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad de hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro, este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable" (FJ 4º).

³⁰⁷ NIETO, A., *El arbitrio judicial*, p. 346.

coherencia interna, sino de su solo resultado³⁰⁸. El análisis que se hace en este caso no es diverso al que hacen los órganos jurisdiccionales, cambiando únicamente la intensidad del control, ya que solo en aquellos casos en los que el error es de especial entidad se apreciará la vulneración de este parámetro³⁰⁹.

(b) A través de la aplicación del canon de razonabilidad lógica se han calificado resoluciones de arbitrarias o de irrazonables por la calidad de su proceso de deliberación o por la relación de este con lo resuelto, censurándose aquellas motivaciones que son internamente incoherentes, que incurren en quiebras lógicas, que expresan un proceso deductivo irracional o absurdo o que, simplemente, no son discernibles. En todos los casos, se reprocha la falta de consistencia en la línea de justificación, es decir, la existencia de un proceso deductivo inconexo o erróneo³¹⁰. El tipo de análisis que se hace al aplicar este test no contiene ningún tipo de valoración jurídica, solo se utilizan pautas extraídas de la lógica común³¹¹.

El canon de razonabilidad jurídica, aun con lo restringido que pueda parecer, es claramente más incisivo que el lógico. Constituye un escrutinio más profundo, pues no solo valora la coherencia interna de la sentencia sino que además, realiza un control de la corrección jurídica de la misma. Aunque cualitativamente distintos, ambos cánones constituyen de alguna forma un continuo de intensidad del control, pues no es concebible que una resolución sea jurídicamente razonable si no es, a la vez, razonable desde el punto de vista lógico.

La concepción del canon lógico es un claro intento de limitación de la exigencia de razonabilidad para aquellos casos en los que no está en juego el núcleo de la tutela judicial efectiva. Nace a finales de 1999 como un intento de configurar una exigencia propia,

³⁰⁸ Dentro del campo de las resoluciones judiciales, se puede citar la STC 25/2006 (Sala Primera), de 30 de enero, ponente Rodríguez-Zapata Pérez, FJ 4º, que considera irrazonable la sentencia que no ha impuesto costas al demandado, en abierta separación de lo dispuesto por la ley. En el análisis de constitucionalidad de una ley, el TC ha considerado que una norma es inconstitucional por arbitraria cuando la regulación que dispone está “privada objetivamente de toda justificación racional” (STC 181/2000 (Pleno), de 29 de junio, ponente García Manzano, FJ 13º).

³⁰⁹ VIVER PI-SUNYER, C. y BOFILL LÓPEZ, H., *Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión*, p. 62.

³¹⁰ Entre otras, las SSTC 117/1996 (Sala Primera), de 25 de junio, ponente Gimeno Sendra, en la que el Tribunal que declara de “imposible inteligencia” uno de los argumentos del fallo revisado, atendida su abierta contradicción (FJ 3º).

³¹¹ VIVER PI-SUNYER, C. y BOFILL LÓPEZ, H., *Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión*, p. 64.

menor que la jurídica, para aquellos casos en los que no estaba en juego el acceso al proceso y el derecho a una sentencia de fondo³¹². Sin embargo, esto se ha logrado solo a medias: si bien es posible encontrar sentencias en las que en materias como acceso al recurso³¹³, intangibilidad de resoluciones³¹⁴ o derecho a la tutela cautelar³¹⁵ en las que se analiza la razonabilidad de la resolución solo desde el punto de vista lógico, excluyendo cualquier control jurídico, hay otras en las que se sigue aplicando el canon de razonabilidad jurídica^{316 317}.

Dentro de la exigencia de razonabilidad, se ha incluido la obligación del órgano jurisdiccional de dar un trato igualitario en situaciones análogas. En consonancia con el artículo 14 CE, se ha estimado, desde los primeros fallos del TC³¹⁸, que resulta arbitrario el cambio de criterio en la interpretación del derecho en casos análogos sin que existan y se expliciten circunstancias que así lo justifiquen, pues si bien la función de aplicación

³¹² VIVER PI-SUNYER, C. y BOFILL LÓPEZ, H., *Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión*, p. 62.

³¹³ STC 33/2008 (Sala Primera), de 25 de febrero, ponente Delgado Barrio, FJ 2º b).

³¹⁴ ATC 27/2008, de 28 de enero, FJ 7º.

³¹⁵ Entre las últimas, la STC 159/2008 (Sala Primera), de 2 de diciembre, ponente Casas Baamonde, FJ 3º (sobre derecho a la tutela cautelar).

³¹⁶ Entre otras, la STC 195/2007 (Sala Primera), de 11 de septiembre, ponente García-Calvo y Montiel, FJ 4º, que analiza un doble análisis de razonabilidad, siempre desde el punto de vista de la corrección jurídica; y la STC 19/2009 (Sala Primera), de 26 de enero, ponente Delgado Barrio, que, si bien afirma que el canon por aplicar es el lógico (FJ 3º), termina apreciando la vulneración del derecho a la tutela judicial en base a un análisis jurídico, relativo al incumplimiento de una disposición legal (FJ 4º).

³¹⁷ Donde está algo más consolidada esta distinción es respecto a aquellos casos en los que no está en juego ninguna manifestación, siquiera de las menos protegidas, de la tutela judicial efectiva. En ellos se ha terminado por configurar un derecho residual a que las resoluciones, al menos de las susceptibles de ser recurridas en amparo, no sean irrazonables ni fundadas en un error patente. De esta forma, el TC ha admitido que en ciertos casos, se pueda revisar la selección, interpretación y aplicación de la legislación infraconstitucional, aunque ninguna de las vertientes de la tutela judicial esté directamente afectada. Para ello, el canon redundaba en la exigencia de aplicación- ahora sí de forma decidida- de un canon de razonabilidad lógica (Entre otras, las SSTC 228/2001 (Sala Primera), de 26 de noviembre, ponente Casas Baamonde, FJ 5º; 8/2004 (Sala Primera), de 9 de febrero, ponente Rodríguez-Zapata Pérez, FJ 9º, 134/2008 (Sala Primera), de 27 de octubre, ponente Aragón Reyes, FFJJ 2º y 3º; y 163/2008 (Sala Segunda), de 15 de diciembre, ponente Conde Martín de Hijas, FJ 3º). Esta doctrina no deja de ser relevante, pues significa, volviendo a utilizar la figura empleada por MORENO CATENA, la creación de un nuevo círculo concéntrico sin duda más estrecho que el derecho al acierto judicial, pero también, aunque sea mínimamente, más amplio que el del solo derecho a la sentencia de fondo. Sigue siendo correcto que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho al acierto judicial, pues existirán resoluciones que, aún erróneas, lo respetan. Lo que no es correcto afirmar es que cualquier resolución de fondo satisfaga este parámetro, pues aquellas decisiones que sean especialmente desacertadas no lo cumplirán. Así, el derecho a una resolución de fondo se amplía y, sin quedar en un derecho a una resolución de fondo acertada, al menos queda como el derecho a una resolución de fondo no patentemente desacertada.

³¹⁸ La primera sentencia en la que se puede encontrar esta doctrina es la STC 49/1982 (Sala Segunda), de 14 de julio, ponente Díez-Picazo y Ponce de León.

homogénea de la ley por los tribunales es función de la jurisprudencia, es importante que los tribunales respeten sus propios precedentes^{319 320}. Para que se configure la arbitrariedad en este tipo de casos es necesario que (1) exista una resolución de contraste anterior que debe ser proporcionada por el recurrente sobre un caso fundamentalmente análogo y que contenga un criterio jurisprudencial diverso; (2) haya identidad del órgano jurisdiccional, entendiendo por tal a la misma Sala y Sección, de existir, pues se considera que estas últimas tienen entidad diferenciada³²¹; y (3) que no se motive el cambio de criterio, lo que implica que no hay una prohibición de alterar la doctrina que se sustente sino simplemente una carga de demostrar que el cambio del mismo resulta razonable³²².

De acuerdo a la jurisprudencia del TC, para que la arbitrariedad o irrazonabilidad de una resolución judicial tenga relevancia constitucional debe ser manifiesta, es decir, debe ser detectable a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental³²³, aunque, salvo error u omisión, no hay sentencias en las que se diga que se rechacen o inadmitan amparos por existir una irrazonabilidad, pero que no es manifiesta. Por ello, su

³¹⁹ Por todas, se puede consultar la STC 67/2008, (Sala Primera), de 23 de junio, ponente Aragón Reyes, FJ 4º.

³²⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "El principio de igualdad y la actuación de los tribunales" en *Aranzadi Civil*, v. 3, 2008, p. 2175.

³²¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *El principio de igualdad y la actuación de los tribunales*, p. 2185.

³²² La jurisprudencia suele citar como un cuarto requisito el de la alteridad. En atención a que el principio de igualdad impone que se trate a unos y otros como iguales, se afirma que este no podría afectarse de tratarse de dos resoluciones respecto de una misma parte. Sin embargo, la relevancia de ese requisito es nula, pues la única diferencia que se produce es que mientras si hay alteridad las garantías constitucionales conculcadas son dos, igualdad y tutela judicial, en el segundo caso solo se reputa vulnerada la segunda de estas, pero con idénticos efectos y misma fundamentación (en este sentido, entre muchas otras, la STC 61/2006 (Sala Segunda), de 27 de febrero, ponente Conde Martín de Hijas, FJ 4º).

³²³ GUTIÉRREZ ZAPATA, I.C., "Análisis de los cánones de enjuiciamiento de las sentencias 214/1999 y 258/2000 del Tribunal Constitucional español (Razonabilidad, arbitrariedad y error material patente)" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 7, 2007, , p. 290. sostiene, a la luz del análisis de dos sentencias, que la aplicación de esta exigencia de irrazonabilidad manifiesta lo que hace es excluir del análisis el canon de arbitrariedad jurídica, dejando solo el lógico. Esta posición, sin embargo, no tiene sustento en un análisis más amplio de la jurisprudencia del TC. Si bien es cierto que la existencia de la restricción solo a los casos manifiestos puede conllevar la exclusión de ciertas arbitrariedades, no parece que la restricción vaya por "cercenar" una de las dos especies de este, sino por aplicar una mayor exigencia para la apreciación de la relevancia constitucional en cualquiera de los dos aspectos. Aunque se advierte una mayor tendencia a limitar la vertiente relativa a la razonabilidad jurídica, no siempre es así. Ejemplo de lo contrario es la reciente STC 19/2009 (Sala Primera), de 26 de enero, ponente Delgado Barrio, que aprecia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por una resolución que está abiertamente en contra de un precepto legal (en este caso, el entonces 495.2 LEC).

establecimiento es más un parámetro de intensidad que de evidencia que remarca que ha de tratarse de una situación indudablemente irrazonable.

f.2.3. Proscripción de resoluciones fundadas en un error patente: la vertiente fáctica del test de razonabilidad.

Aunque ha tardado algo en asentarse como una categoría nítidamente diferenciable de la recién estudiada, hoy la proscripción de resoluciones fundadas en un error patente tiene una configuración claramente identificable y bien perfilada que permite tratarla de forma autónoma. Así como la prohibición de arbitrariedad o irrazonabilidad respondía a la necesidad de que toda decisión judicial constituya una interpretación del derecho coherente a la estructura lógica del fallo y al menos plausible considerando el derecho aplicable, la doctrina del error patente busca excluir aquellas resoluciones que han tenido como punto de partida presupuestos de hecho que no se corresponden con la realidad y que han terminado por incidir en la resolución tomada. Viene a ser, en este sentido, la vertiente fáctica de la interdicción de arbitrariedad³²⁴.

No todo error fáctico de un tribunal tiene relevancia constitucional. Para que ello sea así es necesario que se den ciertos requisitos que la jurisprudencia constitucional se ha encargado de reiterar en idénticos términos cada vez que es menester pronunciarse sobre el tema: (a) que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (*ratio decidendi*), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica de la resolución judicial pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido su sentido de no haberse incurrido en el error; (b) que sea atribuible al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte; (c) que sea de carácter eminentemente fáctico; (d) que sea patente, esto es, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales y sin necesidad de recurrir a ninguna valoración o consideración jurídica; y (e) que produzca

³²⁴ BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, p. 37.

efectos negativos en la esfera del ciudadano³²⁵. En resumen, todo error imputable al órgano jurisdiccional que sea determinante, fáctico y perjudicial para el recurrente cumple con las características necesarias para ser considerado una vulneración a la tutela judicial efectiva.

f.3. El derecho a los recursos legalmente establecidos bajo el canon de razonabilidad.

f.3.1. No hay un derecho genérico al recurso.

El derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza por sí solo el derecho al recurso. Como se ha encargado de aclarar el Tribunal Constitucional, fuera del ámbito penal³²⁶, las partes no tienen derecho a recurrir una resolución por el solo hecho de serle agravante, si no es necesario, además de que el legislador así lo establezca. Solo una vez establecido un recurso por la ley procesal, el derecho a acceder a este se incorpora a la tutela judicial efectiva³²⁷.

La utilización de este criterio por parte del TC ha significado el reconocimiento del derecho casi absoluto del legislador para establecer o no recursos en cada caso, llegando a admitir que es “imaginable, posible y real” la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal, medios de impugnación³²⁸. No cabría, en consecuencia, ningún cuestionamiento

³²⁵ Por todas, ver la STC 167/2008 (Sala Segunda), de 15 de diciembre, ponente Sala Sánchez, FJ 2º. La misma constatación hace GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Constitución y Derecho Procesal: Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, p. 172.

³²⁶ En el proceso penal se ha reconocido el derecho al declarado culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena sean sometidas a la revisión de un tribunal superior, por aplicación del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así ha quedado establecido ya desde la STC 42/1982 (Sala Segunda), de 5 de julio, ponente Rubio Llorente, FJ 3º.

³²⁷ En este sentido, el criterio sería fijado por la STC 3/1983 (Pleno), de 25 de enero, ponente Escudero del Corral, que sostuvo que “Analizando la presunta incompatibilidad entre la obligación de consignar el importe de la condena y el artículo 24.1 de la CE que garantiza a todos el derecho a la tutela judicial efectiva, debe tenerse presente que este Tribunal viene configurando el alcance del mismo no solo como un derecho al acceso al proceso de instancia, sino también a los recursos establecidos en la Ley. Al no existir, sin embargo, norma o principio alguno en la CE que obligue a la existencia de una doble instancia o de unos determinados recursos en materia laboral, es evidente que, en abstracto, es posible la inexistencia de recursos o condicionar los previstos al cumplimiento de determinados requisitos perteneciendo al ámbito de libertad del legislador establecer unos u otros en la forma que considere oportuna” (FJ 4º).

³²⁸ STC 253/2007 (Sala Primera), de 17 de diciembre, ponente García-Calvo y Montiel, FJ 2º. Como afirma GARBERÍ LLOBREGAT “si un mal día el legislador ordinario decidiese suprimir la totalidad de los medios de impugnación en los procesos no penales, el derecho a los recursos dejaría de existir ese mismo día” (en

constitucional a la decisión estrictamente legal de instaurar, o no, algún recurso respecto a alguna resolución en particular.

Esta postura del TC ha sido criticada por un sector de la doctrina, liderado por VÁZQUEZ SOTELO, en base a dos argumentos: uno histórico-jurídico y otro lógico. El argumento histórico-jurídico parte de la base de que en la tradición jurídica española y, en general, en la del mundo civilizado se ha reconocido invariablemente el derecho al recurso, como una forma de garantizar el acierto judicial, dejándose como únicos casos en los que no hay posibilidad de impugnación a aquellos que pretenden una tutela sumaria, en los que posteriormente es posible iniciar un juicio plenario para revisar lo resuelto en los plenario³²⁹.

El argumento lógico deja de manifiesto lo poco coherente que es la doctrina del derecho al recurso del TC. Se ha dicho que el legislador es absolutamente soberano de determinar qué resoluciones y, más aun, qué sentencias pueden ser objeto de recursos, pues este asunto sería una cuestión de legalidad ordinaria, sin relevancia constitucional. Sin embargo, al mismo tiempo, se ha sostenido que la privación del recurso legalmente establecido tiene trascendencia constitucional, en determinadas circunstancias, sin explicar cómo la privación de algo irrelevante desde el punto de vista de la Carta Fundamental pasa a tener relevancia por el solo hecho de su privación o, dicho de otra forma, por qué, siendo las consecuencias exactamente las mismas (es decir, que un litigante se quede sin el derecho a impugnar una decisión judicial), la privación por ley es algo que no vulnera la tutela judicial efectiva, pero la misma privación originada en una decisión del órgano jurisdiccional sí la tiene³³⁰.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Constitución y Derecho Procesal: Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, p. 182). Aquello que parecía solo una especulación académica se ha transformado en realidad respecto del juicio verbal. La Ley 37/2011 ha eliminado la posibilidad de apelar la sentencia dictada en ellos, eliminando el derecho al recurso en los asuntos que se ventilen de acuerdo a ese procedimiento.

³²⁹ VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *Prólogo*, en VALLESPÍN PÉREZ, D., *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil: conexión entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías*, p. 20. En el mismo sentido, VALLESPÍN PÉREZ, D., *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, Cims, Sabadell, 2009, p. 81. Se debe hacer presente que estos autores, al igual que GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 137, no instan por una ampliación en este sentido de la tutela judicial efectiva, sino por el reconocimiento de este derecho al recurso dentro del derecho al proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE.

³³⁰ Sobre el punto, VÁZQUEZ SOTELO ha dicho que “es difícil entender la afirmación de la jurisprudencia constitucional de que no siendo la existencia de recursos una exigencia constitucional, de modo que el legislador igual puede establecerlos que prescindir de ellos, cuestión que se considera de “legalidad ordinaria”.

f.3.2. Contenido del derecho al recurso.

El primer acercamiento al contenido del derecho al recurso parece, a la luz de lo analizado, obvio: el derecho al recurso consistiría en el derecho que tiene todo litigante a ejercer los recursos que le reconoce la legislación procesal, siempre que cumpla con los presupuestos y requisitos procesales que en ella se ha impuesto. Aunque este acercamiento es correcto, deben hacerse algunas precisiones para entender concretamente cómo, en determinadas ocasiones, se puede distinguir del derecho a una sentencia sobre el fondo del asunto.

Lo que efectivamente se busca proteger es la admisión del recurso, es decir, la posibilidad de que, si se cumplen con los presupuestos y requisitos que ha impuesto el legislador, haya un pronunciamiento sobre el contenido de este, sobre las peticiones concretas contenidas en él que pretenden la revocación, la modificación o la anulación de la resolución recurrida y no una resolución que declare inadmisibile el recurso intentado. De alguna manera, el derecho al recurso es un derecho a un pronunciamiento de fondo, pero en un sentido distinto, pues no se refiere a las pretensiones efectuadas en la instancia por las partes, sino que de la pretensión impugnadora del recurrente que, paradójicamente, podría ser no solo de fondo, sino también de tipo procesal³³¹.

Considerando que el derecho al recurso se podría resumir en el derecho a la admisión del mismo y la consecuente resolución estimatoria o desestimatoria de él, se puede entender que no en toda ocasión que se reclame la vulneración de la tutela judicial efectiva por una resolución recaída en un recurso está en juego el derecho a este. Si este ya ha sido admitido, lo que se falle puede poner en juego el derecho a una resolución acerca del fondo, pero no el derecho al recurso. Así, por ejemplo, si se desestima un recurso, confirmándose una

cobre en cambio relieve constitucional la privación del derecho al recurso legalmente establecido. Porque si el derecho al recurso no forma parte de las garantías constitucionales del debido proceso no es fácil colegir que tenga relieve constitucional la privación de algo que precisamente carece de esa trascendencia” (en *Prólogo*, VALLESPÍN PÉREZ, D., *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil: conexión entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías*, p. 21).

³³¹ BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, p. 29.

sentencia absolutoria de instancia, no estará en juego el acceso al recurso sino el derecho a obtener un pronunciamiento acerca del fondo. Esto es relevante, si se tienen en cuenta las diferencias de protección de cada vertiente de la tutela judicial.

f.3.3. Vulneración del derecho al recurso.

El derecho al recurso solo se podrá entender vulnerado cuando, debido a una decisión inmotivada, arbitraria o fundada en un error patente, se ha inadmitido un recurso, pues se trata de un asunto concerniente a la legalidad ordinaria que solo adquiere trascendencia constitucional en estos casos³³².

El control de constitucionalidad de las resoluciones en que está en juego el derecho al recurso basado en el parámetro enunciado es la mejor manifestación del proceso de “autolimitación” del TC que se dio en la segunda mitad de la década de 1990. Hasta esa fecha, fuera del ámbito penal, se había vivido una constante pugna entre dos tendencias en la jurisprudencia del TC. La primera de ellas, que reconoce sus antecedentes más remotos en resoluciones del primer año de funcionamiento del TC, insta por una interpretación del derecho al acceso a los recursos similar a la que hoy prevalece: solo en caso de arbitrariedad en la inadmisión del recurso, se consideraba que la resolución producía una conculcación del principio de la tutela judicial efectiva³³³. La segunda, por su parte, no distingue entre el derecho de acceso al proceso y el derecho de acceso al recurso, entregándoles a ambas manifestaciones el mismo nivel de protección, sin hacer diferencias esenciales entre un derecho y otro³³⁴.

³³² STC 42/2009 (Sala Segunda), de 9 de febrero, ponente Jiménez Sánchez, FJ 2º.

³³³ Ya el ATC 43/1981 (Sala Primera), de 24 de abril, decía, en su FJ 3º, que “La denegación de un recurso legalmente establecido, hecha en forma arbitraria, puede constituir una violación de dichas garantías constitucionales”. En la misma línea, la STC 104/1984 (Sala Segunda), de 14 de noviembre, ponente Rubio Llorente, afirma que “solo en caso de que se hubiera efectuado una aplicación manifiestamente arbitraria” (FJ 2º).

³³⁴ Esta línea jurisprudencial comienza en 1983, con la ya citada STC 19/1983 (Sala Primera), de 14 de marzo, ponente Gómez-Ferrer Morant, FJ 5º, que consagra la obligación del tribunal ordinario de aplicar la interpretación más favorable al recurso.

Luego de años de una pugna sin un claro ganador, a partir de la STC 46/1989, de 21 de febrero³³⁵, se impone la tesis más amplia, que iguala el derecho de acceso al recurso legalmente establecido al acceso al proceso³³⁶. Sin embargo, seis años después, la tendencia se revertiría con la STC 37/1995, de 7 de febrero³³⁷, que vuelve al criterio más restringido, que perdura, con algunos matices, hasta hoy. En ella se declara que la esencia de la tutela judicial efectiva es el acceso al proceso y que es en él donde el *pro actione* actúa con toda su intensidad, debiendo matizarse su aplicación en los siguientes grados jurisdiccionales que, eventualmente, se pudieran configurar (FJ 5º), de manera que “la balanza constitucional no puede inclinarse en ningún sentido para optar entre dos soluciones igualmente razonables” (FJ 6º). Lo que esta sentencia eufemísticamente llama “matización” del principio *pro actione* no es otra cosa que la declaración de que el mismo, como era entendido en esa época, no resulta aplicable a esta manifestación de la tutela judicial³³⁸.

En la actualidad, la doctrina constitucional parece haber alcanzado cierta estabilidad en el sentido de entender que la interpretación y aplicación de las normas que regulan la admisión de un recurso es un tema de legalidad ordinaria que compete a los tribunales de justicia y que solo tiene relevancia constitucional si nos encontramos frente a una resolución que no esté motivada suficientemente o que sea irrazonable, arbitraria o fundada en un error patente, sin que quepa efectuarse un control de proporcionalidad, que es lo que hoy distingue al principio *pro actione*³³⁹, aunque prevalece alguna divergencia acerca del canon de razonabilidad aplicable (jurídico o lógico).

³³⁵ Sala Segunda, ponente Begué Cantón.

³³⁶ Fruto de esa época, en 1994, CHAMORRO BERNAL sostenía que “De la misma forma que el ciudadano tiene un derecho constitucional al acceso a los Tribunales para defender sus derecho o intereses legítimos, también lo tiene para acceder al recurso legalmente previsto contra la inicial resolución dictada por el órgano judicial” (CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24 de la Constitución*, p. 83).

³³⁷ Pleno, ponente de Mendizábal Allende. Un completo examen de ella es posible encontrar en GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, Á., *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 65.

³³⁸ Durante años convivieron sentencias que afirmaban que el principio *pro actione* era aplicable de forma matizada con aquellas que sostenían que no resultaba aplicable en casos en que estuviese en juego el derecho al recurso. Hoy se admite sin ambages que el *pro actione* no resulta aplicable (en este sentido la ya citada STC 42/2009 (Sala Segunda), de 9 de febrero, ponente Jiménez Sánchez, FJ 2º).

³³⁹ En este sentido, entre las más recientes, la STC 55/2008 (Sala Segunda), de 14 de abril, ponente Jiménez Sánchez, FJ 2º. SÁEZ LARA reconoce como una alteración de la doctrina expuesta, la postura de la STC 90/2002, Sala Primera, de 22 de abril, ponente Garrido Falla, que, aplicando la jurisprudencia del TEDH de 28 de octubre de 1998 en el asunto *Pérez Rada de Cavanillas con Reino de España*, considera vulnerador del

La consolidación de este criterio restrictivo supone un reconocimiento de la menor trascendencia constitucional que tiene el acceso recurso respecto del acceso a la jurisdicción, que se traduce no solo en la no aplicación del principio *pro actione*, sino también en admitir que los requisitos procesales que pueda imponer el legislador para la primera de estas manifestaciones de la tutela judicial efectiva pueden ser más gravosos que los respecto a los segundos³⁴⁰. Todo lo anterior se construye desde la consideración que constitucionalmente no es de igual relevancia el tener una resolución sobre el fondo, que se considere agravante y que no se pueda impugnar, que no haber tenido la posibilidad de que un órgano jurisdiccional se pronuncie y de la constatación que frente al derecho a acceder al recurso se debe sopesar el derecho de la contraria de tener un proceso sin dilaciones y de ejecutar las resoluciones que han devenido en firmes³⁴¹.

La doctrina del TC ha sido en ocasiones cuestionada por el TEDH. Sin hacerse un reproche directo e incondicionado, este tribunal ha condenado al Estado español por infracción al artículo 6.1 del Convenio en casos en los que ha transcurrido una cantidad de años considerable entre el auto o providencia de admisión inicial del recurso y la posterior inadmisión en la sentencia. Aunque se podría pensar que solo esta situación de tardanza es la que termina por configurar la infracción, es clara la diferencia entre los parámetros que se emplean para considerar la afectación del derecho al recurso como manifestación de la tutela judicial efectiva por cada tribunal. Mientras el TC se debate entre el débil estándar de la razonabilidad jurídica y el todavía más débil de la razonabilidad lógica, el TEDH emplea

derecho de acceso a los recursos a una resolución de inadmisión de un recurso anunciado el último día ante un tribunal erróneo, afirmando que la aplicación de la normativa procesal ha sido desproporcionada que es un canon propio del principio *pro actione*. A partir de ella, la autora afirma que “se ha introducido un nuevo cambio en la doctrina constitucional sobre el acceso al recurso. Así en supuestos excepcionales, en los que no concurre negligencia alguna de parte, la inadmisión puede ser contraria al art. 24.1 por ser tachada de ‘desproporcionadamente rigurosa e irrazonable’” (SÁEZ LARA, C., *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, p. 265). Aunque una lectura aislada de la STC mencionada podría llevar a esa conclusión, si se analizan otras en el mismo sentido, se debe llegar a la conclusión de que lo que ha hecho el TC como consecuencia de la sentencia del TEDH, más que excepcionalmente aplicar el canon de proporcionalidad a casos relacionados con el acceso al recurso, es considerar que el parámetro de razonabilidad es el que se vulnera en situaciones como estas. En esta línea, por ejemplo, la STC 283/2005 (Sala Primera), de 18 de noviembre, ponente Aragón Reyes, FFJJ 3º y 4º c).

³⁴⁰ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Artículo 24: Garantías procesales*, p. 44.

³⁴¹ En un sentido similar, BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, p. 57.

un parámetro de proporcionalidad bastante similar al usado al del principio del *pro actione* del primero³⁴².

f.3.4. Preeminencia de la subsanación en el derecho al recurso legalmente establecido.

Cuando el derecho al recurso legalmente establecido pertenecía al ámbito del *pro actione*, la preeminencia de la subsanación sobre la inadmisión era un tema que no merecía dudas³⁴³. Incluso era en esta vertiente -y no en la del acceso al proceso- en la que se apreciaba mayor desarrollo de la doctrina de la tutela judicial efectiva, en especial, en lo referente a la subsanación³⁴⁴. Hoy, con los nuevos tiempos, el asunto resulta menos claro.

³⁴² La sentencia más relevante en este punto, por sentar el precedente para las demás, es la de STEDH de 9 de noviembre de 2004, caso “Sáez Maeso contra España”. En ella, el TEDH ha dicho que “23. El Tribunal considera que la regulación relativa a las formas que se deben respetar para presentar un recurso tratan de asegurar una buena administración de la justicia. Los interesados deberán esperar a que estas reglas sean aplicadas. Sin embargo, la regulación en cuestión o la aplicación que se haga de ella no debería impedir a los justiciables aprovecharse de una vía de recurso disponible. Por otro lado, resulta de la jurisprudencia del Tribunal que el "derecho a un Tribunal", del que el derecho de acceso constituye un aspecto particular, no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, principalmente en cuanto a las condiciones de admisión de un recurso, ya que requiere por su propia naturaleza ser regulado por el Estado, quien goza para ello de cierto margen de apreciación; 24. Sin embargo, estas limitaciones no restringirían el acceso abierto a un justiciable de manera o hasta un punto que su derecho a un Tribunal haya sido vulnerado en su propia sustancia; por último, solo se concilian con el artículo 6.1 si persiguen una finalidad legítima y si existe un vínculo razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”. Otras sentencias relevantes en este asunto son las SSTEDH de 7 de junio de 2007, asunto Salt Hiper S.A. contra España; de 22 de julio de 2008, asunto “Barrenechea Atucha contra España”; de 8 de enero de 2009, asunto “Golf de Extremadura S.A. contra España”; y 15 de diciembre de 2009, asunto “Llavador Carretero contra España”.

³⁴³ No era extraño encontrar declaraciones como la contenida en la STC 132/1987 (Sala Segunda), de 21 de julio, ponente Begué Cantón: “la inadmisión de un recurso no ha de entenderse como una sanción a la parte que ha incurrido en un error de procedimiento, sino más bien como una garantía y un medio de preservar la integridad objetiva del procedimiento que se pretende iniciar; por ello no debe rechazarse un recurso defectuosamente preparado o interpuesto sin dar previamente ocasión a la subsanación de los defectos advertidos, siempre que no tengan su origen en una actitud contumaz o negligente del interesado y no dañen la regularidad del procedimiento ni los intereses de la parte contraria” (FJ 2º).

³⁴⁴ BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, p. 58.

Dentro de una jurisprudencia poco uniforme, la cuestión de si es constitucionalmente relevante no dar preferencia a la subsanación por sobre la inadmisión parece reducirse al canon de razonabilidad que resulta aplicable para el derecho al recurso.

En aquellos casos en que la jurisprudencia se ha decantado por la utilización de un canon de razonabilidad lógica, que supone, según ya se analizaba, lo que el TC ha denominado un “control externo” de las resoluciones, se ha inclinado por no apreciar vulneración a la tutela judicial efectiva como consecuencia de inadmitir un recurso sin dar posibilidad de subsanar el defecto que ha impedido que este prospere³⁴⁵.

Por su parte, cuando se ha optado por el uso del canon de razonabilidad jurídica, se ha apreciado en más de una ocasión que no favorecer la corrección del defecto frente a la inadmisión constituye una vulneración de la garantía de tutela judicial, al considerarse irrazonable esta aplicación de la normativa procesal³⁴⁶.

Como se ve, la cuestión permanece abierta. Sin embargo, lo importante es remarcar que se reconoce en el canon de razonabilidad jurídica una exigencia de subsanación de los actos defectuosos, cuando ellos sean subsanables. Que este resulte o no aplicable para el derecho al recurso es algo sobre lo que aún no hay consenso, aunque, como se constataba en un apartado anterior, es la postura más aceptada por la jurisprudencia, incluso fuera de los casos en los que el acceso al proceso se encuentra en juego. Esto resulta relevante pues sirve de constatación de algo que sí es especialmente trascendente: de que efectivamente existe dentro de las reglas jurídicas del ordenamiento procesal una preferencia por la subsanación. Que ella no sea siempre aplicable no se debe a que no exista sino a que, muchas veces, el TC no considera que tiene trascendencia constitucional, por no afectar una garantía protegida por la tutela judicial o por afectar una garantía protegida por un canon tan reducido como el de razonabilidad lógica que excluye solo resoluciones carecen de una mínima solidez discursiva.

³⁴⁵ STC 33/2008 (Sala Primera), de 25 de febrero, ponente Delgado Barrio, FJ 2°.

³⁴⁶ Entre otras, las SSTC 18/2006 (Sala Primera), de 30 de enero, ponente Aragón Reyes, FJ 5°.

En este punto es en donde se pone de manifiesto una de las cuestiones que más nubla el análisis de la preponderancia: el de la distinción de ella de la subsanabilidad. Se trata de juicios distintos, ambos con trascendencia constitucional, aunque vinculados de manera sumamente estrecha. Muchas veces la jurisprudencia no hace la distinción entre si se está enjuiciando la vulneración de una obligación de propender a la subsanación o la apreciación que ha hecho el órgano jurisdiccional acerca de la posibilidad de corregir un defecto. Cuando se ha hecho esta distinción, aparece más clara la existencia de la obligación de subsanar³⁴⁷.

g. Alcance de la regla de prevalencia de la subsanación derivado de la tutela judicial efectiva: su efecto irradiador

g.1. En principio, la prevalencia que impone la subsanación es solo limitada a las manifestaciones de la tutela judicial efectiva protegidas por el principio pro actione.

La cuestión de si se puede derivar de la tutela judicial efectiva una regla favorable a la subsanación de los defectos merece una respuesta necesariamente matizada, al menos como punto de partida, pues su tratamiento jurisprudencial varía de acuerdo al canon de control constitucional que se aplique en cada caso.

Respecto a los aspectos que se encuentran protegidos plenamente por el principio *pro actione*, el asunto parece estar bastante claro: este canon impone, dentro de su mandato de proporcionalidad, la exigencia de que se favorezca la corrección de todos aquellos defectos

³⁴⁷ Así, por ejemplo, hay jurisprudencia reiterada del TC referente a la subsanabilidad de la falta de acreditación de la representación invocada en materia de acceso al proceso y a los recursos legalmente previstos. Ella parte de la premisa de que se trata de un asunto subsanable, por lo que existe obligación del tribunal de conferir a las partes la posibilidad de efectuar la corrección (por todas, la STC 217/2005 (Sala Primera), de 12 de septiembre ponente Rodríguez-Zapata Pérez, FJ 2º, y la jurisprudencia citada en ella).

que resultan subsanables. Cualquier decisión en contrario es considerada de un rigorismo extremo y se aprecia como una interpretación desproporcionada de la legislación procesal.

Sin embargo, no se debe perder de vista que este canon es sumamente restringido en su aplicación, en especial los últimos años: solo resulta aplicable para aquellos casos en los que se encuentre en juego el acceso al proceso o el derecho a una sentencia de fondo. Solo cuando haya una decisión de inadmisión que lleve a que las partes no puedan obtener siquiera una primera respuesta judicial o que, recibida esta, no se logre que el órgano jurisdiccional se pronuncie acerca del contenido de las pretensiones de las partes por motivos procesales como consecuencia de un defecto procesal subsanable, resultará aplicable esta exigencia³⁴⁸.

Lo acotado del ámbito de aplicación de esta regla no puede ser confundida con poca importancia. Se está frente a una protección privilegiada de las manifestaciones más relevantes del proceso. No se trata de algo gratuito o azaroso. Si se hace es debido a que la garantía procesal de la tutela judicial efectiva se “juega la vida” en estos aspectos, lo que no solo muestra una trascendencia teórica, sino también práctica, pues supone un reforzamiento cotidiano de esta garantía mediante el aseguramiento de que ella no se verá afectada por defectos que puedan resultar perfectamente corregibles.

En lo referente al acceso a los recursos, el tema merece una consideración distinta. En él, se ha visto que el asunto depende básicamente del canon de razonabilidad que se utilice. Es evidente que cuando se aplica un canon de razonabilidad meramente lógico no hay posibilidades de que se aprecie una vulneración de esta especie por el tipo de análisis que se realiza. Por el contrario, cuando el tema se analiza desde un punto de vista de su corrección en derecho, aún mínima, como es el caso del test de razonabilidad jurídica, las consideraciones cambian y hay una tendencia, ya descrita, a considerar que sí se afecta la tutela judicial efectiva.

Incluso si se entendiese como la doctrina más acertada aquella que otorga mayor grado de protección al acceso a los recursos, a través de obligar a disponer la subsanación de los defectos subsanables, el alcance de esta opción, nuevamente, aunque muy relevante, sería

³⁴⁸ En este sentido, ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 265.

limitado, pues se debería entender circunscrito a la admisión de recursos legalmente establecidos.

En resumen, de un análisis riguroso de la tutela judicial se debiese concluir que su influencia en la configuración de la subsanación como técnica prevalente es limitada a los casos, nada menores, de acceso al proceso, derecho a una sentencia de fondo y, eventualmente, acceso a los recursos. Toda otra manifestación no tiene relevancia constitucional por no incluirse dentro de lo que se ha configurado como el contenido de esta garantía.

g.2. El efecto irradiador de la tutela judicial efectiva.

g.2.1. La tutela judicial efectiva determina el contenido del ordenamiento procesal más allá de su ámbito directo, determinando la existencia de un principio favorable a la subsanación.

A partir de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán, se admite que los derechos fundamentales, además de su expresión más evidente de ser un derecho de defensa del individuo frente al Estado, representan un orden valorativo objetivo que proporciona directrices para la legislación, la administración y la justicia³⁴⁹. Desde esta perspectiva, se reconoce que el poder normativo de los derechos fundamentales va más allá

³⁴⁹ En este sentido, ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 507; ALDUNATE LIZANA, E., "El efecto de irradiación de los derechos fundamentales" en AA.VV., *La constitucionalización del derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, Santiago de Chile, p. 13.

de la regulación directamente susceptible de tutela a través del amparo, proyectándose a todo el ordenamiento jurídico.

Es este efecto de irradiación el que explica que la garantía del artículo 24.1 CE haya tenido una influencia en la configuración del derecho procesal que va más allá de su contenido estricto y que permite afirmar la existencia de una regla a favor de la corrección de los defectos que sobrepasa el estrecho contenido de sus manifestaciones más relevantes. Esta influencia de la tutela judicial parte por recoger una idea fundamental que ya se encontraba en el aire, pero que no tenía mayor plasmación en el ordenamiento: se deben desterrar del derecho procesal todos los formalismos enervantes o rigorismos excesivos y propenderse a una interpretación más flexible y finalista de las normas reguladoras del proceso. La declaración más emblemática en este sentido es la contenida en la STC 39/1988, de 9 de marzo³⁵⁰:

“la doctrina jurisprudencial sobre el carácter de orden público de todos los preceptos procesales y de la nulidad de todos los actos procesales no acomodados a la Ley, que nunca tuvo otro rango que el de una doctrina jurisprudencial, no encuentra hoy acomodo -y está necesitada de urgente revisión- a partir de la regla de la vinculación de los órganos jurisdiccionales del Estado a los derechos fundamentales de los ciudadanos y a las libertades públicas y sobre todo ante la limitación de las causas de nulidad de los actos judiciales” (FJ 1º).

Desde esta perspectiva, la tutela judicial efectiva pasa de ser un complejo de garantías relacionadas, pero distintas, a una forma de ver el derecho procesal que ya no se encuentra encorsetada por las limitaciones propias de los juzgamientos sobre qué debe ser el amparo o cuál es el papel que debe cumplir el TC³⁵¹. En una concepción que la ve como la consagración constitucional de la instrumentalidad del proceso y de un fin institucional del mismo, se debe considerar que el proceso es un medio orientado para dar eficaz y

³⁵⁰ Sala Primera, ponente Tomás y Valiente.

³⁵¹ Es paradójal cómo, la tutela judicial efectiva ha adquirido contenido, pero, a la vez, lo pierde producto del diseño institucional al que sirve. No cabe duda que sin el amparo y la labor del TC, esta garantía no tendría la importancia que ha tenido. Pero, al mismo tiempo, el desarrollo al alero de estos genera limitaciones político-funcionales relacionadas con consideraciones que poco tienen que ver con el contenido mismo que debería tener el artículo 24.1 CE. Un buen ejemplo de ello, es cómo hoy ninguno de los que en un principio sostuvieron que la tutela judicial efectiva se relacionaba con un concepto concreto de la acción hoy mantiene sus dichos. El motivo es obvio: nadie pretende que el TC puede involucrarse en consideraciones acerca de la corrección material de la sentencia como ello impondría.

eficientemente todas y cada de las tutelas que el derecho material ofrece, no solo de la de los derechos fundamentales³⁵². En definitiva, un derecho procesal en el que se consagra una finalidad que pone prioridad en la resolución del fondo del asunto con una fuerte conciencia de que un proceso que no logra resolver el asunto que le hace nacer, es un medio que ha fracasado en la obtención de su resultado³⁵³.

Esta concepción del derecho procesal es la que llevaría no solo a la consagración de las reglas de los artículos 11.3 y 243.3 LOPJ y 231 LEC, sino, también, a forjar un principio que excede la mera existencia de un mandato de preferencia por la corrección en los casos en que está en juego la tutela judicial y de la aplicación de las reglas de la normativa de la LOPJ y LEC: el de la subsanación en todos los casos en que ella sea posible³⁵⁴. El reconocimiento de este principio no supone una ampliación del ámbito de la tutela judicial ni del ámbito de control del TC, pues los casos de relevancia constitucional siguen siendo los mismos. Simplemente, la tutela judicial como garantía constitucional tiene un efecto irradiador, que va más allá de sus límites y que informa a todo el ordenamiento a partir de lo que se puede calificar como un auténtico principio jurídico³⁵⁵.

³⁵² Cuestión remarcada por MARINONI, L.G., *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, p. 230; y BEDAQUE, J.d.S., *Efectividad del proceso y técnica procesal*, p. 48.

³⁵³ Cfr. BEDAQUE, J.d.S., *Efectividad del proceso y técnica procesal*, p. 62.

³⁵⁴ En este sentido, la STS 1351/2007 (Sala de lo civil, Sección 1ª), de 20 de diciembre, ponente Ferrándiz Gabriel, ha dicho que “Aunque no pueda afirmarse que en la derogada y aplicable Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 y en la vigente Ley 6/1985, orgánica del Poder Judicial, la subsanación de los actos procesales nulos, en este caso el de una de las partes, tenga la universalidad y generalidad que son propias de un auténtico principio procesal, no hay duda de que la misma constituye una manifestación del principio de tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución Española, cuyo contenido ha de inspirar la interpretación de la legislación ordinaria. Responde esa regla general favorable a la subsanación, además da concretas formulaciones positivas -artículos 11.3, 240.2 y 243 de la Ley 6/1985, 693.3ª, 847 y 859 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, entre otros-, a que en nuestro sistema se atribuya a las formalidades una función empírica e instrumental, nunca la de un fin en sí mismas. El rechazo de ese formalismo lo ha expresado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones, al interpretar el artículo 24, con el que guarda relación la cuestión debatida” (FJ 5º).

³⁵⁵ La existencia de un principio jurídico favorable a la subsanación no es algo pacífico. BONET NAVARRO, Á., *Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil*, p. 353, niega esta posibilidad. RAMOS MÉNDEZ, por su parte, se refiere a él como un principio general que resumiría en que “si una actuación presuntamente defectuosa admite subsanación, este se impone siempre” (RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2010)*, p. 299). También en esta última línea, MARTÍN DE LA LEONA, José María, “Artículo 231. Subsanación” en GIMENO SENDRA, V., *Proceso civil práctico*, III, La Ley, 2005, Madrid, p. 602.

En apariencia, el mismo TC no admitiría la existencia de un principio a favor de la subsanación de los defectos subsanables, ni siquiera en las materias que son de más intensa protección, pues en más de alguna sentencia, de la que la doctrina se ha hecho eco, ha dicho que “el art. 24.1 de la Constitución no consagra una regla general y absoluta en favor de la subsanación de los vicios o defectos procesales”³⁵⁶. Sin embargo, esta idea debe entenderse en su contexto de la relevancia constitucional, asumiendo que no siempre que se desfavorezca esta regla será relevante a efectos del control que hace el TC con sus cada vez más rígidos cánones³⁵⁷. Con todo, y desde una perspectiva más global que se libere de las limitaciones y autolimitaciones de este tribunal, sigue siendo un mejor reflejo del estado de la cuestión la afirmación de la existencia del principio de que todo aquello que resulta subsanable, debe subsanarse³⁵⁸. El tema de la obligación de subsanación no se cuestiona, aunque sí, como se verá más adelante, el de la subsanabilidad, pues se trata de un asunto en el que la construcción es más compleja y con más factores que sopesar. En ella sí que no es posible afirmar que hay propiamente un principio de peso constitucional de que todos los defectos sean subsanables, lo que se refleja, en primer lugar, en la libertad de legislador de determinar esta calidad en cada caso³⁵⁹.

g.2.2. Alcance del principio prosubsanación.

³⁵⁶ STC 5/1988 (Sala Segunda), de 21 de enero, ponente Leguina Villa, FJ 4º.

³⁵⁷ El TC ha hecho la distinción entre el efecto directo de la tutela judicial efectiva, cuyas manifestaciones son las que considera susceptibles de ser protegidas por él, del efecto irradiador del mismo, que excedería su ámbito. En la STC 67/2010 (Segunda Sala), de 18 de octubre de 2010, ponente Pérez Vera, advierte que “No obstante, es también doctrina reiterada de este Tribunal que lo anterior no implica, en modo alguno, una relativización o devaluación de los presupuestos y requisitos procesales establecidos por las leyes (STC 93/1990, de 23 de mayo, FJ 2), y que el principio pro actione no debe entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles que la regulan (por todas, SSTC 3/2001, de 15 de enero, FJ 5; y 78/2002, de 8 de abril, FJ 2). En caso contrario, como señalamos en la STC 45/2004, de 23 de marzo, FJ 5, esta exigencia llevaría al Tribunal Constitucional a conocer de cuestiones de legalidad procesal que corresponden a los Tribunales ordinarios, siendo posibles interpretaciones judiciales de la legalidad ordinaria distintas de otras que acaso hubieran respondido más plenamente a los valores incorporados a los derechos fundamentales u otros preceptos constitucionales, *pues una cosa es la garantía de los derechos fundamentales, tal y como nos está encomendada, y otra, muy distinta, la de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de la interpretación de la legalidad*” (FJ 3º). La cursiva ha sido agregada.

³⁵⁸ En este sentido, ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 273; CHAMORRO BERNAL, F., *El artículo 24 de la Constitución*, p. 686.

³⁵⁹ Díez-Picazo Giménez, I., *Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, p. 33.

La doctrina no ha hecho mayores distinciones acerca del alcance del principio mencionado, formulándolo en términos amplios, sin diferenciar si el acto que debe ser subsanado proviene de algún litigante o del órgano jurisdiccional³⁶⁰. Este, entonces, sería predicable para todo tipo de acto procesal, sin importar su origen, lo que puede generar alguna duda debido a que, como se veía, la doctrina constitucional de la subsanación nace casi íntegramente de inadmisiones realizadas por parte de diversos tribunales, ya sea respecto de demandas como de recursos. A partir de esta, y de la consagración legal en especial de los artículos 11.3 LOPJ y 231 LEC (que se refieren también solo a actuaciones de los litigantes), es que se ha postulado la existencia de un principio procesal ya mencionado.

El hecho de que las dos situaciones mencionadas tengan que ver con actos de partes no es coincidencia. Tampoco lo es que la jurisprudencia hable muy ampliamente de la inadmisión y casi no se refiera a la nulidad. Esto se explica a partir de un hecho que es bien evidente, pero al que no se le ha asignado la importancia debida, como es que toda la construcción acerca de la subsanación se hace respecto de actos de las partes y no de actos del órgano jurisdiccional. A partir de esta constatación, y del efecto irradiador que tiene la tutela judicial efectiva en otros actos que no son de relevancia constitucional, surge una certeza, que es de que el principio en comento se aplicaría a los actos de parte. Pero, por lógica exclusión, además nace una duda: ¿es aplicable el principio favorable a la subsanación a los actos del órgano jurisdiccional? La respuesta no parece tan clara como se ha venido pretendiendo por la doctrina. No es llegar y sostener que es lo mismo, pues hay elementos diferenciadores.

Uno de los elementos por tener en cuenta es que el basamento constitucional de un principio subsanatorio de las actuaciones judiciales parece más remoto, debido a que difícilmente se pondrá en juego en este caso el acceso al proceso o una decisión acerca del fondo del asunto. Ni siquiera, en principio, se pone en peligro el acceso al recurso o a la ejecución de las resoluciones judiciales. Sí puede haber alguna relevancia constitucional, como se verá en su momento, cuando existan cuestiones relativas a la incongruencia omisiva o insuficiente motivación de las resoluciones³⁶¹, pero en la gran mayoría de los

³⁶⁰ Así, por ejemplo, en ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 273; CHAMORRO BERNAL, F., *El artículo 24 de la Constitución*, p. 686.

³⁶¹ Véanse *infra* p. 190 y ss.

casos será solo un asunto que lidiará con consideraciones más relativas a la mera economía procesal o al eficiente manejo de los medios.

A ello hay que sumarle que cuando se trata de las resoluciones judiciales, el principalísimo tipo de actuación judicial, la existencia de un procedimiento subsanatorio puede entrar en colisión con el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales, que forma parte de la tutela judicial efectiva, y que ha sido entendido como aquel “que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad”³⁶². Por supuesto que, siendo procedimientos legales, los recursos y los mecanismos del artículo 267 LOPJ (artículos 214 y 215 LEC), son constitucionalmente tolerables, pero ello ya impone una muy relevante diferencia con los actos de parte: mientras que en estos, frente a la ausencia de procedimiento subsanatorio, se debe establecer uno *ad hoc*, para cumplir la exigencia de subsanación, en aquellos no caben más procedimientos de corrección establecidos por el legislador, a los que, incluso, el TC insta a dar “una rigurosa interpretación restrictiva”³⁶³.

Nada de lo anterior quiere decir que la nulidad sea el medio más deseable para la eliminación de defectos procesales. Por el contrario, sigue siendo el último mecanismo al que se debe recurrir para eliminar los defectos. Así, expresamente, lo establece el artículo 227.2 LEC, que fija la prelación de la subsanación por sobre la nulidad. Lo que ocurre es que muchas veces se trata del único medio disponible o idóneo desde el punto de vista constitucional y legal, en especial, por lo recién apuntado en relación a la intangibilidad de las resoluciones.

En ese sentido, se podría afirmar que la subsanación sigue siendo al menos la regla, aunque sin rango constitucional y con un importante condicionante cuando se refiere a las resoluciones judiciales y es que, respecto de ellas, más que exhortarse a la subsanación de todo lo subsanable debe disponerse la subsanación de todo lo subsanable que tenga un procedimiento legal predeterminado para ello.

³⁶² STC 23/2005 (Sala Primera) de 14 de febrero, ponente Rodríguez-Zapata Pérez, FJ 4º.

³⁶³ STC 119/2006 (Sala Primera), de 24 de abril, ponente Delgado Barrio, FJ 4.

CAPÍTULO SEGUNDO: EL OBJETO DE LA SUBSANACIÓN: EL ACTO PROCESAL INVÁLIDO Y SUBSANABLE

I. La subsanación en el contexto de la invalidez procesal: el acto procesal inválido

I.1. Nociones previas

A. Ámbito del estudio

Para tratar el tema del objeto de la subsanación, se partirá de una premisa fundada en las nociones que se han esbozado en el capítulo anterior, acerca del lugar en el que se ubica esta dentro de la teoría de la invalidez de los actos procesales. Como se apreciaba en él, la subsanación solo puede recaer en un acto procesal irregular respecto del que se haya formulado un juicio de validez negativo, que no haya sido convalidado o que no sea convalidable y que sea susceptible de ser corregido por su autor. Dicho de forma más sintética, la técnica subsanadora tiene por objeto al acto procesal inválido subsanable.

Esta perspectiva impone el análisis de dos grandes temas que serán los que ocuparán este capítulo de este trabajo: el de la invalidez y el de la subsanabilidad.

En lo referente a la invalidez, se desarrollarán con mayor profundidad aquellos conceptos que, solo a efectos introductorios, se han reseñado brevemente en el capítulo primero: el *iter* que se recorre desde la mera irregularidad hasta la ineficacia en el sistema del ordenamiento procesal civil español. Solo esta descripción permite entender razonablemente el papel que cumple la subsanación, así como las diferencias con otras situaciones que, al igual que ella, impiden que una irregularidad procesal devenga en actuaciones ineficaces.

La subsanabilidad se ha dejado para una segunda parte como una forma de remarcar la importancia y autonomía del tema con respecto a la invalidez. El estudio de ella implica

analizar los factores que determinan que un acto sea susceptible de ser corregido, como presupuesto de la prevalencia de la subsanación sobre la nulidad o la inadmisión.

La nulidad y la inadmisión se analizarán en el capítulo siguiente con ocasión del tratamiento de los efectos de la no subsanación de un acto, pues, como ya se ha advertido, se consideran solo formas de implementar la ineficacia del acto inválido insubsanable o no subsanado³⁶⁴.

B. El acto procesal como objeto de la subsanación. Su diferencia con la nulidad

En principio, todo acto procesal- provenga del órgano jurisdiccional, de un litigante o de un tercero- es susceptible de ser subsanado. Desde el momento en que es posible que un defecto procesal se verifique en cualquier especie de actuación procesal, se puede concebir la posibilidad de que el mismo sea corregido por otro acto que elimine el vicio existente³⁶⁵. Desde un punto de vista abstracto, no hay, en consecuencia, especies de actos respecto de los que pueda excluirse, *a priori*, esta posibilidad como categoría genérica³⁶⁶. La amplitud de la aplicabilidad de la subsanación se encuentra plasmada a nivel legal en diversas disposiciones legales, empezando por el ya varias veces citado artículo 231 LEC, respecto de los actos de parte, y 227.2 LEC, respecto de las actuaciones judiciales.

Esta amplitud marca una importante diferencia respecto de la nulidad como medio de implementación de la ineficacia del acto inválido, pues ella solo es predicable respecto de actuaciones judiciales³⁶⁷. Normalmente a partir de entender como nulo no solo el objeto en el que la declaración de nulidad recae, sino al antecedente que sirve de causa de esta

³⁶⁴ Véase *infra* p. 350 y ss.

³⁶⁵ BONET NAVARRO, Á., "Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil" en AA.VV., *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Consejo General de Poder Judicial, 1993, Madrid, p. 371.

³⁶⁶ Ello sin perjuicio de que existan defectos que sí sean estructuralmente subsanables (véase *infra* p. 251).

³⁶⁷ Esta es la postura sostenida, entre otros, por HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, Forum, Oviedo, 1995, p. 204; ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 135; y YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 74.

declaración³⁶⁸, un sector de la doctrina ha afirmado que la nulidad procesal es predicable también respecto de las actuaciones de las partes³⁶⁹. Sin embargo, resulta más preciso considerar como único posible objeto de la nulidad a las actuaciones judiciales, dejando a la inadmisión como el instrumento idóneo para la implementación de la ineficacia de las actuaciones de parte³⁷⁰.

I.2. Formas de entender la invalidez del acto procesal

A. Imposibilidad de aplicar la doctrina civil a la determinación de la validez de los actos procesales

³⁶⁸ En un sentido similar, describiendo las dos posibilidades de uso de los calificativos de válido o inválido, ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., "Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica" en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 23, 2003, p. 720.

³⁶⁹ Entre otros, MARTÍN DE LA LEONA, José María, *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, Colex, Madrid, 2ª ed., 1996, p. 149; LOURIDO RICO, A.M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, Comares, Granada, 2ª ed., 2003, p. 75; y TORRES LÓPEZ, A., "De la nulidad de las actuaciones judiciales" en XIOL RÍOS, J.A., *Enjuiciamiento civil: comentarios y jurisprudencia, Ley 1/2000 de 7 de enero*, Sepín, 2008, Madrid, p. 1085.

³⁷⁰ La discusión acerca de cuál es el objeto preciso de la nulidad ha surgido en buena parte a propósito del cambio de denominación del capítulo dedicado a la nulidad procesal en las distintas leyes. La LOPJ prefirió llamarlo "Nulidad de los actos judiciales". En cambio, la LEC la denominó como "Nulidad de las actuaciones judiciales", que, como apunta CACHÓN CADENAS, M., "Jurisdicción, partes y actos procesales" en BARBANCHO TOVILLAS, F., *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, I*, Consejo General del Poder Judicial, 2000, Madrid, p. 378, supone una vuelta a la denominación más tradicional. Esta modificación motivó críticas contradictorias de algunos autores. Mientras alguno señaló que era errónea por no adecuar la rúbrica a su contenido y hablar de la nulidad de los actos o de las actuaciones procesales, lo que implicaba excluir las actuaciones de las partes y terceros (LOURIDO RICO, A.M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, p. 75), otros lo criticaron por lo contrario: por incluir una denominación -actuaciones judiciales- más amplia que la anterior e incorrecta, en atención a que la nulidad solo es predicable respecto de actos del tribunal (GÓMEZ DE LIANO, F. y HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., "La nulidad en el borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997" en *Justicia*, 1998, p. 42). El punto más controvertido para mantener esta última denominación es la inclusión en este apartado de normas relativas a los actos de las partes, en especial, el artículo 243.3 LOPJ (231 LEC), que crea alguna confusión acerca del concepto aglutinador del mismo que difícilmente sea el de la nulidad, considerando que un acto defectuoso de parte también puede producir la inadmisión. En este sentido, parece más adecuada la propuesta de denominar al capítulo en cuestión "Vicios o defectos procesales y sus consecuencias" que hace GASCÓN INCHAUSTI, F., "Nulidad de actuaciones judiciales" en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A., RIFA SOLER, J.M. y VALLS GOMBAU, J.F., *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Iurgium, 2000, Barcelona, p. 892. Pero no ha sido esta la opción de la Ley 13/2009, de 13 de noviembre, que, salomónicamente, ha pasado a llamar el capítulo "Nulidad de actuaciones".

El tema de la validez de los actos jurídicos está presente en todas las áreas del Derecho, pues donde exista un modelo normativo por seguir, en virtud de normas constitutivas y no de normas regulativas³⁷¹, es posible que se observen desviaciones del mismo, que el propio sistema jurídico se encarga de eliminar o corregir, con el objeto de mantener su integridad. De esta forma, se pueden encontrar nociones acerca de la nulidad de los actos jurídicos en áreas tan diversas como el derecho civil, administrativo, internacional o laboral. Esta constatación ha llevado a algunos autores a plantear la existencia de una sola gran teoría de la nulidad que solo tendría algunas variaciones de acuerdo a las necesidades de cada ordenamiento. En el ámbito del derecho procesal, son recordadas las palabras de COUTURE cuando afirma que “la teoría de la nulidad es de carácter general a todo el Derecho y no particular a cada una de sus ramas”³⁷².

Hoy, posiciones como las del maestro uruguayo están superadas³⁷³. El tema parece estar bastante resuelto, al menos en sus líneas más gruesas, en el sentido de entender que, aunque pueden haber nociones en común, cada rama del Derecho reclama sus especialidades que terminan por configurar sistemas de invalidez que difieren de forma sustancial en cuanto a cómo se trata en cada caso al defecto jurídico, de acuerdo a las características peculiares de cada una.

Dentro del derecho procesal, la imposibilidad del traslado automático de categorías ajenas, en especial provenientes del derecho privado, ha sido sentada prácticamente desde el inicio del estudio de la nulidad por la ciencia procesal. Ya CHIOVENDA, en los albores del siglo pasado, advertía que la nulidad procesal no era lo mismo que la del derecho sustancial³⁷⁴,

³⁷¹ La distinción entre normas regulativas y constitutivas se ve más adelante en este mismo capítulo (*infra* p. 144). Baste, por el momento, retener que las constitutivas, dada su estructura, no son susceptibles de ser infringidas.

³⁷² COUTURE, E.J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, B de F, Montevideo, 4ª ed., 2002, p. 305.

³⁷³ Se debe hacer la salvedad que ni siquiera este autor propugnaba una aplicación directa e inmediata de una normativa ajena a la procesal, pues el mismo advierte, a reglón seguido de la frase citada que “una vez admitidas ciertas nociones que forman la base de toda concepción acerca de la nulidad, comunes a todos los campos del derecho, las soluciones se desvían y se hacen específicas, particulares a cada una de las ramas del orden jurídico” (COUTURE, E.J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 305).

³⁷⁴ “Pero no debe creerse por esto que la institución de la nulidad y de la anulabilidad tengan lugar en el proceso del mismo modo que en el derecho sustancial. El proceso presenta también en este punto algunas particularidades notables que se derivan siempre de la especial naturaleza de esta relación jurídica, que nace con la petición de una resolución autoritaria, y se desarrolla e inclina hacia esta resolución como a su fin; y en la cual campea y domina con su importancia cualquiera otra actividad, la actividad del órgano

mientras que en España, algunas décadas después, MÁRQUEZ CABALLERO negaba la posibilidad de aplicar el entonces artículo 4º del CC a las nulidades procesales³⁷⁵ y MORÓN PALOMINO criticaba a los autores que empleaban la doctrina civilista del negocio jurídico para construir una teoría acerca del tema³⁷⁶.

Dentro de los muchos argumentos que han servido para fundamentar la singularidad de la invalidez procesal y, en especial, su diferenciación con la teoría propia del derecho privado, hay dos especialmente persuasivos que se repiten de forma frecuente: (1) las peculiaridades del acto procesal³⁷⁷; y (2) la influencia de la preclusión y la cosa juzgada³⁷⁸.

(1) Si bien no cabe cuestionar la calidad de acto jurídico, al menos en un sentido lato, del acto procesal, hay dos aspectos de él que difieren de forma significativa del tratamiento del derecho sustancial y que inciden en la configuración del régimen de invalidez:

(1.1) La voluntad cumple en este ámbito un papel bastante más reducido que el que se le atribuye dentro de la teoría del acto jurídico tradicional, ya que si bien todos los actos procesales necesitan de la voluntad de su autor, este requisito es normalmente absorbido por las exigencias formales y no puede ser objeto de indagación separada. Además, se trata de una voluntariedad distinta a la que se emplea cuando se habla de la voluntad del negocio sustancial, pues no tiene que ver con el efecto del acto, que en este caso es independiente del deseo de su autor³⁷⁹; y

(1.2) El hecho de que el acto procesal no pueda ser entendido de forma independiente, sino que deba ser considerado como parte de un complejo mayor, como integrante de la serie de

del Estado” (CHIOVENDA, G., *Principios de derecho procesal civil, v. II*, Reus, Madrid, 1925, p. 96.

³⁷⁵ MÁRQUEZ CABALLERO, J., "Nulidad y subsanación "ex officio" en el proceso civil" en *Revista de Derecho Procesal*, v. 1, 1945, p. 19.

³⁷⁶ MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, Ahr, Barcelona, 1957, p. 79.

³⁷⁷ Relevadas, entre otros, por HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 99; y LOURIDO RICO, A.M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, p. 18.

³⁷⁸ Así lo apuntan VERGÉ GRAU, J., *La nulidad de actuaciones*, Liberia Bosch, Barcelona, 2ª ed., 1987, p. 31; HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 112; y YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 55.

³⁷⁹ Entre muchos otros, REDENTI, E., *Diritto processuale civile, v. I*, Giuffrè, 3ª ed., 1980, p. 218; SATTA, S. y PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 12ª ed., 1996, p. 237; dentro de la doctrina española, ASENSIO MELLADO, J.M., *Introducción al derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 4ª ed., 2008, p. 195.

actos concatenados que integran el proceso³⁸⁰, que es lo que ha llevado a SATTÀ a afirmar que la única definición posible del acto procesal es la de “acto del proceso”, como una manera de remarcar que el acto se identifica con el proceso del cual es un elemento indisoluble³⁸¹.

(2) El papel que juegan la cosa juzgada y la preclusión en el sistema de invalidez procesal. La diferencia que hace su presencia respecto de otras áreas del ordenamiento viene dada por la consideración de ellas como causas de convalidación de la nulidad procesal³⁸², que tiene como consecuencia el cierre de la posibilidad de discutir la validez de los actos procesales, o de alguno de ellos, luego del fin del proceso o de ciertas etapas de él, lo que marca una diferencia importante con las consideraciones de categorías de nulidad insanables e imprescriptibles³⁸³.

Esta independencia no supone un abandono absoluto de lo que puedan aportar construcciones acerca de la validez que provengan de otras áreas del Derecho. Siendo un fenómeno común, muchas veces resulta útil el recurso a elaboraciones ajenas para un mejor entendimiento del sistema propio. Lo que se propugna es, simplemente, buscar explicaciones particulares a los fenómenos procesales, de forma de evitar la aplicación subsidiaria de normativa que ha sido ideada para otras áreas jurídicas con requerimientos diversos y la traslación automática o irreflexiva de categorías ajenas o principios extraños a una ordenación que tiene su propia lógica³⁸⁴.

³⁸⁰ DENTI, V., "Invalidità" en *Enciclopedia del Diritto*, v. Aggiornamento I, 1997, p. 709.

³⁸¹ SATTÀ, S. y PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, p. 237-238. También sostienen esta concepción PRIETO-CASTRO, L., *Cuestiones de derecho procesal*, Reus, Madrid, 1947, p. 65; y VÉSCOVI, E., *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, 2ª ed. (reimpresión), 2006, p. 215. AULETTA, aceptando que solo los actos producidos dentro del proceso pueden ser considerados como actos procesales, agrega otro requisito: deben ser actos que tengan por objeto producir efectos en el proceso, sea que estos ocurran o no (véase AULETTA, F., *Nullità e "inesistenza" degli atti processuali civili*, Cedam, Padova, 1999, p. 37 y ss.).

³⁸² DENTI, V., "Nullità degli atti processuale civili" en *Novissimo Digesto Italiano*, v. XI, 1957, p. 469.

³⁸³ HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 113.

³⁸⁴ En un sentido similar, LIEBMAN, E.T., *Manuale di diritto processuale civile: principi*, A. Giuffrè, Milano, 6ª ed. / a cargo de Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci, 2002, p. 232, quien, basado en que la disciplina positiva de la validez de los actos procesales, difiere profundamente de la de los actos civiles o administrativos, sostiene que la reglamentación de la nulidad procesal debe encontrarse en la legislación procesal civil y no puede ser modificada ni integrada por normas inspiradas en una necesidad práctica diversa. También se afirma algo en esa línea por GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil*, v. I, S.N., Madrid, 8ª ed., 1976, p. 192.

B. *Insuficiencias de la doctrina tradicional de la nulidad de los actos procesales*

a. *Rasgos generales de la doctrina tradicional*

Descartada la posibilidad de trasladar de forma automática al derecho procesal elaboraciones doctrinales del derecho privado o de cualquier otra área, surgen propuestas propias que buscan racionalizar un sistema de acuerdo a las particularidades ya mencionadas. No se trata de construcciones completamente originales, son solo adecuaciones de teorías elaboradas para el derecho privado, que se utilizan como base ante la falta de otros referentes más cercanos³⁸⁵.

En el caso de la doctrina española, la dificultad para elaborar un sistema propio se transformó en cómplice de la dejación por buscar soluciones más adecuadas. El hecho de que hasta 1985 no haya habido una regulación orgánica de la materia hacía una tarea especialmente compleja el intentar dar cierto orden y coherencia al tema de la invalidez. Entonces, los esfuerzos pasaban principalmente por tentativas de sistematización, a partir de la inducción de las normas contenidas en disposiciones dispersas que se integraban con los elementos de las doctrinas civilistas. Esta situación permitía cierto inmovilismo, pues ninguna propuesta era tan fácil de contrastar ni de criticar, al no haber un complejo normativo preciso para utilizar como punto de partida.

Lo descrito cambia radicalmente con la entrada en vigencia de la LOPJ que, con todas sus limitaciones e infortunios, crea un sistema general de tratamiento de los defectos procesales. Algo que podría haber sido una forma de legitimación de aquello que hasta ese momento se venía planteando doctrinalmente, se transforma en un verdadero problema al constatar que la nueva regulación elabora un sistema de espaldas a todo lo doctrinalmente construido, con un claro acento en la corrección y conservación de los actos procesales. En

³⁸⁵ HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 72.

este punto es en donde se hacen más patentes las dificultades que a continuación se analizarán.

El tratamiento tradicional de la teoría de invalidez procesal no era para nada uniforme³⁸⁶. En algunos temas, la dispersión conceptual era casi inmanejable. Sin embargo, hay ciertos rasgos generales que permiten identificarla:

(1) *La utilización de diversas categorías de invalidez*: De acuerdo a la gravedad del defecto procesal, se distinguen distintos estatutos de invalidez que toman como base las categorías del derecho civil. Todos los autores, al menos, reconocen la existencia de la nulidad absoluta (también llamada de pleno derecho o radical) y de la relativa (o anulabilidad), así como la irregularidad entendida como una categoría residual reservada para los actos con defectos no invalidantes. Las divergencias, en lo referido a la mera división, provienen principalmente de: (a) la inclusión de la inexistencia y (b) si se reconocen una o dos categorías intermedias entre la nulidad absoluta y la irregularidad³⁸⁷.

(a) La mayoría de los autores admite la inexistencia como categoría dentro de la teoría de la invalidez. La reservan para aquellos casos en los que al acto procesal le falta un presupuesto o requisito esencial, de forma tal que más que ante un acto se está ante la mera apariencia de uno, que no puede producir efecto alguno y que no necesita declaración judicial³⁸⁸. Las críticas a esta distinción no pasan por cuestionar lo que se podría llamar “la existencia de la

³⁸⁶ Se entiende por la doctrina tradicional de la invalidez procesal a toda la producida en el país hasta antes de la entrada en vigencia de la LOPJ de 1985, con exclusión de la obra de MORÓN PALOMINO, que fue la única que intentó una sistematización de la nulidad procesal sin recurso a la doctrina civilista.

³⁸⁷ Lo anterior, sin perjuicio del reconocimiento por algunos autores de otras categorías dentro de la ineficacia, como la ilicitud (por todos, véase GUASP, J., *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 2ª ed., 1961, p. 303) o la rescisión (PLAZA, M. d .L., *Derecho procesal civil español, v. I*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 2ª ed., 1945, p. 465).

³⁸⁸ FENECH NAVARRO, M., *Derecho procesal penal, v. I*, Labor, Barcelona, 3ª ed., 1960, p. 520. En un sentido similar, GUASP, J., *Derecho procesal civil*, p. 302; SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Actos procesales ineficaces" en SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de derecho procesal*, Ariel, 1969, Barcelona, p. 460; SILVA MELERO, V., "Actos procesales" en AA.VV., *Nueva enciclopedia jurídica*, II, Seix, 1983, Barcelona, p. 346; y VERGÉ GRAU, J., *La nulidad de actuaciones*, p. 45. Más recientemente, defendiendo la utilidad de esta figura, MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 139. Cfr. con PRIETO-CASTRO, Leonardo. *Derecho procesal civil*, p. 134, quien reserva para la nulidad, sea absoluta o relativa, la omisión de requisitos esenciales, identificando, como propia de la inexistencia, la falta de requisitos constitutivos.

inexistencia”, sino en poner de manifiesto su irrelevancia jurídica, por considerarse una categoría prescindible dentro de la teoría del proceso³⁸⁹.

(b) La segunda divergencia demuestra los loables esfuerzos realizados en orden de generar un sistema de nulidad a partir de la adaptación de categorías ajenas. A fin de diferenciar situaciones intermedias diversas a las de la nulidad absoluta y la anulabilidad, SERRA DOMÍNGUEZ -seguido luego por otros- distingue una categoría entre ambas a la que denomina nulidad relativa³⁹⁰. Esta se diferenciaría de la nulidad absoluta en que puede ser objeto de subsanación y de la anulabilidad en que no necesita ser alegada por la parte³⁹¹.

(2) *El tratamiento de la nulidad procesal a partir de la morfología del acto procesal*: En tratados y manuales, el estudio de la nulidad procesal suele estar reservado a un párrafo, normalmente el final, dentro del tema de los actos procesales³⁹². En las monografías, a su vez, el análisis está precedido de un análisis acucioso de los distintos elementos de estos, como variantes del acto jurídico³⁹³. En este camino, se revisan cuestiones como la distinción entre hecho y acto procesal, el rol de la voluntad, la causa, la aptitud o las formas, para luego pasar a los efectos normales y anormales del acto, en donde, al fin, se encontrará el tema de la nulidad. Como consecuencia de esta forma de análisis, se identifica a la nulidad con la falta de alguno de los requisitos que se describen, en un análisis del fenómeno de la invalidez eminentemente estructural³⁹⁴.

³⁸⁹ Así lo planteaba RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (1992)*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1ª ed., 1992, p. 336. Tampoco reconoce esta categoría BARONA VILLAR, S. en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional (2002)*, I. Parte general, Tirant lo Blanch, Valencia, 11ª ed., 2002, p. 410. Se verá más adelante cómo estos dos autores, con el transcurrir de los años cambian de opinión y se acercan a otras formas de entender la invalidez que superan la doctrina tradicional.

³⁹⁰SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Actos procesales ineficaces*, p. 464; VERGÉ GRAU, J., *La nulidad de actuaciones*, p. 58; y RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (1992)*, p. 338. Antes, esta distinción aparece en FENECH NAVARRO, M., *Derecho procesal penal*, p. 521.

³⁹¹ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Actos procesales ineficaces*, p. 464.

³⁹² Valgan, en este sentido, las recientes citas a GUASP, PRIETO-CASTRO, FENECH NAVARRO, SILVA MELERO, RAMOS MÉNDEZ y BARONA VILLAR.

³⁹³ En esta línea, VERGÉ GRAU, J., *La nulidad de actuaciones*; y MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 364, que dedica todo el capítulo primero de su trabajo al acto procesal y sus requisitos.

³⁹⁴ Así lo remarca LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, p. 9.

(3) *Se entiende a la nulidad como una calidad del acto*: Como consecuencia del análisis de la nulidad desde el punto de vista de los distintos elementos del acto, es que se concibe a ella como una forma de ser anormal del acto, derivada del vicio que le afecta por la falta de un requisito esencial o, al menos, relevante. El acto en cuanto defectuoso es nulo, no por la resolución judicial que así lo declara, sino que por su propia estructura anormal, limitándose el juez a constatar este hecho³⁹⁵. Una cierta evolución del tema consiste en entender la nulidad no ya de la forma expuesta, sino que como una sanción. Ambas posturas, que también encuentran sus raíces en teorías civilistas, serán analizadas con detención más adelante³⁹⁶.

(4) *La equiparación de la validez con la eficacia*: Sobre el punto es bastante gráfico el siguiente párrafo de SERRA DOMÍNGUEZ, el autor que probablemente alcanzó el desarrollo más elaborado de esta forma de entender el tema:

“Si por eficacia de un acto entendemos *la producción de efectos jurídicos* previstos para el acto mismo por el ordenamiento jurídico positivo y habida cuenta de lo dispuesto en los artículos anteriormente citados, todo acto procesal solo es *susceptible de producir efectos* cuando se realiza en la forma prevista por la ley; los actos procesales serán ineficaces cuando por faltarles algunos de los presupuestos, requisitos o condiciones previstos en la Ley procesal correspondiente *no sean susceptibles de producir sus efectos normales*”³⁹⁷.

Se han destacado algunas frases de lo transcrito para remarcar la evidente identificación que se produce entre los conceptos antes vistos de invalidez e ineficacia. Lo reproducido empieza con una definición de ineficacia que es similar a la que aquí se ha dado: eficacia de un acto dice relación con la producción de efectos jurídicos por parte de este. Hasta ahí no hay confusión alguna. Pero luego identifica la potencialidad con la realidad, al afirmar que es lo mismo que un acto no produzca efectos a que no sea susceptible de producir efectos, lo que implica equiparar el juicio de invalidez, que es el que dice que un acto no debe surtir

³⁹⁵ LOURIDO RICO, A.M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, p. 19.

³⁹⁶ Véase *infra* p. 141.

³⁹⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Actos procesales ineficaces*, p. 460. La cursiva ha sido agregada. En un sentido similar, incluso agudizando la confusión al agregarle la nulidad, GUASP, J., *Derecho procesal civil*, p. 302 sostiene que “En caso de privación de efectos, se habla de *invalidez* del acto, puesto que la invalidez o nulidad no es sino el concepto descriptivo de esta ausencia de todos o parte de los efectos normales” (las cursivas son del original).

sus efectos normales, con la ineficacia, que es la circunstancia fáctica de que un acto no los produzca, sea por su invalidez o por otra causa.

b. Dificultades

La forma tradicional de entender la invalidez procesal, si bien puede parecer coherente desde la perspectiva de su lógica interna, tiene uno de los más graves defectos que puede tener una elaboración doctrinal: no describe adecuadamente su objeto. Esto, como ya lo advertía SANTAMARÍA PASTOR, es una falla común en las construcciones que se preocupan del tema, no solo en el derecho procesal sino que en todo el Derecho que, por querer partir de categorías preconcebidas y no siempre de raigambre legal, no cumplen su función de sistematizar del régimen jurídico vigente³⁹⁸.

La deficiencia en la descripción del objeto lleva a que la doctrina tradicional sufra una serie de dificultades que demuestran su insuficiencia:

(1) *Incapacidad para determinar cuáles defectos producen nulidad absoluta y cuáles nulidad relativa*: Para quienes plantean una división entre dos o más especies de nulidad, la atribución del estatus de alguna de ellas depende de la gravedad del vicio. No hay controversia en que los vicios más graves ameritan la nulidad absoluta y los menos, la relativa. El problema surge en determinar algún criterio diferenciador entre ellas.

Muchos autores recurren a la noción de esencialidad para ello, siendo la omisión de requisitos esenciales merecedora de la nulidad absoluta y de los no esenciales o accidentales, la de relativa³⁹⁹. Este criterio siempre ha sido visto con recelo por la doctrina. Ya CHIOVENDA, en 1901, define a este asunto como un “campo de infinitas cuestiones”,

³⁹⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos: contribución a una teoría de la ineficacia en derecho público*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972, p. 42. Antes, MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, p. 87, ya advertía de la necesidad de partir de la ley para la construcción de las doctrinas acerca de la nulidad.

³⁹⁹ PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil, v. I*, Librería General, Zaragoza, 1946, p. 134. BARONA VILLAR, Silvia en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional (2002), I. Parte general*, p. 411 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 3ª ed., 2004, p. 346.

por la dificultad que entraña en muchos casos⁴⁰⁰. Más actualmente, RAMOS MÉNDEZ también ha planteado las dificultades que este implica⁴⁰¹.

Aunque tiene una recepción solo marginal en la doctrina española, otra base de diferenciación que se ha usado es la del interés público⁴⁰². Aquellos requisitos en que este se encuentra en juego son vinculados con la nulidad absoluta y aquellos en que solo está involucrado el interés de las partes, son de nulidad relativa. La dificultad sigue siendo la misma: determinar qué constituye el interés público y en qué casos está en juego.

Por último, algunos autores, renunciando a la tarea de determinar con precisión el límite, han optado por hablar de gravedad. La nulidad absoluta será para los vicios más graves y la relativa, para los menos, sin aportar otros parámetros para la distinción⁴⁰³.

(2) *Inseguridad acerca de las características de la nulidad absoluta y de la relativa*: Ya se veía que había alguna divergencia en cuanto si entre la nulidad absoluta y la mera irregularidad había una o dos categorías intermedias. Esta situación, aunque relevante, no ofrece tantas dificultades, como las que suscita precisar cuál es el criterio que permite delimitar una de la otra o, lo que es lo mismo, las características definitorias de cada una de ellas. Básicamente, y sin

⁴⁰⁰ CHIOVENDA, G., "Las formas en la defensa judicial del derecho" en CHIOVENDA, G., *Ensayos de derecho procesal*, II, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949, Buenos Aires, p. 150. Esta crítica está hecha a la luz del artículo 56 del *Codice de procedura civile* de 1865 que incluía este criterio como determinante de la nulidad y que sería reemplazado en el *Codice* de 1942 por el ya visto de cumplimiento de la finalidad.

⁴⁰¹ "De entrada, no hay ninguna especificación legal de lo que se consideran normas esenciales del procedimiento, salvo que estemos pensando en los presupuestos de cada acto procesal o en las garantías constitucionales. Pero ello es engañoso, porque hay multitud de casos en que defectos, en apariencia nimios, acaban afectando a las garantías constitucionales. En todo caso, si la norma es esencial, habría que convenir que su infracción sería un vicio grave, que no podría tolerarse en cualquier hipótesis. Si hacemos concesiones y distinguos, entonces rebajamos automáticamente la categoría de la norma. Si no pasa nada, acabamos por reconocer que la norma es inútil y entonces más valdría suprimirla o reformarla" (RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2005)*, Atelier, Barcelona, 7ª ed., 2005, p. 292).

⁴⁰² ORTELLS RAMOS lo sostiene, pero relacionándolo con el de esencialidad (en ORTELLS RAMOS, M., MASCARELL NAVARRO, M. J. y CÁMARA RUIZ, J., *Introducción al derecho procesal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 376). También lo utiliza, sin mayor explicación, REIGOSA REIGOSA, Á., "De la nulidad de los actos judiciales" en Presidencia del Tribunal Supremo, *Terceras jornadas de Derecho Judicial*, II, Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 1987, Madrid, p. 791. En la doctrina italiana, LIEBMAN defiende esta concepción relacionándola con la falta de un requisito que la ley considera indispensable para el buen funcionamiento de la función jurisdiccional (LIEBMAN, E.T., *Manuale di diritto processuale civile: principi*, p. 234).

⁴⁰³ GUASP, J., *Derecho procesal civil*, p. 303; MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 218.

perjuicio de matizaciones y combinaciones de más de un criterio, se pueden distinguir los siguientes:

(a) La posibilidad de su declaración de oficio: la nulidad absoluta no necesita petición de parte, pudiendo ser declarada también de oficio por el juez, mientras que la nulidad relativa, o anulabilidad, requiere de la petición de la parte afectada⁴⁰⁴.

(b) La subsanabilidad del defecto: parece ser el criterio mayoritario. Normalmente, se utiliza el término subsanabilidad de forma ambigua pero haciendo referencia principalmente a la posibilidad de que la sola voluntad de las partes permita dar por válido un acto que no lo es (es decir, aquello que en este trabajo se ha entendido como posibilidad de convalidación). De esta forma, sería absoluta la nulidad que no admite subsanación y relativa la que sí⁴⁰⁵.

(c) La necesidad de declaración de la nulidad: Mientras en la nulidad absoluta o de pleno derecho el acto es nulo y la declaración al respecto del tribunal solo viene a constatar este hecho, en el caso de la nulidad relativa, el acto es principio válido y solo pierde su validez ante la declaración de nulidad que normalmente deberá ser por petición de parte. Esto

⁴⁰⁴ La describen como característica SILVA MELERO, V., *Actos procesales*, p. 346; GUASP, J., *Derecho procesal civil*, p. 303; BARONA VILLAR, Silvia en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional (2002)*, I. Parte general, p. 486; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 346; y ORTELLS RAMOS, M. en ORTELLS RAMOS, M., MASCARELL NAVARRO, M. J. y CÁMARA RUIZ, J., *Introducción al derecho procesal*, p. 376.

⁴⁰⁵ En este sentido, SERRA DOMÍNGUEZ nos dice que “las nulidades dejarían de ser absolutas en cuanto el simple consentimiento de las partes a una sentencia incorrecta bastaría para subsanar cualquier defecto” (SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Actos procesales ineficaces*, p. 463). Comparten esta postura, entre otros, FENECH NAVARRO, M., *Derecho procesal penal*, p. 521; VERGÉ GRAU, J., *La nulidad de actuaciones*, p. 58, quien incluso la llama “nulidad subsanable” y ORTELLS RAMOS, Manuel en ORTELLS RAMOS, M., MASCARELL NAVARRO, M.J. y CÁMARA RUIZ, J., *Introducción al derecho procesal*, p. 376, pero conjuntamente con el de declaración de oficio. RAMOS MÉNDEZ, aun antes de su abandono a esta doctrina, parecía manifestar sus dudas: en RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 340, afirma que la nulidad absoluta no admite subsanación. La entrada en vigor de la LOPJ, al parecer, le genera alguna perplejidad que se refleja en la su primera versión de su *Sistema*, en la que parece no encajarle muy bien la situación del artículo 240.2 LOPJ, pues, si bien la identifica preliminarmente como una nulidad absoluta, termina por concluir que es relativa. También sostuvo este criterio DE LA OLIVA SANTOS, pero luego lo dejaría, afirmando que es un error identificar la nulidad absoluta con la subsanabilidad, probablemente también por las perplejidades que le ocasionan la regulación de la LOPJ (compárense sus reflexiones en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A., *Lecciones de derecho procesal, v. II*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 2ª ed., 1984, p. 215, de 1984, con las que se pueden encontrar dieciocho años después en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 339).

tendría por consecuencia que en el caso de la nulidad absoluta los efectos fueran *ex tunc* y en el de la anulabilidad *ex nunc*⁴⁰⁶.

(d) La imprescriptibilidad de los motivos de nulidad absoluta: Se afirma que los motivos de nulidad absoluta serían, a diferencia de las de nulidad relativa, imprescriptibles, siendo posible su reclamación y declaración en cualquier momento⁴⁰⁷.

(3) *Imprecisión conceptual*: En su calidad de herederos del sistema privatista, la imprecisión conceptual que reina en la doctrina tradicional no sorprende, pero, igualmente, resulta abrumadora. Esta se refleja en la poca uniformidad con que se utilizan los términos y el poco consenso que hay en sus elementos más importantes, lo que impide un diálogo fecundo entre los distintos operadores. La desazón de quien quiera emplear estas construcciones para explicar la regulación actual es tal que LOURIDO RICO llega a decir que la confusión terminológica “raya en lo esperpéntico”⁴⁰⁸. Y es que no solo no se distingue, como se demostró, entre invalidez e ineficacia, sino que tampoco se le da un contenido exacto al término subsanación (a pesar de lo importante que puede resultar para determinar las categorías) ni al de nulidad, que están llamados a ser parte de los pilares del sistema.

Si a lo recién expuesto se le suma las dificultades ya enunciadas, el panorama es más que complejo, pues una herramienta con estas limitaciones e inseguridades es incapaz de elaborar algo razonablemente coherente que, al mismo tiempo, describa de forma adecuada su objeto de estudio.

⁴⁰⁶ GUASP, J., *Derecho procesal civil*, p. 303; MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 218; y actualmente DE LA OLIVA SANTOS, A. en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 346.

⁴⁰⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Actos procesales ineficaces*, p. 463; DE LA OLIVA SANTOS en DE LA OLIVA SANTOS, A. y FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A., *Lecciones de derecho procesal*, p. 215. Ambos autores, sin embargo, matizarían sus ideas con el paso de los años. En 1981, SERRA DOMÍNGUEZ sostiene que la cosa juzgada sana las nulidades procesales, entendiendo por tales la absoluta, la relativa y la anulabilidad, pero no así la inexistencia que sería la única insanable por ella SERRA DOMÍNGUEZ, M., "El incidente de nulidad de actuaciones" en *Justicia*, v. 1, 1981, p. 45. Por su parte, DE LA OLIVA SANTOS, más recientemente, ha afirmado que, en aras de la seguridad jurídica, la nulidad absoluta se puede sujetar a un plazo de prescripción amplio (en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 343).

⁴⁰⁸ LOURIDO RICO, A.M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, p. 17.

c. Imposibilidad de reconstruir el régimen actual de la nulidad procesal a través de la concepción tradicional de la nulidad

Si las dificultades estructurales de la doctrina que se ha denominado tradicional ya ponían un duro escollo para entender el tratamiento de las nulidades antes de 1985, la situación hace crisis con la entrada de la LOPJ. Frente a ella, cualquier concepción anterior se revela insuficiente, condenando al fracaso todo intento de reconstrucción basada en ella.

La más evidente deficiencia nace de la imposibilidad de reconocer las categorías tradicionales de nulidad absoluta y relativa o anulabilidad. Aunque la doctrina tarda casi una década en reflejar esta situación, a esta altura es posible afirmar que se trata, al menos entre quienes han tratado en profundidad el tema, de una posición claramente mayoritaria. El primero en plantear esta idea fue HERNÁNDEZ GALILEA⁴⁰⁹, al que se le sumaría muy prontamente RAMOS MÉNDEZ⁴¹⁰ y, luego, GARNICA MARTÍN⁴¹¹, PÉREZ-CRUZ MARTÍN⁴¹², LOURIDO RICO⁴¹³, ANDRÉS CIURANA⁴¹⁴, YÉLAMOS BAYARRI⁴¹⁵, BARONA VILLAR⁴¹⁶ y, con algún matiz, RICHARD GONZÁLEZ⁴¹⁷.

Y es que no podía ser de otra manera: al partir de la base de que, al describir un sistema, el jurista debe tomar como objeto de estudio el derecho vigente, resulta casi imposible reconocer y dar alguna trascendencia práctica a las categorías de nulidad absoluta y relativa. Dejando de lado el intrincado tema de los criterios definidores de cada especie de nulidad - que ayuda aun menos-, se veía más arriba que las características diferenciadoras de estas dos

⁴⁰⁹ HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 132.

⁴¹⁰ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (1995)*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2ª ed., 1995, p. 381.

⁴¹¹ GARNICA MARTÍN, J. F., "Artículo 225: Nulidad de pleno derecho" en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A., RIFA SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F., *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Iurgium, 2000, Barcelona, p. 898.

⁴¹² PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., "De la nulidad de las actuaciones judiciales" en LORCA NAVARRETE, A. M., *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Lex Nova, 2000, Valladolid, p. 1485.

⁴¹³ LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, p. 76.

⁴¹⁴ ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 119.

⁴¹⁵ YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 65.

⁴¹⁶ BARONA VILLAR, Silvia en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 16ª ed., 2008, p. 424, quien reconoce como base la obra de ANDRÉS CIURANA.

⁴¹⁷ RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 16.

categorías son principalmente tres: (1) la posibilidad de declaración de oficio, (2) la llamada subsanabilidad y (3) la necesidad de declaración.

(1) Pues bien, si se considera que lo característico de cada régimen de nulidad es la posibilidad o no de declaración de oficio, el artículo 240.2 LOPJ (227.2 LEC) transformaría en absolutamente nula cualquier situación de nulidad, incluso las más típicas de anulabilidad.

(2) Si se utiliza el criterio de la subsanabilidad, las conclusiones pueden ser exactamente las contrarias, es decir, que todo es anulable. La clara tendencia favorecedora a la corrección de los vicios debería llevar a la conclusión de que prácticamente todos los supuestos son de anulabilidad. Si a ello se agrega que la subsanación no tiene que ver con la gravedad de los defectos, sino con su posibilidad de corrección, y que, por lo tanto, hay vicios graves subsanables y otros relativamente leves insubsanables, el criterio se revela ya inútil.

(3) El recurso a los otros criterios no ayuda mucho más. Tomar en consideración la necesidad de declaración de la nulidad, no permite llegar mucho más lejos, pues todo el sistema parte de la base de que los actos son válidos hasta que se decreta su invalidez. Tampoco aporta mucho más el de la imprescriptibilidad, debido a que el plazo más largo para alegar cualquier plazo de nulidades es de cinco años y en general es mucho menor (artículo 240.1 LOPJ).

Pero el principal inconveniente de quienes pretenden utilizar las categorías civilistas en la caracterización del régimen procesal de invalidez no va por el reconocimiento de un criterio o una combinación de criterios que permitan reconocerlas, sino por la inutilidad de este ejercicio. La incorporación de esta distinción no ayuda en nada a la sistematización buscada y, por el contrario, solo aporta confusión. Pretender atribuir, ante el silencio del legislador en algún asunto, las características tradicionales de una u otra especie de nulidad al régimen vigente no tendría, por las inseguridades que estas reconstrucciones implican, sustento teórico alguno ni gozaría de una mínima plausibilidad jurídica.

Las dificultades para reconstruir el sistema de invalidez vigente no se terminan en la sola categorización, sino que se reflejan en la poca capacidad para describir aquellos fenómenos intermedios que evitan la ineficacia de los actos procesales en principio inválidos. En esos

casos, la doctrina tradicional no da ningún criterio sólido que permita determinar en qué casos procede la subsanación o la convalidación, pues no diferencia entre ambos fenómenos y -ya descartada la vinculación de estas con los tipos de nulidad- carece de herramientas para fijar criterios que permitan sentar bases seguras, una vez superadas nociones hoy poco relevantes desde la regulación positiva como las de orden público o disponibilidad de las formas procesales.

Todo lo afirmado se ve reflejado en el tratamiento procesal de quienes aún intentan reconocer la división tantas veces criticada en el sistema actual, en general basados más en la inercia que en un estudio profundo del tema. Entre ellos es difícil no solo encontrar posturas concordantes, sino mínimos comunes denominadores que permitan identificar rasgos de lo que se podría identificar como el enfoque tradicional de la regulación vigente.

Si se toman en cuenta solo los motivos de nulidad incluidos en el Capítulo III del Título III del Libro III LOPJ (Capítulo IX del Título V del Libro I de la LEC), la discordancia en el reconocimiento de una categoría y otra es importante. Hay una postura relativamente mayoritaria que hace la opción más básica: todo el artículo 238 LOPJ (225 LEC) es nulidad absoluta, pues la disposición habla de “nulidad de pleno derecho”, término que tradicionalmente se ha vinculado con la nulidad absoluta o radical. Por su parte, el artículo 240.1 LOPJ (227.1 LEC), en la parte que se refiere a los defectos, correspondería a supuestos de anulabilidad⁴¹⁸.

Esta postura genera múltiples cuestiones irresolubles, como el compatibilizar que la indefensión genere al mismo tiempo nulidad absoluta y nulidad relativa o que los defectos sean subsanables, a pesar de provenir de nulidades absolutas. Frente a esto, surgen autores que propugnan otras clasificaciones. Las opciones son diversas: GUERRA SAN MARTÍN⁴¹⁹ y

⁴¹⁸ MORENO MONTERO, J. M., "Nulidad de actuaciones y proceso civil" en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, v. 2, 1995, p. 759; MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 152 y 219; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Dijusa, Madrid, 2000, p. 377; y TORRES LÓPEZ, A., *De la nulidad de las actuaciones judiciales*, p. 1088. También plantea esta postura ORTELLS RAMOS, pero agregando como supuesto de anulabilidad el artículo 242 LOPJ (229 LEC) (ORTELLS RAMOS, M., MASCARELL NAVARRO, M.J. y CÁMARA RUIZ, J., *Introducción al derecho procesal*, p. 378).

⁴¹⁹ GUERRA SAN MARTÍN, J., *Leciones de derecho procesal: Proceso civil 1 (Parte General)*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, p. 163.

ASENCIO MELLADO⁴²⁰ postulan que solo el motivo de violencia del artículo 238.1.2º LOPJ (225.1.2º LEC) es de nulidad absoluta y el resto es todo anulabilidad, a juzgar por su sistema de control y denuncia; ARAGONESES⁴²¹, BARONA VILLAR⁴²² y GARBERÍ LLOBREGAT⁴²³ proponen la ampliación del catálogo de nulidades radicales más allá del artículo 238 al motivo de defectos de forma del artículo 240.1 LOPJ (227.1 LEC); y DE LA OLIVA SANTOS al mismo motivo, pero solo en determinados casos, siendo otros de anulabilidad⁴²⁴.

Las diferencias se reflejan mejor a la hora de determinar los casos de anulabilidad: por exclusión, para GUERRA SAN MARTÍN⁴²⁵ y ASENCIO MELLADO⁴²⁶ generan anulabilidad todos los motivos que no sea el de violencia; ARAGONESES la define como aquella que se da cuando se incurre en un vicio menos grave que la nulidad absoluta, pero no identifica caso alguno⁴²⁷; BARONA VILLAR, por contraposición con el contenido del artículo 240.1 LOPJ, los identificaba con aquellos que carecían de requisitos legales, pero que no causaban indefensión y hubiesen cumplido su fin y con el motivo del artículo 242 LOPJ (229 LEC), relativa a las actuaciones realizadas fuera del tiempo establecido⁴²⁸; GARBERÍ LLOBREGAT solo con estas últimas⁴²⁹; y DE LA OLIVA SANTOS con algunos casos del artículo 240.1 LOPJ (227.1 LEC) y con el caso del artículo 242⁴³⁰.

Si de la ordenación de las categorías se pasa al estudio de las consecuencias de establecer dos tipos de nulidad, el asunto no mejora mucho. Algunos autores, simplemente, parecen no asignarle relevancia alguna a la distinción que trazan, pues el estatuto de la invalidez no

⁴²⁰ ASENCIO MELLADO, J. M., *Introducción al derecho procesal*, p. 201.

⁴²¹ En GUASP, J. y ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho procesal civil*, Civitas, Madrid, 5ª ed., 2002, p. 312.

⁴²² En MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional (2002)*, I. Parte general, p. 413.

⁴²³ GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia, v. I*, Bosch, Barcelona, 2ª ed., 2010, p. 925.

⁴²⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 347.

⁴²⁵ GUERRA SAN MARTÍN, J., *Lecciones de derecho procesal: Proceso civil 1 (Parte General)*, p. 163.

⁴²⁶ ASENCIO MELLADO, J. M., *Introducción al derecho procesal*, p. 201.

⁴²⁷ GUASP, J. y ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho procesal civil*, p. 312.

⁴²⁸ MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional (2002)*, I. Parte general, p. 413.

⁴²⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, p. 657.

⁴³⁰ DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 347.

varía de acuerdo a la calificación⁴³¹. Entre quienes sí asumen que la diferenciación es relevante, BARONA VILLAR ponía el acento en la posibilidad de declaración de oficio⁴³²; DE LA OLIVA SANTOS lo pone en el efecto *ex tunc* o *ex nunc* de la declaración⁴³³; ARAGONESES en la necesidad de declaración y la posibilidad de pedirla en cualquier tiempo⁴³⁴; GUERRA SAN MARTÍN⁴³⁵ en la subsanabilidad; y VÁZQUEZ IRUZUBIETA en una mezcla de todos los anteriores⁴³⁶.

Por último, en el tema de la subsanación prima la perplejidad por un régimen más amplio del acostumbrado y que, derechamente, no encaja en las categorías tradicionales. Sin perjuicio de algún tratamiento valioso⁴³⁷, la regla es la incomprensión, que lleva a diversas reacciones que van desde afirmar cosas que claramente no tienen asidero en la regulación legal, como que las nulidades de pleno derecho son insubsanables⁴³⁸ o que solo en aquellos casos en los que haya un procedimiento especial establecido procederá la subsanación⁴³⁹, hasta la opción meramente descriptiva que no va más allá de la reproducción de las normas pertinentes⁴⁴⁰.

C. La nulidad como técnica de protección

a. La nulidad no puede ser entendida como forma de ser del acto ni como sanción

⁴³¹ GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, p. 925; ASECIO MELLADO, J. M., *Introducción al derecho procesal*, p. 201; TORRES LÓPEZ, A., *De la nulidad de las actuaciones judiciales*, p. 1088.

⁴³² BARONA VILLAR, Silvia en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional (2002)*, I. Parte general, p. 413.

⁴³³ DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 347.

⁴³⁴ GUASP, J. y ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho procesal civil*, p. 312.

⁴³⁵ GUERRA SAN MARTÍN, J., *Lecciones de derecho procesal: Proceso civil 1 (Parte General)*, p. 163.

⁴³⁶ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, p. 377.

⁴³⁷ Me refiero al de DE LA OLIVA SANTOS (p. 340 de su última obra citada).

⁴³⁸ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, p. 377.

⁴³⁹ ASECIO MELLADO, J. M., *Introducción al derecho procesal*, p. 201.

⁴⁴⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, p. 925; y ARAGONESES ALONSO, Pedro en GUASP, J. y ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho procesal civil*, p. 312.

El objeto de analizar las distintas formas de entender la invalidez no es desentrañar una pretendida naturaleza jurídica de la institución, sino, de forma más pragmática, buscar un criterio que explique su funcionamiento⁴⁴¹. En este contexto, las soluciones que se han dado han tenido su origen en doctrinas privatistas. Básicamente, han sido dos: la de entender la invalidez como vicio del acto y la de verla como una sanción⁴⁴².

Para LOURIDO RICO, la primera de estas concepciones se trasunta en la mayoría de las formas clásicas de entender la nulidad que parten de la teoría del acto jurídico para analizar este fenómeno. En ellas, la nulidad se ve como un estado de anormalidad de los actos jurídicos originado, por lo general, en la disconformidad con un modelo legal⁴⁴³. Manifestaciones de este tipo serían posturas como la de COUTURE, que entiende a la nulidad como el apartamiento del conjunto de formas necesarias dadas por la ley⁴⁴⁴, o la de VILLAR ROMERO que la comprende, en un sentido amplio, como “aquel vicio de un acto procesal que impide a este obtener los efectos normales que está destinado a producir”⁴⁴⁵. A partir de esta concepción, se percibe a la nulidad como una categoría intrínseca del acto que hace que el mismo no pueda producir efectos y que no haya necesidad de declaración judicial⁴⁴⁶.

Hoy esta postura se debe considerar superada: el desarrollo científico ha permitido dejar al menos en claro que la nulidad es algo extrínseco al acto y no una característica propia de él. Aunque en principio el cambio sea sutil, una demostración de esta evolución es la extendida creencia, no solo dentro del derecho procesal, de que la nulidad es una sanción. En esta línea, muy seguida por la doctrina argentina, ALSINA define a la nulidad como “la

⁴⁴¹ HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 28.

⁴⁴² LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, p. 19; y YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 46.

⁴⁴³ LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, p. 20.

⁴⁴⁴ COUTURE, E. J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 304.

⁴⁴⁵ VILLAR Y ROMERO, J. M., "Irregularidad y nulidad de los actos procesales administrativos" en *Revista de Derecho Procesal*, v. 3, 1954, p. 328.

⁴⁴⁶ HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 31.

sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han guardado las formas previstas por las mismas”⁴⁴⁷.

Aunque hoy se trata de una postura minoritaria, parte de la doctrina española aún utiliza esta noción, pero introduciendo ciertas reservas al momento de profundizar en el tema. MARTÍN DE LA LEONA entiende a la nulidad como una cuestión de una naturaleza mixta, en la que algunas veces se comporta como una sanción y otras como una consecuencia lógica del quebrantamiento de algunos requisitos o normas esenciales⁴⁴⁸. También ANDRÉS CIURANA ha concebido como sanción a la nulidad, pero asumiendo el término desde una acepción amplia planteada por BOBBIO⁴⁴⁹, que incluye en ella a todas las medidas predisuestas por el ordenamiento para reforzar la observancia de la norma y, eventualmente, para poner remedio a los efectos de su inobservancia⁴⁵⁰. Esta alternativa, si bien se hace cargo de las críticas que se plantean a la denominación de sanción, prácticamente le priva de contenido por la vaguedad que genera un concepto tan amplio.

Las críticas a la calificación de la nulidad como sanción provienen de dos vertientes. Una de ellas, la censura como opción valorativa, mientras que la segunda lo hace, en especial desde la Teoría del Derecho, desde el punto de vista de las características de los distintos tipos de normas jurídicas.

⁴⁴⁷ ALSINA, H., *Las nulidades en el proceso civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, p. 9. Concepciones en la misma línea sostienen autores como PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, p. 221; CLARIÁ OLMEDO, J. A., *Derecho procesal, v. II*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 113, con la prevención que utiliza el término solo en una acepción amplia; VERGÉ GRAU, J., *La nulidad de actuaciones*, p. 99; BACRE, A., *Teoría general del proceso, v. III*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 517, quien precisa que lo que se protege no son las formas previstas, sino los fines asignados a estas por el legislador; TORRES, S.G., *Nulidades en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2ª ed., 1993, p. 322; CREUS, C., *Invalidez de los actos procesales penales*, Astrea, Buenos Aires, 2ª ed., 1995, p. 6; y SALAS VIVALDI, J. E., *Los incidentes: y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago Chile, 7ª ed., 2000, p. 73.

⁴⁴⁸ MARTÍN DE LA LEONA, José María, *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 124-126. La misma postura frente al tema adopta DOIG DÍAZ, Y., "Análisis del nuevo incidente de nulidad de actuaciones en la Ley Orgánica 6/2007 de reforma del art. 241 LOPJ" en *Diario La Ley*, n° 6889, 2008, p.6.

⁴⁴⁹ BOBBIO, N., "Sanzione" en *Novissimo Digesto Italiano*, v. XVI, 1957, p. 530.

⁴⁵⁰ ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 87. En un sentido similar, BARONA VILLAR habla de la "sanción de invalidez" (en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, p. 424). Tratamientos valiosos de la nulidad siguiendo la noción de Bobbio es posible encontrar en AULETTA, F., *Nullità e "inesistenza" degli atti processuali civili*, p. 59; y FONTI, R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Cedam, Padova, 2008, p. 12 y ss.

La primera de las críticas parte de una premisa que SANTAMARÍA PASTOR formula en su tantas veces citada obra: la concepción de la nulidad como sanción implica privilegiar a la seguridad jurídica sobre la justicia. Esto tendría por consecuencia que únicamente deben admitirse las ineficacias expresamente declaradas (principio de textualidad o legalidad) y que deben ser objeto de interpretación restrictiva, quedando proscritas todas las formas de extensión analógica. A la luz de esta crítica, el asunto no radica en si la invalidez puede ser o no una sanción, pues se parte de la base de que puede serlo, sino en las consecuencias que tiene esta opción de configuración –o, al menos, de entendimiento- de la institución, pues quien entienda que en el sistema de ineficacias se debe priorizar la justicia, no podrá optar por la nulidad como sanción⁴⁵¹.

La segunda crítica no apunta a un asunto de valoraciones, sino de posibilidad de concebir – a partir de la teoría de la norma- a la nulidad como sanción. Las elaboraciones de este tipo provienen principalmente desde la Teoría del Derecho, en donde no parece haber mayor controversia en cuanto a la imposibilidad de esto⁴⁵². La premisa de esta crítica es la de entender que las normas que establecen nulidades no son susceptibles de ser infringidas, sino solo de ser utilizadas adecuada o inadecuadamente. Si se usan adecuadamente, se obtiene el resultado pretendido. De no emplearse de esta forma, simplemente no se ha realizado un acto válido en el sistema de referencia⁴⁵³. Aunque no es el primero en hacerlo notar, se suele citar a HART como un referente en este tema. Al tratar el contenido de las normas jurídicas, el jurista inglés identifica, junto a las que imponen deberes, a otro tipo de normas que serían reglas que definen, por ejemplo, la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos. Estas, en vez de imponer deberes u obligaciones, “acuerdan a los particulares *facilidades* para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del

⁴⁵¹ YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 42.

⁴⁵² El contraste lo marcan ATIENZA y RUIZ MANERO cuando afirman que “las relaciones entre sanción y nulidad constituyen uno de los temas en los que hay mayores discrepancias entre los teóricos del Derecho y los juristas” ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica*, p. 732.

⁴⁵³ DELGADO ECHEVERRÍA, J., "El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado" en *Anuario de derecho civil*, v. 58, 2006, p. 18.

Derecho”⁴⁵⁴. A estas normas, ATIENZA y RUIZ MANERO le llaman *normas constitutivas*, en contraposición con las *normas regulativas*, que serían aquellas que establecen deberes u obligaciones. Las diferencias entre ambas se reflejan en sus fórmulas canónicas: la de las normas regulativas es “Si se da el estado de cosas X, entonces debe ser (es obligatorio, prohibido o permitido) la acción Y para Z”, en tanto que la de las normas de competencia es “Si se da el estado de cosas X y Z realiza la acción Y, entonces se produce el resultado institucional (o cambio normativo) R”⁴⁵⁵. En la ciencia procesal, con leves variaciones en la denominación, MAIER hace presente que la nulidad es solo predicable dentro de las normas potestativas por lo que las asimilaciones con la sanción resultan inviables⁴⁵⁶.

A partir de esta distinción se pueden deslindar correctamente como fenómenos distintos a la invalidez de la ilicitud. Mientras la primera supone la no observancia de una norma constitutiva, la segunda es la infracción de una regulativa. Son planos distintos que conllevan consecuencias que, si bien en ciertos aspectos se pueden asimilar, son distintas, por lo que no se puede atribuir el estatuto o las cualidades de una a la otra⁴⁵⁷. Aunque hay casos en que la invalidez se originará en una ilicitud, la relación entre ambos fenómenos es solo contingente⁴⁵⁸.

La relevancia de la cuestión viene dada por aspectos principalmente hermenéuticos. Debe desterrarse cualquier lógica propia de lo sancionatorio de la nulidad y, en general, de la invalidez procesal. No cabe, en consecuencia, la aplicación de principios relativos a la

⁴⁵⁴ HART, H., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed. (reimp.), 1992, p. 35. La cursiva es del original.

⁴⁵⁵ Ver ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 45. La diferencia de estructura de las normas regulativas y constitutivas no es puesto en discusión por los autores que conciben la nulidad como sanción siguiendo a BOBBIO. Expresamente admiten la diferencia AULETTA, F., *Nullità e "inesistenza" degli atti processuali civili*, p. 65; y en FONTI, R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, p. 2 y ss.

⁴⁵⁶ MAIER, J. B. J., *Función normativa de la nulidad*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 129.

⁴⁵⁷ En el mismo sentido, CONSO, G., *Il concetto e le specie d'invalidità: introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, A. Giuffrè, Milano, 1955, p. 63.

⁴⁵⁸ DELGADO ECHEVERRÍA, J., "¿Sanción de invalidez?: Los conceptos de invalidez y de sanción" en DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Thomson Aranzadi, 2007, Cizur Menor (Navarra), p. 112-113. Cfr. HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 51, quien afirma que la nulidad solo se puede dar dentro del ámbito de los actos lícitos, pues en los ilícitos la nulidad es absorbida por la ilicitud.

legalidad o especificidad, proporcionalidad o, si quiera, la necesidad de un juicio de reproche para que se haga ineficaz un acto inválido a través de la nulidad⁴⁵⁹.

b. La nulidad como técnica de protección

La comprensión de la nulidad como técnica de protección constituye un avance indudable de la ciencia jurídica, en particular de la procesal, en el camino de comprender de manera más adecuada el fenómeno de la nulidad. Su estudio tiene tres nombres propios que son referentes incluíbles al momento de analizar el tema: JAPIOT, SANTAMARÍA PASTOR y HERNÁNDEZ GALILEA.

Hace poco más de un siglo, en 1909, JAPIOT sería el primero en proponer lo que él consideraba una nueva teoría acerca de la naturaleza de la nulidad que llama a sustituir la construcción clásica de la nulidad como calidad del acto considerado en sí por una en la que se le considere un derecho de crítica dirigido contra los efectos del acto de carácter no sustantivo, sino estrictamente procesal⁴⁶⁰.

Aunque el mencionado autor no tendría gran resonancia en su pretensión de reformular el concepto de nulidad en su entorno más inmediato, SANTAMARÍA PASTOR rescata su tesis para postular que la nulidad no es una calidad del acto, sino que es una técnica de actualización de la invalidez a través de la que se puede determinar la ineficacia del acto jurídico, instando a sustituir una concepción antropomórfica u organicista del acto jurídico por una perspectiva dinámica de la nulidad como instrumento procedimental⁴⁶¹.

El advenimiento de esta forma de enfocar la nulidad a la doctrina procesal llegaría de la mano de HERNÁNDEZ GALILEA. Este autor define a la nulidad como “la técnica procesal dirigida a la privación de efectos producidos- o cuya producción se pretende- por actos en cuya realización se hayan cometido infracciones que el ordenamiento considere dignas de

⁴⁵⁹ Lo contrario sostiene AULETTA, F., *Nullità e "inesistenza" degli atti processuali civili*, p. 79 y ss.

⁴⁶⁰ JAPIOT, R., *Des nullités en matière d'actes juridiques: essai d'une théorie nouvelle*, Arthur Rousseau, Paris, 1909, p. 283 y ss.

⁴⁶¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos: contribución a una teoría de la ineficacia en derecho público*, p. 68.

tal protección⁴⁶². A partir de esta postura se pueden desprender tres aspectos que son relevantes para este estudio y que condicionan la forma de enfocarlo:

1. La nulidad es una técnica, es decir, una de las herramientas o medios que tiene el sistema para eliminar a los actos que considere no dignos de protección debido a su separación del modelo legal (inválidos)⁴⁶³.
2. La nulidad es una de las técnicas, pero no la única que puede cumplir este objetivo. También son técnicas procesales en este sentido, ya se ha dicho, la subsanación, pero también la convalidación y la inadmisión, cada uno con sus propios ámbitos y momentos dentro del *iter* de un acto originalmente inválido.
3. La determinación de qué es considerado inválido es un asunto político determinado por el legislador y no condicionado por la técnica de la nulidad ni ninguna otra. El asunto, entonces, pasa por reconocer él o los parámetros que cada ordenamiento establece de acuerdo a las valoraciones que lo presiden.

I.3. Determinación de la invalidez del acto

A. Esquema general

En este apartado se pretende describir con profundidad el *iter* que va desde la irregularidad del acto hasta su invalidez que ya se ha esbozado en el capítulo primero, cuando se explicaban las bases conceptuales sobre las que descansa este trabajo. A partir de la perspectiva de la nulidad como una técnica de protección de los defectos procesales, se buscará reconstruir el esquema del sistema de determinación de validez en el ordenamiento procesal civil español, como una forma de determinar qué es un acto inválido, que es lo que constituye, en definitiva, el objeto de la subsanación.

⁴⁶²HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 68.

⁴⁶³ Para la noción de técnica, véase *supra* p.53.

Para alcanzar lo propuesto, se debe comenzar por la irregularidad que, se verá, es condición necesaria de cualquier acto inválido, para luego estudiar el juicio de invalidez y terminar con la convalidación de los actos.

B. *La irregularidad procesal como condición necesaria de toda invalidez*

a. *Noción de irregularidad*

El término irregularidad procesal es de uso común dentro de quienes se ocupan del tema de la invalidez procesal. Aunque con una base conceptual común, se ha utilizado principalmente de dos formas: como una categoría de actos que sufren defectos menores y como un género amplio en el que se incluye todo acto imperfecto, sea válido o no⁴⁶⁴.

La primera acepción es bastante recurrente, en especial, aunque no exclusivamente, entre quienes hacen un acercamiento tradicional al tema de la nulidad. Se emplea para hacer referencia a aquellos actos afectados por defectos que no inciden en la validez, aunque sí pueden producir otras consecuencias gravosas para el autor⁴⁶⁵. Se describe como una categoría de actos en que se engloban los defectos de menor gravedad, reservándose para los más graves la anulabilidad, la nulidad absoluta y, si es que cabe, la inexistencia⁴⁶⁶.

La segunda forma de utilizar la palabra irregularidad es identificándola con todo acto defectuoso. Consistiría en un género en el que se englobarían todas las actuaciones imperfectas, sean estas válidas o inválidas, siendo su única característica determinante la separación con un ideal de acto. Dentro de este género se podrían reconocer los actos

⁴⁶⁴ Esta prevención ya la hace SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Actos procesales irregulares" en SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de derecho procesal*, Ariel, 1969, Barcelona, p. 468.

⁴⁶⁵ Por todos, CARNELUTTI, F., *Lecciones sobre el proceso penal*, El Foro, Buenos Aires, 1999, p. 183; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Actos procesales irregulares*, p. 468; y GOZAÍNI, O.A., *Derecho procesal civil, v. II*, Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 847.

⁴⁶⁶ El término antijuridicidad para englobar estos actos defectuosos está tomado de DE LA OLIVA SANTOS en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 342.

meramente irregulares de los inválidos y, en algún caso, de los inexistentes⁴⁶⁷. En este trabajo se opta por esta segunda acepción, por lo que cuando se habla de irregularidad se quiere denominar a aquella situación en la que hay una discordancia entre el acto realizado y el modelo normativo.

b. Características y consecuencias del juicio de regularidad

El juicio de regularidad al que se somete el acto procesal tiene básicamente dos características que lo definen: (1) es descriptivo y (2) binario.

(1) El análisis que se debe efectuar al momento de determinar la regularidad de un acto es en sí descriptivo, pues no supone ni requiere valoración alguna para determinar su resultado. Es una mera contraposición entre el acto y el modelo que arrojará como resultado una constatación de si el acto en particular se adecua al patrón que debe seguir⁴⁶⁸.

(2) El juicio es binario, en el sentido que solo se pueden desprender dos resultados de él: el acto es perfecto o imperfecto. Si la correspondencia entre el modelo normativo y el acto analizado es completa, el acto se reputará perfecto, mientras que si se detectan desajustes, no lo será. No caben respuestas intermedias, sin perjuicio de que *a posteriori* se valore la gravedad del acto para determinar la validez del mismo.

Las consecuencias de este juicio son especialmente relevantes, pues la irregularidad es condición necesaria de la invalidez, lo que implica que: (a) no toda irregularidad generará invalidez; y (b) toda invalidez presupone una irregularidad.

⁴⁶⁷ En este sentido ya lo entendía VILLAR Y ROMERO al definir irregularidad del acto como “la realización del mismo sin el absoluto y debido cumplimiento de todos los requisitos exigidos en cada caso” VILLAR Y ROMERO, J. M., *Irregularidad y nulidad de los actos procesales administrativos*, p. 319. En la misma línea, más recientemente, ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 134; y BARONA VILLAR, S. en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, p. 423.

⁴⁶⁸ En la misma línea, aunque utilizando la denominación de legalidad en vez de regularidad, NIETO afirma que “el operador jurídico contrasta acto y norma y a su vista constata o una concordancia (legalidad) o una discordancia (ilegalidad)” (NIETO, A., *Estudio preliminar* en BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 10).

(a) La primera de las implicancias es bastante obvia, pues, lo contrario equivaldría a un sistema formalista en extremo. En este aspecto, si se constata la irregularidad del acto, habrá solo una consecuencia que consiste en que el acto irregular será sometido al análisis de relevancia del defecto que implica el juicio de validez, pudiendo resultar que el mismo sea válido o inválido según la valoración que en ese momento se haga. Siguiendo a BINDER, se puede afirmar que lo que se produce cuando se detecta el desajuste entre el acto y el modelo es un aviso en el sistema acerca de la posible afectación de una garantía protegida por ella que provoca que el mismo sea sometido al análisis posterior ya no de conformidad con el modelo, sino de validez de acuerdo al parámetro que establece cada ordenamiento⁴⁶⁹.

(b) La segunda consecuencia de lo afirmado resulta más controvertida en la doctrina. Que la invalidez tenga como presupuesto la irregularidad significa que todo acto procesal inválido debe ser previamente irregular y que, por lo tanto, todo acto regular es automáticamente válido, por lo que si el juicio de validez para el acto irregular es valorativo y separado del de regularidad, para el regular sería solo fáctico, pues se vería absorbido por este último, ya que una vez constatada esta calidad no cabría cuestionar la validez del acto, incluso si luego no cumpliera con el parámetro de la indefensión⁴⁷⁰.

Aunque una postura como la esbozada puede parecer repugnante a los criterios más básicos de justicia y de primacía de las garantías constitucionales⁴⁷¹, el tema adquiere su justa dimensión y se explica cuando se deja de lado una idea de un modelo normativo

⁴⁶⁹ BINDER, A. M., *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2000, p. 94-95.

⁴⁷⁰ En el mismo sentido, ANDRÉS CIURANA afirma que “En definitiva, presupuesto de la invalidez es siempre la divergencia de la conducta de un sujeto que aspira a producir efectos en el proceso y la norma procesal que ordena dicha conducta y regula sus efectos. Esta irregularidad no guarda relación necesaria con la invalidez, pues esta última es fruto de una valoración de la irregularidad” (ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 134). Comparte esta postura BARONA VILLAR cuando afirma que en “el origen de toda invalidez se encuentra una divergencia entre la estructura del acto, tal como se ha realizado en la práctica, y el esquema previsto por la norma” (en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, p. 423). Fuera del derecho procesal, NIETO afirma que “todas las invalideces son consecuencia de una ilegalidad; pero no todas las ilegalidades arrastran la invalidez” (*Estudio preliminar en BELADIEZ ROJO, M., Validez y eficacia de los actos administrativos*, p. 11).

⁴⁷¹ Así, RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2005)*, p. 292, afirma que la indefensión es “más bien un parámetro constitucional de referencia, que previene de un resultado negativo a evitar en todo caso, con o sin infracción de preceptos procesales”.

constituido solo por normas procedimentales y se integra de forma más compleja, como se verá en el apartado siguiente.

c. Modelo normativo que determina la regularidad de los actos

c.1. Es un modelo procesal.

Cada vez que se habla de un modelo normativo se está haciendo referencia a un ideal de acto que se encuentra plasmado en la ordenación procesal. Se trata del conjunto de presupuestos y requisitos que se exige para que una determinada actuación procesal se considere como regular, como ajustada al ordenamiento. La determinación de los elementos que configuran el modelo nace de la ponderación que el legislador hace de los fines que se proponen, las garantías que se deben preservar, la eficiencia del proceso y otros factores, esperablemente, basado en la experiencia y realidad cultural de la sociedad respectiva⁴⁷², presumiendo que, con la configuración que se propone, se ven bien resguardados todos los intereses en juego⁴⁷³.

Este modelo o esquema, que se establece por el ordenamiento y que permite apreciar la regularidad del acto, es de carácter procesal. Es decir, está constituido por una serie de elementos que no dicen relación con el contenido del acto, sino con el modo de proponerlo. En muchas ocasiones, se ha identificado lo procesal con lo formal, lo que, en este ámbito, implicaría una configuración del modelo normativo solo con los aspectos exteriores del acto procesal⁴⁷⁴. Sin embargo, esta postura debe entenderse superada, en especial cuando la legislación procesal española hace un tratamiento diferenciado de los defectos de forma en el artículo 240.1 LOPJ (227.1 LEC). Hoy hay concordancia en el

⁴⁷² Una constatación de este tipo hace BEDAQUE, J.d.S., *Efectividad del proceso y técnica procesal*, Communitas, Lima, 2010, p. 83.

⁴⁷³ Cf. GIOVANARDI, C.A., "Sullo scopo dell'atto processuale, in relazione alla disciplina della nullità" en *Rivista di diritto civile*, v. II, 1987, p. 281.

⁴⁷⁴ En este sentido, por todos, PRIETO-CASTRO define como falta de un acto de las partes o del tribunal "al defecto de que adolece cuando en su disposición externa y en su realización no se han cumplido los requisitos de forma exigidos por la ley" (PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 1988, p. 134).

sentido de que, aun cuando se entienda de manera amplia la noción de forma⁴⁷⁵, existen elementos procesales no formales que determinan la regularidad del acto, en especial referentes a la capacidad de las partes y la competencia del tribunal, que no cabe que sean incluidos dentro de este concepto⁴⁷⁶.

Si el modelo normativo es procesal, los defectos que pueden afectar su perfección son de la misma naturaleza, lo que supone que nada que tenga que ver con el fondo del acto puede terminar por generar su irregularidad. Solo la infracción de preceptos procesales, que en este modelo se plasman como parte de los presupuestos y requisitos por cumplir, puede generar una irregularidad eventualmente relevante.

c.2. Es un modelo que no se agota en la regulación inmediata del acto.

El reconocimiento del esquema normativo que determine los presupuestos y requisitos que, *a priori*, debe cumplir un determinado acto es una tarea más dificultosa de lo aparente no solo en el ámbito del derecho procesal, sino, en general, en todo el ordenamiento jurídico⁴⁷⁷. De entrada, debe descartarse que el modelo a que se está haciendo referencia pueda identificarse con la sola disciplina de las normas que más inmediatamente le configuran. Dados los elementos que a continuación se verán, cualquier descripción de un esquema que se agote en la disposición de regulación más inmediata será incompleta⁴⁷⁸.

En el área procesal, hay dos elementos que hacen que el modelo normativo esté lejos de agotarse en la regulación más próxima y sea de más compleja reconstrucción: (c.2.1) la necesidad de entender al acto procesal como un acto integrado al proceso; y (c.2.2) los requisitos que, más allá de la literalidad, imponen las garantías constitucionales.

c.2.1. La necesidad de entender al acto procesal como un acto integrado en el proceso.

⁴⁷⁵ Véase *infra* p. 213.

⁴⁷⁶ En este sentido, entre muchos, HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 181.

⁴⁷⁷ Así lo repara, dentro del derecho privado, DELGADO ECHEVERRÍA, J., *El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado*, p. 33.

⁴⁷⁸ En este sentido, HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 103; y ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 134.

Al tratarse el tema de la imposibilidad de concebir la nulidad procesal como una expresión de un sistema más amplio aplicable a todo el Derecho, se hacía hincapié en el hecho de que uno de los factores más claramente diferenciadores del acto procesal respecto a cualquier otro tipo de acto jurídico es lo inseparable que resulta el acto del proceso como unidad mayor a la que pertenece. Esta característica adquiere una relevancia especial en el tema de la determinación del modelo procesal, tal como se ha ocupado de poner de manifiesto SATTÀ, quien descarta que el modelo del acto sea lo descrito en la norma particular, y afirma, en cambio, que se debe identificar con toda la disciplina del proceso⁴⁷⁹.

Esta situación no impide que se pueda apreciar la invalidez de un acto considerado como tal, sino que obliga a ampliar la perspectiva preocupándose ya no solo de la validez de este en particular, sino del proceso como un todo digno de protección más allá de la pura sumatoria de los actos⁴⁸⁰. En consecuencia, el juicio de regularidad de un acto procesal requerirá un análisis de la integración del acto al proceso y de las consecuencias que esto produce en el contexto de este último, lo que impone la incorporación al modelo de variables como la composición y constitución del tribunal, el principio de inmediación o el orden de los actos procesales⁴⁸¹.

c.2.2. La influencia de las garantías constitucionales, en especial de la indefensión.

A estas alturas del desarrollo doctrinal y con lo ya expuesto en este trabajo, parece innecesario seguir remarcando la influencia que tienen las garantías constitucionales, en especial la prohibición de indefensión y la tutela judicial efectiva, en la configuración del proceso. Si todo el sistema de invalidez del proceso tiene como objeto primordial velar por el respeto a las garantías constitucionales, resulta lógico que estas sirvan, además de para determinar la validez del acto, para configurarlo, incluso más allá de la regulación expresa que se pueda encontrar no vista solo la norma inmediata, sino el proceso en su totalidad. Concretamente, la incorporación de las garantías constitucionales como variable que

⁴⁷⁹ SATTÀ, S. y PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, p. 292.

⁴⁸⁰ HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 105.

⁴⁸¹ ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 152.

contribuye a la construcción del modelo normativo impone ciertas condiciones y requisitos a los actos procesales que no se encuentran de forma expresa en la ley, pero que se pueden deducir de los estándares que estas imponen y que, en algunos casos, se han ido reconociendo por la jurisprudencia⁴⁸².

Un buen ejemplo de lo expuesto es el caso de la comunicación por edictos. La LEC 1881 lo regulaba en el artículo 269 de la siguiente forma:

“Cuando no conste el domicilio de la persona que debe ser notificada, o por haber mudado de habitación se ignore su paradero, se consignará por diligencia, y el Juez mandará que se haga la notificación fijando la cédula en el sitio público de costumbre, e insertándola en el Diario de Avisos donde lo hubiere, y si no en el Boletín Oficial de la Provincia.

También podrá acordar que se publique la cédula en la Gaceta de Madrid, cuando lo estime necesario”.

La disposición reproducida era claramente insuficiente si se pretendía proteger siquiera mínimamente el derecho de defensa del demandado, pues no establecía deber de diligencia al actor, ni de investigación del tribunal antes de acordar una notificación de esta especie⁴⁸³. Esto llevó a la jurisprudencia, en especial del TC, a establecer una serie de requisitos para las notificaciones de esta especie que no se deducían directamente de la ley, sino que surgían de la prohibición de indefensión del artículo 24 CE.

PICÓ I JUNOY ha identificado tres requisitos jurisprudenciales para esta especie de comunicación: la excepcionalidad, la subsidiariedad y la razonabilidad. La excepcionalidad supone que solo pueden emplearse la vía edictal cuando otro tipo de notificación no sea posible, no conste el domicilio de la persona que debe ser emplazada o se ignore su paradero y esté expresamente previsto en la ley. La subsidiariedad, por su parte, impone el agotamiento de todas las modalidades de notificación que aseguren un mayor grado de

⁴⁸² En un sentido similar, HERNÁNDEZ GALILEA afirma que “(...) la regularidad de los actos procesales no depende exclusivamente de la escrupulosa observancia de las normas de procedimiento, sino que en cada momento debe atenderse, por encima de ellas, a la protección de los derechos fundamentales de las partes en el proceso” (HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 175).

⁴⁸³ CUBILLO LÓPEZ, I., *La comunicación procesal en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Edersa, Madrid, 2001, p. 37.

recepción por el destinatario. Por último, la razonabilidad exige que la resolución judicial que la acuerde esté fundada en criterios racionales que lleven a la convicción de la inutilidad de los otros medios de notificación⁴⁸⁴.

Con la nueva regulación de la LEC 2000, buena parte de estos requisitos pasan de la jurisprudencia a la ley⁴⁸⁵. En su artículo 164, en pocas palabras, establece la procedencia de la notificación edictal cuando no pudiere conocerse el domicilio del destinatario de la comunicación, hallársele o efectuarse una comunicación con todos sus efectos o cuando la persona que se notifique conste en el Registro Central de Rebeldes Civiles. De acuerdo al artículo 156 LEC, es necesario previamente haber realizado las averiguaciones en los Registros, organismos, Colegios Profesionales, entidades y empresas procedentes.

A pesar de esta regulación más completa, aún hay aspectos en los que la jurisprudencia va más allá que la ley, que se traduce en una serie de condicionantes sobre el tema. Así, aparte de los requisitos ya vistos, se ha reconocido la existencia de un especial deber de diligencia de parte del tribunal en la averiguación del domicilio del demandado a efectos de su primera notificación en el juicio. En este sentido, la STC 78/2008, de 7 de julio⁴⁸⁶, luego de establecer este deber, fija requisitos específicos para la procedencia de ellas:

“(…) corresponde también al órgano judicial la salvaguarda de la garantía de comunicación personal en el emplazamiento y el empleo del edicto como mecanismo último y subsidiario. A esos efectos ha de desplegar un específico deber de vigilancia, el cual reviste mayor intensidad cuando, como aquí se trata, «el fin del acto de comunicación sea justamente poner en conocimiento de su destinatario que contra él se han iniciado ciertas actuaciones judiciales que en aquellos otros en los que la comunicación versa sobre los distintos actos procesales que se siguen en la causa en la que ya es parte y está debidamente representado y asistido

⁴⁸⁴ PICÓ I JUNOY, J., "Los requisitos constitucionales del emplazamiento edictal y la nueva ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil" en *Revista Jurídica de Catalunya*, v. 3, 2000, p. 87 y ss.

⁴⁸⁵ PICÓ I JUNOY, J., *Los requisitos constitucionales del emplazamiento edictal y la nueva ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, p. 104.

⁴⁸⁶ Sala Primera, ponente Rodríguez-Zapata Pérez. En la misma materia, resultan de interés, entre las más recientes, las SSTC 2/2008 (Sala Segunda), de 14 de enero, ponente Rodríguez Arribas, FJ 2º; 150/2008 (Sala Segunda), de 17 de noviembre, ponente Gay Montalvo, FJ 2º; y 93/2009 (Sala Segunda), de 20 de abril, ponente Conde Martín de Hijas, FJ 3º.

técnicamente» (STC 113/2001, de 7 de mayo, F. 5; en el mismo sentido, STC 126/2006, de 24 de abril, F. 3).

Para el cumplimiento de ese deber, el Tribunal no puede limitarse a un «seguimiento mecánico... de la indicación de la parte actora» (STC 138/2003, de 14 de julio, F. 3; en términos parecidos, STC 49/1997, de 11 de marzo, F. 3) sino que debe agotar las posibilidades, por los medios que racionalmente se le ofrezcan, sin que tenga tampoco que efectuar una investigación desmedida. Ante todo, debe agotar los medios de localización que quepa deducir del contenido de las actuaciones del proceso de que se trate (SSTC 162/2007, de 2 de julio, FF. 2 y 3; 212/2007, de 8 de octubre, F. 3)» (FJ 2º)⁴⁸⁷.

El reconocimiento de requisitos en el ordenamiento jurídico que nacen directamente de las garantías constitucionales no es más que una verificación de la insuficiencia de la regulación legal, pues parte de la constatación del operador de que la aplicación del modelo normativo que se puede reconstruir con la sola utilización de la ley, incluso considerando la perspectiva del proceso y no solo del acto en particular, permite la existencia de actos procesales que producen la vulneración de garantías constitucionales. Esta situación impone la construcción de un modelo más exigente que recoja no ya las valoraciones de la ley sino del sistema jurídico en el que el acto en particular se debe insertar de forma armónica con las reglas, pero también con los valores vigentes del mismo, admitiéndose, incluso, que alguna exigencia procesal quede en los hechos derogada como consecuencia de su falta de adecuación a la normativa procesal.

Lo recién expuesto permite la revisión más precisa de dos afirmaciones que se han hecho con anterioridad y que, aunque correctas, merecen alguna mayor explicación. La primera de ellas dice relación con la consideración de que el juicio de regularidad es meramente descriptivo. Aquello es efectivo, pero no implica que la construcción del modelo al que se le debe contrastar el acto no tenga un importante componente valorativo. En el momento en que se admite que las garantías constitucionales condicionan la configuración del modelo normativo estableciendo requisitos que la ley no exige de forma expresa, este

⁴⁸⁷ Para el alcance de este deber, véase FURQUET MONASTERIO, N., *Las comunicaciones procesales*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 45. En la misma obra, p. 200 y ss., es posible encontrar un completo resumen de las condicionantes constitucionales a esta forma de comunicación.

componente gana un espacio importante en la construcción del mismo, lo que se traduce en un conjunto de requisitos que están pensados para la protección de garantías, pero no en el juicio propiamente tal, que sigue siendo objetivo, a partir, claro está, del modelo construido.

Si el modelo se concibe como un complejo inspirado por valoraciones a partir de la influencia que en él tienen las garantías constitucionales, se torna más fácil entender el segundo punto digno de revisión: el del juicio afirmativo de regularidad como equivalente al de validez. Considerando la composición del modelo por garantías constitucionales, el que ambos juicios se confundan no parece tan extraño, pues en el modelo ya están incorporadas las mismas valoraciones que después servirán para el juicio de validez. De alguna manera, este se transforma en un catálogo de requisitos cuyo cumplimiento asegura la conformidad del acto con el ordenamiento jurídico en general, incluidas, evidentemente, las garantías constitucionales. La separación, entonces, del juicio de irregularidad del de invalidez -que tiene como consecuencia que si bien todo acto regular es válido, no todo acto irregular es inválido- vendría a ser una suerte de segunda oportunidad para el acto en el que, constatada su disconformidad con el modelo, se valora si, a pesar de este hecho, el mismo merece o no la protección del ordenamiento jurídico.

Una demostración de la reticencia del legislador a permitir cualquier caso de nulidad en casos en que no haya irregularidad es el de la audiencia del demandado rebelde, regulada en los artículos 501 y ss. LEC. Para que la misma prospere es necesario que se haya producido una situación en la que, a pesar de no existir defectos procesales, haya indefensión. En este caso, se elude el término nulidad y se emplea el de rescisión. El tema, además, no es solo de nomenclatura, pues si bien se puede apreciar como una figura con muy similares efectos que la nulidad, se establecen algunas modalidades en el procedimiento que se genera por causa de la rescisión que difieren de cualquier caso en el que se decretara esta. Lo mismo ocurre con la revisión, en la que la ley, por tratarse de motivos que no implican necesariamente defectos procesales, habla también de rescisión en el artículo 516 LEC⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ Un tema que la LEC no trata expresamente, y que incide en lo mismo, es el de la audiencia al rebelde antes de que haya sentencia firme, en aquellos casos en los que no hay actos procesales inválidos y en los que el destinatario no ha llegado a enterarse de la comunicación por causas que no le son imputables. SAMANES ARA afirma que en este caso, al tenor del artículo 499 LEC, no se permite el retroceso del procedimiento, a pesar de que, afirma, hubiese sido deseable que se diese esa posibilidad a la usanza del artículo 694 del *Codice*

d. Regulación en el ordenamiento procesal civil de la irregularidad

En principio, la irregularidad como tal no requiere de regulación legal. No siendo un tipo de acto que por sí genere una consecuencia diversa al acto regular, no parece indispensable que el mismo goce propiamente de un estatuto legal⁴⁸⁹. Sin perjuicio de lo anterior, y por contraste con las situaciones de invalidez, es posible al menos delinear esta noción dentro del ordenamiento procesal civil español.

ANDRÉS CIURANA reconoce en el principio de legalidad del artículo 1º LEC el primer antecedente relevante para hablar de irregularidad⁴⁹⁰. Esta disposición -aunque en rigor no aporta algún elemento determinante al tema, pues la obligatoriedad de la ley está implícita en el solo concepto de ella, sirve como punto de partida para cualquier construcción, ya que de él, al menos, de manera lata, se puede extraer un concepto de regularidad procesal, como aquel apegado a la legalidad procesal.

Más allá de esta consideración, que hasta se puede considerar anecdótica, las disposiciones que no regulan, pero sí demuestran la existencia de la noción de irregularidad como diversa a la de invalidez son los artículos 238.1.3º y 240.1 LOPJ (225.1.3º y 227.1 LEC)⁴⁹¹.

di procedura civile italiano (SAMANES ARA, C., "Artículo 499. Comparecencia posterior del demandado" en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, 2001, Elcano Navarra, p. 1683). Sin embargo, más adecuada parece la interpretación que hace VERGER GRAU, quien aprecia la posibilidad de restitución de los plazos, que no es lo mismo que la nulidad, a partir de lo dispuesto en el artículo 134.2 LEC, en todos aquellos casos en los que, la inactividad de la parte tiene por origen una causa de fuerza mayor o hecho no imputable al litigante (véase VERGÉ GRAU, J., "La rebeldía" en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, II, Economist&Jurist, 2000, Barcelona, p. 106 y ss.). En el mismo sentido que este último autor, RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles, v. II*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 1313.

⁴⁸⁹ En términos parecidos, DI GERONIMO, P., *La nullità degli atti nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 30.

⁴⁹⁰ ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 133.

⁴⁹¹ En un sentido similar, pero afirmando que permiten delimitar el concepto de lo que se ha entendido como mera irregularidad MORENO MONTERO, J. M., *Nulidad de actuaciones y proceso civil*, p. 763.

Aunque los términos utilizados no son del todo afortunados, el establecimiento como motivo de nulidad el de prescindir de normas esenciales del procedimiento condicionada a que haya podido causarse indefensión en el artículo 238.1.3º LOPJ (225.1.3º LEC), permite deducir dos ideas fundamentales en las que descansa la categoría de la nulidad: (1) que no hay invalidez sin infracción de norma, pues se requiere que se prescinda de ellas para que se entre en un juicio separado de validez; y (2) que no toda infracción de normativa supone la nulidad.

Del artículo 240.1 LOPJ (227.1 LEC) se pueden extraer conclusiones similares. En él, se dispone como motivo de nulidad la omisión de requisitos de forma que impidan cumplir el fin del acto o produzcan efectiva indefensión. Aunque más acotado, pues, a diferencia del anterior, solo hace mención a los aspectos formales. De esta disposición también se puede desprender que una infracción procesal no genera automáticamente la invalidez procesal, debiendo pasar por un juicio posterior distinto al de regularidad para determinar esta calidad. Además, en este caso la invalidez también tiene como presupuesto la infracción de una disposición procesal, pues habla de defecto formal, concepto que solo se puede entender en contraposición con un ideal que no se cumple, por lo que tampoco se podría, en el contexto de la norma que se comenta, afirmar la existencia de una invalidez sin irregularidad.

C. Determinación de la validez de los actos irregulares

a. Finalidad del juicio de validez

Ya se decía que una vez que se constata la existencia de un acto procesal irregular procede solo respecto de esta especie de actos -y no respecto de los regulares- que se haga un análisis de su validez. Mientras este juicio no se realice, el acto procesal irregular se encuentra en un estado precario que puede derivar o en la determinación de su validez, y

por lo tanto, su perfecta aptitud para producir efectos, o de su invalidez, con las consecuencias que de ella se deriva⁴⁹².

Para comprender esto es necesario determinar qué es la validez, es decir, qué quiere decir que un acto es válido o inválido. Las respuestas que se han dado a esta pregunta, en especial en la Teoría del Derecho, son innumerables y están fuera del ámbito de este estudio. Es por ello que solo se estudiarán a aquellas nociones que resultan funcionales para lo que se está exponiendo.

La forma de ver la validez o invalidez que surge más adecuada en la descripción del sistema es la de BELADIEZ ROJO, que concibe al juicio de validez como aquel que sirve para determinar si un acto está conforme a Derecho y, por lo tanto, si debe ser protegido por este, lo que lleva a entender la invalidez como “la calificación que debe otorgarse al acto no ya cuando exista un desajuste estructural entre el acto y la norma, sino cuando el Derecho considera que este desajuste estructural no debe ser protegido”⁴⁹³.

Una postura como la enunciada no es para nada extraña a la doctrina jurídica, aunque en otros ámbitos se vincule a otros términos. NINO concibe la nulidad (que equivaldría a la invalidez que se está tratando) como una negación a prestar la coacción estatal del Estado. Utilizando como objeto de estudio la nulidad contractual, afirma que la nulidad “son simplemente prescripciones dirigidas a los funcionarios (jueces, oficiales de justicia y policía) al efecto de prohibirles que hagan uso de la coacción estatal para ejecutar una prestación contractual o de exceptuar su obligación general de hacerlo”⁴⁹⁴. El relacionar la invalidez o la nulidad con la coacción equivale a la postura anterior, en el sentido que lo que se está queriendo significar con esta privación es que el Derecho no garantiza la protección del acto inválido.

Entender la validez de esta forma impone que el análisis que se haga -a partir de un parámetro que es variable de acuerdo a cada ordenamiento- tenga por objetivo determinar si la imperfección presente constituye o no un obstáculo para que el acto pueda ser

⁴⁹² Algo parecido plantea MANCINELLI, R., "Nullità degli atti processuale penali" en *Novissimo Digesto Italiano*, v. XI, 1957, p. 488.

⁴⁹³ BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, p. 56. Sigue esta postura, citándola, ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 78.

⁴⁹⁴ NINO, C. S., *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 205.

considerado de igual forma que el regular. En otras palabras, si el acto defectuoso, a pesar de su imperfección, debe o no gozar del mismo estatus del que gozaría si se hubiese apegado al modelo normativo impuesto. Si la conclusión es positiva, implicará que su conservación está garantizada por la ley, pues se ha creado una situación que se juzga digna de tutela por el Derecho⁴⁹⁵. Por el contrario, se considera inválido el acto porque se aprecia que el mismo es contrario al ordenamiento jurídico, lo que significa que el acto en ese estado no gozará de esta garantía del ordenamiento⁴⁹⁶.

b. La invalidez como resultado de un juicio valorativo, dinámico y particularizado

A diferencia del juicio de regularidad, cuando se debe determinar la validez de una determinada actuación, el análisis no consiste en constatación de hechos, que ya ha sido realizado, sino en la valoración de la desviación ya detectada cuando se apreció la imperfección. En este sentido, puede afirmarse que este juicio valorativo -y no descriptivo- debido a que se hace necesario recurrir a parámetros que exceden la mera observación del acto para determinar su validez.

Esta posición ha sido sostenida por algunos autores, ya sea considerando a la invalidez un juicio de valor o una calificación jurídica, ambos conceptos en contraste a la mera apreciación objetiva que supone la determinación de la irregularidad. Así, NIETO afirma que “en definitiva, pues nos encontramos ante dos juicios sucesivos: un juicio de ilegalidad, primero, que es el resultado de una constatación; y un segundo y posterior juicio de invalidez, que es el resultado de una valoración (o calificación) jurídica sobre el alcance del hecho mismo de la ilegalidad”⁴⁹⁷. Esto parece lo más coherente con un sistema que no sea formalista. Si, por un lado, el juicio de regularidad es meramente objetivo y, por otro, se

⁴⁹⁵ Esta situación, que existan actos válidos no perfectos, es la que hace que se deban considerar incorrectas definiciones de validez como la de CREUS, que empieza su obra afirmando que “el acto válido es el que reuniendo todos los elementos o requisitos nominados por la ley, encuéntrase jurídicamente habilitado para producir los efectos que ella abstractamente le asigna a su especie” (CREUS, C., *Invalidez de los actos procesales penales*, p. 1).

⁴⁹⁶ BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, p. 57.

⁴⁹⁷ NIETO, A., *Estudio preliminar* en BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, p. 10. Consideraciones similares hacen HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 48; ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 61; y BARONA VILLAR, en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, p. 423.

considera la nulidad como el resguardo de valores, es claro que el juicio en el que se sustenta la calificación de la invalidez de un acto irregular debe ser valorativa, ya que de otra manera esta no pasaría de ser algo exclusivamente formal.

Otra cosa es el parámetro preciso que se use para la calificación de la invalidez. Esto es relevante porque se trata de la vara con que se medirá la validez o invalidez de los actos. Conviene insistir en que la determinación de ella no puede hacerse *a priori* porque cada ordenamiento lo determina de acuerdo a aquello que busca proteger a través de lo que normalmente se denominan causas o motivos de nulidad. Sin embargo, es posible constatar que en sistemas procesales evolucionados una buena parte de estos parámetros dice relación con las consecuencias que el acto defectuoso produce en la esfera de los derechos del afectado. Sea a través de un parámetro constitucional o de simple protección de intereses, como el parámetro del perjuicio, la forma de valorar la gravedad del efecto es por sus consecuencias, sean estas potenciales o efectivas.

El que el tipo de análisis que deba hacerse respecto del acto irregular sea relativo a sus efectos en el proceso produce que se trate de un examen dinámico que mira al acto en el contexto de este y que no atiende ya a su morfología, en contraste con el análisis estático que hace para determinar si el acto es irregular, lo que hace que el nivel de separación del acto con su modelo sea, al menos, poco relevante⁴⁹⁸. Ha de considerarse al acto -inserto o por insertarse en el proceso- en el contexto del proceso para determinar, o al menos pronosticar, qué tipo de consecuencias genera o puede generar en él.

Un juicio dinámico como el planteado se impone necesariamente particularizado, pues cada una de las especialidades del caso concreto deben ser consideradas para precisar si el resultado del defecto afecta aquello que se pretende proteger⁴⁹⁹. Ello lleva a que las fórmulas generales de determinación estén condenadas a ser infructuosas, más allá de su utilidad meramente ilustrativa.

c. El juicio de invalidez es un asunto de protección

⁴⁹⁸ MARELLI, F., *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Cedam, Padova, 2000, p. 49.

⁴⁹⁹ BEDAQUE, J. d. S., *Efectividad del proceso y técnica procesal*, p. 624.

Se ha visto que cuando se habla de validez se busca determinar si un acto merece la protección del ordenamiento jurídico. Esta decisión debe hacerse mediante la valoración del acto defectuoso a partir de parámetros que están en el ordenamiento jurídico. La determinación de los parámetros de invalidez, en definitiva, busca precisar cuándo un determinado defecto procesal se torna relevante para el ordenamiento jurídico y, por tanto, debe incidir en la protección que este le dé⁵⁰⁰. De esta forma, tras cualquier parámetro que se fije en un sistema en particular, está la especial forma que este tiene para determinar si una desviación del modelo normativo es significativo para él⁵⁰¹. En ordenamientos de nuestro entorno es posible ver cómo la cuestión puede materializarse desde la esencialidad del requisito incumplido, la consideración del perjuicio causado (el clásico *pas de nullité sans grief* francés) o el cumplimiento del fin del ordenamiento italiano.

La relación de la protección con la invalidez no pasó inadvertida para la doctrina más tradicional. No es raro encontrar catálogos de principios que pretenden perfilar la institución, entre los cuales el de trascendencia o relevancia suele ocupar un lugar importante. COUTURE, vinculándolo principalmente con la consideración del perjuicio, afirma que “las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate cada vez que esta desviación suponga una restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes”⁵⁰². Incluso antes, pero sin reconocerlo como principio, CARNELUTTI advertía la existencia de una regla que se traducía en que solo aquellos defectos de mayor gravedad pueden causar la invalidez de un acto⁵⁰³.

d. Determinación de los parámetros de relevancia en el sistema de invalidez procesal civil español

⁵⁰⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Nulidad de actuaciones judiciales*, p. 895.

⁵⁰¹ CONSO afirma que “si può ricorrere alla nozione di rilevanza giuridica, intendendola riassuntiva della situazione di inefficacia e della situazione di idoneità a produrre effetti” (CONSO, G., *Il concetto e le specie d'invalidità: introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, p. 21).

⁵⁰² COUTURE, E. J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 318.

⁵⁰³ CARNELUTTI, F., *Sistema de derecho procesal civil, v. III*, UTEHA, Buenos Aires, 1944, p. 577.

d.1. Panorama de los motivos de invalidez.

La tarea de sistematizar los motivos de invalidez dentro de la LOPJ y LEC es bastante más llevadera que la que imponía la antecesora de esta última, que, como ya se ha advertido, solo contaba con normas dispersas, sin ningún afán sistemático. Solo la valiosa labor de MORÓN PALOMINO, que no se limitó a recoger las nulidades expresas consignadas en la ley, sino que demostró la existencia de otras causas implícitas dio un mínimo orden doctrinal a un tema que era simplemente caótico y en el que predominaban construcciones de poco rigor doctrinal⁵⁰⁴.

A partir de 1985, la labor de reconocer los distintos motivos de invalidez se ha hecho notoriamente más llevadera. La introducción de todo un capítulo dedicado a tratar los defectos procesales y sus consecuencias, aun con todas sus deficiencias, ha permitido la concentración de buena parte de los motivos de nulidad en una sola disposición, el artículo 238 LOPJ (225 LEC), aunque manteniendo algunas otras dispersas a lo largo del resto de la legislación.

Una vez descartada la posibilidad de utilizar el criterio típico del derecho privado, han surgido una serie de propuestas en cuanto a cómo categorizar los distintos motivos de invalidez. Más allá del mero efecto ordenador de la exposición, ello puede servir para entender de mejor forma el sistema de la nulidad. Buscando esto, quizá con demasiadas reminiscencias de la partición tradicional, RICHARD GONZÁLEZ diferencia a la nulidad de pleno derecho de los actos meramente nulos⁵⁰⁵. Por su parte, HERNÁNDEZ GALILEA, en una construcción más elaborada, aunque por momentos algo forzada por las dificultades que planteaba la redacción original de la LOPJ, distingue entre causas específicas de nulidad (las de 238.1.1º y 2º) y un criterio general (el del 238.1.3º) con precisiones al criterio general en los motivos de los artículos 240.1 y 242⁵⁰⁶. ANDRÉS CIURANA también ofrece su propia organización, distinguiendo motivos genéricos de invalidez, que se encontrarían en los artículos 238.1.3º LOPJ (225.1.3º LEC) y 240.1 LOPJ (227.1 LEC); motivos específicos, establecidos principalmente en el resto de los apartados del artículo 238, pero también en

⁵⁰⁴ MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, p. 87 y ss.

⁵⁰⁵ RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, p. 52 y ss.

⁵⁰⁶ HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 171.

otras disposiciones diseminadas por la LEC; y motivos implícitos, que se deducen de diversas disposiciones de la LEC⁵⁰⁷.

No todas las causales de invalidez que se establecen en el ordenamiento procesal español son de la misma extensión ni de la misma precisión. Mientras algunas responden a situaciones muy concretas, otras establecen criterios generales, aplicables a todo los actos del proceso. No es posible, en este sentido, reconocer una sola gran causal, que explique todos los casos en que se establece la nulidad, pero, como se verá, se pueden reconocer los criterios de invalidez que gobiernan el sistema en la generalidad de estos.

Ya se ha dicho que la principal disposición en donde se contienen buena parte de los motivos de invalidez es el artículo 238 LOPJ (225 LEC). Originalmente, contenía tres causales (falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, violencia o intimidación y prescindir de normas esenciales que causen indefensión) que hoy han devenido en cinco en el caso de la LOPJ (al agregársele las de no intervención de abogado cuando sea preceptivo y del secretario en las vistas) y en seis en la LEC (incluye también la resolución mediante diligencias de ordenación o decreto cuestiones que hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia), en ambos casos con una referencia residual a los otros casos que establezca la ley. Aparte de él, en el mismo capítulo de cada ley es posible encontrar causales en los artículos 240.1 LOPJ (227.1 LEC) (para los defectos de forma), 241 LOPJ (228 LEC) (incidente de nulidad de actuaciones) y 242 LOPJ (229 LEC) (plazos). Ya fuera del capítulo respectivo, en la LEC se reconocen, entre otros, motivos en los artículos 68.2 (infracción de las normas de reparto), 97.2 (sustanciación de segundo incidentes de acumulación de actuaciones), 166 (comunicaciones defectuosas), 280 (inexactitud de copia) y 469 (recurso por infracción procesal).

Para efectos del estudio que se está llevando a cabo, lo más relevante es identificar aquellas causales que contienen un criterio de validez de aquellas que simplemente identifican la irregularidad con la invalidez, sin establecer un parámetro. Sin perjuicio de volver posteriormente sobre estos últimos⁵⁰⁸, el análisis por el momento se hará por exclusión, enunciando solo aquellos casos en los que hay efectivamente un criterio establecido.

⁵⁰⁷ ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 160.

⁵⁰⁸ Véase *infra* 223.

Aunque podrán parecer numéricamente menores a los otros, son claramente más relevantes ya que cubren la mayor cantidad y los más importantes casos de invalidez.

d.2. Parámetros de invalidez que, a priori, aparecen en el sistema procesal civil.

Del solo análisis de las disposiciones contenidas en la LOPJ y en la LEC, preliminarmente es posible aislar cinco parámetros distintos de invalidez: la indefensión, las garantías incluidas en el artículo 24 CE, las garantías constitucionales susceptibles de amparo, el cumplimiento del fin y la infracción a las normas reguladoras de la sentencias. Los tres primeros, y en menor medida el último, tienen un claro fundamento en derechos fundamentales de rango constitucional. A continuación, se describirá cada uno de ellos, para, luego de sintetizados conceptualmente, analizarlos.

d.2.1. La indefensión.

Sin lugar a dudas, la disposición que más relevancia atribuye a la indefensión como parámetro de validez es el artículo 238.1.3º LOPJ (225.1.3º LEC). En su versión original, su protagonismo parecía algo difuso pues ella disponía la nulidad “Cuando se prescindiera total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión”. Esta redacción producía, al menos, dos confusiones que afectaban el claro reconocimiento de la indefensión como parámetro: (1) la cuestión de si había una o dos causales descritas en la disposición, una relativa a las normas esenciales y otra a la indefensión; y (2) si solo era trascendente la indefensión cuando se infringían los principios de audiencia, asistencia y defensa o si también lo era en caso de prescindirse de las normas esenciales. El tema dio para alguna discusión doctrinal, con cierta preponderancia de la posición que propendía a considerar que era una sola causal dominada por la noción de indefensión, más allá de las otras limitaciones que el texto de la ley podía generar⁵⁰⁹.

⁵⁰⁹ Esta era la posición de HERNÁNDEZ GALILEA, que también era seguida por LOURIDO RICO. Por el contrario, MARTÍN DE LA LEONA, consideraba que existían dos causas de nulidad, existiendo dos

A partir de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, el asunto se encuentra zanjado, pues se ha cambiado la redacción del artículo 238.1.3º LOPJ, igualándola con la que venía en el 225.1.3º LEC y disponiendo la nulidad de pleno derecho “cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión”. Más allá de las discusiones que pueda generar el tema, queda bastante claro que existe una sola causal y que se establece como parámetro de control genérico de la nulidad a la indefensión, de forma similar a la configuración de la causal que ya era posible encontrar en la redacción del artículo 1692.3º LEC 1881 introducida por la ya mencionada Ley 34/1984⁵¹⁰.

A esta altura, la mención a la esencialidad parece no gravitar y no podría, en consecuencia, ser tomada en cuenta como un aspecto para ser considerado al momento de determinar la validez de un acto. A pesar de no prosperar la propuesta de eliminar dicha noción⁵¹¹, resulta indiferente para la configuración del sistema porque esta termina absorbida por el concepto de indefensión, pues no sería admisible, por la propia redacción de la disposición, que la infracción de una norma que se considerara esencial fuese causal de nulidad si ella no ha producido indefensión, pero tampoco que se considerara válido un acto procesal defectuoso que causa indefensión bajo la excusa que se trata de una infracción a una norma no esencial. En este contexto, las opciones interpretativas parecen ser dos: ignorar la idea de norma esencial o considerar que la misma equivale a aquellas cuya infracción produce indefensión⁵¹².

critérios de invalidez: la esencialidad y la indefensión (para la discusión completa, véanse HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 173; MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 187 y LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal (2002)*, Comares, Granada, 1ª ed., 2002, p. 114).

⁵¹⁰ Que establecía como motivo de casación el “quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte”.

⁵¹¹ Planteada por HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 178.

⁵¹² Por la primera opción parece inclinarse RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, p. 61, al sostener que “lo importante no es la infracción de la norma, ni tampoco que esta sea o no esencial; sino que se haya producido efectiva indefensión en la parte procesal”. En el mismo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, p. 925. En tanto, ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 195, parece optar por la segunda alternativa cuando sostiene que con la

Fuera de la disposición comentada, la indefensión sirve como parámetro para determinar la validez en, al menos, otros tres casos. Entre ellos, destaca el artículo 240.1 LOPJ (227.1 LEC), que, como ya se ha dicho, establece que deben ser anulados aquellos actos que sufren defectos de forma que impliquen “ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o *determinen efectiva indefensión*”. Ya se volverá a tratar esta disposición, pero por el momento baste con decir que el parámetro se aplica solo a los defectos de forma y que es posible percibir una diferencia en la forma de establecer el parámetro: mientras en el caso anterior se hablaba de la posibilidad de que se haya producido indefensión, en este se exige que el defecto “determine efectiva indefensión”.

Otro caso que establece la indefensión como parámetro es el del artículo 166.1 LEC, referente a la nulidad de las comunicaciones procesales. En él, la regla, al menos en su sola formulación, es bastante clara: un acto de comunicación es inválido si en él no se cumplen con los requisitos establecidos en la regulación respectiva y, producto de esto, pudiese causarse indefensión. Al igual que en el caso del artículo 238.1.3º LOPJ (225.1.3º LEC), y a diferencia de lo que ocurre en el 240.1 LOPJ (227.1 LEC), el parámetro no se establece en la causación efectiva de indefensión, sino que en la sola posibilidad de ella⁵¹³.

El tercer caso destacable se da en relación con el muy discutido recurso extraordinario por infracción procesal. En el artículo 469.1.3º LEC se consigna como causal de este la “infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión”. Nuevamente se recurre a la potencialidad para diseñar el motivo, aunque de una forma que no deja de llamar la atención pues se establece como disyuntiva entre las

modificación de la redacción del artículo que se analiza “se ha aclarado la relación entre normas esenciales e indefensión: lo que convierte a una norma en esencial es que si infracción pueda producir indefensión”. En contra de estas posturas, VACAS GARCÍA-ALÓS, L. y MARTÍN MARTÍN, G., *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial, v. I*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 661, afirman que “La causa de nulidad consistente en la inaplicación de las normas esenciales del procedimiento siempre que ello pueda producir indefensión, se define por estas dos notas: Prescindir de las reglas esenciales y que por ello se haya podido producir indefensión. No se trata, por tanto, de meras irregularidades, hace falta que el trámite omitido sea esencial (falta de emplazamiento, omisión el trámite de prueba...) y, además, se debe producir indefensión, por lo que prima el aspecto sustancial, material, no meramente formal”.

⁵¹³ Véase *infra* p.211.

causales de nulidad y la indefensión, lo que parece redundante, pues ya se ha visto que toda infracción procesal que produzca indefensión produce nulidad⁵¹⁴.

d.2.2. La afectación de alguna de las garantías del artículo 24 CE.

Aun con toda la influencia que el artículo 24 CE ha tenido en la configuración del proceso, hasta el año 2000 en materia de motivos de validez se veía limitado al papel que la indefensión pudiese cumplir como parte del sistema. Las dos disposiciones que hacían mención a ella en la antigua LEC como causales de nulidad, los artículos 733⁵¹⁵ y 1692.3⁵¹⁶, terminaban redirigiendo el tema a la indefensión. Con la nueva LEC, empieza por cambiar esta situación, a partir, de nuevo, del recurso extraordinario por infracción procesal. En la causal siguiente a la recién reseñada, artículo 469.1.4^o LEC, se dispone que también sea motivo de este recurso la “vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución”. De esta manera, al menos en una situación, aparece como nueva causal de nulidad ya no la sola indefensión sino cualquier otra garantía de las consignadas en este capital precepto, incluyendo la multiforme tutela judicial efectiva⁵¹⁷.

⁵¹⁴ Difiero, en consecuencia, con LÓPEZ SÁNCHEZ cuando sostiene que la introducción de la noción de indefensión amplía las posibilidades de estimación de este recurso “en relación con aquellas normas reguladoras de actos y garantías del proceso respecto de las cuales no se haya establecido, de forma expresa, sanción alguna de nulidad” (LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 52), pues, a menos que se le atribuya alguna función al criterio de esencialidad en el artículo 238.1 LOPJ (225.1 LEC), no hay casos en los que la indefensión no equivalga a la nulidad.

⁵¹⁵ Esta norma tiene su origen en la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, versaba sobre el recurso de apelación y en lo pertinente decía que “Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que hayan causado la indefensión del recurrente en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión, acreditando haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubiesen cometido en momento en el que fuese ya imposible la reclamación”.

⁵¹⁶ Esta disposición fue introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente a la Ley de Enjuiciamiento Civil y establecía como motivo de casación “3^o. Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte”.

⁵¹⁷ MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación civil: casación e infracción procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 219.

d.2.3. La vulneración de garantías constitucionales susceptibles de amparo.

Antes del año 2007, las garantías constitucionales, con exclusión de las del artículo 24 CE, no aparecían como un parámetro para determinar la validez de los actos procesales. La reciente introducción de esta nueva causal llegaría de la mano del que seguramente es el tema que más modificaciones ha sufrido a lo largo de las últimas tres décadas de la historia procesal civil española: el llamado incidente de nulidad de actuaciones⁵¹⁸.

En la LEC de 1881, este “incidente” se encontraba regulado de forma bastante escueta en el artículo 745.1º, que establecía como de pronunciamiento previo el referente a “la nulidad de actuaciones o de alguna providencia”. El abuso que de él se hacía en la práctica obligó al TS a limitarlo por la vía jurisprudencial⁵¹⁹. En esta regulación, los criterios para determinar la invalidez del acto eran los mismos para el incidente de nulidad de actuaciones que para cualquier otro caso. La ya relatada eliminación del incidente, con la Ley 34/1984, de 6 de agosto, fue confirmada al año siguiente cuando el artículo 240.1 LOPJ dispone que la nulidad de actuaciones se deba hacer valer a través de los recursos y demás medios de impugnación establecidos por la ley. Sin embargo, la supresión de alguna manera se atenúa, pues al permitirse la declaración de oficio de la nulidad, se crea un procedimiento solo susceptible de ser promovido por el juez, pero no por las partes⁵²⁰.

Las dificultades prácticas que creó la supresión del incidente y la presión generada por algunas sentencias del TC⁵²¹, motivaron el establecimiento -por la LO 5/1997, de 4 de

⁵¹⁸ Se emplea la denominación “incidente” solo como una manera de continuar con la forma en que tradicionalmente se le ha llamado por la doctrina. Hoy hay cierto acuerdo en que realmente se trata de un medio autónomo de impugnación de una sentencia firme (por todos, véanse MONTERO AROCA, J. en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, p. 501 y ss.; y CASTILLO RODRÍGUEZ, L., "El nuevo incidente de nulidad de actuaciones" en *Actualidad Civil*, v. I, 2008, p. 764 y ss.).

⁵¹⁹ GIMENO GAMARRA, R., "El incidente de nulidad de actuaciones" en *Revista de Derecho Procesal*, v. 3, 1949, p. 512. Para el estudio de los antecedentes de este incidente antes de la LEC 1881, véase SERRA DOMÍNGUEZ, M., *El incidente de nulidad de actuaciones*, p. 52 y ss.

⁵²⁰ YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 104.

⁵²¹ Un muy buen resumen de este aspecto es posible encontrar en YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 106 y ss. Entre las sentencias del TC que pusieron de manifiesto las dificultades que generaba la inexistencia de un medio de impugnación distinto a los recursos para pedir la

diciembre- de un nuevo incidente de nulidad de actuaciones excepcional para aquellos casos en que hubiese defectos de forma que hubieran causado indefensión o incongruencia del fallo, siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que estas no sean susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida⁵²². Las modificaciones introducidas por la LO 13/1999, de 15 de mayo, con el objeto, como dice su Expresión de Motivos, de “perfeccionar su regulación” no inciden en lo que se estudia ahora⁵²³.

Aunque sin entrar en vigencia, el artículo 227 LEC elimina la causal de incongruencia, que se podía considerar sobrante o inadecuada⁵²⁴, quedando como único criterio de la nulidad reclamable a través del incidente el de la indefensión. Sin embargo, esta eliminación nunca llegó a ver la luz: la LO 19/2003, de 23 de diciembre, creó un nuevo artículo 241 LOPJ en que se dispone en su primer apartado que el incidente de nulidad de actuaciones procederá excepcionalmente respecto de “defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no hayan podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, esta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”.

nulidad, destaca la STC 110/1988 (Sala Primera), de 8 de junio, ponente Rubio Llorente, en la que para hacer frente a la situación de que un juez que aprecia la indefensión que se ha producido ante una condena a ciudadano sin ser oído, se declara, para ampliar la posibilidad de que el juez pudiese decretar la nulidad de oficio de acuerdo al artículo 240.2 LOPJ, que “Sentencia definitiva solo puede entenderse la ya definitivamente ejecutada, de manera que pueda el Juez o Tribunal sentenciador, mientras no lo ha sido, de oficio y previa audiencia de las partes, declarar la nulidad de actuaciones, en lo necesario para restaurar a las partes en los derechos que garantiza el art. 24 de nuestra Constitución y sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en el art. 11.2 LOPJ” (FJ 3º).

⁵²² BONET NAVARRO describe lo que ocurría sin el incidente como prácticamente insostenible: “Ciertamente el estado de cosas creado por aquel artículo [se refiere al entonces artículo 240 LOPJ] no era favorable para nadie: los justiciables veían huir sus medios de defensa para pedir la nulidad cuando el asunto había terminado: no disponían de recursos; los tribunales ordinarios debían abstenerse de modificar las resoluciones firmes; y el Tribunal Constitucional, con el objeto de remediar las indeseables situaciones, en ocasiones tuvo que sortear la dificultad adoptando posturas de no fácil explicación” (BONET NAVARRO, Á., “El nuevo régimen de la declaración de la nulidad de actuaciones” en *Economist & Jurist*, v. 6, 1998, p. 97-98).

⁵²³ Sobre esta reforma ver el ya citado DE LAMO RUBIO, J., *El “remozado” incidente de nulidad de actuaciones*.

⁵²⁴ Se podía considerar sobrante o inadecuada de acuerdo a la concepción que se tuviera de ella. Si se consideraba como un defecto procesal, se debía considerar que su inclusión era redundante porque la justificación de la misma se comprendía en la noción de indefensión. Por el contrario, si se veía en ella un vicio *in iudicando* el considerarla motivo de nulidad era inadecuado. Sobre el punto, véase GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002, p. 104 y ss.

La inclusión de las garantías constitucionales como un criterio para determinar la validez de los actos procesales con ocasión del llamado incidente de nulidad de actuaciones, vendría como producto de un intento más por reducir el inmanejable número de amparos a que se enfrenta el TC⁵²⁵. Con este objetivo, se reemplaza en el artículo 241.1 LOPJ como criterio de invalidez el de “defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo” por el de “cualquier vulneración de un derecho fundamental referidos en el artículo 53.2 de la Constitución”⁵²⁶. Con esta nueva modificación del incidente de nulidad de actuaciones se pretende cumplir con la promesa contenida en ese artículo de un procedimiento preferente y sumario para tutela de los derechos susceptibles de amparo y dejar al amparo ante el TC como un recurso verdaderamente subsidiario⁵²⁷

d.2.4. El cumplimiento del fin del acto.

En cuanto a la regulación del cumplimiento del fin del acto como criterio para determinar la validez de los actos, y sin perjuicio de lo que en su momento se vaya a estudiar en cuanto a su contenido del criterio, hay poco que decir que no se haya dicho antes. Como ya se sabe, su consagración está en el artículo 240.1 LOPJ (227.1 LEC) que dispone la nulidad de aquellos actos con defectos formales que impliquen ausencia de uno de los requisitos para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión. Fuera de este artículo, que lo circunscribe a los defectos de forma y que no ha sufrido modificaciones en lo relativo a este criterio, el mismo no se encuentra en ninguna otra disposición.

d.2.5. La infracción a las normas procesales reguladoras de la sentencia.

⁵²⁵ Véase el párrafo II de la Exposición de Motivos de la LO 6/2007.

⁵²⁶ Lo mismo ocurriría con el 228.1 LEC con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

⁵²⁷ Entre otros, en este sentido, GUI MORI, T., "La modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Profunda reforma del recurso de amparo y de la nulidad de actuaciones" en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 2007, p.1755; y CASTILLO RODRÍGUEZ, L., *El nuevo incidente de nulidad de actuaciones*, p. 764.

El recurso extraordinario por infracción procesal contiene, en el artículo 469.1 LEC⁵²⁸, cuatro grandes especies de motivos que hacen viable el recurso. Tres de ellos concuerdan o remiten a defectos comprendidos en otras normas. Sin embargo, ello no ocurre con el motivo segundo que contempla la posibilidad de anulación de la sentencia por infracción a las normas procesales que la regulan. Su inclusión en los términos mencionados genera una serie de cuestiones, que se analizarán más adelante, en cuanto a si para su configuración requiere de una infracción de relevancia constitucional que haga que este motivo carezca de contenido propio por encontrarse comprendido en otro.

d.3. La indefensión, las garantías del artículo 24 CE y las garantías constitucionales amparables como un solo criterio de validez.

d.3.1. Necesidad de reducir los criterios constitucionales de validez de los actos procesales a uno solo.

De la descripción que se ha hecho de los distintos criterios de validez en el apartado anterior, se aprecia que tres de cinco de ellos tienen relación con las garantías constitucionales. Al tradicional criterio de la indefensión, se han sumado -a través, respectivamente, del recurso por infracción procesal y el incidente de nulidad de actuaciones- el de la vulneración de las garantías del artículo 24 CE y el de violación de cualquiera de las garantías susceptibles de amparo constitucional⁵²⁹.

⁵²⁸ “Artículo 469. Motivos. Denuncia previa en la instancia.

a. El recurso extraordinario por infracción procesal solo podrá fundarse en los siguientes motivos:

1. Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.
2. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.
3. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.
4. Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución”.

⁵²⁹ Se podría agregar incluso un cuarto caso, si es que se estimara que también se establece un estándar de validez respecto a la apelación en el artículo 459 LEC, que permite apelar pidiendo por “infracción de normas o garantías procesales”. Sin embargo, acá, más que imponerse un estándar distinto, parece establecerse solo otra vía más para pedir la nulidad.

En general, a la doctrina parece no incomodarle esta circunstancia. Acostumbrada a tratar el tema de la invalidez de manera fragmentaria, separando la nulidad de actuaciones como tal, del incidente y del recurso de infracción procesal, y seguramente algo abrumados por problemas más urgentes que plantean estas últimas dos instituciones -una por sus constantes cambios y la otra por lo fallida que ha resultado-, se ha utilizado normalmente un método de análisis de lo que hemos llamado criterios de invalidez o motivos de nulidad, en el que, si bien muchas veces se critica con suficiente profundidad la configuración de cada una de ellas, no se hace un análisis del fenómeno de la invalidez en general.

Sin embargo, el estudio de los diversos criterios diseminados a través de la legislación procesal que sirven para determinar la validez que establece el ordenamiento procesal civil español en su totalidad deja en evidencia lo contradictorio que resulta esta forma de diseñar el sistema, al establecer, de acuerdo a la herramienta procesal que se utilice, las tres causales ya enunciadas. Para comprender las contradicciones que plantea el tema, es necesario tener presente algo que resulta evidente para cualquier observador mínimamente instruido en él: la indefensión, la vulneración de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 CE y el quebrantamiento de los derechos susceptibles de amparo se encuentran en relación de especie a género. La prohibición de indefensión es uno de los derechos consagrados en el artículo 24 CE que, a su vez, es parte de un catálogo de derechos susceptibles de ser protegidos a través del amparo, de acuerdo al artículo 53.2 CE. Como consecuencia de esto, toda situación de indefensión se reputará como una afectación al artículo 24 y toda vulneración de este último, provenga de la indefensión o de otra causal, constituirá una violación de un derecho fundamental tutelado por el artículo 53.2, pero no a la inversa.

En principio, que existan causales diversas para determinar la invalidez de los actos procesales de acuerdo al instrumento u oportunidad procesal en la que se haga valer podría parecer como irrelevante, aun en el caso de que se trataran de tres criterios unidos por una relación como la descrita. En determinadas circunstancias, podría parecer, incluso, una opción bastante razonable, considerando que, en la medida que se avanza en el proceso, no es raro que ciertas nulidades vayan quedando atrás producto del efecto preclusivo que tiene el desarrollo del mismo. Que lo inválido devenga en válido como consecuencia del transcurso del tiempo o del cierre de ciertas etapas del proceso puede ser incluso recomendable como técnica legislativa si se busca la conservación de las actuaciones.

Sin embargo, esta razonabilidad no está presente en el caso que se analiza, pues el camino que se recorre es precisamente el inverso. Si se toma literalmente la regulación que está siendo objeto de este estudio, tenemos que:

- (a) Durante la instancia y, con alguna reducción, con ocasión de los recursos, sin perjuicio de la existencia de otros motivos, la invalidez se identifica con la indefensión;
- (b) Sólo con ocasión del recurso de infracción procesal, no el de apelación ni ningún otro, se puede reclamar la nulidad basada en la infracción de las garantías del artículo 24 CE;
- (c) Una vez firme la sentencia, es posible reclamar la invalidez de los actos basado en la infracción no ya solo de la indefensión de la infracción de las garantías del artículo 24, sino de cualquier garantía de las consignadas en el artículo 53.2 CE.

Como se aprecia, el camino recorrido en la determinación de las causales de nulidad es el inverso al razonable: mientras más avanza el proceso, más amplios son los motivos para pedir la nulidad. Esta situación es inaceptable. Así como se dijo que puede ser lógico que lo inválido se transforme en válido por el avance del proceso, que lo válido devenga en inválido no supera el más mínimo canon de razonabilidad. No puede ser que una actuación que esté de acuerdo a un modelo normativo a la que se le ha permitido su inclusión en el proceso y respecto del cual existe una valoración desde el punto de vista de su validez positiva se transforme, sin cambiar las circunstancias y por el solo hecho de avanzar el proceso, en algo que deba ser eliminado.

La inconsistencia que produce en el sistema una interpretación de esta especie, que es la que se suele hacer, la pone de manifiesto la misma legislación. En el recurso de infracción procesal, se exige como requisito de admisibilidad la denuncia previa del defecto en la instancia en que se hubiese ocasionado y, en caso de ser subsanable, la petición de subsanación del mismo (artículo 469.2 LEC). Es incuestionable que si se exige todo esto es porque se consideran vicios denunciables ya con anterioridad, lo que supone que en la instancia respectiva ya eran inválidos y que, en tal calidad, debieron ser inadmitidos o declarados nulos, según el caso.

Algo similar ocurre con el incidente de nulidad de actuaciones. En él, se exige que el vicio no haya podido denunciarse antes de que haya resolución que ponga fin al proceso. Claramente, la imposibilidad de denunciar no puede provenir de la anterior validez del acto, sino del hecho que, existiendo el defecto, el que es o hubiera debido ser parte no haya tenido la oportunidad de hacerlo presente con anterioridad, normalmente porque no se ha enterado de la existencia del juicio o, al menos, de alguna resolución o actuación en él, a menos que se trate de un defecto que se produzca en la misma sentencia.

Todo lo expuesto demuestra la necesidad de hacer un esfuerzo interpretativo en aras de determinar cuál es, en definitiva, el parámetro constitucional que, más allá de lo textual, subyace en el sistema de invalidez. En otras palabras, si se parte de la base que lo válido no puede, sin alterarse las circunstancias, devenir en inválido, será necesario identificar qué nivel de protección de las garantías constitucionales es el que presta el sistema de invalidez al ordenamiento procesal.

d.3.2. El artículo 24 CE como criterio de validez de carácter constitucional.

La intención de transformar al incidente de nulidad de actuaciones en un instrumento protector de garantías constitucionales de orden sustancial parece haber quedado solo en eso, pues, a poco andar, se ha demostrado como un medio poco idóneo para esta tarea. Como se ha encargado de apuntar BACHMAIER WINTER, más allá de la voluntad subyacente en la reforma, se ha terminado por configurar un incidente por causales sumamente restringidas⁵³⁰.

Sin perjuicio de la distorsión que se pueda producir del papel que se le ha dado tradicionalmente al “incidente de nulidad”⁵³¹, la regulación que se le ha dado hace

⁵³⁰ BACHMAIER WINTER, L., "La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones" en *Revista de Derecho Procesal*, 2007, p. 5.

⁵³¹ En este sentido, FERNÁNDEZ FARRERES, G., "La reforma de la ley orgánica del tribunal constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)" en CARRILLO, M., *Hacia una nueva jurisdicción constitucional: estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC*, Tirant lo Blanch, 2008, Valencia, p. 158.

improbable que se realice un control de garantías no procesales en el incidente. Buena parte de la doctrina se ha encargado de poner de manifiesto que la protección de garantías sustantivas -como el derecho a la vida, a la libertad de expresión o al honor- muy difícilmente serán susceptibles de protección, debido a que si estos derechos han constituido parte del objeto del proceso, no podrán ser discutidos por esta vía, quedando solo el caso, no tan fácil de imaginar, de que un juez vulnere durante el proceso una garantía constitucional de esta especie⁵³².

Como consecuencia de lo expuesto, es que se debe entender que la modificación del incidente de nulidad de actuaciones ha tenido como principal efecto la incorporación completa del artículo 24 CE dentro de los criterios de validez de los actos en este caso, pudiéndose fundar un incidente de nulidad en la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, al juez predeterminado por la ley o al proceso con todas las garantías⁵³³.

Descartada la posibilidad de que la invalidez sea el medio idóneo para el control de todo tipo de garantías constitucionales, incluidas las sustantivas, parece imponerse la opción de que se identifique a la nulidad con el contenido del artículo 24 CE, aun fuera del incidente de nulidad de actuaciones. Si, nuevamente, se parte de la premisa de la necesidad de que exista un solo parámetro constitucional para determinar la nulidad, es claro que si a través del incidente de nulidad y del recurso extraordinario por infracción procesal se protegerán todas las garantías procesales consagradas en la CE, lo mismo debe ocurrir con la indefensión cada vez que se establece como parámetro.

⁵³² Por todos, BACHMAIER WINTER, L., *La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones*, p. 7; MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 16ª ed., 2008, p. 504; FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La reforma de la ley orgánica del tribunal constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)*, p. 158; FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 173; y YÉLAMOS BAYARRI, E., "El incidente del actual 241 LOPJ no es un amparo ordinario, pero ¿cabe una interpretación extensiva?" en SERRA DOMÍNGUEZ, M.(A., *Realismo jurídico y experiencia procesal*, Atelier, 2009, Barcelona, p. 1087. Esta última autora postula como solución para que el incidente pueda ser un amparo ordinario una interpretación *contra legem* en que se obvie la exigencia de imposibilidad de denuncia anterior. Si ello ocurriera, más que ampliarse los motivos de nulidad, se estaría frente a un instrumento que serviría además de para controlar la validez de los actos para la tutela de garantías constitucionales no procesales.

⁵³³ MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil*, p. 504; CASTILLO RODRÍGUEZ, L., *El nuevo incidente de nulidad de actuaciones*, p. 767.

Esta elección hermenéutica se ve confirmada con la consideración que en la LEC se hace de la relación entre la indefensión con la vulneración de cualquier garantía procesal en el artículo 459. En él, al referirse a la posibilidad de pedir la nulidad a través del recurso de apelación, se exige que la petición de nulidad por infracción de normas o garantías procesales, se cite la norma infringida o, en su caso, se alegue la indefensión sufrida, lo que supone una comprensión amplia de ella.

La necesidad de extender el control de las garantías procesales de rango constitucional, más allá de la mera indefensión, ya había sido puesta de manifiesto por la doctrina. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, antes de la vigencia de la LEC actual, hablaba del abuso del legislador en el uso del término indefensión que parece innecesario al momento de configurar las causales de nulidad, identificando como el motivo de nulidad implícito por antonomasia el de los actos vulneradores de los derechos fundamentales, pues el no establecer la invalidez de un acto de esta especie sería como legitimar su vulneración⁵³⁴. En realidad, se trata de una concepción nada novedosa que reconoce sus antecedentes hace más de cincuenta años en PODETTI⁵³⁵ y COUTURE⁵³⁶ y, unos años después, en autores como DEVIS ECHANDÍA⁵³⁷ y BERIZONCE⁵³⁸, respecto de la que hoy hay, sin perjuicio de cierta dispersión terminológica, una clara mayoría de autores que así lo entiende⁵³⁹, por lo que la discusión se centra más en qué se debe entender por estas garantías procesales que en este hecho propiamente tal⁵⁴⁰, asunto que se estudiará poco más adelante en este capítulo.

⁵³⁴ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "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" en ARAGÓN REYES, M. y MARTÍNEZ SIMANCAS Y SÁNCHEZ, J., *La Constitución y la práctica del Derecho*, I, Sopec, 1998, Madrid, p. 359.

⁵³⁵ PODETTI, J.R., *Derecho procesal civil, comercial y laboral, v. II*, Ediar, Buenos Aires, 1955, p. 481.

⁵³⁶ COUTURE, E. J., "Las garantías constitucionales del proceso civil" en COUTURE, E.J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, I, Depalma, 1979, Buenos Aires, p. 19.

⁵³⁷ DEVIS ECHANDÍA, H., "Nulidad procesal por violación de garantías constitucionales" en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, v. 3, 1964, p. 105.

⁵³⁸ BERIZONCE, R.O., *La nulidad en el proceso*, Editora Platense, La Plata, 1967, p. 67.

⁵³⁹ Por todos, MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 364; BORRAJO INIESTA, I., "La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial" en *Justicia*, v. 1-2, 1993, p. 81; HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 127; MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 126; y YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 83.

⁵⁴⁰ En un sentido similar, YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 41.

En suma, una interpretación de las normas relativas a la nulidad de actuaciones acorde con la Constitución y que pretenda ser armónica en su configuración impone entender que el criterio de validez relativo a las garantías constitucionales que debe regir a las nulidades procesales es el que comprenda todas las garantías contempladas en el artículo 24 CE, no agotándose en la pura indefensión enunciada en los preceptos respectivos, sino extendiéndose también a la tutela judicial efectiva y al resto del catálogo incluido en tan trascendente disposición⁵⁴¹.

e. Estudio particularizado de los criterios de validez

e.1. Las garantías del artículo 24 CE como criterio de validez de los actos procesales.

e.1.1. Garantías que se incluyen dentro del control. Imposibilidad de su tratamiento detallado.

Ya se ha señalado que la más evidente y relevante consecuencia de la inclusión del catálogo de garantías procesales del artículo 24 CE como criterio de validez es que impone la consideración de la observancia de la tutela judicial efectiva para la determinación de qué actos deben ser protegidos por el Derecho. Sin embargo, esta no es la única garantía que debe incorporarse. Aunque parece estar bien documentado que en su origen el artículo 24.2 solo pretendía constitucionalizar garantías propias del proceso penal⁵⁴², hoy es incuestionable que resultan aplicables al proceso civil todas aquellas que pueden darse dentro de él, por lo que el análisis de la validez de un acto deberá considerar, junto con las dos ya mencionadas, las garantías de publicidad del juicio, al juez ordinario predeterminado

⁵⁴¹ Lo mismo sostienen, basándose principalmente en la norma del artículo 469.1.3º, ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 197. También BARONA VILLAR, Silvia en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional (2002)*, I. Parte general, p. 425. Por su parte, RICHARD GONZÁLEZ llega a una conclusión similar, pues incluye como causa de nulidad el derecho a la tutela judicial efectiva (véase RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, p. 59 y ss.).

⁵⁴² DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 3ª ed., 2008, p. 363.

por la ley, a un proceso con todas las garantías, a la defensa y asistencia letrada y de utilización de todos los medios probatorios pertinentes.

No se incluyen las garantías a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia, por ser propias del proceso penal o, al menos, sancionador. Tampoco se ha incluido la garantía a un proceso sin dilaciones indebidas, a pesar de ser tan exigible en el proceso civil como en cualquier otro. La razón de su exclusión es por la falta de idoneidad de la invalidez como forma de protección de ella⁵⁴³, que en este caso se demuestra, en la gran mayoría de los casos, ineficiente⁵⁴⁴. Frente a un retraso injustificado en la marcha del proceso, la invalidez y la eventual generación de ineficacia que ella supone no ayuda en nada a solucionar la situación. En este caso, las opciones de remedio son otras (por ejemplo, las indemnizaciones)⁵⁴⁵.

Un panorama mínimamente completo de todas las garantías que se incluyen en el parámetro que se está estudiando daría para varias investigaciones. Por ello, el análisis que se hará solo buscará hacerse cargo de las notas más relevantes de la prohibición de indefensión, la tutela judicial efectiva y el proceso con todas las garantías, porque en conjunto permiten comprender prácticamente cualquier garantía procesal⁵⁴⁶ y son las que más sirven para apreciar la validez de los actos.

e.1.2. La indefensión.

⁵⁴³ ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 244.

⁵⁴⁴ Como apunta RIBA TREPAT, solo es idónea la anulación cuando las demoras injustificadas se imputan a una resolución concreta que es formal de impugnación, por ser su contenido intrínsecamente dilatorio (RIBA TREPAT, C., *La eficacia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 299).

⁵⁴⁵ Véase, sobre este tema, RIBA TREPAT, C., *La eficacia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones*, p. 295 y ss.; y BORRAJO INIESTA, I., "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y a un proceso público" en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 10, 2000, p. 142 y ss.

⁵⁴⁶ Al respecto, RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2005)*, p. 363, apunta que "son parámetros suficientes para acoger cualquier queja constitucional relativa a los sistemas de solución de litigios".

e.1.2.1. El origen de la noción de indefensión en el ordenamiento procesal español.

Hay coincidencia en la doctrina en remarcar el hecho de que el vocablo “indefensión” tenía escasa relevancia en la ordenación procesal antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1978⁵⁴⁷. Los antecedentes más significativos se pueden encontrar en el artículo 1695.5º de la redacción original de la LEC 1881 que establecía como motivo de casación por quebrantamiento de las formas esenciales “por denegación de cualquiera diligencia de prueba admisible según las leyes, y cuya falta haya podido producir indefensión” y en los artículos 48 (claro inspirador de los actuales artículos 240.1 LOPJ y 227 LEC) y 113 de la LPA de 1958 que, respectivamente, establecían que un defecto de forma determinaba la anulabilidad “cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados” y que solo podían recurrirse los actos de trámite que “determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión”⁵⁴⁸.

A contar de la inclusión de la indefensión en la CE, la utilización de este término se empezó a hacer recurrente en la jurisprudencia y en la legislación procesal⁵⁴⁹. En lo legislativo, esta tendencia se inaugura con la Ley 34/1984 y tiene su máxima expresión en la

⁵⁴⁷ Por todos, ALMAGRO NOSETE, J., "La prohibición constitucional de indefensión" en *Poder Judicial*, v. VI (especial sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas), 1989, p. 231 GESTO ALONSO, G., "Precisiones sobre el concepto de indefensión" en *Revista de Derecho Procesal*, v. II, 1991, p. 299; y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio en BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 96. Para una historia detallada del concepto de indefensión en el ordenamiento español, véase SERRANO HOYO, G., *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Comares, Granada, 1997, p. 36 y ss.

⁵⁴⁸ Sin perjuicio de la escasa presencia de la noción de indefensión en la legislación, GESTO ALONSO pone de manifiesto que, sin utilizar el término, mucho antes de la reforma de 1984 en materia de casación es posible apreciar en la jurisprudencia una tendencia a desestimar recursos de casación en aquellos casos en los no se verificaba esta, más allá del motivo del entonces artículo 1695.3 LEC 1881 (GESTO ALONSO, G., *Precisiones sobre el concepto de indefensión*, p. 304). En el mismo sentido, CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1998, p. 349.

⁵⁴⁹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio en BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, p. 97.

LEC, en donde esta palabra es utilizada en catorce artículos distintos, en general vinculados con la nulidad en sus diversas manifestaciones.

Sin lugar a dudas, la norma más relevante, por su jerarquía y su influencia práctica, es la del artículo 24.1 CE en el que se garantiza a todas las personas la tutela efectiva de los jueces y tribunales, sin que en caso alguno pueda producirse indefensión. Ella es la que ha permitido que el TC se encargue de delimitar qué se debe entender por este concepto que, sin embargo, siempre mantiene una buena cuota de imprecisión⁵⁵⁰.

e.1.2.2. Dificultades para delimitar la prohibición de indefensión de otras garantías constitucionales.

Precisar siquiera qué es la indefensión enfrenta una serie de dificultades, en especial relativas a la delimitación respecto de otras garantías. Aun asumiendo que el solapamiento entre ellas es inevitable, al tratarse de conceptos tan amplios, la diferenciación dentro del artículo 24 entre esta y otras garantías es un camino sumamente inseguro. Ya se veía que la distinción entre la indefensión y la tutela judicial efectiva admitía diversas posturas y que, si bien es posible aislarlas como distintas, incluso en la jurisprudencia esto no siempre se plasma⁵⁵¹.

La distinción entre esta garantía y varias consagradas en el artículo 24.2 CE resulta aún más dificultosa, debido a que muchas de ellas constituyen manifestaciones de las más comúnmente reputadas como expresiones del derecho de defensa- como el derecho a la asistencia jurídica gratuita o a la prueba- que se podrían entender protegidas a través de la interdicción del párrafo primero de la misma disposición. Aunque ha habido intentos valiosos, cualquier propuesta necesariamente parte de bases convencionales que hacen débil la construcción⁵⁵². Parece más plausible aquella postura que postula que la inclusión de

⁵⁵⁰ BORRAJO INIESTA habla de la prohibición de indefensión como un “concepto camaleónico” que encarna un principio general del Derecho, la interdicción de indefensión, pero también un derecho fundamental, ínsito en la tutela judicial o, incluso, en el derecho a la justicia” (BORRAJO INIESTA, I, "El derecho a la tutela sin indefensión (art. 24.1 CE): guión de cuestiones" en *Cuadernos de Derecho Público*, 2000, p. 40).

⁵⁵¹ Véase *supra* p. 75.

⁵⁵² Por ejemplo, CHAMORRO BERNAL intenta diferenciar la prohibición de indefensión de la garantía de defensa del inciso segundo, postulando que en la primera se exige el principio de contradicción y en el

algunas particulares manifestaciones del derecho de defensa en el inciso segundo tiene por objeto remarcar una exigencia de ellas más intensa que el parámetro de la indefensión⁵⁵³.

La cuestión de si algunas de las garantías del artículo 24.2 se deben subsumir en la prohibición de indefensión se torna irrelevante desde el punto de vista de la validez de los actos si se asume una concepción amplia del criterio de validez que no se agota en la indefensión, como el que se ha adoptado en este estudio. Es indiferente si se trata o no de garantías diversas, pues la infracción de cualquiera de ellas, aun cuando se les considere independientes de la indefensión, generará la invalidez del acto. Sí tiene relevancia si se admite la idea de que la inclusión de estas mismas garantías impone un parámetro distinto al de la sola indefensión, pues en este caso, el criterio se vuelve más exigente. Sin embargo, la jurisprudencia no acoge esta idea, exigiendo en cada caso que se acredite la existencia de indefensión⁵⁵⁴.

e.1.2.3. En qué consiste la indefensión.

segundo se especifican las materializaciones de ese principio, lo que llevaría a que cupieran dentro del artículo 24.1 cuando no ha habido posibilidad alguna de defensa y el segundo cuando el desconocimiento del derecho ha sido solo parcial (CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24 de la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 121 y ss.).

⁵⁵³ BORRAJO INIESTA, I., *El derecho a la tutela sin indefensión (art. 24.1 CE): guión de cuestiones*, p. 47, afirma que los derechos del párrafo segundo solo adquieren su pleno sentido si se les da un contenido y efectos más intensos que los que son propios del derecho a la tutela judicial efectiva y sin indefensión. En un sentido similar, DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 439.

⁵⁵⁴ Entre las más recientes, refiriéndose al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, la STC 113/2009 (Sala Segunda), de 11 de mayo, ponente Jiménez Sánchez, afirma que “No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (SSTC 1/1996, de 15 de enero, F. 2, y 70/2002, de 3 de abril, F. 5, por todas); y, por otro, la prueba denegada o impracticada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre, F. 2; 219/1998, de 27 de enero, F. 3)” (FJ 3º, d). La misma postura es sostenida por las SSTC 174/2008 (Sala Segunda), de 22 de diciembre, ponente Conde Martín de Hijas, FJ 2º, y 10/2009 (misma Sala y ponente), de 12 de enero, FJ 5º.

Algunos de los autores que se han preocupado más en profundidad de la garantía constitucional de prohibición de indefensión han extraído, vía inducción, los elementos a partir de los que el TC determina la existencia de indefensión en un caso concreto. SERRANO HOYO enumera cuatro: (1) la infracción de una norma o garantía procesal; (2) la privación o limitación de los medios de defensa; (3) la no imputabilidad al justiciable; y (4) la influencia en el fallo⁵⁵⁵. A ellos, DÍEZ-PICAZO agrega dos más, el carácter definitivo de la indefensión y la carga de especificar la defensa preterida⁵⁵⁶, que son correctos desde el punto de vista del éxito del amparo, pero no son útiles para la apreciación de la indefensión propiamente tal⁵⁵⁷.

(1) El hecho de que se exija la infracción de una norma o garantía procesal es un asunto discutido. Tanto DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ como SERRANO HOYO matizan su inclusión señalando que es un requisito que no se exige siempre, pero sí generalmente, debido a que ambos admiten la existencia de casos en los que, pese a ver un acto procesal regular, pueda reconocerse la indefensión⁵⁵⁸. BORRAJO INIESTA, incluso, postula eliminarlo como requisito⁵⁵⁹.

En el bien entendido que el modelo normativo no se agota en el meramente legal, dichas situaciones, claramente excepcionales, debiesen referirse a aquellos casos en los que, cumpliéndose todos los requisitos, por un hecho ajeno a las partes y al tribunal, se produzca indefensión. El caso en que esta cuestión se plantea es el de las comunicaciones procesales en las que se ha cumplido con el modelo normativo, pero en el que sigue existiendo indefensión, ejemplo que hace retornar a un tema ya tratado con anterioridad en este capítulo⁵⁶⁰. Como se ha visto, en las situaciones de regularidad con indefensión la solución jurídica no es propiamente la invalidez, sino la rescisión. Siendo el amparo constitucional un instrumento procesal subsidiario, la falta u omisión que se le podrá

⁵⁵⁵ SERRANO HOYO, G., *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, p. 173.

⁵⁵⁶ BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, p. 103.

⁵⁵⁷ Así lo afirma SERRANO HOYO, G., *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, p. 173.

⁵⁵⁸ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. en BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, p. 104 y SERRANO HOYO, G., *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, p. 174.

⁵⁵⁹ BORRAJO INIESTA, I., *El derecho a la tutela sin indefensión (art. 24.1 CE): guión de cuestiones*, p. 42.

⁵⁶⁰ Véase *supra* p. 153.

reprochar al órgano jurisdiccional como generadora de indefensión en esta hipótesis será la de no conceder esta rescisión, que es una infracción normativa, en los casos en los que ella se pueda reclamar y no directamente la de permitir este acto regular.

(2) La privación o limitación de los medios de defensa es la esencia de la indefensión, pues esta no es una actividad, sino un resultado⁵⁶¹. Esta puede consistir en la afectación de cualquiera de las manifestaciones del derecho a defensa, entre las que se destacan el derecho a mantener una postura procesal, a la prueba y a la asistencia de un letrado⁵⁶². Si bien no es posible hacer un catálogo de todas las situaciones que pueden entrañar indefensión, pues puede ocurrir en cualquier momento⁵⁶³, para su comprensión es suficiente retener que este se da cuando se priva a algún litigante de la posibilidad de intervenir en el juicio, hacer valer sus alegaciones o probarlas. Por esto es que normalmente se le vincula con algunos principios que vendrían a ser expresiones de este, como los de bilateralidad, igualdad de armas o contradicción⁵⁶⁴.

(3) El que el menoscabo o limitación del derecho de defensa del afectado no sea imputable a su propio actuar es un factor que la jurisprudencia constitucional se ha encargado de hacer valer en numerosos supuestos para, en sus términos, afirmar que no hay indefensión o que no tiene relevancia constitucional. A través de este recurso se ha desestimado la existencia de una vulneración a esta garantía en distintos casos que tienen como denominador común el hecho de que el litigante ha producido la situación que lo aqueja o que frente a ella no ha actuado con la diligencia adecuada. El TC ha dicho que están excluidas del ámbito de protección del artículo 24 CE situaciones que se originan o en las que hay pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de su letrado o procurador o, si se trata de comunicaciones, conocimiento extraprocesal del juicio⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ Así lo pone de manifiesto BORRAJO INIESTA, I., *El derecho a la tutela sin indefensión (art. 24.1 CE): guión de cuestiones*, p. 44.

⁵⁶² RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2010)*, v. I, Atelier, Barcelona, 8ª ed., 2010, p. 378 y ss.

⁵⁶³ BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, p. 107.

⁵⁶⁴ Véase la STC 78/2008 (Sala Primera), de 7 de julio, ponente Rodríguez-Zapata Pérez, FJ 2º.

⁵⁶⁵ Entre las más recientes, así lo sostienen la ATC 9/2009 (Sala Segunda), de 26 de enero, FJ 2º y la STC 66/2009 (Sala Segunda), de 9 de marzo, ponente Rodríguez Arribas.

La exclusión del concepto de indefensión de aquellas situaciones en las que el menoscabo del derecho de defensa ha sido consecuencia del actuar del mismo afectado no merece cuestionamiento de parte de la doctrina, pues es lógico que no se brinde protección jurídica a quien no ha obrado con la diligencia o la rectitud debida. Los puntos en los que aparecen las dudas son referentes al grado de diligencia exigible y aquellos casos en los que existen culpas compartidas entre el tribunal y el litigante.

Respecto al grado de diligencia, aunque de la gran cantidad de casos en que se verifican situaciones de este tipo es posible extraer algunas reglas -como que la negligencia debe acreditarse más allá de meros indicios⁵⁶⁶ o que las faltas o errores del procurador o abogado también excluyen la indefensión⁵⁶⁷ - aún no es posible determinar con precisión un canon de responsabilidad exigible para todos los litigantes, pues si bien normalmente se exige la diligencia de un hombre medio, hay casos en los que esta regla se altera⁵⁶⁸.

En lo relativo a la concurrencia de culpas entre el afectado y el órgano jurisdiccional, la tendencia es clara a favor de desestimar la existencia de indefensión en estos casos⁵⁶⁹. Aunque en algunos casos ello puede resultar justificable, en la aplicación de esta doctrina muchas veces se olvida el papel de garantes de la CE que deben cumplir los tribunales, que les impone a estos últimos un estándar de comportamiento más exigente que al justiciable, en especial en aquellos casos en los que este no cuenta con asistencia letrada, así como la diferente trascendencia que tiene desde el punto de vista de la afectación a los litigantes un retraso en la tramitación de un juicio, que es lo que acarrea, en definitiva, una declaración de nulidad, frente a la indefensión ocasionada, que puede llegar a significar una sentencia injusta en contra.

(4) En especial en lo referente al derecho a la prueba, la jurisprudencia suele vincular la existencia del perjuicio del derecho de defensa con su influencia en el éxito de la

⁵⁶⁶ STC 93/2009 (Sala Segunda), de 20 de abril, ponente Conde Martín de Hijas, FJ 3º.

⁵⁶⁷ STC 153/2008 (Sala Primera), de 24 de noviembre, ponente Casas Baamonde, FJ 3º.

⁵⁶⁸ En este sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. en BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, p. 110; más recientemente, YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 243.

⁵⁶⁹ ATC 9/2009 (Sala Segunda), de 26 de enero, FFJJ 2º y 3º.

pretensión, apreciando la existencia de la indefensión solo en aquellos casos en los que la privación en particular incide en la estimación de lo pedido por la parte afectada⁵⁷⁰.

Esta postura parece errónea, en especial en atención a la dificultad y poca precisión que tiene un juicio especulativo como el que se pretende. Como afirma RAMOS MÉNDEZ, “la indefensión no tiene nada que ver con el contenido favorable o adverso de la sentencia, sino con el camino seguido hasta llegar a ella. La apreciación de perder o ganar un pleito es una valoración externa en función del éxito de las pretensiones de las partes”⁵⁷¹. La consideración del éxito de la pretensión plantea numerosos problemas tanto teóricos como prácticos. Al analizar el perjuicio desde el punto de vista del resultado, se hace un juicio probabilístico en base a lo que se supone o imagina sería el juicio sin la privación de defensa por parte de un tribunal, en el caso del amparo, que ni siquiera es el llamado a resolver la cuestión de fondo acerca de la que elucubra⁵⁷², por lo que resulta más razonable la no consideración de este requisito, quedando la indefensión, en cuanto a sus resultados, limitada al análisis de si se ha producido un menoscabo en el derecho de defensa.

e.1.2.4. Improcedencia de la distinción entre indefensión formal y material.

⁵⁷⁰ En la STC 22/2008 (Sala Segunda), de 31 de enero, ponente Conde Martín de Hijas, se afirma que “En concreto, para que se produzca violación del indicado derecho fundamental, este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por una parte, la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial; y, por otra, la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida. Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta, según nuestra jurisprudencia, también en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de las pretensiones” (FJ 2º, c). Sostienen esta misma doctrina, entre otras, la SSTC 185/2007 (Sala Primera), de 10 de septiembre, ponente Casas Baamonde, FJ 2º y 240/2007 (Sala Primera, de 10 de diciembre, ponente Pérez Tremps, FJ 2º. En la doctrina, a favor de esta postura, véase BORRAJO INIESTA, I., *El derecho a la tutela sin indefensión (art. 24.1 CE): guión de cuestiones*, p. 59.

⁵⁷¹ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2010)*, p. 401. La misma postura es sostenida por CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, p. 374.

⁵⁷² En una línea parecida, YÉLAMOS BAYARRI señala que “la regla general es y debe ser que el amparo no puede entrar a verificar el efecto útil o práctico de la eventual participación. Porque lo contrario supone invadir competencias ajenas y entender mal el derecho de defensa. El derecho de defensa no tiene nada que ver con el éxito del fallo de la sentencia. Tiene que ver con la posibilidad de participar en esa decisión, garantía de la que se ve desprovisto el destinatario de una notificación defectuosa” (YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 250). En la jurisprudencia, esta postura es posible encontrarla excepcionalmente en algunos fallos como la STC 144/1997 (Sala Segunda), de 15 de septiembre, ponente González Campos, FJ 4º, B.

La diferenciación entre indefensión formal y material es uno de los aspectos de la jurisprudencia del TC más criticados por la doctrina procesal. El origen de ella se suele reconocer en la STC 48/1984, de 4 de abril⁵⁷³, que, si bien no utiliza estos términos, es la primera en esbozar un posible deslinde entre un concepto procesal y otro constitucional de indefensión⁵⁷⁴, al afirmar que

“El concepto jurídico-constitucional de indefensión que en el artículo 24 de la Constitución permite y obliga a construir, no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión. Ocurre así, porque como acertadamente ha sido dicho, la idea de indefensión no puede limitarse, restrictivamente, al ámbito de los que pueden plantearse en los litigios concretos, sino que ha de extenderse a la interpretación desde el punto de vista constitucional de las leyes reguladoras de los procesos. Por esto, si bien el Derecho Procesal, en aras de sus propias necesidades de estructuración de los procesos y para facilitar el automatismo y la tramitación de los procedimientos judiciales, presenta un contenido marcadamente formal y define la indefensión de un modo igualmente formal, a través, por ejemplo, de la falta del debido emplazamiento o de la falta de otorgamiento de concretos trámites o de concretos recursos, en el marco jurídico-constitucional no ocurre lo mismo” (FJ 1º).

Muy probablemente motivada, nuevamente, por la necesidad de encontrar vías para reducir el número de amparos por conocer⁵⁷⁵, una desafortunada interpretación del pasaje recién reproducido habría sido el generador de la concepción dualista de la indefensión que se plasmaría en sentencias como la STC 48/1986, de 23 de abril⁵⁷⁶, que afirma que “una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino solo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un

⁵⁷³ Sala Segunda, ponente Díez-Picazo y Ponce de León.

⁵⁷⁴ ALMAGRO NOSETE, J., *La prohibición constitucional de indefensión*, p. 236 y CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, p. 363.

⁵⁷⁵ A eso lo atribuye DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 438. En el mismo sentido, FURQUET MONASTERIO, N., *Las comunicaciones procesales*, p. 46. Cfr. con CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, p. 363. quien, sin desconocer este motivo, identifica como el principal el de la “patológica aplicación” de un concepto amplio de indefensión como privación de tutela, incluyendo a veces la incorporación de cualquiera de las garantías constitucionalizadas.

⁵⁷⁶ Sala Segunda, ponente Leguina Villa.

perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella” (FJ 1º). De ahí en adelante se ha generado, hasta hoy, una distinción entre una supuesta indefensión formal o procesal, que no sería amparable por el TC, y otra material o constitucional que sí lo sería.

La diferencia entre ambas especies de indefensión no está demasiado clara, pues la jurisprudencia ha sido imprecisa, incluso errática, en el uso de esta distinción. Sí hay claridad en que, al menos en principio, la indefensión procesal supone la infracción a una norma procesal y la material incluye algo más⁵⁷⁷. Aunque algunos autores identifican a la indefensión formal como aquella infracción procesal que no ha afectado las posibilidades de defensa⁵⁷⁸, parece ser más exacto describirla como aquella infracción a la que falta cualquiera de los otros requisitos para ser constitucionalmente relevante⁵⁷⁹.

La disconformidad doctrinal frente a la bipartición de la indefensión ha sido mayoritaria. Sin perjuicio de que algunos autores la utilizan de forma acrítica, aunque sin defenderla expresamente⁵⁸⁰, casi toda la doctrina coincide en condenar el uso de este criterio. Muchos de ellos basan sus reparos en la imposibilidad de reconocer dos tipos de indefensión, debido a que es una sola y no resulta, en tal calidad, divisible, remarcando que lo que el TC reconoce como indefensión en materia procesal, la mera infracción procesal, nunca ha sido tal⁵⁸¹.

Aunque dicha postura puede ser correcta, parece más adecuado sostener la oposición a tan asentada jurisprudencia en criterios de conveniencia, y no de posibilidad. En efecto, si se considera que ni el constituyente ni el legislador se han atrevido a distinguir entre distintas clases de indefensión, no parece adecuado, en aras a obtener un concepto de suficiente

⁵⁷⁷ YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 193.

⁵⁷⁸ DÍEZ-PICAZO, I. en BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, p. 115; RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2005)*, p. 292.

⁵⁷⁹ Es lo que sostiene SERRANO HOYO, G., *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, p. 349.

⁵⁸⁰ Por ejemplo, CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24 de la Constitución*, p. 112; y GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 251.

⁵⁸¹ ALMAGRO NOSETE, J., *La prohibición constitucional de indefensión*, p. 235; GESTO ALONSO, G., *Precisiones sobre el concepto de indefensión*, p. 317; y YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 203.

precisión, que esta tarea la adopte el juzgador⁵⁸². Esta inconveniencia se demuestra en dos aspectos: (1) el extremo casuismo con que se manejan ambas nociones, que redundaría en utilización de estas nociones de forma poco segura para el justiciable, en especial en lo referente a las inadmisiones⁵⁸³; y (2) en la absoluta inutilidad de la diferenciación para el entendimiento de la noción de indefensión en materia de invalidez procesal, en la que se revela la idea de indefensión constitucionalmente relevante asoma como un parámetro insuficiente.

e.1.3. La tutela judicial efectiva.

e.1.3.1. Remisión. Inaplicabilidad de los cánones constitucionales.

El estudio de las principales características de la tutela judicial efectiva ya se ha efectuado. Respecto a sus manifestaciones más importantes -acceso al proceso, derecho a una resolución acerca del fondo y acceso al recurso-, valga la caracterización ya hecha. No cabe duda de que la infracción de cualquiera de estos aspectos constituye causal de nulidad procesal, por infracción a la garantía de tutela judicial del artículo 24 CE. Como consecuencia de esta remisión, en este apartado solo se estudiarán brevemente cinco manifestaciones de la tutela judicial que no inciden en la doctrina del TC acerca de la subsanación, pero que son importantes en el juicio de validez: los derechos a una resolución motivada en Derecho, a una sentencia congruente, a la ejecución, a la intangibilidad de las resoluciones judiciales y a la tutela cautelar.

Antes de proseguir es necesaria una advertencia: el hecho de que se utilice la tutela judicial efectiva para determinar la validez de los actos no supone aplicar los cánones constitucionales que ha configurado la jurisprudencia constitucional. Estos son herramientas destinadas únicamente a ser empleadas por el TC en la necesidad de perfilar su labor como distinta a la del mero control de legalidad de los tribunales ordinarios. Aunque a veces se haga, no cabe, en caso alguno, la utilización de criterios de

⁵⁸² Así lo hace presente RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2005)*, p. 293.

⁵⁸³ En esta línea, DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 439.

proporcionalidad o de razonabilidad para determinar la conculcación de este derecho por parte de los tribunales ordinarios. El canon de estos es el de mayor intensidad: el de corrección legal. Es erróneo rebajarlo al analizar la validez de las actuaciones, pues es subvertir el sentido de las exigencias legales. En tiempos en los que el TC se ha visto limitado –y autolimitado- cada vez más en sus funciones, con parámetros de intervención cada vez más altos, esta advertencia adquiere especial relevancia.

e.1.3.2. El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, en especial de las sentencias, es una expresión paradigmática de la ideología de la Ilustración, que solo se consolidaría como un requisito ineludible en el siglo XIX, luego de vaivenes donde su conveniencia no era unánimemente aceptada⁵⁸⁴. Hoy, su obligatoriedad es indiscutible, al punto de entenderse como uno de los pilares de la jurisdicción democrática⁵⁸⁵. Aunque escueta y algo restringidamente, el artículo 120.3 CE ha reconocido la trascendencia que en la actualidad se le confiere al disponer que “Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”. Más expresiva es la exigencia legal consagrada en el artículo 208 LEC, que exige para las providencias una motivación sucinta, mientras que para los autos y sentencias los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base el fallo. Respecto de este último tipo de resoluciones, se deben, además, considerar las exigencias del artículo 209⁵⁸⁶ y, en especial, las del artículo 218.2 LEC⁵⁸⁷.

⁵⁸⁴ ORTELLS RAMOS, M., "Origen histórico del deber de motivar las sentencias" en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, v. 4, 1977, p. 900 y ss., hace presente que el deber de motivación no se establece de modo general hasta mediados del siglo antepasado, con la excepción de los Tribunales de Comercio, que debieron motivar sus sentencias a partir de 1830. La Real Cédula de Carlos III, de 23 de junio de 1778, establece la prohibición de motivar las sentencias recogiendo una práctica que ya existía en los Tribunales de Castilla. El objetivo de esto era evitar dar lugar a “cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de la sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso y las costas que a las partes se siguen”. Hasta antes de esa Real Cédula la situación no era uniforme: mientras las leyes castellanas guardaban silencio sobre punto, en Aragón y Cataluña sí se establecía la obligación de motivación.

⁵⁸⁵ Véase COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 72.

⁵⁸⁶ Las reglas 2ª y 3ª de este artículo exigen, respectivamente, que “en los antecedentes de hecho se consignarán, con la claridad y la concisión posibles y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes o interesados, los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso”; y “en los fundamentos de derecho se expresarán, en párrafos separados y

La necesidad de motivación se ha justificado doctrinalmente tanto por razones que son propias de la estructura y funcionamiento del proceso en el que recae en la resolución, como por otras que le exceden y que se trasuntan en el plano social. Para TARUFFO, dentro de las primeras, a las que identifica como endoprocesales y considera las principales, están (a) la de permitir a las partes el ejercicio del derecho a impugnar, mediante el conocimiento de los motivos de la resolución; y (b) facilitar al juez el control de su propia decisión. Acerca de las segundas, las extraprocesales, el mismo autor afirma que tienen relación con el interés social por el funcionamiento de la administración de justicia y son una manifestación del principio de control que caracteriza la noción moderna de Estado de Derecho⁵⁸⁸. La vinculación de la motivación con la tutela judicial efectiva pasa principalmente por la función endoprocesal, constituye una herramienta idónea para propiciar el control de la interdicción de arbitrariedad de los actos. Sin ella, no se conoce el razonamiento que ha servido de base a la decisión, impidiendo o, al menos, haciendo extremadamente dificultoso este control⁵⁸⁹.

Aunque la CE, a diferencia de la italiana⁵⁹⁰, se refiere expresamente solo a las sentencias y no a otro tipo de resolución, el parámetro de la tutela judicial efectiva, por un lado, y, por otro, una interpretación armónica con la regulación legal del tema, han llevado al TC a

numerados, los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso”.

⁵⁸⁷ El artículo 218.2 LEC dispone que “Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”.

⁵⁸⁸ TARUFFO, M., “La fisionomía della sentenza in Italia” en AA.VV., *La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile*, Cedam, 1988, Padova, p. 188. A nivel jurisprudencial, véase la STC 13/1987 (Sala Primera), de 5 de febrero, ponente Díez-Picazo y Ponce de León, FJ 3º. Más enfocado en las consecuencias extraprocesales, véase el ATC 77/1993, de 1º de Marzo, FJ 3º.

⁵⁸⁹ Así parece reconocerlo la STC 314/2005 (Sala Primera), de 12 de diciembre, ponente García-Calvo y Montiel, FJ 4º, a. Sin perjuicio de ello, e incluso reconociendo que estas son buenas razones en abstracto para justificar este deber, ORTELLS postula que el establecimiento del deber de motivación en España surge como una forma de controlar la aplicación de nuevos cuerpos normativos. Así, constata cómo el deber de motivar las sentencias de los tribunales de comercio nace inmediatamente después del Código de Comercio (de 1829) y el motivar las sentencias penales con el Código Penal (1848) (en ORTELLS RAMOS, M., *Origen histórico del deber de motivar las sentencias*, p. 909 y ss.).

⁵⁹⁰ El párrafo sexto de su artículo 111 dispone que “Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”.

hacer extensible dicha obligación también a los autos en todo orden jurisdiccional⁵⁹¹, quedando liberadas de esta obligación solo las providencias⁵⁹².

La sola existencia de una motivación no cumplirá con la exigencia planteada. No basta con decir cualquier cosa para que la obligación se asuma cumplida. Es por esto que se ha fijado un canon de validez a la luz de la tutela judicial efectiva. Este es menos exigente que el de completitud requerido por el legislador en el artículo 218.2 LEC. Mientras este último exige que los tribunales justifiquen su postura frente a todas y cada una de las alegaciones, el primero se cumple con la expresión de un mínimo razonamiento que permita conocer las razones que apoyan la decisión⁵⁹³.

En resumen, para el canon en cuestión basta la expresión de los fundamentos que permiten entender el razonamiento subyacente en la decisión adoptada⁵⁹⁴. Aunque en la motivación el órgano jurisdiccional no exprese cabalmente todo el proceso de decisión ni se haga cargo de todas las alegaciones hechas valer por las partes, se deberá entender cumplida tal exigencia constitucional si la misma da la posibilidad de comprender la argumentación que ha desembocado en el fallo⁵⁹⁵.

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en prevenir que la concreción de la suficiencia en el caso particular no es un tema en el que se admitan generalizaciones ni apreciaciones *a priori*, siendo necesario el análisis de las circunstancias concretas de cada

⁵⁹¹ STC 325/1994 (Sala Primera), de 12 de diciembre, ponente de Mendizábal Allende, FJ 3º

⁵⁹² COLOMER HERNÁNDEZ sostiene que no hay una razón jurídica que permita hacer exclusión cuando hay providencias que son dejadas al arbitrio del tribunal. De *lege ferenda*, propone imponer la obligación de justificar todas las resoluciones de ordenación dictadas en el juicio (COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, p. 84).

⁵⁹³ COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, p. 343. En la jurisprudencia, en este aspecto resultan interesantes la STC 14/1991 (Sala Segunda), de 28 de enero, ponente Rubio Llorente, FJ 2º. Entre las más recientes, en el mismo sentido la STC 92/2007 (Sala Segunda), de 7 de mayo, ponente Rodríguez Arriba, FJ 3º

⁵⁹⁴ VALLESPÍN PÉREZ, D., *Las garantías constitucionales en el proceso civil*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1996, p. 681.

⁵⁹⁵ En este predicamento, resulta expresiva la STC 231/1997 (Sala Primera), de 16 de diciembre, ponente Ruiz Vadillo, cuando afirma que, en definitiva, la finalidad esencial de la motivación es “que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera” (FJ 1º).

caso para determinar si se ha observado o no este deber⁵⁹⁶. Aun así, el TC ha ido fijando algunas reglas que permiten, al menos, delimitar los alcances de su criterio en la materia:

(a) No hay derecho a una motivación de una extensión ni de una forma de expresión determinada: Reiteradamente se ha declarado que el derecho a la motivación de la sentencia no incluye el derecho a una motivación extensa o exhaustiva, por deseable que pudiese resultar desde el punto de vista de la técnica procesal, o a una determinada manera de exponer la justificación del fallo, identificable con la tradicional. Por el contrario, el análisis no debe llevarse más allá de la constatación de si las resoluciones impugnadas, en el contexto global del proceso, permiten conocer si la decisión judicial es fruto de una interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico reconocible, mediante la valoración de las circunstancias concurrentes que singularizan el caso concreto, tanto las que están presentes, implícita o explícitamente, en la propia resolución combatida como las que, no existiendo, constan en el proceso⁵⁹⁷.

(b) En ciertas circunstancias, resulta suficiente una motivación implícita: la admisión de esta figura es la mejor expresión de la laxitud con que se interpreta el requisito que se está estudiando. Se debe entender, siguiendo a COLOMER HERNÁNDEZ, que hay motivación implícita cada vez que una decisión expresa del juzgador carece de una explicación propia⁵⁹⁸. No debe confundirse con los casos de desestimación tácita, que es un caso en el que falta una decisión específica sobre una pretensión determinada.

La sola denominación que se ha utilizado, que es la del TC, denota algún grado de tolerancia con esta cuestionable opción argumentativa. En esta materia, el criterio utilizado por el TC es que bastará para considerar motivada una sentencia el que pueda inferirse su fundamentación del conjunto y sentido de las argumentaciones utilizadas por el tribunal para resolver las pretensiones de las partes⁵⁹⁹. Si la razón de la decisión puede extraerse del resto de la argumentación, la motivación ya será suficiente. Esta tolerancia del TC no ha sido bien recibida por parte de la doctrina, en especial por la complejidad que supone para

⁵⁹⁶ Por todas, la STC 17/2009 (Sala Primera), de 26 de enero, ponente Aragón Reyes, FJ 3º.

⁵⁹⁷ STC 37/2001 (Sala Segunda), de 12 de febrero, ponente Viver Pi-Sunyer, FJ 6º.

⁵⁹⁸ COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, p. 390.

⁵⁹⁹ STC 107/2006 (Sala Primera), de 3 de abril, García-Calvo y Montiel, FJ 4º.

la parte afectada por la resolución el conocer el fundamento y el poder impugnarlo a través de algún recurso⁶⁰⁰.

(c) No todos los casos requieren el mismo nivel de motivación: La exigencia de motivación de las sentencias y autos no siempre tiene la misma entidad. El TC ha afirmado de forma constante que aquellos casos en los que la resolución limita o afecta a otros derechos fundamentales requieren de una motivación reforzada, imponiendo un canon más exigente por la naturaleza instrumental que adquiere el derecho a la tutela judicial respecto de estos otros derechos. En aplicación de este predicamento, se han exigido mayores niveles de justificación cuando han estado en juego derechos como el de no discriminación en razón de sexo⁶⁰¹ o a no padecer torturas ni tratos inhumanos o degradantes⁶⁰². En estos casos se ha venido entendiendo que la vulneración de esta obligación no afecta la tutela judicial efectiva, sino el derecho fundamental limitado⁶⁰³. También se exige un reforzamiento en la motivación cuando se trata de desvirtuar la presunción de inocencia, en especial a través de indicios⁶⁰⁴, cuando atañe a la libertad como valor supremo del ordenamiento jurídico y cuando el juez se aparta de sus precedentes⁶⁰⁵.

Excepcionalmente, se ha determinado que el deber de motivación es aún menos estricto, casi inexistente. La STC 113/2004, de 12 de julio⁶⁰⁶, desestima un recurso de amparo interpuesto contra una sentencia del Consejo de Hombres Buenos de Murcia, que condenaba al pago de una indemnización al recurrente sosteniendo como única motivación la frase “vistas las circunstancias que concurren en el presente caso”. Luego de concluir que se trata de un órgano que cumple funciones jurisdiccionales y que, en cuanto tal, está sujeto a las exigencias del artículo 24 CE, sostiene que el deber de motivación no puede entenderse con igual intensidad que para el común de los órganos jurisdiccionales, en consideración a que se trata de un tribunal formado por legos que aplican un derecho

⁶⁰⁰ CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24 de la Constitución*, p. 214; BONET NAVARRO, Á., "Sentencia de 20 de octubre de 1995" en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 40, 1996, p. 323.

⁶⁰¹ STC 92/2008 (Sala Primera), de 21 de julio, ponente Casas Baamonde, FJ 6º.

⁶⁰² STC 52/2008 (Sala Primera), de 14 de abril, ponente Pérez Tremps, FJ 2º.

⁶⁰³ STC 27/2008 (Sala Segunda), de 11 de febrero, ponente Gay Montalvo, FJ 3º.

⁶⁰⁴ STC 174/1985 (Sala Primera), de 17 de diciembre, ponente Latorre Segura, FJ 7º.

⁶⁰⁵ STC 35/2009 (Sala Primera), de 9 de febrero, ponente Aragón Reyes, FJ 3º.

⁶⁰⁶ Sala Primera, Ponente Casas Baamonde.

esencialmente consuetudinario. Para estos casos “solo en los supuestos en que las razones de la correspondiente decisión sean absolutamente desconocidas o imposibles de descubrir, la misma [la sentencia] no superaría el canon en qué consiste esta vía de control y habilitaría en consecuencia su anulación” (FJ 9º). Aunque parece acertada la premisa, que podría entenderse también aplicable al Tribunal de las Aguas de Valencia⁶⁰⁷, la extrema laxitud en la aplicación del criterio se ve reflejada en el voto particular del magistrado García-Calvo y Montiel, quien considera insuficiente la motivación debido a que “el simplismo de la fórmula rituaría empleada a modo de Sentencia, por más que sea emitida por un órgano jurisdiccional integrado por legos, mantiene ocultas las razones de la correspondiente decisión, siendo imposible, obviamente, su conocimiento”.

(d) En principio, son admisibles las motivaciones *per relationem*: Se debe entender que una motivación es *per relationem* o por remisión si para la decisión el juez no elabora una justificación autónoma *ad hoc* sino que se sirve del reenvío a otra sentencia o instrumento⁶⁰⁸. De acuerdo al origen de la decisión a la que se refiere, puede tratarse de una remisión interna (si pertenece a la misma causa o procedimiento) o externa (si corresponde a otra causa o a una resolución no jurisdiccional)⁶⁰⁹.

En general, el TC ha sido bastante receptivo con este tipo de motivación, entendiendo que se trata de una forma válida de justificación incluso para casos en los que se requiere motivación reforzada⁶¹⁰. Para las remisiones internas, la única limitación que se ha observado ha sido en situaciones en las que la referencia a la resolución anterior no da respuesta a las pretensiones planteadas a la impugnación de la sentencia⁶¹¹. Para las externas se han presentado inconvenientes en especial con las referencias no jurisdiccionales, cuando se remite algún antecedente que no se encuentra agregado en las actuaciones del procedimiento⁶¹² o cuando este no contiene argumentos que puedan servir de apoyo para entender la razón del fallo⁶¹³.

⁶⁰⁷ CARRASCO DURÁN, M., "Novedades sobre la interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva" en *Poder Judicial*, n° 76, 2004, p. 227.

⁶⁰⁸ TARUFFO, M., *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975, p. 422.

⁶⁰⁹ COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, p. 402.

⁶¹⁰ STC 5/2002 (Sala Primera), de 14 de enero, ponente García Manzano, FJ 3º.

⁶¹¹ STC 231/1997 (Sala Primera), de 16 de diciembre, ponente Ruiz Vadillo, FJ 4º.

⁶¹² En la STC 55/1999 (Sala Primera), de 12 de abril, ponente García Manzano, se considera insuficientemente motivado un auto denegatorio del beneficio de remisión condicional de la condena, entre

Un análisis mínimamente cuidadoso a las limitaciones de la técnica de motivación por remisión, tanto a la interna como a la externa, deja en evidencia la amplitud con que esta ha sido admitida, pues realmente no hay especiales restricciones que la desmejoren frente a una forma más ortodoxa de justificación. Si los mismos defectos se encontrasen en motivaciones sin remisión, las aprehensiones acerca de su suficiencia serían de igual tenor. En definitiva, no son más que la aplicación de la regla rectora de esta exigencia: mientras se puedan conocer las razones que llevaron al órgano jurisdiccional a resolver de la forma que lo hizo, la motivación deberá tenerse como constitucionalmente admisible⁶¹⁴.

(e) Las motivaciones por formularios o estereotipadas pueden cumplir con la exigencia de la motivación: Lo que caracteriza a una motivación de esta especie es la utilización de razonamientos estandarizados, elaborados previamente, sea que los mismos vengan en modelos impresos o que constituyan una reproducción de un razonamiento genérico no formulado especialmente para el caso que se debe resolver.

La doctrina ya consolidada del TC frente a ellos no deja de ser llamativa, ya que desaconseja las motivaciones estereotipadas, pero las tolera. Las desaconseja porque reconoce en ellas un riesgo de vulneración a la tutela judicial efectiva, por la posibilidad de

otras razones por no ser idónea la remisión a un informe del Ministerio Fiscal que no consta aparecer en las actuaciones remitidas (FJ 4°).

⁶¹³ STC 164/1999 (Sala Segunda), de 27 de septiembre, ponente Conde Martín de Hijas, también respecto de un auto denegatorio del beneficio de remisión condicional de la condena, se aprecia la insuficiencia de la motivación por remisión al informe del Ministerio Fiscal, porque en este solo hay una oposición sin fundamentos (FJ 3°).

⁶¹⁴ En un sentido opuesto, se manifiesta COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, p. 402 y ss., quien reconoce como un requisito, tanto para la remisión interna como para la externa, la aceptación de la valoración de los argumentos contenidos en el instrumento al que se dirige esta. Este requisito lo extrae a partir de la STC 224/1997 (Sala Segunda, de 11 de diciembre, ponente Mendizábal Allende). No comparto esta apreciación debido a que aunque de la lectura de ella, en especial de su FJ 3°, queda la impresión de que este es una condición que debe cumplir la remisión para que sea tolerable constitucionalmente, el análisis del resto de la jurisprudencia del TC no arroja ninguna situación en la que se haya considerado insuficiente una motivación por la ausencia de este requisito. En este contexto, la consideración de este elemento por esta sentencia parece ser más un argumento para reforzar una decisión tomada por el incumplimiento de otros requisitos que propiamente una exigencia. Además de este, COLOMER HERNÁNDEZ agrega como requisito para el caso de las remisiones internas que sean respetuosas con la argumentación y las pretensiones del recurso y para las externas el que el documento o instrumento al que se remita contenga una justificación y pueda ser conocida por las partes litigantes, pero estos no son efectivamente requisitos ni limitaciones, sino la sola expresión de las exigencias generales de motivación.

incurrir en incongruencia por omisión. Sin embargo, las tolera fundándose en que peticiones idénticas pueden obtener respuestas iguales, sin que la repetición de los fundamentos equivalga a su ausencia, pues lo relevante es la existencia de una motivación suficiente para conocer los criterios jurídicos que justifican lo resuelto⁶¹⁵. La única limitación reconocible que se puede encontrar a esta cuestionable técnica es referente a los casos en los que se requiere motivación reforzada⁶¹⁶.

Sin embargo, no siempre fue así. Hasta la ya citada STC 116/1998, en la práctica resultaban inadmisibles este tipo de resoluciones, pues se exigía al menos alguna concreción que permitiese discernir que la motivación efectivamente tomaba en cuenta las particularidades del caso y las alegaciones de las partes⁶¹⁷. En otro buen ejemplo del proceso de autorestricción que vivió el TC en la segunda mitad de la década de 1990, se empieza a admitir el uso de estereotipos, excluyéndose su uso solo en casos calificados⁶¹⁸.

Como se puede apreciar del examen de las distintas soluciones que da la jurisprudencia constitucional, el estándar que ha establecido en este aspecto el TC es bastante bajo, configurándose como una exigencia de “extrema delgadez”⁶¹⁹. Excluyendo los casos en los que la motivación sea simplemente inexistente (y siempre y cuando no se pueda colegir la existencia de una motivación tácita), resulta muy difícil que se aprecie la insuficiencia de una motivación.

⁶¹⁵ STC 217/2007 (Sala Primera), de 8 de octubre, ponente Rodríguez-Zapata Pérez, FJ 2º c).

⁶¹⁶ STC 116/1998 (Sala Primera), de 2 de junio, ponente Cruz Villalón, FJ 5º.

⁶¹⁷ STC 177/1994 (Sala Primera), de 10 de junio, ponente de Mendizábal Allende, FJ 2º.

⁶¹⁸ Una interesante postura en contra de la legitimación de este tipo de motivación se puede encontrar en un voto particular del entonces magistrado Vicente Gimeno Sendra, al que adhiere el magistrado Jiménez de Parga y Cabrera, en la recién mencionada STC 116/1998, en el que, luego de criticar abiertamente la nueva postura del TC, agrega “Al legitimar esta práctica, desgraciadamente no infrecuente ante la sobrecarga que sufren nuestros Juzgados y Tribunales, esta Sala Primera ha renunciado a efectuar un control material de la obligación constitucional de motivación específica de las sentencias. Y ante esta renuncia, tan solo cabe esperar que nuestros Tribunales no utilicen tales fórmulas en las que se dice que «no ha existido error en la valoración de la prueba», sin que sepamos a ciencia cierta por qué o que «los hechos son ajustados a Derecho» sin que se pueda saber si el Tribunal ha reflexionado sobre la aplicación de norma alguna del ordenamiento. De lo contrario, mejor será que el legislador suprima los medios de impugnación contra las Sentencias, pues no se puede tener al justiciable meses e incluso años en espera de una Sentencia de segunda instancia, para que se vuelva a su casa con la duda razonable de que, a lo peor, el Tribunal de apelación no ha leído siquiera el recurso presentado por su Abogado” (FJ 4º del voto particular).

⁶¹⁹ Denominación de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva" en *Cuadernos de Derecho Público*, 2000, p. 35).

e.1.3.3. Derecho a una sentencia congruente.

La jurisprudencia del TC ha reconocido a la incongruencia en las resoluciones judiciales como un atentado a la tutela judicial efectiva. La incongruencia se entiende, en general, como “la falta de adecuación entre las pretensiones de las partes formuladas oportunamente y la parte dispositiva de la resolución judicial”⁶²⁰. Hay múltiples clasificaciones acerca de las especies de incongruencia, aunque todas ellas parten, al menos, de la distinción básica entre la por omisión y la por exceso, considerando a la primera como aquella en la que el tribunal no se ha pronunciado sobre algunas de las pretensiones de las partes y a la segunda como la que se verifica de darse más o algo distinto de lo pedido por el juez. En el caso del TC ha seguido esta línea, aunque reconociendo como una tercera categoría a la incongruencia mixta o por error que es la que se da de verificarse simultáneamente tanto la incongruencia por omisión como por exceso⁶²¹.

e.1.3.3.1. La incongruencia por omisión.

La incongruencia por omisión junto con la falta de motivación, son las dos causales más utilizadas por quienes reclaman la vulneración de la tutela judicial efectiva a través del amparo. En términos generales, se debe entender que hay incongruencia por omisión, o falta de exhaustividad⁶²², cuando no se resuelven alguna de las peticiones de fondo realizada en tiempo y forma por alguna de las partes en el proceso⁶²³. Sin embargo, no toda incongruencia de esta especie tiene relevancia constitucional. Tal como en otras situaciones,

⁶²⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Incongruencia civil y penal" en SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de derecho procesal*, Ariel, 1969, Barcelona, p. 395.

⁶²¹ STC 36/2009 (Sala Segunda), de 9 de febrero, ponente Gay Montalvo, FJ 4º.

⁶²² Aunque el TC ocupa el término “incongruencia por omisión”, algunos autores prefieren llamarla “falta de exhaustividad” (MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 82) o, simplemente, “omisión de pronunciamiento” (BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, p. 90), para desligarla de la incongruencia por exceso con la que, afirman, tendría poca relación.

⁶²³ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Constitución y Derecho Procesal: Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 174.

el canon constitucional difiere del legal⁶²⁴, lo que equivale a considerar que no toda incongruencia desde el punto de vista de la LEC tendrá relevancia constitucional⁶²⁵.

Aun con algunas contradicciones y luego de un periodo en donde no era posible hablar de una verdadera doctrina del TC sobre el tema, hoy la jurisprudencia de este tribunal ha fijado algunos criterios estables para determinar cuándo hay falta de exhaustividad de relevancia constitucional. Para esta doctrina, habrá un vicio de incongruencia con relevancia constitucional si (1) hay una pretensión sometida a la consideración del tribunal por alguna de las partes; y (2) no ha habido una respuesta, ni aun tácita, a ella⁶²⁶.

(1) Acerca de la exigencia de que se trate de que exista una pretensión por parte del tribunal. Para que se considere tal, debe ser una petición realizada por alguna de las partes que tenga lugar en el proceso en virtud de determinada fundamentación o causa de pedir. Aparte de esto, la única exigencia que ha planteado el TC es que sea efectuada en tiempo y forma⁶²⁷.

Sin embargo, algunos autores han planteado que para que se trate de una incongruencia de relevancia constitucional debe tratarse de una petición acerca del fondo del asunto y efectuada por el demandante⁶²⁸. Esta disparidad de criterios viene dada por la comprensión del requisito de congruencia: si se entiende que si se trata como un derivado del derecho a una sentencia sobre el fondo, deberá limitarse su extensión en la forma que estos autores lo han hecho. Sin embargo, el TC, aunque en algunas sentencias razona en esa línea, no ha aceptado esta vinculación como necesaria, en su lugar ha reconocido una relación directa con la tutela judicial efectiva, al vincularlo con la denegación de justicia⁶²⁹, que no vendría a

⁶²⁴ SÁEZ LARA, C., *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 44, afirma que se trata de “un vicio procesal cuyo concepto legal y constitucional no coinciden”.

⁶²⁵ El nivel de exhaustividad que exige la LEC es tan simple como exigente: de acuerdo su artículo 218.1 deben decidirse “todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate”.

⁶²⁶ Un resumen de ella se puede encontrar, entre las últimas resoluciones, en la STC 61/2009 (Sala Segunda), de 9 de marzo, ponente Gay Montalvo, FJ 5º. También resulta interesante, por el detenimiento y orden en la expresión de la doctrina, la STC 269/2006 (Sala Segunda), de 11 de septiembre, mismo ponente, FJ 4º.

⁶²⁷ STC (Sala Primera) 52/2005, de 14 de marzo, ponente Casas Baamonde FJ 2º a) y b).

⁶²⁸ BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, p. 91 y MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*, p. 82.

⁶²⁹ STC 4/2006 (Sala Primera), de 16 de enero, ponente Rodríguez Zapata-Pérez, FJ 3º.

ser otra cosa que la falta de tutela, configurando de manera más amplia, al menos en este aspecto, la exigencia del deber de congruencia.

(2) El tema de la ausencia de respuesta adquiere interés por lo relativo a la resolución tácita. Para que se dé esta forma de respuesta “es necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente no solo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida sino, además, los motivos que fundamentan la respuesta tácita”⁶³⁰.

En las respuestas tácitas es en donde es más difusa la distinción entre el deber de congruencia y el de motivación. Como apunta DE LA OLIVA SANTOS, las resoluciones tácitas pueden generar problemas cuando no resulta indudable la decisión no expresada o cuando no puede conocerse el fundamento de la misma. En el segundo caso, el problema deviene en un asunto relativo a la motivación y no a la congruencia⁶³¹.

El TC se encarga de remarcar, aunque pueda parecer innecesario, que no se aprecia incongruencia por la falta de respuesta derivada del enjuiciamiento excluyente de una cuestión preferente, como en el caso de la existencia de defectos procesales que impida la resolución acerca del fondo⁶³².

e.1.3.3.2. La incongruencia por exceso.

⁶³⁰ STC 1/2001 (Sala Segunda), de 15 de enero, ponente de Mendizábal Allende, FJ 4º.

⁶³¹ En DE LA OLIVA SANTOS, A. y Díez-Picazo Giménez, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 3ª ed., 2004, p. 450. La jurisprudencia, de alguna manera, se hace cargo de esta tenue distinción cuando afirma que “En relación con el vicio de incongruencia este Tribunal distingue entre las que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno” (STC 36/2009 (Sala Segunda), de 9 de febrero, ponente Gay Montalvo, FJ 4º).

⁶³² STC 4/1994 (Sala Segunda), de 17 de enero, ponente Díaz Eimil, FJ 2º.

Se habla de incongruencia por exceso tanto cuando una resolución judicial da algo diverso a lo pedido por las partes (*extrapetita*) como cuando se da más de lo pedido por ellas (*ultrapetita*).

La inclusión de ella en este apartado es solo una cuestión de orden sistemático, pues no se trata propiamente de un problema de tutela judicial efectiva, sino de vulneración a la garantía de no indefensión. Sin embargo, se debe tener presente que no hay una relación necesaria entre esta especie de incongruencia y la indefensión, pues es posible asumir la existencia de sentencias en que se ha producido este vicio, a pesar de haberse respetado el derecho a defensa⁶³³, como puede ocurrir, por ejemplo, en casos de pretensiones extemporáneas que sean consideradas por el tribunal, luego de darles la misma tramitación que a las oportunas. Cuando no se producen este caso, no hay afectación constitucional, pero sí podría haber afectación de las reglas reguladoras de la sentencia (artículo 218.1 LEC), por lo que la nulidad podría igualmente producirse (artículo 469.1.2 LEC), aunque no se podría acceder al amparo por ella.

e.1.3.4. Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes⁶³⁴.

⁶³³ La STC 3/2011 (Sala Segunda) de 14 de Febrero, ponente Rodríguez Arribas, afirma que hay incongruencia por exceso “cada vez que el desajuste entre lo pedido por las partes y lo fallado suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales”(FJ 3º).

⁶³⁴ Algunos autores, siguiendo cierta jurisprudencia del TC, engloban a las tres manifestaciones de la tutela judicial efectiva que se analizarán a continuación -el derecho a la ejecución, a la intangibilidad de las sentencias y a las medidas cautelares- dentro de un solo derecho, que han denominado de efectividad de las resoluciones judiciales (Por todos, PICÓ I JUNOY, J., *Garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 69). Se ha optado por no utilizar esta categoría, pues, al generar subespecies solo complica más un tema de por sí complejo. Además, la utilización del término eficacia puede resultar algo impreciso si se considera que ella se puede entender de forma mucho más amplia, como lo hace RAMOS MÉNDEZ, quien ha englobado dentro de esta noción a los derechos de libre acceso al proceso, a que los tribunales funcionen normalmente y con eficacia, a que el proceso tenga una duración razonable, a que el proceso tenga un coste soportable y a que las resoluciones judiciales firmes se cumplan (RAMOS MÉNDEZ, F., "Eficacia del proceso" en *Justicia*, v. 2, 1982, p. 100).

e1.3.4.1. Relación con la tutela judicial efectiva. Ámbito de aplicación.

La proyección de la tutela judicial efectiva en materia de ejecución es innegable. RAMOS MÉNDEZ sostiene que “la ejecución es el eslabón más firme de la tutela efectiva para que el calificativo efectiva signifique algo tangible. Poco importa obtener una resolución jurisdiccional favorable, si no puede obtenerse con ella un resultado práctico, o si no puede conseguirse el bien de la vida que el juicio ha reconocido”⁶³⁵. No cabe concebir todo un aparataje de expresiones de tutela si él no tiene como corolario la consagración de la garantía de que aquella resolución de fondo por la que tanto se puede llegar a luchar pueda ser traducida en hechos.

La jurisprudencia del TC, desde un inicio y sin vacilaciones, ha reconocido la vinculación entre la tutela y la ejecución, afirmando reiteradamente que “el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones, sin alcance práctico ni efectividad alguna, y por tanto no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial”⁶³⁶.

El derecho a la ejecución se predica respecto a la ejecución definitiva de resoluciones condenatorias⁶³⁷ provenientes de órganos judiciales y firmes, aunque parece no haber inconvenientes para reconocer cobertura a los laudos arbitrales firmes, en cuanto método de resolución de conflictos alternativo al proceso constitucionalmente legítimo⁶³⁸. Otros títulos de ejecución no entran en este ámbito⁶³⁹. Tampoco se ampara a la ejecución

⁶³⁵ RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles, v. I*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 111.

⁶³⁶ STC 11/2008 (Sala Segunda), de 21 de enero, ponente Jiménez Sánchez, FJ 6º. Este reconocimiento ya es posible encontrarlo, en términos similares en la STC 32/1982 (Sala Primera), de 7 de junio, ponente Begué Cantón, FJ 2º.

⁶³⁷ El TC ha sostenido que respecto a las sentencias declarativas no hay derecho de ejecución (ver STC 92/1988 (Sala Segunda), de 23 de mayo, ponente Leguina Villa, FJ 2º).

⁶³⁸ En este sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 164-165. Como hace presente este autor, la legitimidad del arbitraje como método de resolución de conflictos ha sido reconocida por la ya varias veces mencionada STC 174/1995 (Pleno), de 23 de noviembre, ponente García-Mon y Regueral, FJ 3º.

⁶³⁹ Cfr. RUIZ DE LA FUENTE, M. C., "El derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes" en CACHÓN CADENAS, M. y PICÓ I JUNOY, J., *La ejecución civil: problemas actuales*, Atelier, 2009, Barcelona,

provisional, que puede ser configurada libremente por el legislador⁶⁴⁰. El TC ha dicho que en este caso “no estamos ante un derecho fundamental directamente comprendido en el art. 24.1 CE, sino ante un derecho de configuración legal, que el legislador puede establecer en los diferentes órdenes jurisdiccionales sometiéndolo a determinados requisitos y garantías, dictados tanto en interés de la buena administración de justicia como en orden a la adecuada protección de los intereses de las partes en el proceso”⁶⁴¹.

e.1.3.4.2. Contenido.

El derecho de ejecución de las resoluciones impone la exigencia de que estas se cumplan en sus propios términos, verificándose en especie la prestación de dar, hacer o no hacer que se ha dispuesto en ella, de forma que el ejecutante obtenga del ejecutado todo aquello a lo que este fue condenado⁶⁴². Desde la perspectiva del órgano jurisdiccional, a través de esta exigencia se le imponen dos deberes, uno de contenido positivo y otro negativo.

El deber de contenido positivo consiste en adoptar todas las medidas idóneas tendentes al cumplimiento de lo dispuesto en el fallo que el ordenamiento jurídico entrega. El TC ha dicho, en esta línea, que el derecho que se analiza “impone al órgano judicial adoptar las medidas que sean precisas para reaccionar frente a comportamientos impeditivos, dilatorios o fraudulentos en orden al cumplimiento de lo judicialmente decidido”⁶⁴³. Estas medidas pueden ser de dos tipos: las destinadas a obtener el cumplimiento coactivo por el obligado y aquellas que buscan proporcionar la prestación al acreedor independientemente de la voluntad del deudor⁶⁴⁴.

p. 38, quien postula que se debe reconocer el derecho a la ejecución de todos los tipos ejecutivos, aunque no como contenido esencial de este derecho, pero sí complementario o por extensión.

⁶⁴⁰ Por la inclusión de la ejecución provisional dentro del ámbito del artículo 24.1 CE, también RUIZ DE LA FUENTE, M. C., *El derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes*, p. 23.

⁶⁴¹ STC 312/2006 (Pleno), de 8 de noviembre, ponente Conde Martín de Hijas, FJ 4 a).

⁶⁴² GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 168.

⁶⁴³ STC 197/2000 (Sala Primera), de 24 de julio, ponente Cruz Villalón, FJ 2º.

⁶⁴⁴ RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 123.

Por su parte, el deber de contenido negativo que impone el derecho de ejecución consiste en no apartarse de lo dispuesto en el fallo, lo que se relaciona íntimamente con el derecho a la intangibilidad de las sentencias, que se analizará a continuación.

Con todo, resulta constitucionalmente tolerable la ejecución por sustitución, en los casos de condenas no pecuniarias que, siendo imposibles de cumplir, se reemplacen por un equivalente pecuniario. Este tipo de ejecución es armónico con el derecho a la tutela judicial efectiva siempre que se esté frente a una real situación de imposibilidad, física o jurídica. En los pocos casos en los que el TC se ha referido al tema, ha dicho que “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”⁶⁴⁵.

En definitiva, se busca no llegar a la inejecución absoluta, es decir, a la situación en la que quien obtiene una sentencia condenatoria favorable no ve cumplida, siquiera por sustitución, la prestación a la que tiene derecho. Esto solo podrá ocurrir “cuando, en los términos previstos legalmente, concurren circunstancias de imposibilidad legal o material, debidamente justificadas”⁶⁴⁶. Se ha reconocido esta situación en casos de embajadas extranjeras que gozan de inmunidad de ejecución⁶⁴⁷ y de personas jurídico-públicas que gozan de la inembargabilidad de los bienes de dominio público⁶⁴⁸. Aun en ellos, no se ha tolerado la inejecución, sólo se ha admitido como no perturbadora de la tutela judicial la exclusión de ciertos bienes del proceso de ejecución.

e.1.3.5. Derecho a la intangibilidad de las resoluciones.

Muy vinculado a la ejecución, el TC ha identificado el derecho a la intangibilidad o invariabilidad de las resoluciones, que consiste en el derecho que tienen las partes a que las decisiones judiciales solo sean modificadas a través de los cauces procesales que se

⁶⁴⁵ STC 53/1983 (Sala Segunda), de 29 de junio, ponente Díez-Picazo y Ponce de León, FJ 2º.

⁶⁴⁶ STC 22/2009 (Sala Primera), de 26 de enero, ponente Pérez Tremps, FJ 3º.

⁶⁴⁷ STC 176/2001 (Sala Segunda), de 17 de septiembre, ponente de Mendizábal Allende, FJ 2º.

⁶⁴⁸ STC 166/1998 (Pleno), de 15 de julio, ponente González Campos, FJ 5º B).

establecen en la ley, afectándosele, en un sentido lato, cada vez que hay una alteración del alcance de la resolución por otras vías o en otros casos diversos a ellos⁶⁴⁹.

Normalmente, aun sin desconocer esta acepción amplia⁶⁵⁰, el TC ha configurado este derecho de forma algo más restrictiva, identificándolo solo con relación a las sentencias firmes y vinculándolo con el derecho a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 CE⁶⁵¹. En este predicamento, se ha entendido que este es un límite “que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad”⁶⁵².

Como se aprecia, no se trata de un derecho absoluto a que una determinada resolución firme no se modifique, sino solo a que esta, de sufrir alteración, se efectúe dentro de los limitados márgenes que entrega la ley procesal. Como consecuencia de esto, la aclaración o rectificación de una resolución efectuada por el órgano jurisdiccional, en virtud de los artículos 267 LOPJ y 214 y 215 LEC, resulta armónica con este derecho, siempre que efectivamente se aclaren pasajes oscuros o se rectifiquen errores materiales, sin que pueda servir para poner remedio a una falta de fundamentación jurídica, reinterpretar la sentencia pretendidamente aclarada o corregida ni rectificar errores de Derecho, por más que el órgano judicial sea consciente de los mismos⁶⁵³.

Normalmente, este derecho se ha vinculado con el de ejecución. Aunque claramente se trata de derechos susceptibles de ser diferenciados y que tienen vida independiente, buena parte de los casos en los que el TC ha debido pronunciarse acerca de la intangibilidad ha sido debido a cuestiones suscitadas por el cumplimiento de una sentencia en sus propios

⁶⁴⁹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Artículo 24: Garantías procesales" en ALZAGA VILLAAMIL, Ó., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, III, Edersa, 1996, Madrid, p. 45.

⁶⁵⁰ Por ejemplo, en la STC 289/2006 (Sala Primera), ponente Rodríguez-Zapata Pérez de 9 de octubre, FJ 3º a).

⁶⁵¹ Esto es lo que ha llevado erróneamente a algunos autores a describirlo como un derecho a la cosa juzgada. Es el caso de GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Constitución y Derecho Procesal: Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, p. 217; y SÁNCHEZ BARRIOS, M. I., "La acción como derecho a la tutela judicial efectiva" en *Justicia*, v. 1-2, 2010, p. 188.

⁶⁵² STC 23/2005 (Sala Primera) de 14 de febrero, ponente Rodríguez-Zapata Pérez, FJ 4º.

⁶⁵³ STC 190/2004 (Sala Segunda), de 2 de noviembre, ponente Gay Montalvo, FJ 3º. Sobre el punto, véase *infra* p. 386 y ss.

términos. En ellos, se ha afirmado que la intangibilidad consiste en presupuesto lógico de la ejecución de los fallos judiciales⁶⁵⁴ y que no puede aceptarse que sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta, se pretenda privar de efectos, en un momento posterior, al pronunciamiento judicial entonces emitido, lo que solo es posible cuando concurren elementos que impidan física o jurídicamente su ejecución o que la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas⁶⁵⁵.

e.1.3.6. El derecho a la tutela cautelar.

Dentro de la doctrina, no hay mayor controversia en cuanto a entender que hay un derecho a la tutela cautelar, que debe entenderse incorporado dentro del alcance del derecho a la tutela del artículo 24.1 CE. Con algunos matices y ciertas ambigüedades, y aunque no todos lo listan como vertiente de la tutela⁶⁵⁶, hoy no es posible encontrar un autor relevante que niegue de forma clara la relevancia constitucional de las medidas cautelares⁶⁵⁷. Lo anterior es de toda lógica, pues, como apunta VALLESPÍN PÉREZ, aunque en puridad se pueda entender que la tutela se satisface por el proceso de declaración y de ejecución, es necesario contar un sistema afinado de medidas cautelares que permita asegurar la efectividad de la tutela⁶⁵⁸.

A pesar de esto, excluyendo la materia penal, la jurisprudencia del TC no ha sido todo lo expresiva y decidida que se podría haber esperado. En las primeras ocasiones en que le correspondió referirse al tema, desestimó la vulneración de la tutela judicial por la privación

⁶⁵⁴ STC 50/2007 (Sala Primera), de 12 de marzo, ponente Casas Baamonde, FJ 2º.

⁶⁵⁵ STC 22/2009 (Sala Primera), de 26 de enero, ponente Pérez Tremps, FJ 2º.

⁶⁵⁶ Por ejemplo, MONTERO AROCA, Juan en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, p. 260 y ss.; y GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 283. PEDRAZ PENALVA, E., "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil" en VALLS GOMBAU, J. F., *Las Medidas cautelares y los recursos*, Consejo General del Poder Judicial, 2000, Madrid, p. 25, rechazando la visión panteísta del TC del artículo 24.1 CE, reconoce su relevancia constitucional, pero propugna su inclusión dentro de la noción de debido proceso, recogida en el artículo 24.2 CE.

⁶⁵⁷ Para un resumen de las posturas doctrinales más importantes, véase RAMOS ROMEU, F., *Las medidas cautelares civiles: un análisis jurídico-económico*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 89 y ss.

⁶⁵⁸ VALLESPÍN PÉREZ, D., *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, Cims, Sabadell, 2009, p. 59.

de una medida cautelar. En la STC 202/1987, de 17 de diciembre⁶⁵⁹, se descarta la posibilidad de que la tutela judicial efectiva se vea afectada por la imposición de una fianza excesivamente gravosa como condición para la anotación preventiva de la demanda, considerándolo un tema de eminente legalidad ordinaria ajeno al control constitucional.

El giro a esta postura vendría de la mano de la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Cortes Europeas (TJCE) de 19 de junio de 1990 en el caso conocido como *Factortame I*⁶⁶⁰. El cambio fue sensible: ya en 1992 se comienza a afirmar que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”⁶⁶¹. Hoy, aunque la jurisprudencia no es mucha, se puede afirmar que para el TC la cuestión de la inclusión del ámbito cautelar en el contenido del artículo 24.1 CE se encuentra claramente resuelto a favor de esta.

En un orden lógico, la primera manifestación de la relevancia constitucional de la tutela cautelar es respecto del legislador: este no puede cerrar de forma absoluta la posibilidad de que se dicte una medida cautelar para asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia estimatoria⁶⁶². Fuera de este límite, y siendo un derecho de configuración legal cuya relevancia constitucional viene dada por la necesidad de asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales, el legislador puede fijar, y el órgano jurisdiccional aplicar, los presupuestos, requisitos y procedimientos sin que sean susceptibles de análisis por el TC, a menos que “la medida impidiera al proceso alcanzar sus fines, haciendo así imposible la

⁶⁵⁹ Sala Segunda, ponente De la Vega Benayas, FFJJ 5º y 6º.

⁶⁶⁰ En esta sentencia, como consecuencia de una cuestión prejudicial elevada por la *House of Lords* inglesa, se declara que “El Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales”. A esta conclusión se llega a partir de la consideración que lo contrario atentaría a la plena eficacia del derecho comunitario (párrafos 18 a 20). Tomando como base esta sentencia, GARCÍA DE ENTERRÍA postula como un principio general del Derecho Europeo la existencia, al alero del derecho de la tutela judicial efectiva, de un derecho a la existencia y efectividad de las medidas cautelares (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Sentencia *Factortame* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 67, 1990, p. 417). De acuerdo a CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24 de la Constitución*, p. 284, las opiniones de este autor serían las que terminarían por cambiar el rumbo de la jurisprudencia del TC.

⁶⁶¹ STC 14/1992 (Pleno), de 10 de febrero, ponente Leguina Villa, FJ 7º.

⁶⁶² STC 238/1992 (Pleno), de 17 de diciembre, ponente López Guerra, FJ 3º.

efectiva tutela judicial posterior, ya por desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretendía, ya por prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso⁶⁶³.

e.1.4. El proceso con todas las garantías.

El que las garantías constitucionales sean conceptos de una amplitud e imprecisión difícilmente replicable en otra área del Derecho, más que un defecto es una característica de ellas. Si hay un lugar donde se acomodan mejor las nociones genéricas e indeterminadas que las figuras individualizadas y acotadas es el de las garantías, pues esto permite una aplicación más acorde con la función que deben cumplir. Sin embargo, aun en este campo tan receptivo a la vaguedad, la noción de un proceso con todas las garantías parece incumplir ese mínimo de determinación para tener, al menos, indicios de aquello que se debe proteger. Y es que, de acuerdo a cómo se le interprete, en ella puede caber todo o prácticamente nada. Frente a tan marcada indeterminación, la labor jurisprudencial y doctrinal para precisar un contenido es especialmente ardua.

A primera vista, la literalidad del texto parece remitir a la constitucionalización de todas las normas procesales⁶⁶⁴. Por tentador que pueda resultar, se debe descartar que el derecho a un proceso con todas las garantías se le pueda atribuir este contenido, incluso parcialmente mediante la incorporación de algunas normas y no de todas, pues aquello supondría transformar esta garantía en un “cajón de sastre” y dejar en manos del legislador un asunto que es eminentemente constitucional⁶⁶⁵. Aunque el TC la haya empleado alguna vez de este modo, también debe descartarse el uso de esta noción para referirse a otros derechos ya constitucionalizados, como el de defensa o la presunción de inocencia, pues ello no tiene utilidad alguna⁶⁶⁶.

⁶⁶³ ATC 63/1993 (Sala Primera), de 25 de febrero, FJ 2º.

⁶⁶⁴ Esta posición, favorable a una comprensión lo más amplia posible de esta garantía, sigue RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2010)*, p. 397.

⁶⁶⁵ En este sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Artículo 24: Garantías procesales*, p. 93; y CALDERÓN CUADRADO, M. P., "El derecho a un proceso con todas las garantías" en *Cuadernos de Derecho Público*, 2000, p. 165.

⁶⁶⁶ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Artículo 24: Garantías procesales*, p. 93.

Frente a este escenario, la doctrina ha planteado dos opciones, no incompatibles, para dotar de contenido a la garantía de un proceso con todas las garantías: (1) entenderla como una noción equivalente a la garantía de un proceso justo; o (2) como una forma de dar rango constitucional a garantías excluidas de la literalidad del artículo 24 CE, pero que tienen su consagración en instrumentos internacionales.

(1) El derecho al proceso con todas las garantías visto como una aproximación a la idea de proceso justo, al modo del *due process of law* anglosajón, supone entenderlo como un conjunto de garantías específicas cuya observancia es indispensable, una especie de modelo constitucional de proceso⁶⁶⁷. Esta perspectiva busca enfocar la atención al proceso en su conjunto, pudiendo, en consecuencia, fundarse el análisis de adecuación no solo en la infracción de una garantía en particular, sino al modelo en general, lo que permitiría alegar una violación a la garantía por un cúmulo de vulneraciones que, si bien tomadas una a una no afectan la constitucionalidad del proceso, sí lo hacen analizadas desde una perspectiva más general por no cumplir con la exigencia de un proceso justo⁶⁶⁸.

Si bien la jurisprudencia reiteradamente vincula al derecho a un proceso con todas las garantías con el derecho a un proceso justo⁶⁶⁹, al momento de hacerla aplicable en general ha optado por una concepción relacionada con la infracción en momentos precisos de garantías concretas⁶⁷⁰. Muy probablemente esto está influido por el hecho de que buena parte de las que se consideran doctrinalmente garantías que se debiesen comprender en este concepto, se han identificado como integrantes del derecho a la tutela judicial efectiva, dificultando la concreción de un contenido propio⁶⁷¹.

(2) La doctrina se ha mostrado reticente ante la posibilidad de que se puedan incorporar, a través de la garantía que se analiza, derechos que no se encuentran expresamente

⁶⁶⁷ VALLESPÍN PÉREZ, D., *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil: conexión entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías*, Atelier, Barcelona, 2002, p. 64-65. Algo similar postula GIMENO SENDRA, V., "Derecho a un proceso "administrativo" con todas las garantías" en *Justicia*, 1991, p. 15.

⁶⁶⁸ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *El derecho a un proceso con todas las garantías*, p. 158.

⁶⁶⁹ Por ejemplo, entre las últimas, las SSTC 60/2008 (Sala Segunda), de 26 de mayo, ponente Sala Sánchez, FJ 5º; y 120/2009 (Sala Primera), de 21 de mayo, ponente Rodríguez-Zapata Pérez, FJ 3º.

⁶⁷⁰ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *El derecho a un proceso con todas las garantías*, p. 158.

⁶⁷¹ VALLESPÍN PÉREZ, D., *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil: conexión entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías*, p. 64.

constitucionalizados. Sin embargo, se ha encontrado en ella el medio idóneo para incluir en el control constitucional a determinadas garantías que, si bien no están expresamente en el texto de la Carta Magna, resultan exigibles a la luz de tratados internacionales obligatorios para el Estado español, opción que parece bastante razonable si se considera que estos últimos presiden la interpretación de los derechos fundamentales de acuerdo al artículo 10.2 CE.

La jurisprudencia y la mayoría de los autores reconocen como principal consecuencia de esta incorporación la inclusión dentro del catálogo de garantías del derecho al juez imparcial consagrado en los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) y 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)⁶⁷². A partir de estas disposiciones y, en especial, de la jurisprudencia del TEDH recaída sobre la última de ellas, el TC ha desarrollado una doctrina relativa a la imparcialidad judicial comprendida en el derecho a un proceso con todas las garantías. Aunque antes el TC había reconocido la existencia dentro del artículo 24 CE de la garantía de imparcialidad dentro del derecho al juez predeterminado por la ley⁶⁷³, a contar de la STC 145/1988, de 12 de julio⁶⁷⁴, viene a dársele su ubicación actual, con expresa cita a la normativa internacional y europea mencionada y a la jurisprudencia del TEDH de los casos *Piersack*, de 1º de octubre de 1982, y *De Cubber*, de 26 de octubre de 1984.

La mayor parte de la doctrina desarrollada en este aspecto por el TC tiene relación con el ámbito del proceso penal, en un principio relacionada con la inconstitucionalidad del impedimento para recusar al juez penal que cumplía funciones instructoras y juzgadoras⁶⁷⁵. También se han reconocido manifestaciones aplicables al proceso civil, en especial, la referente al derecho a la recusación, respecto del cual se ha afirmado que es el instrumento

⁶⁷² DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Artículo 24: Garantías procesales*, p. 94; PICÓ I JUNOY, J., *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*, José María Bosch, Barcelona, 1998, p. 25 y CALDERÓN CUADRADO, M. P., *El derecho a un proceso con todas las garantías*, p. 168.

⁶⁷³ Entre otras, las SSTC 47/1982 (Sala Segunda), de 12 de julio, ponente Díez-Picazo y Ponce de León, FJ 3º; 47/1983 (Sala Primera), de 31 de mayo, ponente Begué Cantón, FJ 2º; y 44/1985 (Sala Primera), de 22 de marzo, Díez de Velasco Vallejo, FJ 4º.

⁶⁷⁴ Pleno, ponente Latorre Segura, FJ 5º.

⁶⁷⁵ Véase DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Artículo 24: Garantías procesales*, p. 95 y ss.

primordial para preservar el derecho al juez imparcial⁶⁷⁶, aunque exigiendo que se acredite, más allá de la merma o privación de las posibilidades de recusación, la existencia de un motivo de recusación o abstención, lo que pone al TC, nuevamente, a conocer de materias que son propias de la legalidad ordinaria⁶⁷⁷.

A partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre⁶⁷⁸, la gran mayoría de las sentencias que recurren al derecho al proceso con todas las garantías guardan relación con la violación de los principios de inmediación y contradicción en el proceso penal. En un cambio de jurisprudencia que expresamente busca adecuarse a los criterios del TEDH, se considera que la infracción de estos principios afecta al proceso con todas las garantías, en aquellos casos en los que en apelación se revoca una sentencia absolutoria de primera instancia, condenando en base a una distinta apreciación de la prueba, debido a que estos principios imponen que toda decisión judicial se base en una actividad probatoria que se haya examinado directa y personalmente por el órgano judicial y en un debate público que respete la posibilidad de contradicción⁶⁷⁹.

e.1.5. Los distintos niveles de exigencia de las garantías.

Por lo ya expresado en este apartado, resulta fácil entender que cada vez que se utilice la noción de indefensión como parámetro de validez de los actos, la referencia debe entenderse hecha no solo a ella, sino al conjunto de garantías tuteladas por el artículo 24 CE. Sin embargo, que el punto de referencia sea siempre el mismo no implica que el criterio de validez se aplique exactamente con la misma intensidad, debido a que, dependiendo del caso, se exigen grados de vulneración distintos. De la normativa vigente, se desprenden dos niveles de afectación de las garantías procesales del artículo 24 que pueden determinar la invalidez de un acto. Hay casos en que la invalidez se genera de la

⁶⁷⁶ STC 116/2008 (Sala Primera), de 13 de octubre, ponente Rodríguez-Zapata Pérez. En el mismo sentido, las SSTC 140/2004 (Sala Segunda), ponente Pérez Vera, de 13 de septiembre, FJ 3º; y STC 306/2005 (Sala Primera), de 12 de diciembre, ponente Pérez Tremps, FJ 2º.

⁶⁷⁷ GÓMEZ MONTORO, Á., "Los derechos procesales del art. 24.2 CE" en VIVER PI-SUNYER, C., *Jurisprudencia constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, 2006, Valencia, p. 220.

⁶⁷⁸ Pleno, ponente Conde Martín de Hijas, FFJJ 9º, 10º y 11º.

⁶⁷⁹ Entre las últimas, SSTC 120/2009 (Sala Primera), de 21 de mayo, Rodríguez-Zapata Pérez, FJ 3º; 132/2009 (Sala Segunda), de 1º de junio, ponente Pérez Vera, FJ 2º; y 144/2009 (Sala Primera), de 15 de junio, ponente Pérez Tremps, FJ 2º.

sola posibilidad de vulneración de las garantías, mientras que en otros ella es solo predicable de producirse una afectación efectiva.

Hasta la entrada en vigencia de la LEC actual, el único parámetro de validez que se conocía era el de la indefensión efectivamente producida. Este era el que estaba presente en el artículo 1692.3 y el que se incorporaría en el artículo 238.1.3° LOPJ, con una redacción sustancialmente distinta a la actual⁶⁸⁰. En la LEC del año 2000, ello cambia con las regulaciones de las comunicaciones procesales defectuosas y del recurso extraordinario por infracción procesal (artículos 166.1⁶⁸¹ y 469.1.3°⁶⁸², respectivamente) que rebajan la exigencia a la sola posibilidad de que se cause indefensión. El mismo cuerpo legal, incluye una modificación aún más importante en el artículo 225.1.3°, pero que, debido a la suspensión de sus entrada en vigencia, solo se concretaría en la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que iguala la redacción del artículo 238.1.3° LOPJ a este, estableciendo, como requisito para decretar la nulidad, que por causa del defecto procesal haya “podido producirse indefensión”. Hoy la efectiva indefensión subsiste solo como exigencia respecto de la causal de nulidad por defectos de forma del artículo 240.1 LOPJ (227.1 LEC).

Partiendo de la premisa de que el establecimiento de distintos niveles de exigencia en cuanto a la afectación de una garantía constitucional debe significar una diferencia en la apreciación de la concurrencia del motivo⁶⁸³, parece claro que al establecerse la invalidez de los actos como consecuencia de la posibilidad de vulneración de garantías, se configura un nivel mayor de protección de estas, pues se está excluyendo del sistema cualquier actuación que entrañe un riesgo de afectación, aun cuando esta no se produzca⁶⁸⁴. En definitiva, la diferencia se concreta en un asunto probatorio: no es necesario que el supuesto afectado por la irregularidad acredite la existencia de una vulneración de las garantías procesales del artículo. Basta con que el tribunal aprecie la posibilidad de que esta vulneración ha ocurrido

⁶⁸⁰ Véase *supra* p. 165.

⁶⁸¹ “Artículo 166.1. Serán nulos los actos de comunicación que no se practicaren con arreglo a lo dispuesto en este Capítulo y pudieren causar indefensión”.

⁶⁸² “Artículo 469.1: El recurso extraordinario por infracción procesal solo podrá fundarse en los siguientes motivos: 3° Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión”.

⁶⁸³ En el sentido contrario, véase RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, p. 61.

⁶⁸⁴ En la misma línea, ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 195.

para que se determine la invalidez de la actuación. Por el contrario, en los casos en los que se exige efectiva afectación, deberán existir al menos indicios que permitan al tribunal constatar la existencia de una situación real y concreta que suponga un atentado a cualquiera de las garantías del artículo 24 CE⁶⁸⁵.

e.2. Cumplimiento de la finalidad del acto.

e.2.1. Ámbito del criterio. Alcance de la noción de forma.

Junto con la indefensión y el resto de las garantías del artículo 24 CE, el sistema de invalidez procesal civil incorpora la exigencia del cumplimiento del fin del acto como parámetro de la validez de los actos en el artículo 240.1 LOPJ (227.1 LEC). Ya se ha hecho notar que dicha noción proviene de la legislación procesal italiana, que la incorpora en el artículo 156 de su *Codice di procedura civile* de 1940. Ella vino a reemplazar el criterio de esencialidad que contemplaba el artículo 56 del código de 1865, criticado por “metafísico”, en la búsqueda de un parámetro más claro y práctico⁶⁸⁶.

A diferencia de lo que ocurre con los parámetros constitucionales de validez, el cumplimiento del fin tiene un alcance restringido de acuerdo al tenor de la disposición que lo contiene: solo es aplicable a los defectos de forma. En consecuencia, en caso alguno es

⁶⁸⁵ TAPIA FERNÁNDEZ, I., "Artículo 225. Nulidad de pleno derecho" en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. y TAPIA FERNÁNDEZ, I. , *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, 2001, Elcano Navarra, p. 833; LOURIDO RICO, A .M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, p. 119.

⁶⁸⁶ LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile: principi*, p. 232-233. El autor hace presente, además, que la adopción de la esencialidad del defecto omitido era, a su vez, una atenuación de la regla francesa contenida en el artículo 1030 del *Code de procédure civile* francés de 1806 del *pas de nullité sans texte*.

aplicable a la valoración de criterios no formales, los que deberán manejarse solo considerándose para la determinación de validez las garantías del artículo 24 CE. Incluso dentro de los defectos formales, debe tenerse presente que se trata de un criterio residual solo para aquellos casos en los que no hay una regla especial. Por ello, no resulta aplicable a los actos de comunicación defectuosos, ni denunciabile a través del incidente de nulidad de actuaciones.

Qué debe entenderse por forma, para estos efectos, acepta diversas opiniones, aunque normalmente se admite una noción amplia. En principio, forma sería la sola disposición externa del acto, incluyéndose en ella al medio de expresión del acto (escrito u oral), al idioma y a la publicidad⁶⁸⁷. Si bien para reconocer los elementos del acto procesal dicha concepción restringida puede resultar útil, es insuficiente para encontrar el alcance del artículo 240.1 LEC que, evidentemente, busca abarcar más que estos aspectos⁶⁸⁸.

Una segunda manera de entender la forma es incorporar a ella también los requisitos de lugar y tiempo. Esta es la acepción que con mayor frecuencia se encuentra dentro de la doctrina italiana clásica, incluyendo a autores como CHIOVENDA⁶⁸⁹, CALAMANDREI⁶⁹⁰ y SATTA⁶⁹¹, y en parte de la española, como PRIETO-CASTRO⁶⁹² y, más recientemente, RAMOS MÉNDEZ⁶⁹³. Aunque más adecuada que la anterior, esta comprensión de las formas aún excluye algunos requisitos que perfectamente serían compatibles con la noción de forma y susceptibles de un análisis a la luz del cumplimiento de su finalidad.

Una extensión del concepto desarrollada también dentro de la doctrina italiana, pero ya enfocada en el tema de la nulidad, es la que agrega a las nociones anteriores aquello que

⁶⁸⁷ En este sentido, por ejemplo, GIMENO SENDRA, V., *Introducción al derecho procesal*, Colex, Madrid, 2ª ed., 2004, p. 290 y ASENSIO MELLADO, J. M., *Introducción al derecho procesal*, p. 199.

⁶⁸⁸ El concepto de forma debe analizarse solo en el contexto de la validez y con referencia a un ordenamiento determinado, por lo que no son necesariamente aplicables las conclusiones que se puedan obtener, por ejemplo, al momento de estudiar la fisonomía del acto procesal como especie de acto jurídico (en un sentido similar, MARELLI, F., *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, p. 27).

⁶⁸⁹ CHIOVENDA, G., *Principios de derecho procesal civil*, p. 114

⁶⁹⁰ CALAMANDREI, P., *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código*, El Foro, Buenos Aires, 1996, p. 114.

⁶⁹¹ SATTA, S. y PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, p. 241.

⁶⁹² PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, p. 129.

⁶⁹³ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2010)*, p. 243.

algunos autores llaman “*forma-contenido*”, para designar una combinación de externalidades y ciertas materias o menciones que deben contemplarse⁶⁹⁴. Quienes defienden este concepto entienden que la regulación formal del derecho procesal no se agota en los otros aspectos ya vistos, pues el legislador -en un intento de dar orden, claridad, precisión y seguridad de resultado- ha elevado al nivel de requisito legal algunas exigencias técnicas, subordinando la validez de los actos a su observancia⁶⁹⁵.

De las opciones expuestas, la que mejor se adecua a la noción que aparenta querer adoptar el artículo 240.1 LOPJ (227.1 LEC) es la última, pues es respecto de los requisitos de contenido donde, se verá, la noción que se estudia alcanza mayor utilidad a la hora de determinar la validez de los actos.

e.2.2. Justificación.

Se ha dicho que los requisitos procesales, en especial las formas, no son un fin en sí mismos, sino que tienden hacia un objetivo que les excede. Por esto es que se debe considerar a la configuración formal del proceso, y de cada acto en particular, como el medio que el legislador ha considerado como el más idóneo para obtener un determinado fin. Cuando se imponen determinados requisitos como exigencia para la realización de un acto procesal, hay implícito un juicio del legislador de que estos aseguran la obtención del fin que se busca⁶⁹⁶. Teniendo en cuenta lo anterior, se entiende que si se ha cumplido la finalidad del acto, deviene en irrelevante si se han observado las formas que se habían contemplado para ello⁶⁹⁷.

⁶⁹⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo en COMOGLIO, L.P., FERRI, C. y TARUFFO, M., *Lezioni sul processo civile, v. I*, Il Mulino, Bologna, 4ª, 2006, p. 321. No debe extrañar la preponderancia de la doctrina italiana en el tema, debido a que el *Codice di procedura civile* solo contiene la regulación de la nulidad por vicios formales, lo que ha generado la tendencia a expandir lo más posible el concepto de forma, para evitar la incertidumbre que aún produce la falta de regulación de los defectos no formales.

⁶⁹⁵ LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile: principi*, p. 205. La denominación de forma-contenido, que no es empleada por LIEBMAN, sí es utilizada por otros autores como REDENTI, E., "Atti processuali civili" en AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, 1958, Italia, p. 114; PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2ª ed., 1996, p. 239; TOMMASEO, F., *Lezioni di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 2002, p. 220; y MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile, v. I*, G. Giappichelli, Torino, 16ª ed., 2004, p. 403.

⁶⁹⁶ MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, p. 406-407.

⁶⁹⁷ Por todos, ALSINA, H., *Las nulidades en el proceso civil*, p. 71.

Visto desde la perspectiva del juicio de validez, la justificación de la existencia de este parámetro puede encontrarse en el hecho de que lo que busca determinar este juicio es a qué actos debe dársele protección de parte del Derecho. Así considerado, resulta evidente que los actos que cumplen la finalidad que se les ha asignado deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico, reconociéndole a los mismos idénticos efectos que al acto regular, ya que no tendría sentido privarles de protección por una falta formal que no afecta el fin que esa forma perseguía. Por contrapartida, si el acto no ha cumplido la finalidad no se le reconoce validez como una manera de restituir el imperio del Derecho⁶⁹⁸.

e.2.3. Determinación.

Hay unanimidad en la doctrina acerca de que el fin que se busca proteger es aquel por el que la formalidad fue estatuida por el legislador, excluyendo la posibilidad de que la referencia pueda ser hecha a ciertas motivaciones o fines subjetivos del autor del mismo⁶⁹⁹. Es por ello que algunos autores también se refieren a ella hablando de la *función* del acto⁷⁰⁰ o de *finalidad de la ley*⁷⁰¹.

La determinación en el caso concreto de si se ha alcanzado la finalidad buscada, supone un doble análisis de parte del juez⁷⁰²: (1) el determinar la *ratio legis* de la formalidad vulnerada⁷⁰³; y (2) precisar si esta ha sido cumplida en el caso en particular.

(1) La *ratio legis* de cada formalidad no debe ser identificada de manera automática con las garantías procesales. Si bien se podría afirmar que, en lo mediato, toda formalidad se puede reconducir a alguna garantía procesal, lo cierto es que cuando se habla de fines de las

⁶⁹⁸ En una línea parecida, BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, p. 34.

⁶⁹⁹ Por nombrar a algunos, SATTA, S. y PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, p. 293; VERDE, G., *Profili del processo civile: parte generale*, Jovene, Napoli, 2a ed., 1989, p. 302; POLI, R., "Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali" en *Rivista di Diritto Processuale*, v. 2, 1995, p. 481; MONTESANO, L. y ARIETA, G., *Diritto processuale civile, v. I*, Giappichelli, Torino, 2ª ed, 1997, p. 275; MARELLI, F., *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, p. 47. En la doctrina española, MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 222; y ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 206.

⁷⁰⁰ SATTA, S. y PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, p. 293; MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, p. 406.

⁷⁰¹ GIOVANARDI, C.A., *Sullo scopo dell'atto processuale, in relazione alla disciplina della nullità*, p. 69.

⁷⁰² En un sentido similar, POLI, R., *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, p. 491.

⁷⁰³ REDENTI, E., *Atti processuali civili*, p. 124.

formalidades, se debe tener presente que estas cumplen funciones más inmediatas y precisas, que no necesariamente redundan tan claramente en la esfera de las garantías, pero que son igualmente susceptibles de tutela.

(2) Determinar si, en un caso determinado, se ha cumplido con la finalidad que se ha pretendido en el acto, pasa necesariamente por un análisis particularizado en cada situación. No es útil un análisis teórico *a priori* de cuáles formalidades aportan a la obtención por cumplir el objetivo del acto⁷⁰⁴, pues se crearía una especie de segundo modelo normativo menos riguroso que sería el realmente obligatorio⁷⁰⁵. De acuerdo a DENTI, debe determinarse si, en la serie del procedimiento, el evento sucesivo al acto defectuoso se verifica, es decir, si ocurre el comportamiento de la parte que representa el cumplimiento oportuno de la obligación, la satisfacción de la carga o el ejercicio del poder que era prevista como efecto del acto viciado⁷⁰⁶. Se trata de un análisis acerca de la producción de efectos materiales, y no meramente jurídicos, que se producen dentro del procedimiento⁷⁰⁷.

e.2.4. Algunos alcances acerca de su contenido.

e.2.4.1. No es una técnica de convalidación.

No es extraño encontrar, tanto en la doctrina italiana como en la española, posturas que entienden que el cumplimiento de la finalidad del acto es una de las vías, junto con la aquiescencia y la subsanación, para superar la invalidez de un acto procesal. Estas posturas parten de la base de que frente al acto inválido hay distintas formas de remediar esta

⁷⁰⁴ FURNO, C., "Nullità e rinnovazione degli atti processuali nel XL anno del suo insegnamento" en CARNELUTTI, F., *Studi in onore di Enrico Redenti*, I, Giuffrè, 1951, Milano, p. 413; MARELLI, F., *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, p. 55.

⁷⁰⁵ DENTI, V., *Nullità degli atti processuale civili*, p. 477. Ello, sin perjuicio de la existencia de lo que CHIOVENDA llama *formas residuales*, que son aquellas nacidas de necesidades que luego desaparecen, pero que subsisten por la sola fuerza de la costumbre. Ellas sí pueden ser eliminadas del modelo normativo, en atención a que su ausencia no produce afectación alguna (véase CHIOVENDA, G., *Las formas en la defensa judicial del derecho*, p. 134-136).

⁷⁰⁶ DENTI, V., *Nullità degli atti processuale civili*, p. 477. En el mismo sentido, PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 239; y, en la doctrina española, ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 207.

⁷⁰⁷ MARELLI, F., *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, p. 69.

situación, entre las que se encontraría el hecho de que se haya cumplido el objetivo del acto. Se estaría frente a un acto inválido que, en atención a que ha cumplido su función, se convalida, lo que se explica como una aplicación de los principios de conservación y economía procesal⁷⁰⁸.

Desde el punto de vista de la reconstrucción del sistema que se ha trazado en este trabajo, no es posible compartir esta concepción. Se ha visto que el cumplimiento del fin es un criterio que se utiliza en el análisis que se hace para determinar la validez de un acto, por lo que no podría servir para superar una invalidez pues la primera consideración precede lógicamente a esta última. Tenerlo por una técnica de convalidación supone una confusión entre irregularidad e invalidez, pues afirmar que cuando se ha cumplido la finalidad del acto se ha convalidado implica partir de la base de que toda irregularidad acarrea invalidez⁷⁰⁹.

e.2.4.2. Es un criterio que hace más exigente el análisis de la validez.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho italiano, en el ordenamiento procesal español la finalidad del acto es solo una regla secundaria para la determinación de la validez de los actos, que se aplica solo a ciertos casos, los defectos de forma, y nunca como parámetro exclusivo. Ante ello, surge la cuestión acerca de si la inclusión del mismo hace más o menos exigente el examen de validez del acto.

⁷⁰⁸ Entre los italianos, afirman esta postura MICHELI, G.A., *Derecho procesal civil, v. I*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970, p. 323-324; PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 240; y COMOGLIO, L.P., FERRI, C. y TARUFFO, M., *Lezioni sul processo civile*, p. 352. Entre los españoles, ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 365-366; y BARONA VILLAR, S. en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, p. 427.

⁷⁰⁹ Sostiene la misma postura CLARIÁ OLMEDO, quien afirma que “no es convalidación sino improcedencia o ineptitud para declarar la nulidad, el de que el acto viciado haya alcanzado el fin para el cual estaba destinado por la ley, puesto que se trata del agotamiento del acto en su trayectoria efectual satisfaciendo a todos los interesados” (CLARIÁ OLMEDO, J. A., *Derecho procesal, v. I*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 131). También efectúan esta distinción BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, p. 158; BINDER, A. M., *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*, p. 103 y, en algún sentido, ANDRIOLI, V., *Diritto processuale civile, v. I*, Jovene, Napoli, 1979, p. 543, cuando identifica al cumplimiento de la finalidad como parámetro de validez del acto.

Si, para dilucidar esta cuestión, el asunto se mira desde la mera irregularidad, la consideración de la finalidad es un criterio restrictivo de la invalidez: su inclusión configura una de las normas que permiten afirmar que en el sistema que se estudia no toda irregularidad deviene en invalidez, al establecer que los defectos formales solo determinan la nulidad de los actos en aquellos casos en los que se ha producido indefensión o no se ha cumplido la finalidad del acto⁷¹⁰.

Sin embargo, no es esta la perspectiva que mejor permite describir la característica restrictiva o expansiva de este criterio, sino la que se obtiene desde el estudio del sistema de la invalidez. Para dilucidar la cuestión planteada, es necesario que frente a este sistema se cuestione si el mismo sería más o menos exigente al momento de determinar la validez del acto. Tratándose de criterios alternativos, en caso alguno se podría afirmar que se trata de una flexibilización del sistema. A menos que se opte por aquella interpretación del cumplimiento de la finalidad como algo comprendido por la vulneración de las garantías procesales, es evidente que dos parámetros exigen más que uno solo y que, en consecuencia, constituye una restricción del sistema⁷¹¹.

e.2.4.3. Diferenciación del cumplimiento del fin de la indefensión y del resto de las garantías procesales del artículo 24 CE.

Diferenciar el cumplimiento del fin de la indefensión ha sido una tarea en la que la doctrina, en general, ha dado pocas pistas. La tendencia es asumir como distintos ambos parámetros, pero sin relacionarlos, sino limitándose a exponerlos de forma separada. Excepcionalmente, algunos autores precisan que lo que se establece son casos en los que

⁷¹⁰ Esta es la perspectiva en que más comúnmente se mira el tema. En esta línea, HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 196; MARELLI, F., *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, p. 21; ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 201.

⁷¹¹ Cfr. ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 201, quien, por el contrario, afirma que se trata de “un poderoso criterio reductor de las declaraciones de invalidez por defectos formales”.

hay nulidad sin necesidad de vulnerar la garantía de defensa, pero sin precisar qué tipo de casos serían aquellos⁷¹².

La dificultad para diferenciar las situaciones en que no se cumple el fin de la indefensión es tal que ha llevado a YÉLAMOS BAYARRI a concluir que no es posible distinguir entre ellos. La autora reconoce que existen fines inmediatos que son distintos en cada caso, como podrían ser el evitar la disparidad de armas o permitir el conocimiento de un proceso, pero afirma que todos éstos, a la larga, se resumen en una misma finalidad última, que es evitar la indefensión, lo que le lleva a concluir que “la finalidad del acto y la prohibición de indefensión son la misma cosa”⁷¹³.

Si, como se ha defendido acá, se toman las referencias a la indefensión relativas a la invalidez como equivalentes a todas las garantías del artículo 24 CE, cualquier intento de construir un campo propio para la finalidad del acto que no coincida o se incluya con el contenido de las garantías constitucionales se dificulta aún más. Sin embargo, incluso con estas limitaciones, la noción de cumplimiento del fin puede encontrar un contenido propio, que ayuda a complementar la protección del ordenamiento jurídico del sistema de validez más allá de la Carta Magna.

Resultaría difícil desvincular absolutamente el cumplimiento del fin de la protección de las garantías constitucionales. Ya se advertía, al mencionar la necesidad de identificar la *ratio legis*, que en toda norma procesal se puede identificar de forma más próxima o remota una motivación relacionada con las garantías constitucionales, pero que, junto a ellas, existen otras inmediatas que responden a intereses más concretos que responde a intereses valiosos, pero no constitucionalizados, como la economía procesal⁷¹⁴. Así, por ejemplo, la exigencia de orden y claridad en el relato de los hechos en la demanda (artículo 399.3 LEC) tienen por objetivo, según indica el mismo texto, facilitar que el demandado se haga cargo

⁷¹² TOVAR MORAIS, A., *El recurso de casación civil y el contencioso-administrativo comentarios, jurisprudencia, formularios*, Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 90; y SERRANO HOYO, G., *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, p. 160.

⁷¹³ YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 428.

⁷¹⁴ El TC ha sostenido, las pocas veces que se ha referido al tema, que la economía procesal no es una garantía constitucional y que se encuentra axiológicamente en un rango inferior que las garantías del artículo 24 CE (véanse las SSTC 30/1981 (Sala Primera), de 24 de julio, ponente Begué Cantón, FJ 4º; y 69/1983 (Sala Segunda), 26 de julio, ponente Truyol Serra, FJ 1º).

de ellos al contestar. Esta finalidad tiene como trasfondo el derecho de defensa del demandado, pero también tiene otros objetivos como asegurar el adecuado orden del debate.

En la línea esbozada, la consideración de la finalidad del acto ayuda a evitar la peor cara de la constitucionalización de las garantías procesales, que es la que ha llevado a que muchas veces parezca que fuera de ellas no hay más derecho procesal⁷¹⁵. Aunque las garantías del artículo 24 CE constituyen el núcleo fundamental de toda la ordenación del proceso, no se puede olvidar que existen reglas y principios que, si bien han quedado en un nivel inferior de preponderancia, son valiosos para conformar un sistema justo y eficiente.

La utilidad de la noción que se estudia aumenta en la medida que se restringe el parámetro constitucional de validez. Por ello, dentro de una concepción limitada de ella que haga la diferencia entre indefensión material o constitucional y formal o procesal, el cumplimiento del fin puede cumplir un rol más gravitante, pues dentro de él se puede dar cabida a muchas situaciones que, si bien no constituyen indefensión de acuerdo a este criterio, igualmente pueden configurar este motivo de invalidez.

e.2.4.5. ¿Son siempre fungibles las formas? Posibles límites a la validación de los actos irregulares que han cumplido su fin.

Explicado tal y como se ha hecho el cumplimiento de la finalidad del acto como parámetro de invalidez, se impone la conclusión que en cuanto un acto procesal cumpla con la finalidad que se pretendía es irrelevante el nivel de separación que exista entre este y el modelo procesal de referencia. Dicho de otra manera, que las formas procesales serían completamente fungibles al poder ser todas reemplazadas -o derechamente omitidas- siempre que se cumpla la función del caso.

⁷¹⁵ Una advertencia similar hace DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. en BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, p. 114.

Si bien *a priori* sería posible de hablar de algo así como un *principio de fungibilidad de las formas*⁷¹⁶, el asunto parece tener algunos límites que impedirían que cualquier acto pudiese por el solo hecho de cumplir la función de otro pueda ser reemplazarlo dentro de un procedimiento. No se debe olvidar que las formas procesales son garantías y que, en tanto tales, las partes tienen derecho a que las cosas se hagan de la manera como la ley dice que se hagan, que es la que, en abstracto, más seguridades ofrece⁷¹⁷. Aunque ello no puede llevar a la exigencia a ultranza de la perfección de todos los actos, sí debe, al menos, excluir la posibilidad de que se realicen actos por equivalencia en las situaciones más relevantes, como las comunicaciones procesales. El límite, en este caso, viene dado por el respeto de las garantías constitucionales que son el otro parámetro de validez que se establece de forma conjunta con el que se está analizando.

La cuestión subsistiría respecto de aquellas cuestiones en las que no existe o no es tan evidente su relevancia constitucional. GIOVANARDI postula la existencia de una exigencia implícita de que el acto concreto tenga al menos la fisonomía del acto correspondiente al modelo legal, lo que permitiría considerar que es susceptible de reconocérsele validez al acto procesal defectuoso, pero no al simple cumplimiento por equivalencia a través de un acto completamente distinto y que se ha considerado por su autor igualmente idóneo para el cumplimiento de la finalidad buscada⁷¹⁸. Esta conclusión parece confirmada por el texto del artículo 227.1 LEC, pues habla de “defectos de forma” y de “ausencia de requisitos” que implícitamente refieren a un acto que tiene cierta fisonomía, pero que no cumple con todo lo exigido por el ordenamiento.

e.3. La infracción a las normas procesales reguladoras de la sentencia.

El recurso extraordinario por infracción procesal ha sido un experimento fallido, hasta ahora (más de una década de entrada en vigencia la LEC), que nunca ha terminado de concretarse en su diseño original⁷¹⁹. Pensado como un recurso que venía a sacar las

⁷¹⁶ Término empleado por BEDAQUE, J. d. S., *Efectividad del proceso y técnica procesal*, p. 162.

⁷¹⁷ Al menos respecto de las comunicaciones procesales, así lo plantean RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2005)*, p. 287; YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 448.

⁷¹⁸ GIOVANARDI, C. A., *Sullo scopo dell'atto processuale, in relazione alla disciplina della nullità*, p. 279

⁷¹⁹ RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 1478, le llama “el gran fiasco” de la LEC.

infracciones procesales de la casación y a aliviar la carga de trabajo del TS, porque estaba entregado a los TSJ, su entrada en plena vigencia quedó pendiente, pues era necesaria una reforma a la LOPJ que aún no ha llegado. Hoy existe con un régimen pretendidamente transitorio, regido por la DF 16ª, que le entrega el conocimiento, con algunas diferencias del diseño definitivo, al TS, excepto en aquellos casos en que la casación tendría que ser conocida por un TSJ⁷²⁰.

Ya se explicaba que de los cuatro motivos del recurso, todos recogidos por el artículo 469.1 LEC, tres se comprenden en otros motivos de nulidad, estableciendo una vía más para obtener la nulidad en esos casos. Eso no ocurre con el motivo segundo, relativo a la infracción a las normas procesales reguladoras de la sentencia, que aparece en este recurso sin estar nombrado antes como defecto invalidante.

En general, se consideran normas reguladoras principalmente las contenidas en la Sección 2ª del Capítulo VIII del Título V del Libro I LEC (artículos 216 a 222), en los que se regula la congruencia de la sentencia, su claridad y precisión, la carga de la prueba, la motivación de la sentencia, las condenas con reserva de liquidación, las condenas de futuro, los pronunciamientos específicos de las sentencias dictadas en proceso promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios y la cosa juzgada materia. Fuera de esta sección, también se incluyen las relativas a la forma y contenido de las sentencias (artículos 208 y 209), la invariabilidad de las resoluciones (artículos 214 y 215 LEC y 267 LOPJ) y la votación y fallos de asuntos (artículo 194)⁷²¹.

⁷²⁰ MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación civil: casación e infracción procesal*, p. 579, se refieren a la eventual reforma como algo “muy poco probable”. En el mismo sentido, apuntan CACHÓN CADENAS, M., FRANCO ARIAS, J. y RAMOS ROMEU, F., “Los recursos en el proceso civil” en *Justicia*, v. 1-2, 2010, p. 137 que, de momento, no hay ninguna previsión respecto a la esperada reforma en el futuro inmediato.

⁷²¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Artículo 469. Motivos. Denuncia previa en la instancia.” en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J. y BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, 2001, Madrid, p. 810-811. En términos parecidos, MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación civil: casación e infracción procesal*, p. 108 y ss. El acuerdo adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Junta General celebrada el día 4 de abril de 2006, ha limitado fuertemente el examen de asuntos probatorios a través de este recurso al convenir que “Como criterio general, no se admitirá la revisión de cuestiones relativas a la prueba en ningún caso mediante el recurso de casación y solo excepcionalmente a través del recurso extraordinario por infracción procesal, en una amplia interpretación del art. 469.1 LEC, en cuanto el ordinal 2º del referido precepto puede amparar la infracción de las normas relativas a la carga de la prueba,

La duda que surge en este punto es si verdaderamente se trata de un canon de validez distinto del impuesto por el artículo 24 CE. Ello en especial a que la gran mayoría de los asuntos incluidos son propios de asuntos que se consideran incorporados a la tutela judicial efectiva o la garantía de de no indefensión. Asuntos como la motivación, la congruencia, la invariabilidad de las resoluciones o la cosa juzgada son de las más invocadas en los amparos y forman buena parte de la doctrina que ella ha establecido. ¿Son solo esas las normas reguladoras que podrían invalidar una sentencia?, ¿se aplica solamente el canon constitucional en estos asuntos?

El tenor literal de la disposición parece indicar que no es necesaria afectación de garantías constitucionales algunas para que se configure el defecto. No se hace mención alguna a la indefensión ni a ningún parámetro similar⁷²². Ello sería lo más razonable, pues de otra forma se estaría frente a una disposición creada sin contenido. Además, desde el punto de vista del cada vez más exigente parámetro de afectación de garantías que sostiene el TC, esto podría ser una forma de aminorar los efectos del adelgazamiento de los cánones. Podría darse, entonces, una invalidez procesal derivada de un defecto constitucionalmente irrelevante lo que, por lo demás, no es del todo extraño a un sistema en el que las garantías del artículo 24 CE, si bien son el principal parámetro, no son el único.

La aceptación de la existencia de este parámetro como al menos parcialmente diverso a los ya vistos permite la inclusión de la nulidad, tanto en casos de ámbitos no protegidos por el

considerando norma reguladora de la sentencia el art. 217 LEC, dado su contenido y al estar incluido en la ley procesal bajo el epígrafe "de los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos". Además en el ordinal 4º del art. 469.1º LEC, al considerar motivo del recurso extraordinario por infracción procesal la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE, podría encuadrarse el error patente o notorio y la interpretación ilógica o irrazonable de los distintos medios de prueba legalmente previstos". Más ampliamente sobre este punto, CACHÓN CADENAS, M., FRANCO ARIAS, J. y RAMOS ROMEU, F., *Los recursos en el proceso civil*, p. 146.

⁷²² Sobre el punto, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Artículo 469. Motivos. Denuncia previa en la instancia.*, p. 810, advierte: "El antecedente de este motivo se encuentra en el art. 1.692.3º LECA [se refiere a la LEC 1881]. Nótese, no obstante, que la LEC no exige que la infracción de estas normas reguladoras de la sentencia haya producido indefensión. Tampoco lo exigía estrictamente el número 3º del art. 1.692(...), puesto que la indefensión solo era exigible cuando se infringían normas de actos y garantías procesales (*en este último caso*), pero no para la infracción de las normas reguladoras de la sentencia. No obstante, cierta jurisprudencia había considerado exigible el requisito de indefensión en todo caso. Con la LEC queda claro que la infracción de las normas reguladoras de la sentencia es invocable sin necesidad de acreditar indefensión.

artículo 24 CE (como la claridad y precisión de la sentencia⁷²³ o las normas sobre la carga de la prueba⁷²⁴), como para emplear otro estándar, más exigente, en asuntos sí protegidos como la motivación o similares⁷²⁵. Si bien ello ha ocurrido en algunos casos, el excesivo rigor con que se analiza este recurso para la configuración de las causales hace que los estándares por este motivo se asemejen bastante a los constitucionales y no haya habido una mayor reflexión sobre este punto. Esta circunstancia no impide afirmar la existencia de este estándar de validez respecto de las sentencias, aunque lo deja en un lugar bastante menor.

e.4. Un motivo de invalidez no explicitado: la mala fe procesal.

e.4.1. Regulación y alcance del deber de buena fe procesal.

La mala fe procesal es un tema que históricamente ha ocupado un espacio secundario en la legislación española. Sin perjuicio de que se pueda identificar algún antecedente histórico remoto⁷²⁶, las leyes de enjuiciamiento de 1855 y 1881 no incluyen una exigencia general a las actuaciones de las partes en este aspecto, limitándose a sancionarla en determinadas situaciones particulares⁷²⁷. Esta situación permite explicar que no hubiese una reflexión

⁷²³ En este sentido, STS 191/2010 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 7 de abril, ponente Corbal Fernández, FJ 5º.

⁷²⁴ Por ejemplo, en la STS 563/2009 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 16 de julio, ponente Sierra Gil de la Cuesta, FJ 2º.

⁷²⁵ STSJ Cataluña 21/2005 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 9 de mayo, ponente Ramos Rubio, FJ 2.

⁷²⁶ Hay controversia en la doctrina acerca de si, con anterioridad al siglo XIX, se recogieron para el proceso civil exigencias generales para las partes de buena fe, lealtad o probidad en el ordenamiento español. Mientras PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, Bosch Editor, Barcelona, 2003, p. 55 y ss., la encuentra en algunas normas de ordenanzas del siglo XVII y XVIII, MONTERO AROCA, J., "Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal" en MONTERO AROCA, J., *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, 2006, Valencia, p. 294, niega la existencia de cualquier formulación de ese alcance en aquella época.

⁷²⁷ Apunta CACHÓN CADENAS, M., "La buena fe en el proceso civil" en *Justicia*, v. 1-2, 2005, p. 21, que "El hecho de que, en las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881, el legislador no hiciera uso del concepto de buena fe en la misma medida en que acudió a esa noción en el articulado del Código Civil de 1889 no fue una omisión involuntaria del legislador, sino el resultado de una opción plenamente consciente. Sabido es que, en el modelo de proceso civil configurado en la Ley de Enjuiciamiento de 1855 y en la versión originaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el legislador dio una primacía absoluta a lo que entonces era habitual englobar bajo la denominación genérica de los derechos de la defensa, es decir, las garantías procesales de las partes. En este sentido, ese modelo de proceso civil regulado en las dos mencionadas Leyes

jurisprudencial y doctrinal suficientemente significativa como para poder afirmar que efectivamente se trataba de una auténtica exigencia procesal.

Lo expuesto comienza a cambiar con la entrada en vigencia de la LOPJ, que incluye en los dos primeros párrafos de su artículo 11 lo siguiente:

- “1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.
2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal”.

Aunque se trata de una disposición suficientemente clara, la falta de una consecuencia directa y plausible de esta exigencia hizo que esta norma no llamara demasiado la atención. Sí la llamó el artículo 247 LEC que, junto con establecer el deber de buena fe para todos los intervinientes en el proceso, da la posibilidad al juez de multar con las cantidades más altas del sistema a quienes litiguen o intervengan en el proceso de mala fe⁷²⁸. Con esto se ha

de Enjuiciamiento se asentaba sobre bases profundamente diferentes a las que inspiraron la famosa Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción ordinaria de 1853, debida al Marqués de Gerona. Pues bien, no deja de ser significativo que, en los tres primeros párrafos de la “Exposición a su Magestad” antepuesta a dicha Instrucción, se mencionen, respectivamente y de forma genérica, los conceptos de abuso procesal, fraude procesal y mala fe procesal”.

⁷²⁸ “Artículo 247. Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento.

1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe.
2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.
3. Si los Tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar entre ciento ochenta y seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio.
Para determinar la cuantía de la multa el Tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar.
En todo caso, por el Secretario judicial se hará constar el hecho que motive la actuación correctora, las alegaciones del implicado y el acuerdo que se adopte por el Juez o la Sala.
4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria.
5. Las sanciones impuestas al amparo de este artículo se someten al régimen de recursos previstos en el Título V del Libro VII de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

comenzado un sano debate con posturas que van desde quienes ven en ella “un modelo ético de conducta de los litigantes especialmente necesario en el momento actual”⁷²⁹ a quienes lo identifican como un principio político de trasfondo autoritario⁷³⁰.

Tanto en la LOPJ y la LEC, la buena fe procesal se ha configurado como un deber sumamente extenso, aplicable a todo interviniente en el proceso en cualquier momento de él⁷³¹. Si a esto se le suma el hecho de que se trata de un concepto jurídico indeterminado, no es difícil darse cuenta de que los márgenes para determinar su contenido son de una amplitud casi inabarcable, al punto de que LOZANO HIGUERO lo ha llamado “un auténtico chicle procesal”⁷³² y CACHÓN CADENAS ha advertido el riesgo de que es una noción tan amplia que puede constituirse en un ordenamiento procesal alternativo al establecido en la Constitución y en la ley, con el consiguiente riesgo de afectar garantías constitucionales⁷³³.

Siendo, por una parte, la buena fe una noción tan amplia y, por otra, el deber de respetarlo aplicable en cualquier momento del proceso, obtenemos como resultado que hay un evidente riesgo de que, bajo la excusa de la buena fe, se pretenda configurar un sistema procesal más restrictivo de las libertades de las partes y menos garante de sus derechos. Esto pone en evidencia la necesidad de hacer una aplicación restrictiva de la institución en el ámbito procesal civil que ha sido recogida por la jurisprudencia que, incluso antes de la nueva LEC, en aplicación del artículo 11 de la LOPJ, ya declaraba que “la calificación de actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal supuestamente abusiva, para no coartar el ejercicio de acciones, así como con estricto estudio de las resoluciones judiciales cuyo contenido puede ser esclarecedor”⁷³⁴.

⁷²⁹ PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, p. 298.

⁷³⁰ MONTERO AROCA, J., *Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal*, p. 337.

⁷³¹ Aunque doctrinalmente es posible diferenciar entre el fraude procesal, el abuso del proceso y la mala fe (sobre ello, véase PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, p. 91 y ss.) , la redacción de las normas transcritas obligan a considerar a todas estas figuras como sinónimas o, al menos, a las dos primeras como expresiones de la primera.

⁷³² LOZANO-HIGUERO PINTO, M., "La buena fe procesal: consideraciones legales y jurisdiccionales" en GUTIÉRREZ ALVIZ CONRADI, F., *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2006, Madrid, p. 89.

⁷³³ CACHÓN CADENAS, M., *La buena fe en el proceso civil*, p. 16.

⁷³⁴ STS (Sala de lo Civil), de 31 de enero de 1992, ponente Marina Martínez-Pardo, FJ 2º. Este razonamiento se ha reproducido en, al menos, otras cuarenta y cinco sentencias que tratan el tema de la buena fe en el proceso. Sobre las limitaciones que una interpretación restrictiva impone en la inadmisión, véase *infra* p. 362.

e.4.2. La invalidez como consecuencia de la mala fe procesal.

Incluso asumiendo una interpretación restrictiva de lo que puede apreciarse como infracción a la buena fe procesal, no cabe duda que hoy esta es una exigencia que debe tenerse en cuenta al momento de calificar un acto procesal. Por muchas aprehensiones que pueda ocasionar su existencia, se trata de una norma que existe y que, por lo tanto, una vez determinado su contenido, debe aplicarse.

El legislador, sin embargo, no ha sido demasiado claro en cuanto a las consecuencias que ella acarrea cada vez que se aprecie. De los textos de los artículos 11 LOPJ y 247 LEC se pueden desprender básicamente dos consecuencias: (1) La desestimación de la pretensión afectada por la mala fe (11.2 LOPJ y 247.2 LEC); y (2) la multa, que se ha contemplado como una consecuencia posible, pero no necesaria de la mala fe (247.3 LEC). En este panorama la nulidad o la inadmisión parecen estar reservadas para el caso de la prueba ilícita (11.1, *in fine* LOPJ).

Las consecuencias de la mala fe procesal, sin embargo, no pueden ser analizadas solo a partir de la textualidad. Si se parte de la premisa de que la mala fe no es admitida en el proceso civil y que, por lo tanto, los actos en que ella esté presente no deben fructificar, se debe asumir que el sistema ha de adoptar las medidas necesarias para que eso ocurra. En ocasiones, la desestimación de la pretensión será la medida idónea. Así, por ejemplo, si se pide una recusación meramente dilatoria el rechazo se puede hacer cargo de ella. En otras, sin embargo, esta no será posible o no resultará funcional a la finalidad que se ha explicado. Es lo que podría ocurrir en caso de solicitarse una notificación por edictos para afectar las posibilidades de defensa del demandado o de un juicio simulado. En estos casos, la ineficacia de la actuación es la solución idónea. Ella se podrá materializar por la nulidad o la inadmisión, dependiendo de si el acto se ha incorporado o no al proceso⁷³⁵.

⁷³⁵ Cf. PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, p. 265, quien incluye la nulidad y la inadmisión dentro de las consecuencias de la mala fe. También admite la nulidad como vía para combatirla, GOZAÍNI, O. A., *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 306.

D. Casos en los que la irregularidad equivale a la invalidez

Se han analizado las situaciones más típicas de invalidez de los actos procesales, que son aquellas en las que hay una irregularidad procesal que produce una vulneración de las garantías procesales del artículo 24 CE o que no ha cumplido la finalidad del mismo. En ellas, el esquema que se ha planteado se cumple, en lo descrito hasta el momento, en su totalidad. Sin embargo, en otras ocasiones, el juicio es distinto, meramente objetivo. En ellas, la irregularidad procesal implica la invalidez, sin que sea necesario un juicio de relevancia acerca de las consecuencias de la infracción causada o de su afectación de valores procesales. El solo apartamiento del modelo normativo basta, resultando irrelevantes alegaciones acerca de si se ha cumplido la finalidad del acto o de si se ha producido la vulneración de alguna garantía procesal concreta.

La existencia de este tipo de invalidez es algo en lo que la doctrina ha reparado desde hace un buen tiempo. Ya ALSINA se refería a ellas como nulidades automáticas, que serían una excepción a la regla del *pas de nullité sans grief*⁷³⁶. Más recientemente, RICHARD GONZÁLEZ se refiere a estas situaciones como casos de nulidad objetiva, debido a que se producen de la sola comparación entre la norma procesal general y la norma específica procesal⁷³⁷.

Dentro de la regulación de la LEC y la LOPJ, y en una enumeración que no pretende ser exhaustiva, entre los casos en que se pueden apreciar situaciones de irregularidades que equivalen a invalidez, se pueden encontrar los siguientes casos:

- (1) Los actos procesales que se produzcan por o ante un tribunal con falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional (artículos 238.1 LOPJ y 225.1 LEC);
- (2) Los realizados bajo violencia o intimidación (artículos 238.1 LOPJ y 225.1 LEC)⁷³⁸;

⁷³⁶ ALSINA, H., *Las nulidades en el proceso civil*, p. 73.

⁷³⁷ RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, p. 18.

⁷³⁸ Este motivo -que reconoce como antecedente inmediato el artículo 442 LEC 1881- es una verdadera excentricidad procesal, que solo ha servido para algunas elucubraciones académicas acerca del papel que cumple la voluntad en la teoría del acto procesal. Salvo error u omisión, no hay siquiera un caso en el que la jurisprudencia se haya pronunciado en profundidad sobre ella en más de un cuarto de siglo. La gran mayoría de las citas que se encuentran a los artículos 238.2 LOPJ o 225.2 LEC en bases de datos de jurisprudencia son referencias erróneas al párrafo primero de cada uno de esos artículos o al artículo 248.2 LOPJ, que establece los requisitos de motivación de los autos. Es posible encontrar algunos casos en los que se ha hecho valer este

- (3) Los realizados sin intervención de abogado, cuando esta sea preceptiva (238.4 LOPJ y 225.4 LEC);
- (4) Las vistas celebradas sin la preceptiva intervención del secretario judicial (238.5 LOPJ y 225.5 LEC);
- (5) Cuando se resolvieran mediante diligencias de ordenación o decreto cuestiones que, conforme a la Ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia (225.6 LEC)
- (6) Las resoluciones dictadas por tribunales distintos de aquel o aquellos a los que correspondiese conocer según las normas de reparto (artículo 68.4 LEC)⁷³⁹;
- (7) Las actuaciones originadas por la reiteración de un incidente de acumulación de procesos, luego de rechazado (artículo 97.2 LEC);
- (8) Las infracciones al principio de inmediación por ausencia de los jueces y magistrados miembros del tribunal en determinadas actuaciones (artículo 137.4 LEC);
- (9) El embargo de bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste (artículo 588.1 LEC); y
- (10) La enajenación de bienes embargados que no pertenezcan al ejecutado (artículo 594 LEC)
- (11) El embargo trabado sobre bienes inembargables (artículo 609 LEC).

La justificación de existencia de este tipo de normas es algo que no se puede realizar en forma genérica. En cada caso parece haber un fundamento distinto que puede ir desde la protección de garantías constitucionales, hasta simples opciones de política legislativa que busquen reforzar el cumplimiento de un requisito en particular⁷⁴⁰. La determinación de la justificación tiene solo trascendencias especulativas, pues no incide en la apreciación de la validez. Si consisten o no en una presunción *iuris et de iure* de afectación de una garantía es

motivo, pero no pronunciamientos que pasen de la desestimación por no acreditación de la existencia de la violencia o intimidación (véanse las SSAP de Guipuzcoa, Sección Primera, 152/2004, de 10 de mayo, y 214/2004, de 2 de julio, ambas del ponente Subijana Zunzunegui, FJ 2º; y la SAP de Castellón, Sección Tercera, 96/2005, de 23 de febrero, ponente Marco Cos, FJ 1º) .

⁷³⁹ Este caso podría ser dudoso, debido a que para proceder a la declaración de nulidad debe ser alegada la nulidad por el perjudicado, sin embargo, si se estima que el perjuicio viene dado por el solo hecho del reparto inadecuado, que es lo más razonable, la irregularidad procesal bastaría, de pedirse por quien corresponda.

⁷⁴⁰ De la opinión contraria es YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 84, quien sostiene que toda nulidad tiene por objeto la protección de una garantía constitucional.

irrelevante⁷⁴¹. Desde el momento en que se objetiva la causal, sacando un criterio de valoración de la misma que exceda la sola apreciación de la infracción del modelo, la forma propiamente tal se transforma en un objeto de protección autónomo que debe ser tutelado sin entrar en consideraciones ulteriores⁷⁴².

I.4. La convalidación del acto inválido

A. Aspectos generales

a. Concepto

Quizá el mayor obstáculo con que se encuentra quien quiera estudiar la figura de la convalidación es la imprecisión que existe al momento de utilizar esta denominación. De forma muy similar a lo que ocurre con el término subsanación, su uso tiene como común denominador el estar vinculado con situaciones en las que un acto irregular termina por no ser inválido. Las principales formas de entender la convalidación han sido: (1) como cualquier circunstancia que impida la invalidez del acto irregular, sea que esta se origine por cumplimiento del fin del acto, por corrección del defecto o por aceptación de este por el afectado⁷⁴³; (2) como cualquier situación que dé validez al acto originalmente inválido, es decir, como un concepto genérico que incluya la aceptación de los hechos y aquello que se ha llamado subsanación⁷⁴⁴; (3) como aquella técnica o situación que permite atribuir validez

⁷⁴¹ Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, R., "Reflexiones actuales sobre la nulidad procesal" en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, n° XCI, 1994, p. 11, quien, con otra nomenclatura, insta por la inclusión de la noción de perjuicio incluso en aquellos casos que identifica como de nulidad absoluta, agregando que "Me parece que en aquellos casos en que por razones de política legislativa se entienda inevitable la declaración de nulidad, la forma que concilie estas motivaciones será la de presumir de derecho que determinadas infracciones o vicios irrogan perjuicios"

⁷⁴² Así lo hace notar, respecto de la intervención preceptiva del secretario en determinadas actuaciones, HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 197.

⁷⁴³ En este sentido, GOZAÍNI, O. A., *Derecho procesal civil*, p. 852.

⁷⁴⁴ Siguiendo esta línea, BARRIOS entiende a la convalidación "como la actividad de las partes encaminada a subsanar los actos del proceso" (BARRIOS, E., "Convalidación de la nulidad en el acto procesal" en MORELLO, A. M., *Estudios de nulidades procesales*, Hammurabi, 1980, Buenos Aires, p. 128).

a un acto irregular sin corrección del defecto, incluyendo la aceptación de este y el efectivo cumplimiento del fin⁷⁴⁵; y (4) como la aceptación expresa o tácita del defecto por parte del afectado, es decir, como el consentimiento al acto defectuoso por quien puede pedir su nulidad⁷⁴⁶.

Ya se ha adelantado que en esta investigación se da a la convalidación el último y más restringido de los sentidos, debido a que con esta denominación se busca diferenciar el fenómeno de la aceptación de los defectos por parte de quien puede hacer valer la invalidez de las otras situaciones que también interfieren en que un acto irregular devenga en inválido, como lo son la subsanación y el cumplimiento de la finalidad del acto. Esta opción, si bien se puede considerar mayoritaria, choca un sector importante de la doctrina que ve a la convalidación y a la subsanación como un fenómeno unitario, que no merece una diferenciación. En un ejemplo claro de esto que ya se ha citado, pero que es especialmente expresivo por la importancia del autor y lo reciente de la afirmación, RAMOS MÉNDEZ, hasta su séptima edición del *Sistema procesal español*⁷⁴⁷ y, hace menos, en su *Enjuiciamiento civil*⁷⁴⁸, al tratar la nulidad procesal, se refiere como un principio general aplicable a los casos de nulidad el de la subsanabilidad, remarcando que donde mejor está plasmado es en el artículo 11.3 LOPJ, para luego citar como el supuesto tradicional del mismo el del artículo 166 LEC, que es la situación más clara de convalidación del sistema actual. Un camino similar sigue YÉLAMOS BAYARRI, quien si bien diferencia, siguiendo a MORÓN PALOMINO, entre subsanación por convalidación y la subsanación por enmienda, luego hace aplicable la doctrina constitucional de la subsanación por corrección de defectos a la convalidación, sin reconocer mayores diferencias entre ellas⁷⁴⁹.

b. Clases

⁷⁴⁵ CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil, v. I*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 547; ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 249; BARONA VILLAR, Silvia en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, p. 425; PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 239.

⁷⁴⁶ MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, p. 208.

⁷⁴⁷ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2005)*, p. 285 y ss.

⁷⁴⁸ RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 1421 y ss.

⁷⁴⁹ YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 79.

Tradicionalmente se han reconocido tres categorías de actos dentro de la convalidación: la expresa, la tácita y la por omisión⁷⁵⁰. Por *convalidación expresa* se debe entender aquella declaración del afectado por el vicio en el sentido de dar por válido el acto en principio inválido o, al menos, de no pretender la anulación o inadmisión del mismo. La convalidación es *tácita* cuando la misma voluntad se deduce de forma inequívoca de alguna actuación de la parte, sin necesidad de una declaración en tal sentido. Por último, la convalidación es *por omisión* cuando se produce por la sola preclusión de la oportunidad procesal para pretender la inadmisión o invalidación del acto.

Algunos autores plantean una clasificación bipartita, en la que no se diferencia la convalidación tácita de la por omisión⁷⁵¹. En un sistema como el español, sin embargo, la distinción es relevante, debido a la existencia de un amplio ámbito para la declaración de oficio de la nulidad. Se verá que las variables que genera esta posibilidad hacen que el régimen de una y otra no sean los mismos.

c. Fundamentos

Tradicionalmente, el fundamento de la convalidación se encuentra en una concepción de que la invalidez mira, principalmente, al interés de las partes. Coherente con esta premisa, se suele establecer en la regulación legislativa del caso que la nulidad debe ser alegada por la parte en cuyo favor se ha establecido el requisito que se ha violado, presumiéndose que no hay interés en ella de quien ha causado el vicio o de quien, aun tácitamente, ha renunciado a hacerlo valer⁷⁵². Sin embargo, en un sistema procesal en el que juez se transforma en un guardián de las garantías y en el que se incentiva el control de oficio de la regularidad del proceso, la convalidación pierde buena parte de su importancia, al punto de que hoy, en algún sentido, se encuentra absorbida por la subsanación y no es común que se haga

⁷⁵⁰ Con distintas denominaciones, esta clasificación es reconocida, entre otros, por CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil*, p. 548; MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, p. 209; y BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, p. 272.

⁷⁵¹ ALSINA, H., *Las nulidades en el proceso civil*, p. 110; CREUS, C., *Invalidez de los actos procesales penales*, p. 84.

⁷⁵² TOMMASEO, F., *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 239. Un planteamiento parecido es posible encontrar en GUERRA SAN MARTÍN, J., *Lecciones de derecho procesal: Proceso civil 1 (Parte General)*, p. 160; y en TAVOLARI OLIVEROS, R., *Reflexiones actuales sobre la nulidad procesal*, p. 13.

mención a ella en los trabajos relativos a la nulidad procesal, fuera de los casos particulares más expresivos.

De forma no excluyente con lo recién expuesto, la convalidación también se fundamenta en regla la preclusión procesal, consagrada en la LEC en su artículo 136, entendida como institución ordenadora de la regularidad del proceso. La extinción de la facultad procesal de reclamar la invalidez de un acto como consecuencia de la inacción del que puede hacerla valer en la oportunidad procesal que corresponda subyace en todas las hipótesis de convalidación, pues en todas ellas, sea por el solo transcurso del plazo o por la renuncia expresa o tácita a pedir la nulidad, se verifica la preclusión de esta posibilidad. Es por ello que LOZANO-HIGUERO PINTO habla de la *función saneadora de la preclusión*⁷⁵³.

d. La convalidación como situación excluyente de la subsanación.

En el esquema que se ha propuesto, para que proceda la subsanación debe haber un acto irregular que sea calificado de inválido y que, además, no haya sido convalidado, en los casos en los que la figura de la convalidación proceda. En ellos, si bien la irregularidad subsiste, se torna irrelevante ante la voluntad de quien se ve afectado por ella, por lo que la corrección del defecto a través de la subsanación pierde sentido.

Que la convalidación excluya a la subsanación no quiere decir que haya un orden de precedencia necesario entre ellas. No existe, desde un punto de vista lógico o jurídico, una prelación predeterminada entre la convalidación y la subsanación. Sólo se trata de actividades que recíprocamente se excluyen, porque ambas cumplen la función de otorgar validez al acto jurídico inválido⁷⁵⁴. Esto explica que, si bien es necesario caracterizar al acto

⁷⁵³ LOZANO-HIGUERO PINTO, M., "Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales" en *Justicia*, v. 4, 1986, p. 854 y ss. También resulta de interés sobre el tema LOZANO-HIGUERO PINTO, M., "La preclusión de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2.000" en *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, v. 12, 2000, p. 305 y ss.

⁷⁵⁴ En el ámbito de la Filosofía del Derecho, PÉREZ TRIVIÑO, J. L., "Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la Teoría del Derecho y la dogmática jurídica" en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 22, 1999, p. 263, niega esta situación, a partir del concepto de aplicabilidad, afirmando que en los casos de convalidación el acto sigue siendo inválido, pero aplicable, es decir de obligatorio respeto por los jueces o los diferentes órganos a los que se dirigen.

subsanaible como un acto inválido y no convalidado, no se deba descartar -y es de normal ocurrencia- la posibilidad de que un acto que ya no sea subsanaible, por haber precluido la posibilidad de corregir el defecto, pueda obtener su validez de una convalidación posterior.

B. Tratamiento de la convalidación en las regulaciones más tradicionales de nulidad procesal y sus consecuencias en la imprecisión conceptual actual.

En sistemas procesales configurados de manera más ortodoxa con una inspiración civilista palpable -como el que solía reconocer en el ordenamiento procesal español hasta la LOPJ, y las regulaciones actuales de Italia, Francia y, en general, de Latinoamérica- la convalidación juega un papel bastante relevante, normalmente en combinación con un estrecho margen para decretar la nulidad sin necesidad de petición de parte. La regulación de los defectos procesales suele utilizar la posibilidad de convalidación de actos defectuosos como una forma de distinguir distintos niveles de gravedad de los defectos. Así, en el caso de los defectos más graves, no existe la posibilidad de convalidación, pues se entiende que se trata de defectos de tal entidad que ni aun cuando quien se ve afectado por ella acepte el defecto o no reclame su invalidez, se puede obviar el mismo. En el caso de defectos menos graves, que serán la mayoría, por el contrario, se asume que solo de haber interés del afectado por el acto procesal defectuoso procederá la declaración de nulidad, por lo que si este, expresa o tácitamente, acepta el defecto o, simplemente, deja pasar las oportunidades procesales que se le reconocen para alegar la nulidad, el acto será convalidado⁷⁵⁵.

⁷⁵⁵ Esta situación se ve claramente en el artículo 157 del *Codice de procedura civile* italiano que dispone que la nulidad solo podrá ser decretada a instancia de la parte en cuyo interés se ha establecido el requisito no observado, quien deberá alegarla en la primera instancia o defensa sucesiva al acto o al conocimiento de este, excepto en los casos en que la ley posibilite su declaración de oficio, no procediendo el reclamo de nulidad de parte de quien lo ha causado o de que ha renunciado a ella, aun tácitamente. En un sentido similar, el artículo 114 del *Code de procedure civile* francés de 1975 establece que la nulidad solo podrá ser declarada a petición de parte, excepto en aquellos casos en los que se omitan una forma sustancial o de orden público. Por su parte, el artículo 170 del Código procesal civil y comercial argentino, bajo el epígrafe “Subsanación”, dispone que “La nulidad no podrá ser declarada cuando el acto haya sido consentido, aunque fuere tácitamente, por la parte interesada en la declaración. Se entenderá que media consentimiento tácito cuando no se promoviere incidente de nulidad dentro de los cinco (5) días subsiguientes al conocimiento del acto”, aunque, a diferencia de los casos anteriores, se posibilita de declaración de oficio de nulidad en todos los casos, siempre que el defecto no haya sido consentido (artículo 172). Por último, el Código de procedimiento civil chileno en su artículo 83 dice, en lo pertinente, que “La nulidad procesal podrá ser declarada, de oficio o a petición de parte,

La importancia de la convalidación en esta forma de regulación contrasta con el exiguo papel que se le suele atribuir a la subsanación. En general, esta queda confinada a aquellos casos en los que se la contempla especialmente, pero sin presencia de una regla general favorecedora como la que se puede encontrar del artículo 11.3 LOPJ. Este contraste es el que probablemente explique la imprecisión con que se utiliza en la doctrina ambos términos. De alguna manera, el fenómeno de la corrección de los defectos se ve absorbido por de la convalidación, identificándose como uno solo, incluso más allá de las meras denominaciones, lo que no resulta especialmente relevante, en atención a poco espacio que se le da a la subsanación⁷⁵⁶. Los inconvenientes de la poca claridad con que se trata a instituciones distintas comienzan a hacerse patentes con la configuración jurisprudencial y legal de un sistema favorecedor de la subsanación, pues en él sí es importante la diferenciación entre estos dos fenómenos.

Aun con la carga de la imprecisión conceptual, una regulación como la descrita redundante en una doctrina que le atribuye trascendencia a la noción de convalidación, que es la más recurrida forma de evitar la nulidad de un acto inválido⁷⁵⁷. Su tratamiento, aunque somero, constituye un elemento de estudio necesario, pues una de las características del régimen legal que se pretende describir dice relación con este aspecto. En muchos casos, ya se ha visto, incluso se le reconoce como la cualidad definitoria que permite delimitar la nulidad absoluta de la relativa o de la anulabilidad⁷⁵⁸. Algún autor llega a atribuirle la calidad de regla general en materia de nulidades, afirmando que en el derecho procesal todas las nulidades

en los casos que la ley expresamente lo disponga y en todos aquellos en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable solo con la declaración de nulidad. La nulidad solo podrá impetrarse dentro de cinco días, contados desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar de la nulidad tuvo conocimiento del vicio, a menos que se trate de la incompetencia absoluta del tribunal. La parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización o que ha convalidado tácita o expresamente el acto nulo, no podrá demandar la nulidad”.

⁷⁵⁶ Ejemplos hay muchos, en especial, dentro de la doctrina española y argentina. Por nombrar solo algunos, ALSINA, H., *Las nulidades en el proceso civil*, p. 110; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Actos procesales ineficaces*, p. 462 y ss.; y PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, p. 135-136. Con todo, hay excepciones como la ya mencionada de MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, p. 203. En el caso italiano, la diferencia se hace por el reconocimiento de la amplia categoría de sanatoria, que incluye el cumplimiento del fin y las diversas formas de convalidación, pero que deja fuera a lo que llaman rectificación del acto (especialmente claro se ve esto en CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil*, p. 583 y ss.).

⁷⁵⁷ MARELLI, F., *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, p. 25.

⁷⁵⁸ Véase *supra* nota 405.

son convalidables, teniendo en cuenta que, al menos en algunos sistemas, no hay nulidad que subsista a la cosa juzgada⁷⁵⁹.

C. La convalidación en el sistema de la LOPJ y LEC

a. La, al menos en apariencia, desmejorada situación de la convalidación

Un primer examen del tratamiento de la convalidación en la regulación que hacen la LOPJ y la LEC revela una posición desmejorada de esta figura en relación al tratamiento que tradicionalmente se le ha dado. A diferencia de la subsanación, que goza de reglas explícitas en su favor, la situación de la convalidación es solo configurable a partir de disposiciones particulares y de normas que la tratan de forma indirecta. Muy probablemente ello explica que la doctrina prácticamente no haga mención a ella fuera de la hipótesis del artículo 166.1 LEC referente a las comunicaciones procesales.

Dos factores son los que más parecen incidir en que se pueda omitir el tratamiento de la convalidación sin que se extraña en la descripción del sistema algún elemento de su campo normativo: (1) La ausencia de una norma expresa de convalidación; (2) La amplia posibilidad de decretar de oficio la nulidad.

(1) No existe en la actual regulación de la invalidez procesal una norma como la del artículo 157 del *Codice di procedura civile* italiano, que establezca que la renuncia expresa o tácita a pedir la nulidad deviene en la convalidación del acto defectuoso, ni se establecen plazos para reclamar esta. Reglas de esa especie solo se encuentran en casos particulares, como los artículos 68.4 LEC, en lo relativo a la infracción de las normas de reparto, y el ya mencionado 166.1 LEC. Aparte de ellas, la reglamentación se extrae de algunas normas referentes a los distintos medios que tiene el afectado para hacer valer la nulidad, en especial de los artículos 241 LOPJ (228 LEC), 459 y 469.2 LEC.

⁷⁵⁹ PALACIO, L. E., *Manual de derecho procesal civil, v. I*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 10ª ed., 1993, p. 402.

(2) La posibilidad de decretar la nulidad de oficio es excepcionalmente amplia en el sistema que se describe. De acuerdo al artículo 240.2 LOPJ (227.2 LEC), el tribunal puede acordarla por cualquier causal, siempre que no se conozca de ella con ocasión de un recurso, caso en el que solo se puede decretar por falta de jurisdicción, de competencia objetiva o funcional, o de violencia o intimidación que afecte al tribunal. En cualquier caso, debe realizarse previa audiencia a las partes y tratarse de un defecto no subsanable, pues, de lo contrario, deberá, previamente, instarse por la corrección. Tradicionalmente, se considera que la posibilidad de decretar la nulidad de oficio y la convalidación se excluyen en las legislaciones en que ambas están presentes. De alguna manera, se trata de conceptos incompatibles, pues donde cabe una no procede la otra⁷⁶⁰.

El juego de estos dos factores parecen dejar poco espacio a la convalidación: sin la existencia de una regla general favorecedora de ella y con casi todo su campo de acción consumido, al menos en primera instancia, por la posibilidad de la declaración de oficio de la nulidad, su papel parece marginal. Sin embargo, un estudio más profundo del tema permite demostrar que no es así.

b. Análisis del estatuto de la convalidación

El punto de inicio para acometer la tarea de determinar la situación de la convalidación necesariamente debe ser la ya mencionada norma del artículo 240.2 LOPJ (227.2 LEC), que establece la posibilidad de que el juez decrete de oficio la nulidad. La redacción original de este artículo en la LOPJ disponía que “(...) el Juez o Tribunal podrá, de oficio antes de que hubiere recaído sentencia definitiva, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular”, generando la cuestión de cuándo se debía entender que había sentencia definitiva⁷⁶¹. La LO

⁷⁶⁰ MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, p. 206. En el mismo sentido parece entenderlo HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 240, cuando afirma que no hay nulidades irrenunciables debido a la amplia posibilidad de que ella se decrete de oficio.

⁷⁶¹ Sobre las diversas acepciones que se podían reconocer a este término, se puede consultar GARNICA MARTÍN, J. F., "Nulidad de actuaciones después de sentencia firme" en *Justicia*, v. 4, 1990, p. 909. La que más atención ha llamado es la hecha por la STC 110/1988 (Sala Primera), de 8 de junio, ponente Rubio Llorente, que ya se ha transcrito (véase *supra* nota 521).

5/1997 introdujo la primera modificación a esta disposición, precisando que la posibilidad de decretar la nulidad era hasta que existiese sentencia definitiva “o resolución que ponga fin al proceso”. Hasta este momento, la posibilidad de convalidación, al menos en el contexto de esta disposición, era casi ninguna. El asunto cambia a contar de la nueva redacción que trae la LEC sobre el punto en el artículo 227.2, que agrega un segundo párrafo a este apartado, que dispone que “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”. Esta redacción pasa a la LOPJ y adquiere vigencia con la LO 19/2003⁷⁶².

En el escenario actual se puede apreciar que opera la convalidación respecto de todos los vicios ocurridos en la instancia, que no sean los de falta de jurisdicción, de competencia objetiva o funcional o de violencia o intimidación respecto del tribunal, por el solo hecho de la no reclamación de ellos en el recurso. La pasividad de la parte, sumada a la inacción del tribunal de instancia, hace terminar con la invalidez de prácticamente todos los vicios.

A este hecho hay que agregarle la regulación que se hace de los recursos de apelación y de infracción procesal. El artículo 459 LEC se pone en el caso de que el motivo de la impugnación se refiera a la infracción de normas y garantías procesales. Entre los requisitos de admisibilidad del recurso para esta situación, establece la exigencia de acreditar la denuncia de la infracción, de haber tenido oportunidad para ello. Siguiendo la distinción hecha por MONTERO AROCA, se puede afirmar que en todos aquellos casos en los que el defecto ha ocurrido en la tramitación de la instancia y no en la sentencia, se considerará que hubo oportunidad para denunciar la nulidad⁷⁶³. Algo similar ocurre en el caso del recurso

⁷⁶² SERRA DOMÍNGUEZ critica esta modificación sosteniendo que “No acierta a comprenderse que el tribunal pueda apreciar de oficio en cualquier momento del proceso la nulidad de actuaciones por haberse prescindido de las normas esenciales del procedimiento o por haberse realizado un acto sin la obligada intervención de Abogado, y que no pueda utilizar dicha facultad si el defecto se pone de relieve a través de un recurso de parte que no haya denunciado” (en SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, José María Bosch, Barcelona, 2001, p. 31). En un sentido similar, GARRIGA ARIÑO, F., “La nulidad de actuaciones. Evolución de su regulación.” en SERRA DOMÍNGUEZ, M. (A., *Realismo jurídico y experiencia procesal*, Atelier, 2009, Barcelona, p. 66.

⁷⁶³ MONTERO AROCA, J. en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil*, p. 435. La excepción a esto podría ser algún caso en el que la infracción se verifique en la instancia, pero no llegue a conocimiento de la parte hasta la sentencia o después.

por infracción procesal, en el que se exige que esta o la vulneración de las garantías del artículo 24 CE se hayan denunciado en la instancia y, de haberse producido en primera, se haya reproducido en la segunda (artículo 469.2 LEC).

De estas exigencias se debe colegir que la invalidez procesal -siempre que no provenga de la falta de jurisdicción, incompetencia objetiva o violencia o intimidación respecto del tribunal- se convalida no solo cuando no se alegue la infracción en la apelación, sino cuando ella no se denuncie oportunamente en la instancia desde el momento en que se dicta la sentencia definitiva o la resolución que ponga fin a ella, que es cuando cesa la facultad del tribunal de decretar de oficio la nulidad. Se trata de una hipótesis de convalidación por omisión que no merece mayor discusión en atención al claro tenor de la legislación que interviene.

Un tema más delicado, y al que la doctrina no le ha prestado atención, probablemente implicando una respuesta negativa, es el de la posibilidad de que proceda la convalidación expresa o tácita dentro de la instancia. La principal objeción que se puede hacer a ella es la de la incompatibilidad entre la convalidación y la declaración de oficio de la nulidad.

Claramente, la convalidación por omisión y la declaración de oficio no logran convivir en un mismo marco temporal: solo en el momento en que decae la posibilidad de la segunda, puede verificarse la primera. Sin embargo, no ocurre lo mismo con las otras especies de convalidaciones. La relación de ellas con la facultad u obligación del juez de apreciar de oficio la nulidad es solo contingente: si bien en un sistema determinado pueden configurarse de forma excluyente⁷⁶⁴, esto no es una imposición lógica que pueda presumirse en un sistema como el español, donde no se ha contemplado.

Descartada la existencia de un obstáculo para la procedencia de los dos tipos de convalidación, parece no haber inconvenientes en admitir la posibilidad de que estas se puedan verificar aun en aquellos momentos procesales en los que la posibilidad de declaración de oficio esté vigente. Si se considera que para el legislador solo tienen

⁷⁶⁴ Es el caso del ya mencionado artículo 172 del Código procesal civil y comercial argentino que dispone, en lo pertinente, que “La nulidad podrá ser declarada a petición de parte o de oficio, siempre que el acto viciado no estuviere consentido”

trascendencia más allá del interés de las partes los vicios de falta de jurisdicción, falta de competencia objetiva o funcional y la violencia ejercida sobre el tribunal, no habría inconvenientes en admitir para el resto de los casos que pueda operar la convalidación⁷⁶⁵. Esto parece una opción hermenéutica más coherente y favorecedora de la conservación de los actos, que permitir una declaración de nulidad que no interesa a las partes.

Un segundo momento de convalidación es posible encontrarlo con la firmeza de la sentencia. Una vez la resolución que pone fin al proceso deviene firme, se produce la convalidación incluso de los vicios que podían ser declarados de oficio por el tribunal. El carácter eminentemente convalidador -y no subsanador- de este hecho lo demuestra el incidente de nulidad de actuaciones. Para que el mismo proceda es indispensable que, aparte de existir una vulneración a una garantía constitucional, la misma no haya podido ser denunciada antes de poner fin al proceso, lo que hace evidente que, si se le da trascendencia, es precisamente porque la parte afectada no ha tenido una real posibilidad de aceptar o no la infracción procesal que le afecta.

Por último, con la preclusión de la posibilidad de pedir la nulidad a través del incidente de nulidad de actuaciones, se produce la convalidación definitiva de los defectos de cualquier especie y entidad que pueda haberse verificado en el juicio⁷⁶⁶. De acuerdo al artículo 241.1 LOPJ, esta se produce transcurridos 20 días desde la notificación de la resolución respectiva o de que se haya tenido conocimiento del defecto, no pudiendo solicitarse la nulidad en caso alguno después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución⁷⁶⁷.

II. El acto procesal subsanable

⁷⁶⁵ En este sentido, la ATC 33/2006 (Pleno), de 1º de Febrero: “El hecho de que se exija la solicitud de la parte en ese sentido cuando no se trate de defectos referidos a la falta de jurisdicción o de competencia o a supuestos de violencia o intimidación que afectaren al órgano judicial, obedece, como es obvio, a la naturaleza dispositiva del proceso civil” (FJ 2º).

⁷⁶⁶ LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, p. 240.

⁷⁶⁷ Se excluye en este análisis la revisión debido a que se trata más precisamente de una hipótesis de rescisión y no de invalidez.

II.1. Cuestiones previas

A. Contextualización

En este apartado se continuará con la segunda parte del estudio del objeto de la subsanación con el análisis de la subsanabilidad de los actos procesales. Partiendo de la premisa de que la subsanación es una técnica que busca evitar la ineficacia del acto originalmente inválido a través de la corrección de los defectos que causan esta invalidez, la necesidad de analizar este punto se entiende sin mayores dificultades.

En línea con la noción de subsanación que se ha venido sosteniendo, se debe entender la subsanabilidad como la posibilidad de dar validez a un acto procesal originalmente inválido a través de la corrección de sus defectos dentro del mismo proceso. Esta posibilidad no es predicable de todos los actos, ya que, por diversos motivos, habrá situaciones en las que la invalidez será incorregible⁷⁶⁸.

El problema radica en determinar en cuál caso un acto procesal es subsanable y en cuál no. Las luces que ha dado la doctrina sobre el punto no son del todo satisfactorias. Ya se veía que el tratamiento que se hacía sobre este punto desde las concepciones más tradicionales de la nulidad se ha visto superado por la realidad, tanto por el impreciso manejo de las nociones de subsanación y convalidación, como porque la generalizada vinculación de la subsanabilidad con las categorías de nulidad que hoy resulta inaplicable. Por su parte, las conclusiones de los autores más cercanos a las posturas que se defienden en este trabajo tampoco arrojan demasiada seguridad al momento de identificar qué actos o defectos son susceptibles de ser corregidos.

Para sentar las bases de los que deben ser los criterios que permitan entender este tema es indispensable volver brevemente a la doctrina del TC acerca de la subsanación de los

⁷⁶⁸ Esta forma de entender la subsanación deber ser confrontada, en este tema, con la de GARNICA MARTÍN que, desde una concepción de ella que incluye lo que hemos llamado renovación, entiende como subsanables algunos defectos que, desde la perspectiva usada en este trabajo no lo son, afirmando que, en definitiva, solo la falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional es insubsanable (GARNICA MARTÍN, J. F., "Artículo 231: Subsanación" en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A., RIFA SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F. , *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Iurgium, 2000, Barcelona, p. 931).

defectos, para luego analizar la regla de la subsanabilidad y los límites que ella encuentra en el ordenamiento procesal civil español.

B. El papel de la jurisprudencia del TC en la determinación de la subsanabilidad de los actos

Se ha estudiado latamente cómo, a partir de la garantía de tutela efectiva del artículo 24.1 CE, la jurisprudencia del TC ha sostenido la prelación de la subsanación por sobre la ineficacia, lo que ha generado un principio procesal que va más allá del importante, pero limitado, ámbito en que ella se ha construido. El mandato de que se subsane todo lo subsanable, a pesar de las críticas que pueda suscitar, es un innegable aporte de esta jurisprudencia constitucional que ha terminado por permear todo el sistema procesal civil español.

Sin embargo, la regla enunciada parte de una base respecto de la que el desarrollo doctrinal no ha sido tan preciso: la de determinar qué es subsanable y qué no⁷⁶⁹. Sobre este punto, no es posible afirmar que la regla de la subsanabilidad tenga su origen propiamente en la doctrina constitucional. Como ya se ha explicado en el primer capítulo de este estudio, la incorporación de la técnica subsanatoria en la doctrina constitucional en un principio se hizo sin pretender darle un mayor realce o un alcance general, sino como una forma de dar solución a situaciones determinadas en las que, a la luz de sus particularidades, esta parecía más acorde con la tutela judicial efectiva. Solo con el pasar de algunos años se puede afirmar que efectivamente existe una auténtica postura favorecedora de la subsanación en la doctrina del TC. Como fruto de esta doctrina, recién en sentencias del año 1986 se pueden encontrar sentencias que consideran a la subsanabilidad como la regla⁷⁷⁰, cuando ya había

⁷⁶⁹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, p. 32.

⁷⁷⁰ La primera parece ser la STC 36/1986 (Sala Segunda), de 12 de marzo, ponente Leguina Villa: “los trámites formales no deben ser exigencias cuyo incumplimiento presente siempre el mismo valor obstativo que operaría con independencia, en principio, de cuál sea el grado de inobservancia del requisito, su trascendencia práctica o las circunstancias concurrentes en el caso. Al contrario, han de analizarse teniendo presente la finalidad que pretende lograrse con ellos para, de existir defectos, procederse a una justa adecuación de las consecuencias jurídicas con la entidad real del derecho mismo, medida en función de la quiebra de la finalidad última que el requisito formal pretendía servir. De esta suerte, *cuando esa finalidad pueda ser lograda sin detrimento alguno de otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto*, más que a eliminar los derechos o facultades que se vinculan a su cauce formal, lo que, con mayor

entrado en vigencia la LOPJ, cuya regulación del tema se transformaría en una cita constante para justificar la existencia de una nueva lógica respecto de la corrección de los defectos en el ordenamiento procesal español⁷⁷¹.

En el contexto expuesto, más que establecer una verdadera regla, el TC apoyado en el artículo 24.1 CE, pero también en la legislación vigente, realizó una labor de aplicación y reafirmación de algo que ya se encontraba en el ordenamiento y a lo que le reconoce un valor constitucional bastante limitado. Una expresión de esto es que la doctrina de la tutela judicial efectiva construida por el TC prácticamente no impone limitaciones al legislador al momento de configurar como subsanable o insubsanable un determinado defecto, más allá de mínimos -que no se han puesto en cuestión en la práctica- relativos a una adecuada proporcionalidad entre el defecto procesal y las consecuencias que de él se derivan cuando están juego las manifestaciones de la tutela judicial protegidas por el principio *pro actione*. No existe, en consecuencia, un mandato constitucional para el legislador de subsanabilidad de todo lo subsanable⁷⁷².

La jurisprudencia constitucional hace su aporte más sustancial en la identificación de los límites de la técnica subsanatoria. Más allá de si luego los aplica o no, el alcance que les da o la forma de tratarlos, frente a una regulación insuficiente sobre el punto y a la constatación de que la aplicación indiscriminada de la subsanación podía llevar a situaciones absurdas o perjudiciales, el TC va reconociendo, de forma gradual, una serie de situaciones que identifica como obstáculos para la aplicación de la regla de la subsanabilidad que recoge algunos de los parámetros que había empleado en sus primeros años para resolver algunas de las cuestiones que se le habían planteado en este ámbito. Sin que se logre una absoluta estabilidad ni que se eviten la aparición y reaparición de otros límites y no-límites, la fórmula más conocida, y que servirá a buena parte del estudio que se realizará en este capítulo, se puede encontrar mencionada por primera vez en la STC 162/1986, de 17 de diciembre⁷⁷³, cuando afirma que:

razón, debe sostenerse cuando el efecto que pueda producir la inobservancia de un requisito formal sea precisamente el cierre de la vía del recurso” (FJ 2º) (la cursiva ha sido agregada).

⁷⁷¹ Su cita ya aparece en la STC 3/1987 (Sala Primera), de 21 de enero, ponente Díaz Eimil, FJ 3º.

⁷⁷² DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, p. 33.

⁷⁷³ Sala Primera, ponente Díez-Picazo Ponce de León.

“La inadmisión, en otras palabras, no ha de verse tanto como la sanción adjudicada por el ordenamiento a la parte que incurrió en error cuanto como garantía y medio de preservación de la integridad objetiva del procedimiento al que se quiera dar inicio, de tal manera que el rechazo del recurso defectuosamente preparado o interpuesto no podrá dictarse sin dar antes ocasión a la subsanación del defecto mismo, cuando este, examinada la ratio de su exigencia procesal, *sea susceptible aún de reparación sin menoscabo de la regularidad del procedimiento y sin daño de la posición de la parte adversa y siempre que, en definitiva, no sea de apreciar una posición negligente o contumaz en el recurrente*, actitudes que no pueden presumirse, sin embargo, solo porque el mismo haya incurrido en un error al preparar o al dar forma a su pretensión(...)” (FJ 3º)⁷⁷⁴.

Se consagran, de esta forma, los tres criterios que hasta hoy han sido los más estables en la enunciación de límites para la doctrina del TC: el menoscabo a la regularidad del procedimiento, el perjuicio a la contraria y la conducta del responsable del defecto. Todos estos criterios se estudiarán en este apartado.

Sin perjuicio de todo lo anterior, el papel que cumple el TC en la determinación de qué actos son subsanables tiene algunas limitaciones que obligan a contextualizar sus afirmaciones. Sus pronunciamientos que son realizados dentro de manifestaciones específicas de la garantía de la tutela judicial efectiva- principalmente, el acceso al proceso, el derecho a una resolución acerca del fondo del asunto y el derecho al recurso- que no resultan necesariamente de aplicación general.

Muy vinculado a lo anterior, se deben tener presentes los cánones de control que se aplican en cada caso. Aquello que en alguna situación puede constituir una infracción a la tutela judicial efectiva, en otro puede no serlo, por amenazar manifestaciones de esta protegidas con distinta intensidad. Así, mientras en aquellos casos en que se aplica en plenitud el principio *pro actione* se considera como una vulneración a la garantía de tutela, por desproporcionado y excesivamente riguroso, el no permitir la subsanación de un defecto subsanable⁷⁷⁵, en el caso del acceso al recurso -y, en general, de todas aquellas vertientes de

⁷⁷⁴ La cursiva ha sido agregada.

⁷⁷⁵ Entre las más recientes, SSTC 10/2008 (Sala Primera), de 21 de enero, ponente Delgado Barrio, FJ 2º; y 127/2008 (Sala Primera), de 27 de octubre, ponente Rodríguez Zapata-Pérez, FJ 3º d).

la tutela judicial efectiva no protegidas por este principio- solo se apreciará un atentado constitucional cuando la resolución sea irrazonable o incurra en un error patente⁷⁷⁶. En este último ámbito, en consecuencia, no toda desestimación de un amparo en materia de subsanación debe ser considerada como una confirmación del criterio de insubsanabilidad aplicado, pues, aunque desde el punto de vista de la corrección jurídica este sea subsanable, no se apreciará vulneración constitucional si se cumple este canon de menor exigencia.

Todo lo expuesto lleva a que el tratamiento que se haga de la subsanabilidad se deba efectuar prestando atención más a la regulación legislativa que a su tratamiento constitucional. Sin perjuicio de los aportes efectuados en la configuración de cada uno de los criterios excluyentes de la subsanabilidad o de los alcances efectuados respecto de aquellos defectos procesales que pueden llevar a la inadmisión u otras consecuencias procesales que pueden vulnerar la tutela judicial efectiva, la influencia presta la jurisprudencia del TC (revisar) al estatuto de la subsanabilidad, desde un punto de vista actual y no histórico, es importante, pero no preponderante.

II.2. La subsanabilidad como regla

A. Contenido

Afirmar la existencia de una regla favorecedora de la subsanación supone entender que en un ordenamiento determinado, al menos en principio, se dará la posibilidad de corrección de todos los defectos que sean susceptibles de esta técnica, excluyendo de esta solo aquellos casos en los que la misma no sea estructuralmente posible.

La identificación de una regla de esta especie en caso alguno supone su aplicación sin excepciones, pero sí la existencia de un criterio hermenéutico que sirve de punto de partida cada vez que se deba determinar la subsanabilidad de un determinado defecto. En buena

⁷⁷⁶ SSTC 214/2003 (Sala Segunda), de 1º de diciembre, ponente Gay Montalvo, FJ 4º; y 125/2005 (Sala Primera), de 23 de mayo, ponente Delgado Barrio, FJ 4º.

medida, impone que sea necesario justificar la existencia de causales que obstan a la subsanación y no de criterios que la permitan, ya que en caso de que los primeros falten, se considerará que el defecto es subsanable. La determinación de qué criterios serán los que impedirán o matizarán la calidad de subsanable de un defecto es un asunto que dependerá de las valoraciones que inspiren cada sistema⁷⁷⁷.(150)

Es pertinente reiterar que no debe confundirse lo que en esta investigación se ha denominado la regla de la prevalencia de la subsanación con la de la subsanabilidad de los defectos. Aunque solo la conjunción de ambas permitiría hablar de un sistema derechamente favorecedor de la subsanación, representan propiedades distintas del mismo. La primera consiste en el privilegio de la corrección de los defectos frente a técnicas de eliminación de estos que acarrearán la ineficacia del acto, como la nulidad y la inadmisión, mientras que la segunda va dirigida a establecer que, en caso de existir un vicio, este se debe considerar, *a priori*, como susceptible de ser corregido. Las íntimas relaciones entre ambas reglas saltan a la vista: la prevalencia solo se puede dar en el contexto de la subsanabilidad y esta última solo adquiere verdadero sentido si la corrección es un medio preferente. Sin embargo, su diferenciación conceptual es indispensable para entender adecuadamente el alcance de cada uno de ellos.

B. ¿De dónde se deduce la existencia de una regla favorecedora de la subsanación?

La existencia de una regla favorecedora de la subsanación en el ordenamiento procesal civil español se ha constatado por una parte significativa de la doctrina⁷⁷⁸. Salvo por algunas excepciones⁷⁷⁹, en general es pacífica la idea de que en el sistema procesal vigente debe corregirse todo lo susceptible de corrección. Este relativo consenso, sin embargo, no explica de forma satisfactoria cómo se llega a esta conclusión.

⁷⁷⁷ PEYRON, C., "Inammissibilità" en *Enciclopedia del Diritto*, v. XXII, 1958, p. 613.

⁷⁷⁸ Entre otros, GARNICA MARTÍN, J. F., *Artículo 231: Subsanación*, p. 931; RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2010)*, p. 299; y ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 120.

⁷⁷⁹ DE LA OLIVA SANTOS en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 342, califica a la generalización de la subsanabilidad como un "falso principio".

Ya se ha visto que el fundamento constitucional de la subsanabilidad es, en el mejor de los casos, limitado, pues la tutela judicial efectiva no impone verdaderamente que todo defecto deba ser considerado subsanable. Por esto es que los argumentos favorecedores de la subsanabilidad de los defectos, en consecuencia, deben buscarse en normas contenidas en disposiciones de rango legal. De la normativa ya varias veces mencionada, ha de descartarse que la fundamentación pueda encontrarse en los artículos 11.3 y 240.2 LOPJ (227.2 LEC), pues ambos consagran la prevalencia de la subsanación por sobre la ineficacia, pero partiendo del supuesto de la subsanabilidad, al que no se refieren.

Respecto a las actuaciones de las partes, es posible afirmar, a la luz de las diversas normas específicas que establecen la subsanabilidad de defectos que se verifican en actos específicos, que existe en la legislación procesal una clara tendencia a facilitar la subsanación de los defectos procesales. Numerosas disposiciones de la LEC establecen deberes específicos al juez en orden a disponer la subsanación de los defectos. Ejemplos de esto son, entre otros, sus artículos 254 (relativo a la cuantía de los asuntos), 275 (copias de escritos y documentos) y 424 (demanda defectuosa). Sin perjuicio de todas estas disposiciones, sin duda la más importante la que se incluye en el artículo 243.3 LOPJ (231 LEC) que establece, en su redacción actual, la posibilidad de corrección de todos los defectos, exista o no norma expresa específica que lo favorezca y sin condiciones, luego de la eliminación a la referencia a la voluntad de cumplimiento por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

En lo referente a las actuaciones judiciales, la normativa que se analiza es menos expresiva. Las únicas disposiciones que derechamente establecen la posibilidad de subsanación de defectos de forma amplia son las de los artículos 267 LOPJ y sus equivalentes 214 y 215 LEC. Estas facultan para subsanar “las omisiones o defectos que pudieren adolecer sentencias y autos y que fuere necesario para llevar plenamente a efecto dichas resoluciones” y las sentencias incongruentes por omisión. Sin perjuicio de que esto lo hace en el contexto de un procedimiento particular de subsanación dentro de plazos bastante acotados, la subsanabilidad establecida sirve de base para la aplicación de reglas de prevalencia de la subsanación como las de los artículos 240.2 LOPJ (227.2 LEC) y 465.3

LEC⁷⁸⁰. Sin embargo, en el caso de las resoluciones judiciales, la subsanabilidad tiene una limitación importante que no tiene que ver propiamente con ella, sino con las vías para obtenerla, pero que en la práctica termina por hacer menos efectiva, que es la prohibición de modificación de las resoluciones por cauces que no sean los fijados por la ley establecida por el artículo 267.1 LOPJ (214.1 LEC) y , como ya se ha visto, de relevancia constitucional⁷⁸¹.

C. Críticas y la necesidad de ciertos límites a la regla de la subsanabilidad

Un sistema en el que se permita la subsanación de todo lo subsanable o que, al menos, sea generoso con la subsanación provoca reticencias. Mucho antes de que esta técnica alcanzara el valor que hoy tiene, en 1950, PRIETO-CASTRO afirmaba que

“(…) hay que tener sumo cuidado porque una oportunidad amplia de subsanación podrá significar un auxilio directo a la parte que ha llevado mal el negocio. Incluso aunque se admitan ciertas subsanaciones como aquellas a que se refiere la Ley de Bases, para la reforma de la Justicia municipal, es imprescindible que los gastos que se han originado hasta el momento por la parte que, a causa de la ignorancia, negligencias, etc., lleva mal el proceso, sea de cuenta de esta. De ninguna forma se puede terminar el asunto diciendo que se subsanen los defectos sin consecuencia para las partes”⁷⁸².

En el escenario actual, las reservas frente a una regla muy amplia de subsanabilidad de los defectos han tenido un tenor similar. BONET NAVARRO, sin oponerse a ella, enumera una serie de efectos adversos que puede tener: incuria en la realización de actos procesales y en la presentación de escritos, alargamiento del proceso, ruptura del principio de la preclusión, incertidumbre acerca de la estabilidad de los efectos de los actos y quebrantamiento de la

⁷⁸⁰ En una línea similar, TAPIA FERNÁNDEZ, I., "Artículo 231. Subsanción" en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. y TAPIA FERNÁNDEZ, I. , *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, 2001, Elcano Navarra, p. 855.

⁷⁸¹ Sobre el punto, véase *infra* p. 384.

⁷⁸² PRIETO-CASTRO, L., "Oralidad y escritura" en PRIETO-CASTRO, L., *Trabajos y orientaciones de derecho procesal*, Revista de Derecho Privado, 1964, Madrid, p. 217.

igualdad procesal, entre otros⁷⁸³. Por su parte, OLIVA SANTOS funda su rechazo en que una aplicación muy amplia de ella en las consecuencias negativas que puede producir la dilación del proceso para la contraria y para la sociedad en general y en el estímulo al descuido que terminaría por beneficiar al negligente y perjudicar al diligente⁷⁸⁴, mientras que MAGRO SERVET afirma que el hacer todo subsanable sería beneficiar a una parte en perjuicio de la otra⁷⁸⁵.

Aun no compartiendo la desconfianza que en algunos genera la subsanación, se debe admitir que ella en ciertas ocasiones no genera la solución más adecuada para el caso en particular. No siendo la subsanación un valor en sí mismo, sino una técnica que sirve a que el derecho procesal cumpla de forma lo más competente posible su papel instrumental, resulta claro que deben establecerse límites o matizaciones a esta regla que impidan que se transforme en una herramienta que genere o ampare conductas maliciosas o perjudiciales para otros litigantes o para el proceso en general.

La determinación y configuración de los límites de la subsanabilidad no ha sido una tarea sencilla, pues redundaría en una solución tópica de los asuntos que admite pocas generalizaciones⁷⁸⁶. En un primer momento, el TC se vio obligado a intentar incluir ciertas limitaciones que hicieran más sensata la regla que él mismo había creado, ante la evidencia de que una regla amplia de subsanabilidad sin matizaciones generaría algunas situaciones intolerables. Con posterioridad, algo erráticamente, la misma tarea fue asumida por el legislador.

D. Límites a la subsanabilidad

a. Introducción

⁷⁸³ BONET NAVARRO, Á., *Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil*, p. 382. En un sentido parecido, ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 295.

⁷⁸⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 341.

⁷⁸⁵ MAGRO SERVET, V., "La subsanación de defectos procesales (Art. 231 LEC)" en *Práctica de Tribunales*, nº 46, 2008, , p. 4.

⁷⁸⁶ BONET NAVARRO, Á., *Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil*, p. 377.

Los límites efectivos de la subsanabilidad son de difícil identificación en el ordenamiento procesal civil español. Tanto la jurisprudencia como la doctrina se han dedicado a enumerar una serie de supuestos condicionamientos que constituirían casos en los que la corrección de los defectos no es posible. Mientras algunos de ellos han, efectivamente, redundado en una configuración limitativa de la posibilidad de subsanación, otros han quedado en meras manifestaciones de la desconfianza que genera en algunos esta técnica.

Para delimitar las situaciones que determinan la subsanabilidad de los actos, se debe partir de las siguientes premisas: (1) se está ante un sistema en el que la ineficacia de los actos es el último recurso por aplicar para eliminar los defectos procesales en el que la subsanabilidad debe primar en todos aquellos casos en los que no se constate la existencia de fundamentos constitucionales o legales que justifiquen la exclusión de la posibilidad de corrección; y (2) a pesar de ello, fuera de los casos en los que están en juegos las manifestaciones de la tutela judicial efectiva protegidas por el *pro actione*, no existe un mandato constitucional que imponga al legislador la subsanación.

Sobre estas bases y tomando como objeto de estudio la ordenación vigente, en los apartados siguientes se estudiarán las distintas situaciones que pueden llevar a que un determinado defecto no sea subsanable. Considerando el tipo de obstáculo que existe para la subsanación, se distinguirá entre la insubsanabilidad estructural, la legal, la derivada de la afectación de los derechos de las partes y aquella que surge de la conducta de la parte interesada. Posteriormente, se revisarán algunas otras circunstancias a las que se les ha atribuido ser obstáculos a la subsanación, sin serlas.

b. Insubsanabilidad estructural

b.1. Noción.

Algunos autores parten de la base de que existirían ciertos defectos que serían imposibles de corregir dentro del mismo proceso en el que se producen debido a que sus propias características lo impedirían. Se trataría de casos en los que la insubsanabilidad no

proveniría de la regulación expresa o tácita que un determinado ordenamiento dé a un defecto en particular, sino de la entidad del defecto que determinaría que el acto devenga irremisiblemente en inválido, a menos que proceda y se verifique su convalidación. Es lo que algunos llaman insubsanabilidad “por naturaleza”.

Asumir la existencia de esta categoría tiene cierta relevancia, porque no es lo mismo un acto que por su estructura sea insubsanable a uno respecto del que se pueda predicar la misma calidad debido al estatuto que el legislador le reconoce u otra causa. En estos últimos es necesario un análisis del sistema en particular del que se trata para justificar la existencia de las causales de insubsanabilidad, mientras que en el primero la misma es innecesaria.

El hecho de que existan defectos imposibles de subsanar por su estructura no supone una concepción de las causales de invalidez como una categoría que se pueda describir sin referencia a un ordenamiento jurídico necesario. Por el contrario, implica que un determinado sistema ha determinado como invalidante un defecto que podría no serlo en otro, pero que, una vez establecido como tal, no es posible de corregir.

Para la determinación de los defectos que son insubsanables es necesario analizar dos aspectos: (1) la posibilidad de cumplimiento posterior del requisito omitido o mal cumplido y (2) la finalidad que cumple este, sea referida a la protección de garantías o de otro tipo. Solo si no es físicamente posible de cumplir el requisito faltante ni se puede ni alcanzar la misma finalidad de forma análoga, sin necesidad de invalidar actuaciones, se estará en presencia de un defecto de esta categoría. Si la misma imposibilidad es solo jurídica, se deberá hablar de alguna de las otras categorías que se revisarán a continuación.

Tomando en cuenta lo expuesto, el catálogo de situaciones insubsanables en atención a su estructura se reduce, estimo, a dos situaciones: la infracción de la inmediación y la mala fe procesal. En todos los otros casos, si bien se miran, la imposibilidad viene dada por una opción legislativa y no por la falta de idoneidad de la técnica subsanatoria.

b.2. Vulneración de la inmediación.

Durante la vigencia de la LEC 1881, aunque existían algunas disposiciones que recogían exigencias de presencia judicial⁷⁸⁷, como los artículos 254 y 318, no se puede afirmar que la inmediación haya sido un principio inspirador de ella⁷⁸⁸. Incluso después de las modificaciones de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, y de la LOPJ de 1985, que intentaron dar mayor importancia a la inmediación, su verdadera exigibilidad nunca fue lograda⁷⁸⁹. Desde el punto de vista de la validez de los actos, se puede afirmar que la falta a este principio no tenía, en materia civil, trascendencia suficiente como para determinar la invalidez de los actos⁷⁹⁰.

De la mano de la oralidad que se introduce en la nueva LEC⁷⁹¹, la inmediación adquiere una dimensión mucho más relevante, que se aprecia principalmente en la obligatoriedad de la presencia de los jueces y magistrados del tribunal en los actos de prueba y en las vistas y

⁷⁸⁷ MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*, p. 181, se preocupa de diferenciar entre la exigencia de presencia judicial y la auténtica inmediación: esta última no solo supone que el juez ha de tener contacto directo con las fuentes de la prueba, sino también la necesidad de que ese juez sea el mismo que dicte la sentencia.

⁷⁸⁸ HERRERA ABIÁN, R., *La inmediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Comares, Granada, 2006, p. 15.

⁷⁸⁹ VARELA CASTRO, L., "Inmediación judicial: agonía de una fundamental garantía" en *Justicia*, v. 1, 1987, p. 97.

⁷⁹⁰ Expresiva de esta situación es la STC 55/1991 (Sala Primera), ponente Gimeno Sendra, que afirma que "tampoco se advierte limitación o disminución alguna que afecte al ejercicio de la función juzgadora, como consecuencia de aquella sustitución temporal del titular del órgano judicial. En este sentido cobra especial relevancia la naturaleza civil del proceso de que trae causa la presente demanda de amparo, en el que, el principio de inmediación -en relación con la práctica de la prueba- no puede entenderse de la misma manera, ni afectar con similar intensidad y características que en el orden penal en el que este Tribunal ha señalado su trascendencia, reiteradamente [SSTC 145/1985, 175/1985, 57/1986 y 145/1987]. En el supuesto que nos ocupa las pruebas han encontrado su fiel y exacto reflejo documental en autos, de forma que la totalidad de su contenido ha podido ser examinado por la titular del órgano judicial para resolver el litigio. No existe, pues, limitación de conocimientos de lo actuado sino, antes bien, transcripción fehaciente de todo lo que se alegó y acreditó por ambas partes en la causa, a efectos de la resolución final del proceso" (FJ 5º).

⁷⁹¹ La relación entre la oralidad y la inmediación es especialmente intensa, al punto que MONTERO AROCA afirma que "Oralidad e inmediación no son principios distintos, sino que se presentan formando parte de un conjunto inescindible" (en MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*, p. 182). Menos identificación ve GIMENO SENDRA, quien sostiene que la oralidad exige inmediación, pero no viceversa, pues esta última se puede dar incluso en procesos escritos, si el órgano jurisdiccional decidiera de acuerdo con las actas (en GIMENO SENDRA, V. y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho procesal civil: I. El proceso de declaración. Parte general*, Colex, Madrid, 2ª ed., 2007, p. 54).

comparecencias, establecida en el artículo 137⁷⁹². El tercer apartado de esa disposición es el que mejor muestra el nuevo estatus que se le pretende dar: dispone la nulidad de pleno derecho de las actuaciones que infrinjan este principio. Resulta interesante apreciar cómo en la misma no se exige que se produzca indefensión o vulneración de otra garantía constitucional sino que se pondera como un valor susceptible de protección el de la inmediación, sin necesidad de valorar la producción de perjuicios, indefensión, cumplimiento de la finalidad u otro parámetro de relevancia.

Entendiendo que el fundamento último de la inmediación es garantizar que el juzgador pueda fallar de acuerdo a lo visto y oído⁷⁹³, la imposibilidad de corregir la falta de este defecto sin necesidad de la invalidación previa del defecto no necesita mayores explicaciones. La única forma de restablecer la inmediación es mediante la invalidación de las actuaciones o resoluciones en que se le ha infringido, pues no resulta posible cumplir la finalidad de la disposición por otro medio⁷⁹⁴. Ni aunque el legislador quisiera podría permitir este hecho, sin pasar a llevar la finalidad que le inspira⁷⁹⁵.

En este caso se marca el contraste con la convalidación: de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 240.2 LOPJ (227.2 LEC), este defecto es, como casi todos, de los que se convalida

⁷⁹² Acerca de las excepciones a este principio, véase HERRERA ABIÁN, R., *La inmediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, p. 37 y ss.

⁷⁹³ MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*, p. 181.

⁷⁹⁴ En este sentido, la SAP Castellón (Sección 3ª) 227/2003, de 31 de julio, ponente Gil Marqués, rechaza la posibilidad de suplir la exigencia a través de la visión de la grabación registrada en un disco compacto por parte del juez sustituto, afirmando que “La reproducción del soporte de grabación audiovisual con posterioridad a la celebración del acto de la vista oral no puede equipararse a la inmediación a efecto de formar la convicción judicial sobre las afirmaciones de hechos de las partes a la hora de valorar las pruebas para dictar Sentencia, porque no se percibe directamente lo que dice el testigo o la parte en el interrogatorio, y no se captan igual todos sus gestos y matices de su voz que hacen posible valorar si transmite seguridad en sus manifestaciones, ni es posible ya la intervención en la práctica de las pruebas” (FJ 2º).

⁷⁹⁵ Aunque no hay más que unos pocos fallos, a nivel jurisprudencial como doctrinal no parece haber contradicciones en el sentido de que se trata de un defecto que no es posible corregir y que, por lo tanto, el único medio para combatirlo es la nulidad. En el primero de estos ámbitos, así lo afirman la recién citada SAP Castellón (Sección 3ª) 227/2003 y, en el ámbito penal, las SSAP Barcelona (Sección 8ª), de 12 de julio de 2002, ponente Guzmán Oriol, FJ 1º; y Vizcaya 124/2003 (Sección 6ª), de 4 de marzo, ponente Real de Asúa Llona, FJ 2º. En doctrina, salvo error u omisión, la mayoría no se pronuncia sobre este tema. Entre quienes sí lo hacen, DE LAS HERAS GARCÍA, M., "Consideraciones relativas al principio de inmediación en la LEC/2000" en *Poder Judicial*, nº 65, 2002, p. 186.

en caso de no ser objeto de recurso, ya que el tribunal no podrá decretar la nulidad del mismo conociendo de un recurso, si no ha sido solicitado en él.

b.3. La mala fe procesal

Habiéndose ya explicado cómo la mala fe procesal puede constituirse en un elemento determinante de la invalidez de un acto, el motivo por el cual se trata de un defecto necesariamente insubsanable se torna evidente. Una vez determinado que un acto se ha efectuado de mala fe, ella no podrá ser corregida, pues implicaría cambiar la finalidad del mismo y, por lo tanto, sus fundamentos. No se ve cómo se podría alterar, para subsanar, la mala por buena fe.

c. Insubsanabilidad legal

c.1. Noción.

Ya se ha advertido que el influjo constitucional sobre el legislador en el tema de la subsanabilidad es bastante débil, pues la regla favorecedora de ella que contiene reconoce en este ámbito una doble limitación: por un lado, solo dice relación con aquellos casos en los que está en juego la tutela judicial efectiva en sus manifestaciones más protegidas y, por otro, aun dentro de este ámbito de especial relevancia constitucional, impone una exigencia de proporcionalidad que no es demasiado relevante en la práctica. Debido a lo anterior, la libertad del legislador en este punto es casi absoluta, aunque siempre se debe partir de una presunción de subsanación, no ya necesariamente por imposición constitucional, sino por la configuración de la regla que se ha visto.

Tal como apunta ANDRÉS CIURANA, en la LEC no hay disposición alguna que expresamente establezca la insubsanabilidad de un defecto⁷⁹⁶. Sin embargo, ello no puede llevar a la conclusión de que el ordenamiento no configure ciertos defectos como

⁷⁹⁶ ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 294.

insubsanables. En este punto, se debe ser especialmente cuidadoso pues no se trata de que, simplemente, todo lo que no se declare expresamente insubsanable sea corregible desde el punto de vista de su régimen legal, pero tampoco, como parecen entender algunos autores, que cada vez que se disponga la inadmisión o la nulidad como consecuencia de una infracción procesal no sea posible la subsanación⁷⁹⁷. Por el contrario, es precisamente esa amenaza la que genera la posibilidad de subsanación.

c.2. Consideraciones hermenéuticas en la determinación de la insubsanabilidad legal.

Para afirmar que un defecto es legalmente insubsanable es necesario que así se establezca expresamente por la ley -lo que, ya se ha dicho, no ocurre en la LEC- o que se deduzca de la configuración del proceso que ha efectuado el legislador. Para la determinación de la insubsanabilidad en un caso particular resulta conveniente seguir ciertos parámetros interpretativos que permitan situar el asunto en su verdadera dimensión. En este sentido resultan de utilidad al menos dos consideraciones: (1) la regla de la subsanabilidad y (2) la proporcionalidad.

(1) La regla de la subsanabilidad supone fijar el punto de partida al momento de determinar si un acto es susceptible de corrección: todos los actos lo son, a menos que se identifique un motivo que impida esto. Ya se ha dicho que no es necesario encontrar buenas razones para que un acto sea subsanable. Por el contrario, quien argumente en contra es quien deberá demostrar la insubsanabilidad. Esta consideración tiene enorme trascendencia al momento de enfrentarse al silencio del legislador, pues el mismo debe, en principio, ser interpretado a favor de la subsanación, incluso en aquellas situaciones en las que se disponga que en un determinado caso un defecto produzca la nulidad o la inadmisión. Habrá, sin embargo, casos en que este silencio implique la consecuencia contraria. Ellos se darán cuando el diseño del procedimiento no dé espacio para la subsanación o cuando se contradiga con la lógica del proceso.

⁷⁹⁷ Por ejemplo, CHAMORRO BERNAL, F., *El artículo 24 de la Constitución, v. 1. El Derecho de libre acceso a los tribunales*, Iura, Barcelona, 2005, p. 699.

(2) A diferencia de lo que puede ocurrir en otros aspectos de la justicia constitucional, la proporcionalidad no juega un papel demasiado relevante en materia de determinación de la subsanabilidad en relación con este límite. Normalmente, se alude a ella solo cuando la subsanabilidad ya está determinada, debido a que se considera desproporcionado el no permitir la corrección de un defecto que era posible corregir en aquellos casos en los que el principio *pro actione* actúa en plenitud⁷⁹⁸. Fuera del ámbito del TC, esta consideración tiene poca relevancia práctica, pues solo constituye la última expresión de la regla de prevalencia de subsanación que antes se veía, expresada como parte de un canon de control constitucional aplicable en casos calificados.

Sin embargo, hay otra utilización del principio de proporcionalidad que sí resulta más rescatable para este caso. Aunque la gravedad del defecto, *a priori*, no determina la insubsanabilidad o la subsanabilidad de un defecto, tiene alguna relevancia como criterio moderador: si bien es posible que una infracción grave o una desviación pronunciada sea igualmente subsanable, no es admisible que un defecto menor acarree consecuencias especialmente gravosas cuando es posible la subsanación. En este punto, entra en juego la proporcionalidad como un criterio que sirve para morigerar regulaciones e interpretaciones que lleven a una falta de correlación entre la falta y la consecuencia que puede ser remediada a través de permitir la corrección⁷⁹⁹.

Lo anterior adquiere especial fuerza cuando el asunto tiene relevancia constitucional. Aunque es verdad que ya han pasado los tiempos en los el TC imponía al juez ordinario, en virtud del criterio *pro actione*, la selección de la interpretación más favorable para las diversas manifestaciones de la tutela judicial efectiva, este elemento no puede ser dejado de lado, no solo visto como la necesaria subsanación de los defectos subsanables, sino, también, en la determinación de lo que es susceptible de esta técnica. Sin que se pueda determinar de

⁷⁹⁸ Por todas, entre muchas otras, la STC 119/2007 (Sala Primera), de 21 de mayo, ponente Casas Baamonde, FJ 5º; y ATC 60/2007 (Sala Segunda), de 26 de febrero, FJ 3º. En algunos casos, como en la primera de las sentencias citadas, se da al juicio de proporcionalidad una apariencia de juicio complejo, incorporándole algunos elementos que no son propios de él, sino que de otros elementos que impiden la subsanación y que, en rigor, son presupuestos para que opere.

⁷⁹⁹ Algunas sentencias del TC discurren sobre esta lógica. Por ejemplo, la STC 135/2008 (Sala Primera), de 27 de octubre, ponente Casas Baamonde, FJ 4º. Más claramente, es posible encontrar este razonamiento en algunos fallos del TS, como la STS 782/2005 (Sala de los Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 27 de junio de 2008, ponente Huelín Martínez de Velasco, FJ 6º.

forma preliminar un peso específico a este factor, es forzoso para el intérprete tener a la vista las consecuencias que puede tener -en especial, para el derecho al acceso al proceso y a la obtención de una resolución acerca del fondo- la conclusión a que se pueda llegar en este aspecto, pues su afectación es el mayor índice de gravedad de las consecuencias que se puede concebir, ya que se trata de los valores que el ordenamiento más protege.

c.3. Casos de insubsanabilidad legal.

A continuación se analizarán los casos que la doctrina o la jurisprudencia ha identificado como insubsanables en el ordenamiento procesal civil español. Como se verá, en muchos de ellos estas posturas merecen una revisión o, al menos, algún grado de cuestionamiento.

c.3.1. Falta de capacidad para ser parte.

A diferencia de lo que ocurría con su antecesora, la LEC se ha ocupado de regular la capacidad para ser parte. Se despega, así, de la remisión tradicional a las reglas establecidas en la legislación sustantiva, que ya venía siendo desconocida por la jurisprudencia, al asumir que hay entes sin personalidad jurídica a los que se les debe reconocer la capacidad para litigar⁸⁰⁰. El artículo 6 LEC⁸⁰¹ extiende esta posibilidad más allá de las personas naturales y

⁸⁰⁰ SAMANES ARA, C., *Las partes en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, p. 13. Para una referencia al desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la evolución del concepto de parte procesal, véase ALISTE SANTOS, T. J., "Análisis de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal del concebido en la Ley de Enjuiciamiento Civil" en *Justicia*, v. 3-4, 2006, p. 167.

⁸⁰¹ Artículo 6. Capacidad para ser parte.

1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles:

1º Las personas físicas.

2º El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables.

3º Las personas jurídicas.

4º Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración.

5º Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte.

6º El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte.

jurídicas, para reconocerla, entre otros, al *nasciturus* y a grupos de personas sin personalidad jurídica, pero con intereses comunes, además de permitir que sean demandadas las sociedades o asociaciones de hecho⁸⁰².

El control de este tipo de capacidad está entregado al juez que, según establece el artículo 9 LEC, puede apreciar de oficio su ausencia en cualquier estado del proceso⁸⁰³. Además, la contraria podrá alegar la incapacidad al momento de contestar la demanda como excepción procesal, la que deberá ser examinada en la audiencia previa (artículos 405.3 y 416.1.1º LEC).

El análisis que deberá realizar el juez frente a una posible incapacidad no admite respuestas intermedias: se es capaz o no se es. Siendo esta exigencia un presupuesto para poder acceder al único medio que contempla el ordenamiento para obtener la tutela jurisdiccional, no cabe duda que, en especial a lo referido al demandante, el juicio que se haga debe estar inspirado en un espíritu favorecedor de la apreciación de capacidad, reservando su negación solo para aquellos casos más extremos⁸⁰⁴.

7º Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.

8º Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

2. Sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado.

⁸⁰² SAMANES ARA, C., *Las partes en el proceso civil*, p. 21, justifica esta posibilidad más amplia en lo referente a la demandada en una exigencia de justicia de no dejar desamparados los intereses de quien contrató con una de estas entidades.

⁸⁰³ Hace notar OLIVA SANTOS que la posibilidad de que se aprecie de oficio por el juez la incapacidad es realmente baja, pues es extraño que el demandante no se presente como una realidad encasillable en una de las hipótesis del artículo 6 LEC, excepto en las situaciones del 7º y 8º en las que sí podrá haber algún control acerca de los requisitos que ahí se plantean. Una situación diversa es la del Ministerio Fiscal, pues en ese caso lo que se aprecia no es la capacidad propiamente, sino su habilitación legal para intervenir en un determinado proceso (en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, p. 149-150.).

⁸⁰⁴ En clave crítica a la noción de capacidad para ser parte, plantea algo similar RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 909.

Si, con todo, se llega a apreciar la incapacidad para ser parte, la doctrina sostiene que la única opción es la inadmisión de la demanda y el consiguiente archivo, pues no hay controversia en el sentido de entender que se trata de un defecto insubsanable⁸⁰⁵. La excepción -apunta DE LA OLIVA SANTOS- se puede dar en el caso en que se demande a una entidad sin personalidad jurídica y el tribunal permita su corrección mediante el señalamiento de quien detenta efectivamente esta personalidad⁸⁰⁶.

A esta conclusión se ha llegado a pesar de la existencia de una norma que expresa y específicamente favorece la subsanación en casos en los que existen defectos en la proposición de la demanda. El artículo 418.1 LEC establece que esta se debe permitir para defectos de capacidad y representación en el acto de la audiencia previa o dentro de un plazo no superior a diez días, con suspensión de la audiencia.

¿Qué lleva, entonces, a que se afirme con rotundidad y de forma unánime que no se puede corregir este defecto? Se debe descartar que se esté frente a un caso de insubsanabilidad estructural o por naturaleza, porque -por excéntrico que pueda parecer para alguno- es perfectamente imaginable que en un determinado proceso se pueda permitir la ratificación de lo actuado por el incapaz por un capaz.

El tema tiene más matices de los que se pretende. Para su correcta intelección debe diferenciarse la falta de capacidad que se detecta al inicio del juicio, en la etapa de admisión de la demanda, de la que se denuncia o se aprecia una vez admitida esta.

En el primer caso, se está frente a un ente -por llamarlo de alguna forma- que pretende iniciar un juicio para satisfacer una pretensión, pero que no tiene la habilidad jurídica para hacerlo, por no tener reconocida capacidad para ser parte en un litigio. Considerando lo

⁸⁰⁵ Por todos, SAMANES ARA, C., *Las partes en el proceso civil*, p. 45; OLIVA SANTOS, A. de la en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, p. 150; DE LA OLIVA SANTOS, A., "Génesis de la audiencia previa en el juicio ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000" en BANACLOCHE PALAO, J., GASCÓN INCHAUSTI, F., GUTIÉRREZ BERLINCHES, Á., VALLINES GARCÍA, E. y DE LA OLIVA SANTOS, A., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de enjuiciamiento civil*, Thomson-Civitas, 2005, Madrid, p. 49; y MONTERO AROCA, J. en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil*, p. 195.

⁸⁰⁶ En DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, p. 150.

amplia que es la posibilidad de accionar que contempla el artículo 6, se debe presumir que, tras ese interés que se ha manifestado por una entidad incapaz, hay una capaz mal expresada o deficientemente canalizada. Si a ello se le suma que se está en un ámbito del proceso, el acceso a la jurisdicción, que merece una especial protección por su relevancia constitucional, se debe llegar a la conclusión que, al menos en lo relacionado a este momento, se debe posibilitar la subsanación, permitiendo la corrección del defecto a través de la ratificación de la demanda por quien aparece como procesalmente capaz. Este razonamiento encuentra algún asidero en el texto expreso de la ley, pues el artículo 403 LEC no contempla esta situación en los casos en los que se faculta al tribunal a inadmitir la demanda⁸⁰⁷.

En la segunda hipótesis, una vez admitida la demanda, la cuestión es algo diversa. Ahí, la invalidez parece ser el único camino que permitiría efectivamente resguardar el interés de las partes y determinar un proceso constitucional y legalmente válido. Dentro de la configuración del proceso vigente, no sería razonable interpretar que existe la posibilidad de corregir el defecto de la incapacidad una vez realizadas más actuaciones que la demanda y sus proveídos, pues esta corrección no permitiría regularizar un proceso con los cánones de respeto a las garantías que exige el proceso, en especial en lo relativo al derecho de defensa de la parte no afectada por la incapacidad, quien se podría encontrar en medio de un juicio con un cambio de contraparte.

Algunos autores han dado la misma categoría de insubsanable a la capacidad procesal, reglada en el artículo 7 de la LEC⁸⁰⁸. Dicha afirmación sería al menos parcialmente correcta solo si se entendiese que la única forma de cumplir con la exigencia procesal es a través de

⁸⁰⁷ En un sentido similar, RAMOS MÉNDEZ, F., *Guía para una transición ordenada a la ley de enjuiciamiento civil*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 213, insta a buscar, respecto de la capacidad, soluciones que permitan proseguir con el juicio incluso en los casos extremos. Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel en ORTELLS RAMOS, M. y MASCARELL NAVARRO, M. J., *Derecho procesal civil*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 10ª ed., 2010, p. 124, quien sostiene que en este caso el tribunal debiese inadmitir la demanda.

⁸⁰⁸ Entre otros, SAMANES ARA, C., *Las partes en el proceso civil*, p. 45; y DE LA OLIVA SANTOS, A. en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, p. 150; MONTERO AROCA, J. en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil*, p. 170; y ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal civil: proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*, Marcial Pons, Madrid, 3ª ed., 2007, p. 73.

la obtención de capacidad por parte del incapaz⁸⁰⁹. Sin embargo, siendo posible que la misma también se cumpla a través de la debida representación que en cada caso proceda, el defecto debe entenderse subsanable⁸¹⁰.

c.3.2. Falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

La regulación de los actos realizados por o ante un tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional no deja espacio a dudas en cuanto que se trata de actos inválidos, en especial luego de que se eliminara la criticada exigencia de ostensibilidad de este defecto⁸¹¹. El artículo 238.1.1º LOPJ (225.1.1º LEC) solo viene a ser el corolario de otras normas constitucionales y legales que permiten afirmar sin lugar a dudas este hecho, como los artículos 117.3 CE y 36 y ss. LEC.

Ya se ha visto que este tipo de invalidez, a diferencia de otras, no depende de la infracción de un parámetro constitucional para determinarla. Aun cuando en ella se puede ver una materialización de la garantía al juez ordinario predeterminado por la ley, recogida en el artículo 24.2 CE⁸¹², esta consideración no incide en la situación concreta de falta de jurisdicción o competencia en la que bastará la constatación del defecto para afirmar la invalidez, sin necesidad de un juicio posterior de relevancia.

⁸⁰⁹ Afirmando que la corrección sería parcial porque, aun en este entendido, la subsanación sería posible en algunos casos, como el del menor que cumple la mayoría de edad o el del no representante o administrador que deviene en tal.

⁸¹⁰ Lo mismo sostiene GASCÓN INCHAUSTI, F. en BANACLOCHE PALAO, J. y GASCÓN INCHAUSTI, F., "El tratamiento de las cuestiones procesales en la audiencia previa al juicio" en BANACLOCHE PALAO, J., GASCÓN INCHAUSTI, F., GUTIÉRREZ BERLINCHES, Á., VALLINES GARCÍA, E. y DE LA OLIVA SANTOS, A., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de enjuiciamiento civil*, Thomson-Civitas, 2005, Madrid, p. 229. Cfr. ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 325, quien, siguiendo las denominaciones de la LEC, prefiere hablar de "integración o complemento" de la capacidad, lo que denota una concepción más restringida de lo que es la subsanación.

⁸¹¹ La eliminación de esta exigencia venía en la LEC 2000 y se consolidó con la LO 19/2003, de 23 de diciembre. Si bien la exigencia era normalmente criticada debido a que se consideraba un criterio poco eficiente e, incluso, contradictorio (MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 155), HERNÁNDEZ GALILEA lo defiende como un criterio coherente con la naturaleza instrumental de la nulidad (HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 145, también lo manifiesta así en GÓMEZ DE LIAÑO, F. y HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nulidad en el borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997*, p. 44).

⁸¹² MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 158.

Frente a la falta de jurisdicción o de competencia objetiva, el artículo 65.3 LEC dispone que, si el tribunal la aprecia, se abstendrá de conocer del asunto y señalará a las partes ante qué órganos han de ejercer su derecho, lo que contrasta con la posibilidad de subsanación que sí se entrega en los párrafos siguientes del mismo artículo para las situaciones de incompetencia territorial, en los que se permite expresamente. Claramente, en este caso el legislador discurre frente a la invalidez de actos sin posibilidad de subsanación⁸¹³.

El mismo contraste se marca con el caso de incompetencia funcional. Sólo la incompetencia para conocer recursos está expresamente regulada, en el artículo 62.2 LEC que permite la corrección de este defecto. Los otros casos de incompetencia funcional por conexión no contienen un tratamiento procesal expreso en la LEC⁸¹⁴, lo que ha llevado a cuestionar si se trata de un asunto que debe pedirse por la parte a través del mecanismo de la declinatoria⁸¹⁵. Esta ausencia de tratamiento también afecta a las consecuencias de la apreciación de este defecto. También *sensu contrario* de lo que ocurre respecto del artículo 62.2 LEC, en este caso tampoco procedería la subsanación.

c.3.3. Infracción a las normas de reparto de los asuntos.

Aunque es otra expresión de la garantía constitucional al juez legal⁸¹⁶, el tema de reparto de los asuntos puede parecer menor frente a otros como los de la competencia o la capacidad

⁸¹³ Esta conclusión parece ser compartida por prácticamente todos los autores, aunque pocos lo manifiestan expresamente. Entre quienes sí lo hacen, antes de la actual LEC, BONET NAVARRO, Á., *Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil*, p. 392, y, respecto de esta, GARNICA MARTÍN, J. F., *Artículo 231: Subsanación*, p. 931.

⁸¹⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A. en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, p. 103 explica esto por la poca frecuencia con la que se dan casos de esa especie.

⁸¹⁵ GONZÁLEZ GRANDA, P., "Artículo 62" en LORCA NAVARRETE, A. M., *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Lex Nova, 2000, Valladolid, p. 639; y MONTERO AROCA, J. en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, p. 42. basan su postura en el tenor literal del artículo 63.1 que establece que la declinatoria sirve para la denuncia de la falta de competencia de todo tipo. En contra, DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, p. 104

⁸¹⁶ Así lo postula RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 1090. Sin embargo, el TC ha rechazado esta hipótesis al menos respecto de los casos en los que el reparto ocurre entre una misma sala o sección, señalando que "la predeterminación legal del juez que debe conocer de un asunto está referida al órgano jurisdiccional y no a las diversas Salas o Secciones de un mismo Tribunal (dotadas ex lege de la misma competencia material), en relación con las cuales basta con que existan y se apliquen normas de reparto que establezcan criterios objetivos y de generalidad (STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 3). Consiguientemente, al haberse remitido el conocimiento del asunto a otra Sección distinta de aquella a la cual inicialmente le había correspondido en virtud de lo establecido en una norma de reparto de carácter general y

de las partes. Más aún si se considera que la infracción a las normas de reparto no suele ser una causal de invalidez de demasiada ocurrencia. Sin embargo, para la subsanación este tema constituye un interesante ejemplo que sirve para ilustrar la diferencia con la convalidación.

El tratamiento legal del tema no merece mayores dificultades, pues las reglas que fija el artículo 68 LEC son bastante claras. El reparto es obligatorio para los asuntos civiles en que haya más de un Juzgado de Primera Instancia en un partido y en las Audiencias Provinciales cuando estén divididas en Secciones. Los tribunales no deben cursar asunto alguno en que no conste la gestión correspondiente, siendo la única resolución procedente la que ordene el cumplimiento de este requisito. En caso de no observarse estas normas, la nulidad solo podrá decretarse a instancia de la parte perjudicada, quien debe reclamarla en cuanto tenga conocimiento de ella.

Se trata de un caso en el que la convalidación, en los términos que se ha estudiado, procede sin lugar a dudas. Tanto expresa, como tácita o presuntamente la parte afectada puede dar valor a esta actuación inicialmente inválida, según lo autoriza el artículo 68.3 LEC. Sin la pretensión de invalidación de la demandada el acto permanecerá válido.

A pesar de esto, este defecto es insubsanable, pues no hay actividad correctora alguna que pueda evitar la invalidación de lo actuado. Si se considera el fundamento constitucional de las normas de reparto, se puede entender la razón porque la invalidación es inevitable: todo lo que no implique aquello y que permita, sin la voluntad de la contraria, la subsistencia de actos de un órgano jurisdiccional que ha actuado desconociendo las reglas de reparto son una vulneración a esta garantía y pueden constituir, además, una ventaja ilegítima para quien ha violado la norma.

c.3.4. Falta de copias de escritos y documentos.

que tiene carácter objetivo, no puede apreciarse la vulneración del derecho al juez predeterminado por la Ley invocada” (STC 221/2002, Sala Segunda, de 25 de noviembre, ponente Jiménez Sánchez, FJ 5º). En el mismo sentido, la STC 37/2003, Sala Primera, de 15 de febrero, ponente Delgado Barrio, FJ 4º.

El incumplimiento de la obligación de entregar copias de todo escrito o documento que se presente o aporte en el juicio a las restantes partes tiene consecuencias distintas, de acuerdo a si se actúa o no a través de procurador:

(1) De obrar sin procurador, según el artículo 275 LEC, el defecto podrá ser subsanado dentro de cinco días desde que se le hace notar a la parte. En caso que ello no ocurra, las consecuencias variarán teniendo en consideración si las copias omitidas son (a) de los escritos de demanda o contestación o de los documentos que deben acompañarse con ellos o (b) de otro tipo. En el supuesto (a), la consecuencia será tenerlos por no presentados o no aportados, a todos los efectos, mientras que en el (b) el secretario judicial expedirá las copias faltantes a costa de la parte infractora;

(2) Si se actúa a través de procurador, las reglas de los artículos 276.3 y 277 LEC son menos claras: (a) si se trata del traslado de la demanda o de cualquiera otra primera comparecencia en juicio o de los documentos que se deban acompañar a estos escritos, la consecuencia será que tendrán por no presentados los escritos o no aportados los documentos para todos los efectos legales; (b) para otro tipo de documentos, los mismos no serán admitidos sin la constancia del traslado previo de las copias.

A diferencia de los casos en los que no hay intervención de procurador, en esta segunda hipótesis no se ha establecido expresamente un trámite de subsanación. Esto ha suscitado discrepancias jurisprudenciales y doctrinales acerca de si se trata de un defecto subsanable.

Entre quienes sostienen que no es posible corregir la falta de aportación de las copias, el que más ha explicitado su postura ha sido GARBERÍ LLOBREGAT, quien funda esta interpretación en que la razón de ser de la norma es dar mayor agilidad a la tramitación procesal, y admitir la subsanación sería renunciar a ese objetivo, a lo que agrega el hecho de que cuando el legislador ha querido hacer subsanable un defecto así lo ha manifestado expresamente⁸¹⁷.

⁸¹⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, J., "Una nueva extralimitación del Tribunal Constitucional en la interpretación de la legalidad ordinaria: sobre el carácter subsanable o insubsanable de la falta de traslado de copias de escritos y documentos al procurador de la parte contraria (artículos 276 y 277 LEC)" en *La Ley*, v. 3, 2005, p. 4. También sostiene que se trata de un defecto insubsanable ASENSIO MELLADO, J. M., "Artículos 276 a 278" en GIMENO SENDRA, V., *Proceso civil práctico*, III, La Ley, 2005, Madrid, p. 1232.

En general, la jurisprudencia ha seguido una interpretación en la misma línea. La doctrina de la Sala Civil del TS ha mantenido que la regla es la insubsanabilidad de la omisión de entrega de copias fundado principalmente en tres argumentos: (1) no es aplicable el artículo 231 LEC al caso, pues este se aplica a actos defectuosos y no a omisiones; (2) el legislador establece expresamente como consecuencia la inadmisibilidad; y (3) en el Proyecto de la LEC se permitía la subsanación de esta situación, pero en condiciones especialmente gravosas, que buscaban desincentivar este tipo de hechos, pero esto fue modificado en su tramitación legislativa, lo que debe llevar a la conclusión de que la intención es que no fuera subsanable. El rigor de esta circunstancia solo debe atemperarse, afirma, en situaciones en las que el tribunal ha inducido, propiciado, coadyuvado o motivado dicha omisión (como si este ha recibido las copias, admitiendo la entrega a través de él) y cuando se trata del escrito de interposición de un recurso extraordinario, por la confusión que puede generar la relación del artículo 277 con los artículos 474 y 485, todos de la LEC⁸¹⁸.

La postura contraria, que parece la correcta, es defendida, entre otros, por CHAMORRO BERNAL, quien parece ver en ella una norma o, al menos, una interpretación normativa inconstitucional, por ir en contra del derecho al acceso al recurso, protegido, según su perspectiva, por el principio *pro actione*⁸¹⁹. Sin mayor explicación también sostiene la subsanabilidad RAMOS MÉNDEZ⁸²⁰.

En el ámbito jurisprudencial, la resolución más resonante ha sido la STC 107/2005, de 9 de mayo⁸²¹, que ha declarado subsanable la falta de copias en un caso en el que no se acompañó el resguardo respecto de un escrito de preparación de un recurso de apelación. Se trata, sin embargo, de un fallo poco coherente con las construcciones elaboradas sobre el tema por la corte constitucional pues, por lo poco exigente que es el canon de razonabilidad -incluso en su vertiente jurídica- lo esperable era que se considerara al fallo como una decisión razonable. Acostumbrados a un nivel de exigencia bajo, se tilda de

⁸¹⁸ Sobre el punto, un buen resumen de la doctrina se puede encontrar en el ATS (Sala Civil, Sección 1ª), de 14 de octubre de 2008, ponente Xiol Ríos, FJ 2º.

⁸¹⁹ CHAMORRO BERNAL, F., "El eterno formalismo: inadmisión de una apelación por no entregar previamente copia del escrito de preparación (STC 107/2005 de 9 de mayo)" en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, v. 3, 2006, p. 9.

⁸²⁰ RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 758.

⁸²¹ Sobre ella, véanse los artículos de GARBERÍ LLOBREGAT y CHAMORRO BERNAL recién citados.

irrazonable una decisión fundada en argumentos jurídicos plausibles y que ha sido compartida por diversos autores y por la misma jurisprudencia del TC, en un control que se acerca más a uno de mera legalidad que al de constitucionalidad que, en especial en los últimos años, suele hacer^{822 823}.

Además, la sentencia en cuestión se basa en un argumento bastante discutible desde la concepción de la preclusión que maneja y poco extrapolable para otros casos: el escrito de preparación del recurso en que fue cometida la falta fue presentado el segundo de los cinco días del plazo. Considerando que las decisiones del Juzgado de Instancia y de la AP se basaron en que había precluido la posibilidad de subsanar el recurso, se razonó acerca de la irrazonabilidad de una decisión, sosteniendo que “Aunque el plazo de que disponen las partes para la interposición del recurso por determinación legal es, ciertamente, un plazo de caducidad no ampliable a voluntad de aquellas, tampoco puede quedar acortado por la presentación del escrito sin cumplir todos los requisitos previstos en la norma procesal” (FJ 6°).

Dentro de la jurisprudencia de tribunales ordinarios se pueden rescatar algunos fallos de la AP de Valencia que proveen de mejores argumentos para defender la posibilidad de corregir la falta de copias. Ellos se han sostenido la subsanabilidad del defecto básicamente

⁸²² Así lo hace presente GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Una nueva extralimitación del Tribunal Constitucional en la interpretación de la legalidad ordinaria: sobre el carácter subsanable o insubsanable de la falta de traslado de copias de escritos y documentos al procurador de la parte contraria* (artículos 276 y 277 LEC), p. 10.

⁸²³ Aparte de esto, los saltos lógicos en este punto son evidentes para cualquiera familiarizado con la jurisprudencia del TC: el FJ 4° comienza recordando la doctrina del TC relativa a que el derecho al recurso es protegido con menor intensidad por el principio *pro actione* que el acceso a la jurisdicción y que, en atención a esto, la admisión de los recursos es un tema de legalidad ordinaria solo susceptible de un análisis externo por el TC dirigido a comprobar si carece de motivación, se basa en una causal inexistente, resulta infundada o incurre en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica. Hasta este momento, el razonamiento parece encauzado a la aplicación de un canon de razonabilidad lógica. Sin embargo, y aquí viene el primer salto, con citas a sentencias de un periodo anterior, propugna que debe aplicarse el criterio de la proporcionalidad, que es propio, ya se ha visto, del principio *pro actione*, del que el derecho al recurso no participa. Luego, en el FJ 6°, sorprendentemente, se da un segundo salto: no se aplica un criterio de proporcionalidad, pero tampoco de irrazonabilidad lógica, sino que utilizan criterios jurídicos para determinar que la interpretación de la insubsanabilidad del criterio era irrazonable.

por aplicación del artículo 231 LEC y del artículo 11.3 LOPJ⁸²⁴, así como por la influencia que debe tener el principio de proporcionalidad en casos como este.

Esta última parece ser la línea más adecuada. Existiendo una regla que favorece la subsanabilidad de los defectos, la carga argumentativa es de quienes afirman la existencia de una excepción, en especial cuando la consecuencia que se sigue de la falta de cumplimiento del requisito es tan gravosa que permite cuestionar su proporcionalidad. Esta carga no es cumplida por quienes sostienen esta postura. De las dos posturas reseñadas, la doctrinal y la jurisprudencial, se pueden colegir cinco argumentos, todos ellos cuestionables:

(1) El objetivo de la disposición es dar mayor celeridad al trámite de entrega de copias: aquí se confunde la finalidad de la obligación de las copias de la finalidad de una determinada configuración de esta entrega. No hay dudas de que lo que se busca con la entrega de copias es permitir a los litigantes un adecuado y cabal conocimiento de las presentaciones de su contraparte. Eso es lo que se debe proteger. Que se haya configurado un sistema más expedito que el que existía con anterioridad no es la finalidad de la formalidad propiamente tal, sino solo de su modalidad, que no es necesariamente protegible a través de la inadmisión;

(2) Si el legislador hubiese querido hacerlo subsanable, lo hubiese hecho: la utilización de este argumento *a contrario* admite, siempre, como contrapartida una argumentación analógica⁸²⁵, que en este caso podría llevar a sostener que si el legislador ha sido tan condescendiente con la misma falta cuando se ha actuado sin procurador como para permitir la subsanación del defecto por el secretario, no tiene sentido que en este caso se presuma, ante su silencio, tal severidad. Además, incluso la misma clase argumento *a contrario* podría servir para afirmar que, si se ha eliminado una regulación que era sumamente rigurosa, se ha querido incorporar a este defecto al régimen general de subsanabilidad y no impedir esta situación;

⁸²⁴ AAP Valencia (Sección 7ª), de 10 de junio de 2003, FJ Único. En un sentido más similar al criterio de la STC 107/2005, la AAP Valencia 277/2004 (Sección 11ª), de 29 de noviembre, ponente Arolas Romero, FJ 2º.

⁸²⁵ Sobre los problemas de validez lógica que presentan los argumentos a contrario y analógico, véase MORESO I MATEOS, J. J., *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, UOC, Barcelona, 2006, p. 143 y ss.

(3) La regla de la subsanabilidad es aplicable solo a acciones y no a omisiones: eso no es efectivo ni tiene asidero legal alguno. Este punto se estudiará más adelante con detención⁸²⁶.

(4) El legislador establece expresamente la inadmisibilidad: ya se ha hecho notar que este hecho no es una expresión de insubsanabilidad, sino, por el contrario, de la necesidad de subsanación pues la inadmisión es una de las vías, junto con la nulidad, de materializar la invalidez. Si no existiera la posibilidad de que el acto fuese inadmitido por la referida falta, la subsanación sería innecesaria, pues implicaría la validez del acto.

(5) La eliminación de la posibilidad de corrección del defecto que se incluía en el Proyecto de LEC: se trata de un argumento poco concluyente, en especial si se considera que en el mismo se contemplaba duras sanciones pecuniarias a quien no cumpliera con la obligación. Por lo demás del estudio de los trabajos parlamentarios sobre el tema no es posible concluir que la modificación haya tenido por objetivo hacer insubsanable el defecto⁸²⁷.

c.3.5. Incumplimiento de los requisitos temporales por las partes.

Dentro de la categoría de la insubsanabilidad estructural, se suele incluir, a veces como único elemento, el incumplimiento por las partes de los plazos o términos procesales⁸²⁸. Se

⁸²⁶ Véase *infra* p. 298.

⁸²⁷ El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil proponía como efecto de la omisión del traslado de copias a través de procurador el que el tribunal otorgara un plazo de cinco días para subsanar la omisión, imponiéndole una multa de quince mil pesetas por día de retraso en la presentación de las copias. Solo si transcurrido ese plazo no se hubiese remediado la omisión se tendrían por no presentados los documentos. En el Congreso de Diputados se presentaron tres enmiendas a este artículo: la número 25 del Sr. Rodríguez Sánchez, del Grupo Parlamentario Mixto, que proponía igualar la situación a los casos en que no se actúa a través de procurador; la del Grupo Parlamentario Socialista, número 314, que proponía la supresión de este artículo, dentro de su resistencia a la implantación del sistema de entrega de copias por procurador; y la del Grupo Parlamentario Popular que solo proponía, como mejora técnica, que se debía explicitar que la resolución se debía hacer por providencia. La redacción actual del artículo 277 solo aparece en el Informe de la Ponencia sobre el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de julio de 1999, como parte de un texto transaccional, sin referencias específicas acerca de su justificación. En el Senado, tampoco hay mayores antecedentes de su discusión. Solo fue presentada una enmienda por el Grupo Parlamentario Socialista (número 87) que reiteraba la ya realizada en el Congreso de los Diputados que fue rechazada. La información acerca de los trabajos parlamentarios de la LEC se puede obtener debidamente recopilada en Cortes Generales, *Ley de Enjuiciamiento Civil: Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 2001.

⁸²⁸ Es el caso de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, p. 33. En el mismo sentido, OLIVA SANTOS, Andrés en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y

afirma que admitir la subsanación de actos realizados extemporáneamente implicaría ir en contra de la preclusión o, al menos, perjudicaría el elemento básico de la caducidad o de la prescripción de las acciones.

Sin perjuicio de otras consideraciones que puedan llevar a la conclusión que la inobservancia de los requisitos temporales es insubsanable, el motivo de ella parece no ser estructural o, si se prefiere, natural. Quizá se trate solo de un tema de nomenclaturas⁸²⁹, pero al menos parece impreciso afirmar que en este caso se está frente a un caso en el que sería imposible o innatural concebir una postura de subsanabilidad, es decir, que no es necesaria regulación legal del tema, pues de todas formas el defecto no sería corregible dentro del mismo proceso.

El punto parece radicar en el alcance e importancia que se le dé a la preclusión. No hay duda de que es un elemento necesario para una adecuada configuración del proceso. Sin ella, sería prácticamente imposible diseñar un sistema mínimamente razonable, pues el desorden e inseguridad jurídica que se generaría sería inmanejable. Sin embargo, esto no implica que deba tenerse una postura rígida frente a toda inobservancia de plazos⁸³⁰. Como bien apunta RAMOS MÉNDEZ, todo pasa por flexibilizar este concepto⁸³¹, pues el hecho de que a través de ella se cierren etapas y se pierdan derechos u oportunidades procesales no necesariamente implica que se deba ser inflexible con todo incumplimiento procesal de carácter temporal⁸³².

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 340.; y CHAMORRO BERNAL, F., *El artículo 24 de la Constitución*, p. 338.

⁸²⁹ Parece ser el caso de DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, pues en una nota al pie de la afirmación de que “los únicos requisitos procesales realmente insubsanables son los requisitos de tiempo”, sostiene que el TC ha considerado en algunos casos subsanables algunos requisitos de tiempo, lo que cuesta entender si se admite que insubsanabilidad por naturaleza se relaciona con la imposibilidad de configurarlos como insubsanables, ya que, desde el momento en que el TC admite dicha posibilidad, es porque es concebible, a menos que disponga una corrección imposible de realizar.

⁸³⁰ LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *La preclusión de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2.000*, p. 307.

⁸³¹ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2010)*, p. 277.

⁸³² Apunta BEDAQUE, J. d. S., *Efectividad del proceso y técnica procesal*, p. 209, que “Si el objetivo de la preclusión es fundamentalmente asegurar la celeridad y el orden en el proceso, la parte no debe ser impedida de practicar actos que no comprometan estos valores”.

Pues bien, si se asume que la preclusión puede operar sin que sea necesaria una configuración de ella intransigente frente a incumplimientos de plazos o términos, se puede apreciar cómo este tipo defectos no tiene obstáculos de carácter estructural para que se determine, en todas o en algunas ocasiones, como un defecto subsanable. Se debe dejar sentado que las imperfecciones procesales de esta especie son perfectamente corregibles desde el punto de vista de su pura aptitud estructural, quedando en manos del legislador y del juez el determinar si ello procede en determinadas situaciones en concreto.

En el caso de la LEC, en principio, la conclusión debe ser que la forma de configurar la preclusión por el artículo 136 impide subsanar aquellas actuaciones de parte no realizadas en los términos o dentro de los plazos señalados por la ley, pues se establece la pérdida automática de la oportunidad de realizar el acto de que se trate. Aunque la interacción de esta norma con la del artículo 242 LOPJ (229 LEC), que limita la nulidad de actuaciones judiciales solo a aquellas que en que lo imponga la naturaleza del plazo o término, ha permitido a algunos autores sostener que se trata de una atenuación del principio de preclusión que permitiría, en algunos casos, aquellas actividades realizadas entre el momento en que se abre la oportunidad para un acto y aquel en que comienza el siguiente⁸³³, por lo menos la regla general es clara: legalmente, no son subsanables los actos extemporáneos.

c.3.6. Falta de abono, consignación, depósito o aval para recurrir.

Los problemas derivados de las deficiencias u omisiones para recurrir es uno de los temas más emblemáticos de la época en que el TC consideraba que el derecho al recurso como una vertiente de la tutela judicial efectiva protegidas por el principio *pro actione*. En un gran paso en la consagración de un derecho procesal más desformalizado, a poco andar empezó a admitir la subsanación de situaciones que antes eran impensables, en especial, respecto de consignaciones defectuosas o de falta de acreditación de la subsanación.

⁸³³ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2010)*, p. 277; y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., *De la nulidad de las actuaciones judiciales*, p. 1508.

A contar de la STC 59/1984, de 10 de mayo⁸³⁴, el TC estableció una doctrina básicamente consistente en permitir la subsanación de la acreditación del pago de las sumas que fuesen necesarias para poder recurrir, pero no del pago extemporáneo de la misma, distinguiendo una mera exigencia formal (la acreditación) de la sustantiva (el pago). En ese entendido, consideraba como atentatorio de la garantía de tutela la inadmisión de recursos sin dar previamente la posibilidad de subsanación en los casos en los que se trataba solo de un problema de acreditación⁸³⁵. Esta interpretación constitucional permitió corregir el excesivo rigor de algunas disposiciones preconstitucionales como el artículo 1566 LEC 1881⁸³⁶ y el 148 de la Ley de Arrendamiento Urbano de acuerdo al texto refundido del Decreto 4104/1964⁸³⁷.

La LEC 2000 se hizo cargo de la situación de la consignación buscando eliminar la estrictez formal de la legislación anterior. Para esto se introdujo el artículo 449.6 que, en su redacción original, disponía que en los casos en los que se exigen abonos, consignaciones, depósitos o avales para recurrir, se estará a lo dispuesto en el artículo 231 de la misma ley, cuando el recurrente hubiese manifestado su voluntad de cumplir con las cantidades correspondientes, pero no lo acreditara documentalmente a satisfacción del tribunal. Con la Ley 37/2011, se eliminó la referencia a la manifestación de voluntad, quedando que en lo relativo a la justificación documental de la consignación se estará a lo dispuesto en el mencionado artículo 231.

Aunque ha cambiado la ley, no ha cambiado la interpretación del requisito, pues jurisprudencialmente se ha visto en esta disposición una consagración de la doctrina del TC

⁸³⁴ Sala Segunda, ponente Rubio Llorente, FJ 4º.

⁸³⁵ Un resumen de ella se puede encontrar en la STC 344/1993 (Sala Primera), de 22 de noviembre, ponente de la Vega Benayas, FJ 2º.

⁸³⁶ “En ningún caso se admitirán al demandado los recursos de apelación y de casación, cuando procedan, si no acredita al interponerlos tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas, o si no las consigna judicial o notarialmente”.

⁸³⁷ “Igualmente en todos los procesos que lleven aparejado el lanzamiento, para que el inquilino o arrendatario puedan utilizar los recursos de que trata la sección tercera de este capítulo, habrán de acreditar, al interponerlos, tener satisfechas las rentas vencidas con arreglo a los que vinieren pagando a la iniciación del litigio o consignarlas en el Juzgado o Tribunal”.

sobre el punto⁸³⁸, lo que ha sido también asumido por algún sector doctrinal⁸³⁹. Esto lleva a entender como legalmente insubsanables los defectos relativos a la consignación, que tengan relación con el pago y no con su mera acreditación⁸⁴⁰.

Aunque el influjo de la jurisprudencia del TC en esta materia, como en tantas otras, es innegable, ello no significa que todo lo dicho antes sea traspasable directamente al nuevo régimen. Y es que la regulación es algo distinta a la pretendida. En ninguna parte afirma que los requisitos relativos al pago, y no a la acreditación, sean insubsanables. Solo afirma que si no es posible acreditar el abono, consignación, depósito o aval exigido, se deberá permitir la subsanación⁸⁴¹. El que no se acredite a satisfacción del tribunal no solo cubre la hipótesis de que haya un problema de prueba de lo ya ha realizado, sino, también, las situaciones en las que, de buena fe, se ha consignado una suma inferior a la adeudada o en la que hechos ajenos a la voluntad de la parte impiden el pago. En definitiva, lo único que establece como insubsanable esta disposición son aquellos incumplimientos en los que no se manifiesta voluntad alguna de pago⁸⁴².

La modificación introducida por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, a la LOPJ parece un nuevo elemento de análisis al tema de las consignaciones. En la nueva disposición adicional 15ª, establece un depósito obligatorio que va desde los 30 a los 50 euros para la interposición de toda especie de recursos en materia civil cuando se trate de autos o sentencias que pongan fin a la instancia o impidan su prosecución. Si es respecto de resoluciones que no tienen dicho carácter, el depósito es de 25 euros. En materia civil, solo

⁸³⁸ Gráfico resulta el ATS, recurso de casación 1631/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 8 de septiembre de 2008, ponente O'Callaghan Muñoz, FJ 1º.

⁸³⁹ Entre otros, BONET NAVARRO, Á., *Los recursos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, p. 44; RIVES SEVA, J. M., *Los medios de impugnación de las resoluciones judiciales y el sistema de recursos en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, p. 25.

⁸⁴⁰ MAGRO SERVET, V., *La subsanación de defectos procesales (Art. 231 LEC)*, p. 3.

⁸⁴¹ GIMENO SENDRA afirma que, además, ha de mediar un principio de prueba de carácter documental, pues supondría un quebrantamiento al principio de preclusión el tener por observado el requisito con la sola manifestación de voluntad (en GIMENO SENDRA, V., "Los recursos" en GIMENO SENDRA, V., *Proceso civil práctico*, VI, La Ley, 2005, Madrid, p. 27.

⁸⁴² En una línea similar, MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación civil: casación e infracción procesal*, p. 454, afirman que no basta con la mera declaración retórica de la voluntad de cumplir con la consignación, sino que debe haber el intento dentro de lo razonable de cumplirlo efectivamente. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 1450, va incluso más allá cuando sostiene que "desde el punto de vista de la interpretación más acorde con la garantía constitucional del recurso, no hay otra opción: la falta de consignación o de depósito es un defecto formal, perfectamente subsanable, en poco tiempo, de forma fácil y sin agravio ninguno de la posición de ningún litigante".

se excluye la reposición que es requisito para el recurso de queja. El apartado séptimo de la disposición adicional décimo quinta dispone que “Si el recurrente hubiera incurrido en *defecto, omisión o error* en la constitución del depósito, se concederá a la parte el plazo de dos días para la subsanación del defecto, con aportación en su caso de documentación acreditativa. De no efectuarlo, se dictará auto que ponga fin al trámite del recurso, o que inadmita la demanda, quedando firme la resolución impugnada”⁸⁴³, lo que debe llevar a la conclusión de que incluso la omisión de este depósito es perfectamente subsanable. No se ve razón para, por analogía, no permitir la misma solución para las otras omisiones e imperfecciones que pueden tener las mismas consecuencias.

c.3.7. Defectos de fundamentación en la interposición, en especial el de casación.

Una de las novedades de la LEC 2000 fue la generalización de la etapa de preparación del recurso, como anterior a la interposición del mismo para los recursos de apelación, infracción procesal y casación. En esta separación, la preparación tenía como objetivo manifestar la intención de recurrir y delimitar el objeto del recurso, mientras que la interposición básicamente desarrollará la fundamentación del mismo⁸⁴⁴. Recientemente, desde la Ley 37/2011, de 10 de octubre, ha desaparecido el trámite de preparación, simplificándose la formulación de los recursos. Desde el punto de vista de la desformalización de las normas procesales este cambio debe ser bien valorado, en especial si se considera que eran los escritos de preparación los que más dificultades generaban a la hora de la admisión de los recursos⁸⁴⁵.

Por las características de cada recurso, los requisitos que se establecen para los escritos de interposición en cada caso difieren, siendo mucho más genéricos y menos exigentes en la apelación y más específicos y demandantes en los recursos extraordinarios, en especial en el de casación, en lo referido a la fundamentación de la causal esgrimida. Para el escrito de la apelación basta con exponer las alegaciones en que se base la impugnación y citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (artículo 458 LEC). En el recurso por infracción procesal la exigencia es algo mayor, pues se debe interponer exponiendo

⁸⁴³ La cursiva ha sido agregada.

⁸⁴⁴ BONET NAVARRO, Á., *Los recursos en el proceso civil*, p. 126.

⁸⁴⁵ El acceso a los recursos, sin embargo, se ha mermado por otros medios, como son el aumento de la cuantía para la casación, de 150.000 euros a 600.000, y la improcedencia de la apelación para sentencias dictadas en juicios verbales de una cuantía que no supere los 3.000 euros.

razonadamente el motivo y expresando el perjuicio causado en el resultado del proceso (artículos 471 LEC). Los requisitos siguen aumentando en el caso de la casación, pues se deberá indicar con precisión el motivo que se alega, exponer, con la necesaria extensión, sus fundamentos y acompañar la certificación de la sentencia impugnada. Si se basa en el supuesto de interés casacional, y de acuerdo a cómo se funde este, además deberá acompañar el texto de las sentencias que se aducen para ello o manifestar razonadamente cuanto se refiera al tiempo de vigencia de la norma y a la inexistencia de doctrina jurisprudencial relativa a la norma que se estime infringida (artículo 481 LEC).

Cuando alguno de estos requisitos no se cumple surge la cuestión acerca de si se trata de defectos subsanables. Por su formalidad, en general, pero no exclusivamente, la pregunta ha surgido con mucha mayor frecuencia respecto del recurso de casación que respecto de los otros.

La respuesta prácticamente unánime de los tribunales a esta cuestión ha sido decepcionante. En una concepción maniqueísta de los que son las formas procesales, la jurisprudencia olvida todo lo que ella misma afirma acerca de los formalismos innecesarios y la prevalencia de la subsanación sobre la inadmisión para cerrarse, de forma tajante, a cualquier subsanación de este tipo de defectos, lo que, sumado a un rigorismo incomprensible a la hora de calificar el cumplimiento de los requisitos, da un resultado sencillamente desolador para quien espera acceder a los recursos.

El TS ha sostenido un criterio bastante rígido acerca de la posibilidad de subsanación de defectos en el escrito del recurso que puedan redundar en su inadmisión, cerrando toda posibilidad de corregir citas erróneas, motivaciones incompletas o faltas de menciones de cualquier tipo que podrían ser fácilmente subsanables, tanto cuando le ha tocado pronunciarse respecto de recursos de casación como por infracción procesal. Para justificar esto se ha fundado en la improcedencia de la técnica correctora respecto de defectos que son presupuestos de los recursos que deben ser cumplidos en tiempo y forma⁸⁴⁶.

⁸⁴⁶ Entre las más recientes, recogen esta postura los AATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 21 de julio, ponente Xiol Ríos, FJ 2º; y, de 8 de septiembre de 2008, ponente Corbal Fernández, FJ 2º.

Hoy el TC sigue una línea bastante similar. Aunque es posible encontrar algunos fallos de hace algunos años que razonaban sobre la subsanabilidad de defectos de este tipo, al menos en determinadas circunstancias⁸⁴⁷, la tendencia contraria hoy es claramente la que inspira sus razonamientos. En este sentido, la STC 46/2004, de 23 de marzo⁸⁴⁸ ha marcado un hito interesante, pues, a diferencia de lo usual en este tema, no se limita a declarar que la decisión del TS de apreciar como insubsanable un defecto no incurre en irrazonabilidad o arbitrariedad, sino que va más allá, fundamentando que ella descansa en que la técnica procesal de la subsanación solo es aplicable respecto de requisitos que no se configuren como presupuestos procesales de indeclinable cumplimiento en tiempo y forma, lo que haría incorregible defectos de la especie que se estudian.

La fórmula de la insubsanabilidad de “los presupuestos de indeclinable cumplimiento en tiempo y forma” que el TC utiliza para justificar algunos casos como este, es prácticamente un argumento vacío, una especie de comodín que se puede o no utilizar de acuerdo a la conveniencia, pero que no aporta explicación alguna a la razón de esta imposibilidad. No es verdad que para la propia doctrina del TC todos los presupuestos procesales de forma o tiempo son insubsanables⁸⁴⁹. Si así fuera, la regla favorecedora de la subsanación quedaría prácticamente derogada. Además, aunque así fuera y efectivamente se consideraran a estos defectos como no corregibles, al menos se debe una explicación de la razón por la que esto debe ser así. En el contexto de una jurisprudencia que ha terminado por reducir a cotas bastante saludables el formalismo y que ha configurado a la inadmisión como una *ultima ratio* resulta muy difícil comprender este razonamiento.

Desde la perspectiva del texto legislativo, no se aprecian motivos para sostener la insubsanabilidad del defecto. Tampoco parece haber un perjuicio a la contraria o, *a priori*, una conducta especialmente reprochable que justifique cerrar el acceso al recurso, tenga o no relevancia constitucional, a los litigantes por defectos que son fácilmente corregibles y que no suponen un especial retardo para el proceso, en especial en los casos de los recursos extraordinarios, en donde se contempla un período de diez días para que las partes hagan

⁸⁴⁷ Por ejemplo, las SSTC 29/1988 (Sala Segunda), de 29 de febrero, ponente Begué Cantón, FJ 4º; y 96/1993 (Sala Primera), de 22 de marzo, ponente Cruz Villalón, FJ 4º.

⁸⁴⁸ Sala Primera, ponente García Manzano, FJ 5º.

⁸⁴⁹ El caso más claro de que no siempre es así es el generoso tratamiento que ha dado a la exigencia de reclamación o de la conciliación previa a la demanda en materia laboral (véase infra p. 300).

sus alegaciones acerca de la posible causal de inadmisión que perfectamente podría servir a estos efectos⁸⁵⁰.

d. Insubsanabilidad derivada de la afectación de los derechos de la contraparte

d.1. Existencia.

La afectación de la esfera de derechos de la contraparte de aquella que se ve favorecida con la subsanación es una limitación a la subsanabilidad a la que apuntan, con diversa extensión, incluso los autores que depositan más confianza en un sistema generoso con esta técnica procesal⁸⁵¹. A pesar de esto, no hay siquiera un tratamiento del tema en la doctrina que pase de la mera enunciación del pretendido límite.

En la jurisprudencia, el agravio a la contraparte es uno de los elementos que el TC suele incorporar en su juicio sobre subsanabilidad. Son decenas las sentencias que lo enumeran como un factor que se debe sopesar para determinar si un defecto es susceptible de ser corregido. Pero su enunciación parece ser más un recurso retórico que algo verdaderamente para ser considerado, toda vez que casi no hay resoluciones en los que se utilice este elemento para justificar que una determinada situación no es susceptible de corrección⁸⁵² y en las pocas que esto ocurre lo hace para argumentar la insubsanabilidad como consecuencia de una actitud negligente, que es otro límite⁸⁵³.

⁸⁵⁰ También sostienen la subsanabilidad de este tipo de defectos LOREDO COLUNGA, M., *La casación civil: doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 253; y RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 1505.

⁸⁵¹ Por ejemplo, RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2005)*, p. 285; y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., *De la nulidad de las actuaciones judiciales*, p. 1511.

⁸⁵² Solo como vía ejemplar se pueden citar, entre las últimas, las SSTC 287/2005 (Sala Segunda), de 7 de noviembre, ponente Sala Sánchez, FJ 3º; 330/2006 (Sala Primera), de 20 de noviembre, ponente Aragón Reyes, FJ 4º; 127/2008 (Sala Primera), de 27 de octubre, ponente Rodríguez Zapata-Pérez, FJ 3º, d); y los AATC 60/2007 (Sala Segunda), de 26 de febrero, FJ 3º; y 77/2008 (Sala Segunda), de 10 de marzo, FJ 2º.

⁸⁵³ Por ejemplo, en la STC 102/1987 (Sala Primera), de 17 de junio, ponente Rubio Llorente, se afirma que “Existe solo, respecto de tal garantía constitucional, para preservar el derecho de todos a la debida tutela judicial, sin indefensión, pero esta lesión no es reconocible cuando quien la denuncia, como también observamos, no supo o no quiso defender su derecho por los medios que el ordenamiento procesal le

Lo expuesto no debe llevar a la conclusión de que la limitación no existe, pues hay situaciones en las que permitir la subsanación de los actos puede provocar un perjuicio en la posición procesal de la parte diligente. Algunos de estos casos, como se verá más adelante, tienen relevancia constitucional y han sido reconocidos y amparados por el TC, pero sin explicitar un razonamiento que discorra sobre el juicio de subsanabilidad que suele sostener.

Aunque no hay disposiciones que específicamente consagren como límite de la subsanación el perjuicio de la contraria, es suficiente para entenderla existente el hecho de que la Constitución y la Ley entreguen una serie de derechos de carácter procesal a los litigantes. Siendo la subsanación una técnica que busca preservar los derechos de las partes, no tiene sentido que lo mismo se haga a costa de los derechos de la contraria, en especial si se trata de derechos de la misma o mayor valoración por el sistema jurídico.

d.2. Condiciones de la afectación.

El carácter dialéctico del proceso⁸⁵⁴ produce que, en algún sentido, buena parte de lo beneficioso para una de las partes del juicio perjudique a la contraria debido a la contraposición de intereses existente. Desde esta perspectiva, prácticamente cualquier subsanación que se permita o que beneficie a una parte puede ser traducida como un perjuicio a quien se tiene en frente. Sin embargo, no todo perjuicio entendido de esta forma es susceptible de evitar la corrección de un defecto. Para que un determinado perjuicio efectivamente configure un defecto de esta especie es indispensable que la corrección afecte a la contraparte en algún derecho que el ordenamiento le reconozca. Evidentemente, se está mejor sin ser demandado o, una vez dentro de un juicio, sin que la contraria rinda prueba, pero no hay un derecho a que no se dirija una pretensión en contra de alguien ni a

brindaba, pues, en tal caso, la obtención del amparo vendría a hacer buena, en demérito de los derechos de la otra parte, la indiligencia o la pasividad de quien asistió, sin reaccionar oportunamente, a lo que califica luego de vulneración de su derecho fundamental” (FJ 4°).

⁸⁵⁴ Sobre él, véase, por todos, CALAMANDREI, P., *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código*, p. 333 y ss.

que la contraria no tenga actividad probatoria. Sí, por el contrario, hay derechos reconocidos -por ejemplo, a que se ejecuten las sentencias o a que estas no se modifiquen- que sí pueden ser tutelados⁸⁵⁵.

Si bien con la amplitud de las garantías procesales consagradas en el artículo 24 CE es difícil encontrar infracciones a derechos procesales de las partes a las que no se les pueda adjudicar significación constitucional, no es necesario que se configure la limitación que se está estudiando⁸⁵⁶. Basta con que se trate de un derecho que se reconozca por el ordenamiento jurídico. No se debe perder de vista esto en épocas de cánones cada vez más restringidos, porque la conclusión de que una determinada situación no está garantizada por la Carta Fundamental no debe tener como consecuencia que se considere que no se configura el límite mencionado.

d.3. Afectación de los derechos a la intangibilidad y a la ejecución de las resoluciones judiciales como límites a la subsanación.

Ya se ha dicho que la intangibilidad de las resoluciones judiciales es una de las vertientes de la tutela judicial efectiva y que ella implica el derecho de las partes de que las resoluciones judiciales solo sean modificadas a través de los medios que la ley establece, siendo su principal manifestación la consignada en los artículos 267.1 LOPJ y 214.1 LEC. Se ha considerado armónico con este derecho la existencia y uso adecuado tanto de la aclaración o corrección del artículo 267.2 y 3 LOPJ (artículo 214.2 y .3 LEC) como de la petición de subsanación del artículo 267.4 LOPJ (215 LEC). Sin embargo, la utilización de estos instrumentos que, bajo la apariencia de una mera rectificación formal, alteren lo decidido en la sentencia se considera una vulneración del derecho del artículo 24.1 CE⁸⁵⁷.

⁸⁵⁵ Así se hace notar por DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ en BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, p. 37, respecto del acceso a la justicia y al derecho al recurso.

⁸⁵⁶ En contra, RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2005)*, p. 285; y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., *De la nulidad de las actuaciones judiciales*, p. 1511 hablan de “agravio constitucional”.

⁸⁵⁷ Véase *infra* p. 384.

Muchas de las ocasiones en la que se aprecia la afectación del derecho a la intangibilidad de las resoluciones se dan por intentarse subsanar defectos de una resolución más allá de los límites que permite el 267 LOPJ (artículos 214 y 215 LEC). En esta línea, el TC ha apreciado afectaciones de la tutela judicial efectiva por la aplicación de este principio cuando, arguyendo facultades subsanatorias, se altera el alcance de una multa⁸⁵⁸, se varía en fase de ejecución la base sobre la que debe ejecutarse la sentencia⁸⁵⁹ o se modifica el monto por pagar como indemnización⁸⁶⁰. En todos estos casos, el límite que impide que se corrija la sentencia -que, muchas veces, no contiene una plasmación fiel de lo que el tribunal pretendía disponer en ella- es el derecho que tiene la parte no interesada en la corrección a que la sentencia no sea alterada una vez que ella ha devenido en firme o por otros no sean los establecidos en la ley.

Algunos de los casos en los que se encuentra en juego el derecho a la invariabilidad de las sentencias también tienen connotación constitucional debido a la implicación del derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos⁸⁶¹. Ambos derechos también pueden tener relevancia cuando la subsanación tiene que ver con el siempre complejo derecho a los recursos. Como ha hecho notar DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ⁸⁶², pueden colisionar los derechos de una parte a recurrir y de la contraria a la intangibilidad y eventual ejecución.

En la forma actual de entender la tutela judicial efectiva por el TC, los derechos eventualmente involucrados tienen el mismo estatus de protección reducida. Tanto el derecho a los recursos legalmente establecidos como el derecho a la intangibilidad de las sentencias y a la ejecución de la misma se consideran fuera del núcleo de la tutela judicial efectiva y, por lo tanto, del principio *pro actione*, pero protegidos de decisiones irrazonables, arbitrarias o incursas en un error patente. Sin pretender explorar en el tema de la colisión de derechos, y asumiendo que ninguno de los derechos involucrados goza de una especial preeminencia sobre los otros, al menos parece plausible fijar dos extremos en la ponderación de ambos derechos: por un lado, las actuaciones no realizadas dentro del plazo no deben considerarse subsanables por afectar el derecho a la intangibilidad de las

⁸⁵⁸ STC 162/2006 (Sala Primera), de 22 de mayo, ponente García-Calvo y Montiel, FJ 7º.

⁸⁵⁹ STC 190/2004 (Sala Segunda), de 2 de noviembre, ponente Gay Montalvo, FJ 5º.

⁸⁶⁰ STC 262/2000 (Sala Primera), de 30 de octubre, ponente Casas Baamonde, FJ 3º.

⁸⁶¹ Como en la recién citada STC 190/2004 (Sala Segunda), de 2 de noviembre, ponente Gay Montalvo, FJ 5º.

⁸⁶² En BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, p. 37

sentencias, mientras que en aquellas en las que se prepara e interpone el recurso oportunamente deben reputarse subsanables, en principio al menos, en atención a que en ellas no llega a haber una adquisición de un derecho a la intangibilidad porque la sentencia no ha alcanzado firmeza como en el caso anterior.

d.4. Dos situaciones de difícil configuración como límite: las dilaciones indebidas y la afectación de la igualdad en la aplicación de la ley.

CHAMORRO BERNAL afirma que todo retraso, incluso de solo un día, en el cumplimiento de un plazo procesal afecta el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del artículo 24.2 CE, lo que justificaría la insubsanabilidad del defecto por afectación de un derecho de la contraria⁸⁶³. Aunque compartiendo, en general, la imposibilidad de corregir de los actos no realizados dentro del plazo establecido, la causa no parece ser esa, sino, como ya se ha dicho, la forma en que se ha implementado la preclusión dentro de la LEC.

La concurrencia de una dilación indebida en caso alguno es simplemente un retraso en la tramitación. Desde el punto de vista de la jurisprudencia del TC y de su inspiradora del TEDH, la garantía de un proceso sin dilaciones indebidas es un concepto jurídico indeterminado para cuya apreciación es necesario analizar una serie de factores como la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los juicios del mismo tipo, el interés que en aquel arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades⁸⁶⁴. No todo retardo genera una dilación indebida y, menos lo genera, un alargamiento del proceso, en general insignificante en la consideración general, que tenga como justificación el permitir la corrección de un defecto. Cosa distinta, pero mucho más improbable, es que el litigante buscara la apertura de varios procedimientos subsanatorios de distintos asuntos (por ejemplo, al no firmar ninguno de los escritos que presente) y que, en atención a ello, se produjese un retraso del proceso al que el órgano jurisdiccional no supiese poner atajo, pero en este caso, antes que las dilaciones indebidas, podrían verificarse otras causales de insubsanabilidad, como la mala fe.

⁸⁶³ CHAMORRO BERNAL, F., *El artículo 24 de la Constitución*, p. 339.

⁸⁶⁴ STC 220/2004 (Sala Segunda), de 29 de noviembre, ponente Pérez Vera, FJ 6º.

Una situación algo similar ocurre con la garantía de igualdad del artículo 14 CE. Para CARRERAS DEL RINCÓN, permitir algunas subsanaciones generaría una infracción en este ámbito, aunque admite que no hay jurisprudencia sobre el punto. Razona que, si bien hay casos que no generan mayores inconvenientes, como permitir la firma posterior de un escrito o la acreditación momentánea de la representación a través de una fotocopia, al momento de permitir correcciones que produzcan ventajas procesales o desequilibrios en las actuaciones de las partes, se podría vulnerar esta garantía⁸⁶⁵.

En este caso, la dificultad para apreciar un atentado a la igualdad pasa por los estrechos parámetros en la que ella se maneja. La igualdad en la aplicación de la ley en un sistema judicial de tradición europeo-continental como el español no tiene el mismo alcance que en uno anglosajón, en donde existe la obligatoriedad del precedente⁸⁶⁶. A partir de ello, los requisitos que se imponen para apreciar la vulneración de la garantía en la aplicación de la ley son sumamente exigentes, imponiendo no solo una fehaciente acreditación de un *tertium comparationis* sustancialmente igual y proveniente del mismo órgano judicial (incluso con igualdad de sala), sino, además, que se trate de un apartamiento del criterio anterior que no sea justificado suficientemente, aunque sea de forma tácita⁸⁶⁷. La aplicación de estos parámetros para reclamar por la subsanación de un defecto por afectación de la igualdad hace que, aunque no sea imposible, sea sumamente difícil que la situación siquiera se plantee. La única situación en que se podría dar algo así sería, quizás, de existir en un juicio dos situaciones que requieran de subsanaciones iguales o análogas en las que en un caso se admita la subsanación a una de las partes y en el otro no.

e. La conducta de la parte como determinante de la insubsanabilidad del defecto

e.1. Origen.

⁸⁶⁵ CARRERAS DEL RINCÓN, J., *Comentarios a la doctrina procesal civil del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo: el artículo 24 de la Constitución Española. Los derechos fundamentales del justiciable*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 35-36.

⁸⁶⁶ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, p. 216.

⁸⁶⁷ STC 105/2009 (Sala Primera), de 4 de mayo, ponente Rodríguez-Zapata Pérez, FJ 5º.

Si se analiza el estatuto legal vigente de la subsanación, no se aprecia la existencia de disposiciones que se refieran a la conducta de las partes como un elemento que limite la posibilidad de corrección de los defectos en la LEC. Sin embargo, la jurisprudencia del TC la incluye como factor que se pondere en el momento de determinar la subsanabilidad de un defecto desde un inicio. Ya en las referidas SSTC 95 y 96/1983, de 14 de noviembre, se considera que, a efectos de reconocer la posibilidad de corrección de los defectos, no es lo mismo un incumplimiento grave debido a “una opuesta voluntad a su realización de la parte procesal”, que el cumplimiento defectuoso “debido a un error o equivocación disculpable y no malicioso”⁸⁶⁸. El uso de este factor fue errático durante la primera década de funcionamiento del tribunal. Si bien en muchas sentencias se utilizaba, en otras primaba una consideración meramente objetiva, sin tomar en cuenta lo reprochable de la conducta de la parte a la hora de apreciar si un defecto era susceptible de ser corregido⁸⁶⁹.

En la LOPJ, primera regulación postconstitucional de la subsanación, no se contempló la calificación del comportamiento de la parte como un elemento para tener en cuenta al momento de determinar la subsanabilidad de un defecto. Su artículo 243.3 solo disponía que “los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la Ley serán subsanables en los casos, condiciones y plazos previstos por las leyes procesales”. Descartado prontamente por la doctrina y la jurisprudencia que fuese necesaria la predeterminación de un procedimiento para la subsanabilidad, no se advertían otras condicionantes legales que la limitaran con carácter general.

El asunto cambiaría con la entrada en vigencia de la LEC. La redacción original del artículo 231 -única disposición del capítulo referido a la nulidad cuya vigencia no fue pospuesta por la DF 17^a- intenta perfilar lo que ya venía siendo la subsanación, al establecerla como un deber del tribunal (que ya estaba en el artículo 11.3 LOPJ) y no limitarlo a los casos, condiciones y plazos previstos por la ley, pero agregando un nuevo elemento: para que esta proceda es requisito que en los actos en cuestión se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley. Además, se incorpora esta exigencia en el ya revisado artículo 449.6 LEC, como requisito para determinar la subsanabilidad en caso de

⁸⁶⁸ Para la cita del fundamento completo, *supra* p. 18.

⁸⁶⁹ Así lo hacía notar, en 1992, VALDÉS DAL-RÉ, F., "Sobre las consecuencias del incumplimiento de los requisitos procesales en la Jurisprudencia constitucional: la doctrina de la subsanación" en *Relaciones laborales*, v. 1, 1992, p. 6.

incumplimiento de requisitos de abonos, consignaciones, depósitos y avales como presupuestos para recurrir. La modificación del artículo 231 se incorporaría también a la LOPJ por la LO 19/2003, de 23 de diciembre.

Sin embargo, en ese permanente cambio que caracteriza a la regulación de los temas relacionados con la invalidez procesal en el ordenamiento español, la redacción de la disposición en la LEC sería modificada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que hace desaparecer toda referencia a la manifestación de voluntad del artículo 231⁸⁷⁰. Lo anterior, veremos, no debe ser visto como una eliminación del criterio, sino, por el contrario, como un reencauzamiento del mismo por vías interpretativas más sensatas.

e.2. Ámbito del criterio.

Puesto a determinar el ámbito en el que debe operar el juicio de valor acerca de la conducta de la parte como criterio que puede determinar la subsanabilidad de un acto, surgen tres aspectos que deben remarcarse: (1) la relación con las otras causales de subsanabilidad; (2) la clase de actos, en cuanto a su origen, que pueden ser objeto de este análisis; y (3) la procedencia de la subsanación respecto de actos expresamente subsanables.

(1) Para poder siquiera analizar si la conducta de una parte constituye un obstáculo para permitir la corrección de un defecto, debe estarse ante un defecto que sea estructural, constitucional y legalmente subsanable, pues, desde un punto de vista lógico, es la última consideración que debe realizar el juzgador para determinar si, en un caso concreto, es aplicable la regla favorable a la subsanación. Desde esta perspectiva se aprecia más claramente el criterio que se está estudiando: una circunstancia que puede obstar a que proceda la regla. No se trata de un factor para ponderar junto con otros, pues opera después de ellos y no en un conjunto en donde las deficiencias de un elemento puedan ser suplidas por las virtudes en otros.

⁸⁷⁰ Lo mismo ocurre, ya se ha dicho, con el artículo 449.6 LEC con la Ley 37/2011. Se mantiene la mención, sin embargo, en el artículo 243.3.

(2) La conducta debe ser valorada solo respecto de actuaciones de las partes porque no es relevante la calificación que se pueda hacer respecto de quien no se beneficia ni perjudica en sus intereses por la corrección. Al determinar la insubsanabilidad, se efectúa un juicio reproche de la actuación de un interesado como elemento impediendo de la corrección: los efectos de su conducta son los que inciden en su esfera de intereses, cosa que no cabría respecto del juez que, por definición, no tiene intereses propios en un juicio. Esto no implica que en determinados casos no se afecte la posibilidad de evitar la invalidez de una resolución o actuación judicial, pues lo relevante no es respecto de qué actuaciones se salva la validez, sino en cuál se encuentra el defecto que debe ser remediado.

(3) Antes de la última modificación, se podía interpretar que en el ordenamiento de la LEC había varios casos expuestos de subsanabilidad (por ejemplo, los artículos 254, 274 y 424 LEC) y una regla general subsidiaria en el artículo 231, que se repetía en el artículo 243.3 LOPJ. Esta manera de ver las cosas podría llevar a la conclusión de que en aquellas situaciones expresamente reguladas no era aplicable la exigencia de comportamiento de esta última disposición, que solo habría estado reservada para los casos en que no hay regla expresa. Hoy, la eliminación de la pretendida regla subsidiaria hace más fácil entender que se trata de una exigencia aplicable en todos los casos, pues la configuración de la misma como un límite general a la subsanación, y no como un requisito para ella.

e.3. Contenido.

e.3.1. El aporte del TC.

Ya se ha dicho que las consideraciones subjetivas, aunque erráticamente en un inicio, están presentes en la doctrina del TC desde las primeras sentencias que se refieren a la doctrina de la subsanación como uno de los factores que pueden determinar que un defecto subsanable de acuerdo a su estatuto constitucional o legal no deba ser corregido. Frente a un escenario legal en donde la subsanación no tenía regla alguna este tribunal acuñó una que impidiese amparar conductas reprochables, como la malicia, la reticencia al cumplimiento o la negligencia inexcusable.

En contra de lo esperable, esto no ha significado que se haya profundizado en reglas y razonamientos que permitan entender la lógica del tema desde un punto de vista general o anticipar la ponderación de hechos en hipótesis no resueltas. El TC se ha conformado con soluciones particulares en las que se limita a afirmar que tal o cual situación permite apreciar una conducta que impide la subsanación o que hace irrelevante, desde el punto de vista constitucional, el que no se haya otorgado el amparo, sin siquiera enunciar parámetros generales acerca del comportamiento esperable de las partes. En esta línea, ha consagrado algunos criterios que reitera, como el de la insubsanabilidad de los errores en la identificación del número del recurso cuando en ellos no se incluyan antecedentes suficientes que lo permitan vincular con las actuaciones respectivas⁸⁷¹ o la más amplia irrelevancia constitucional de aquellos casos en los que la misma parte colabore con su impericia o negligencia a menoscabar su posición procesal al no utilizar las oportunidades que le entrega el procedimiento para corregir el defecto⁸⁷², pero sin mayores precisiones y con un grado de flexibilidad que ha terminado por servir como un verdadero factor discrecional para adecuar la doctrina constitucional al caso concreto⁸⁷³.

A pesar de la insuficiente elaboración de una regla, la jurisprudencia sobre este asunto hace dos aportes destacables aparte de su creación: (1) la valoración de la conducta se hace a partir de la ya vista regla de subsanabilidad de los defectos, lo que lleva a que se busquen conductas que permitan imputar negligencia o contumacia a la parte como una forma de excluir la aplicación de esta regla⁸⁷⁴; (2) se considera relevante tanto la conducta coetánea al defecto como la posterior⁸⁷⁵.

⁸⁷¹ Un resumen de esta doctrina puede encontrarse en la STC 25/2009 (Sala Primera), de 26 de enero, ponente Casas Baamonde, FJ 3º.

⁸⁷² SSTC 14/2008 (Sala Segunda), de 31 de enero, ponente Sala Sánchez, FJ 3º; 135/2008 (Sala Primera), de 27 de octubre, ponente Casas Baamonde, FJ 4º.

⁸⁷³ Una valoración similar en ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 288.

⁸⁷⁴ Así se nota, por ejemplo, en las SSTC 12/2003 (Sala Segunda), de 28 de enero, ponente Gay Montalvo, FJ 8º; y 2872005 (Sala Segunda), de 7 de noviembre, ponente Sala Sánchez, FJ 3º.

⁸⁷⁵ Sobre el punto, valen las referencias de la cita número 872.

e.3.2. Interpretación jurisprudencial de la exigencia de comportamiento del artículo 231 LEC, antes de la Ley 13/2009.

El análisis de cómo los tribunales han aplicado la exigencia de comportamiento que se contenía en el artículo 231, y que se mantiene en el artículo 243.3 LOPJ, para la obtención de la posibilidad de subsanación deja una sola conclusión: no hay un consenso siquiera mínimo a la hora de ponderar la conducta de la parte como factor de determinación de la posibilidad de corrección. Aunque es cierto que se trata de un factor que se podría admitir como flexible⁸⁷⁶ y, por eso, poco susceptible de generalizaciones, la dispersión es tanta y en tantos aspectos que, en definitiva, son pocas las conclusiones que, como herencia, puede dejar la anterior redacción de esta disposición. Sin duda que en ello ha colaborado la poca afortunada redacción anterior del artículo 231 LEC, que había, en buena parte, transformado en algo meramente formal la exigencia que se contenía en esa disposición⁸⁷⁷.

Si se quisiera determinar el alcance de la exigencia de comportamiento para la subsanabilidad de un defecto, se debiesen, al menos, responder las siguientes cuestiones: (1) ¿Se valora la mera expresión de voluntad de subsanar?; (2) ¿Qué conducta es la que es objeto de análisis al momento de determinar la subsanación?; (3) ¿Basta solo con no demostrar renuencia al cumplimiento o es necesario manifestar la voluntad de cumplir con hechos positivos? y (4) ¿Qué nivel de diligencia es exigible a las partes? Ninguna de estas preguntas tiene respuestas definitivas por parte de la jurisprudencia. Por el contrario, respecto de cada una de ellas se pueden encontrar soluciones para todos los gustos que parecen provenir de un criterio casuístico que busca justificar, a través de pretendidas reglas generales, preconcepciones acerca de si algo es subsanable o no.

(1) En el tema de la utilidad de la mera expresión de una voluntad subsanadora en apariencia la jurisprudencia tiene un criterio relativamente asentado: la expresión de voluntad no es lo mismo que la manifestación de ella, por lo que cualquier declaración que se haga diciendo que existe una voluntad de corregir los defectos existentes en el acto que se realice es irrelevante al momento de valorar su contenido. El TS ha resumido este

⁸⁷⁶ ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 302.

⁸⁷⁷ También en este sentido, SOLER PASCUAL, L. A., "Contenido y efectos del artículo 231 LEC. Presupuestos de la subsanación de los defectos procesales" en *Práctica de Tribunales*, nº 64, 2009, p. 9.

criterio sosteniendo, respecto del anterior artículo 231 LEC que “el término ‘manifestar’, evidentemente anfibológico, se utiliza en el texto legal en su acepción de ‘poner a la vista o descubrir’, y no en la de ‘dar a conocer o declarar’, de manera que subsanable es lo que se actuó deficientemente, aunque siempre en momento procesal oportuno, patentizando una ‘voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley’ ”⁸⁷⁸.

La idea de la inutilidad de la manifestación parece manejarse con cierta uniformidad cuando se trata de determinar el alcance que debe darse a la exigencia en relación con las cuestiones relativas a abonos, consignaciones, depósitos o avales del artículo 449.6 LEC, en especial cuando había alguna manifestación genérica o específica de voluntad en la preparación del recurso (cuando existía) que se argüía para buscar salvar un incumplimiento en este aspecto diverso a la sola no acreditación del mismo⁸⁷⁹, lo que se puede entender como una manera de encajar la jurisprudencia del TC sobre este tema con la nueva regulación. Aquella coherencia, sin embargo, no llega muy lejos, pues no son extraños los fallos en otros temas que declaran la insubsanabilidad del mismo defecto fundado en que no se ha hecho declaración alguna relativa a la subsanación en el escrito⁸⁸⁰.

El asunto se vuelve todavía menos claro en cuanto son otros los casos en los que surge la cuestión relativa a la necesidad de expresión, pues en ellos son menos frecuentes razonamientos relativos al alcance de la exigencia de manifestación y no son pocos los fallos que valoran la expresión de la intención de subsanar en omisiones relativas a

⁸⁷⁸ ATS (Sala de lo Civil), de 29 de enero de 2002, ponente Sierra Gil de la Cuesta, FJ 1º. El mismo razonamiento se repite en numerosos otros fallos del TS y de tribunales inferiores.

⁸⁷⁹ Por ejemplo, las SSAP Madrid 632/2004 (Sección 11ª), de 15 de octubre, ponente Delgado Rodríguez, FJ 3º; y Asturias 406/2004(Sección 5ª), de 22 de noviembre, ponente Álvarez Seijó, FJ 1º.

⁸⁸⁰ Quizá el caso más llamativo es el del AAP Sevilla (Sección Segunda) Recurso de Queja 4245/2002, de 25 de noviembre, ponente Álvarez García que, en contra de la abrumadora mayoría de la jurisprudencia, llega a una conclusión que invita a ilusionarse cuando sostiene que “cabe subsanar tardíamente no solo la acreditación sino también el propio cumplimiento del requisito de abonar o consignar las rentas vencidas en procesos que lleven aparejado el lanzamiento, siempre que en el escrito de preparación del recurso de apelación se haya manifestado expresamente la voluntad de cumplir aquel requisito de admisibilidad del recurso” (FJ 1º), pero luego concluye que “la parte demandada y apelante, al presentar el 8 de abril de 2002 el escrito de preparación del recurso, no manifestó ni acreditó tener satisfechas las rentas arrendaticias vencidas, ni tampoco expresó su voluntad de abonarlas o consignarlas, razón por la cual, aunque ulteriormente lo efectuara mediante transferencias bancarias el día 24 del mismo mes, el recurso de queja no puede ser estimado y la resolución que denegó tener por preparada la apelación ha de ser confirmada” (FJ 2º). También hace la consideración del silencio en este aspecto la SAP Málaga 877/2003 (Sección 5ª), de 20 de octubre, Fernández Ballesta, FJ 3º.

cauciones en solicitudes de medidas cautelares⁸⁸¹ o faltas relativas al incumplimiento de la obligación de entrega de copias⁸⁸².

(2) Si se tomaba como punto de partida el solo texto legal, la pregunta acerca de qué conducta de la parte era la que se debía examinar para determinar si se ha cumplido con la exigencia podía considerarse superflua, pues la redacción del artículo 231 LEC parecía indicar que la conducta por analizar es la del acto defectuoso como tal. Esta conclusión podía cambiar si se consideraba la doctrina constitucional que origina la disposición y que busca, en general, excluir de la subsanación a quien ha actuado negligente o maliciosamente, lo que no solo se ha de apreciar en el momento del acto sino también con posterioridad a él.

Nuevamente, en este punto los criterios son disímiles. En general, se identifican conductas posteriores negativas como circunstancias que revierten la regla procorrección: así, el guardar silencio frente a una queja de la contraria⁸⁸³, no tener una actitud activa frente al defecto que se conoce⁸⁸⁴, el negar la existencia del requisito legal⁸⁸⁵ o el no corregir el defecto en la oportunidad dada por el tribunal⁸⁸⁶ hacen que un acto subsanable se vuelva insubsanable por la reprochable conducta posterior. Por contrapartida, las conductas que buscan remediar un defecto causado no siempre se consideran útiles para remediar una conducta que se valora como inadecuada desde el punto de vista de la disminución del reproche. Aquí conviven dos tendencias: la que considera que la única oportunidad para manifestar la voluntad de cumplimiento es el acto propiamente tal⁸⁸⁷ y la que valora el conjunto de las actuaciones de la parte para determinar si ha habido intención de cumplir, en especial cuando, advirtiendo del defecto, se solicita su corrección⁸⁸⁸.

(3) Lo referente a si era necesario demostrar con un comportamiento positivo una voluntad de cumplimiento de los requisitos impuestos por la norma o si, por el contrario, bastaba

⁸⁸¹ AAP La Rioja 107/2005 (Sección 1ª), de 27 de septiembre, ponente Fraile Muñoz, FJ 5º.

⁸⁸² AAP Valencia 83/2002 (Sección 10ª), de 6 de mayo, ponente Esparza Olcina, FJ 1º.

⁸⁸³ AAP Burgos 30/2004 (Sección 2ª), de 28 de enero, ponente Picón Palacio, FJ 4º.

⁸⁸⁴ AAP Viscaya 276/2004 (Sección 5ª), de 3 de junio, ponente García Larragán, FJ 2º.

⁸⁸⁵ AAP Burgos 470/2003 (Sección 2ª), de 5 de noviembre, ponente Picón Palacio, FJ 5º.

⁸⁸⁶ AAP Sevilla 113/2007 (Sección 5ª), de 24 de mayo, ponente Herrera Tagua, FJ 2º.

⁸⁸⁷ AAP Guadalajara 45/2003 (Sección 1ª), de 5 de noviembre, ponente Espejel Jorquera, FJ 1º.

⁸⁸⁸ AAP Cáceres 135/2003 (Sección 1ª), de 24 de noviembre, ponente González Floriano, FJ 2º.

con que no se constaten actitudes opuestas al cumplimiento es un tema especialmente importante debido a que ello trasunta la concepción que se tiene de la regla de comportamiento. La primera de las opciones muestra una comprensión de la exigencia propiamente como un requisito para la procedencia de la institución, mientras que la segunda implica una visión ya no como un requisito sino como una causal de exclusión de la aplicación de la regla de la subsanación. Se volverá sobre este punto más adelante.

Las decisiones jurisprudenciales sobre este tema no ofrecen una tendencia clara ni mayores reflexiones sobre él más allá de asumir una u otra postura en situaciones particulares. En algunos casos se exige demostrar una conducta tendente a corregir los defectos en que se ha incurrido. Se busca en el mismo acto defectuoso -y, en algunos casos, también en las actuaciones posteriores de la parte- indicios que demuestren la existencia de la voluntad de observar el requisito legal que se ha omitido⁸⁸⁹. En muchos otros casos, en cambio, el tribunal se conforma con apreciar que no existen actitudes de la parte que demuestren reticencia al cumplimiento o un nivel de negligencia inexcusable⁸⁹⁰. En un punto intermedio se pueden encontrar resoluciones que aprecian la existencia de voluntad subsanatoria por la sola constatación de una voluntad genérica de realizar el acto al que accede el defecto, como la de demandar o recurrir⁸⁹¹.

(4) El nivel de diligencia que se le puede exigir a las partes es un tema de muy difícil generalización y en el que es esperable encontrar considerables contrastes, por lo que -fuera de la evidente exclusión de cualquier acto realizado maliciosamente, que no necesita mayores justificaciones, pero que es de escasa ocurrencia o, al menos, apreciación⁸⁹²- es esperable que en algunos casos se encuentren estándares de comportamiento sumamente rigurosos⁸⁹³ y en otros criterios probablemente demasiado laxos⁸⁹⁴. Nuevamente, se

⁸⁸⁹ Así es por ejemplo, en los ya citados ATS (Sala de lo Civil), de 29 de enero de 2002, ponente Sierra Gil de la Cuesta, FJ 1º; AAP Sevilla (Sección Segunda), de 25 de noviembre, ponente Álvarez García, FJ 2º; y SAP Málaga 877/2003 (Sección 5ª), de 20 de octubre, ponente Fernández Ballesta, FJ 3º.

⁸⁹⁰ Entre otras, SSAP Madrid 184/2006 (Sección 12ª), de 16 de marzo, ponente Alía Ramos, FJ 2º; y los AAAP Las Palmas 90/2007 (Sección 5ª), de 24 de Mayo, ponente García de Yzaguirre, FJ 1º; y Burgos 234/2007 (Sección 2ª), de 8 de junio, ponente Carreras Maraña, FJ 1º.

⁸⁹¹ AAAP Granada 128/2004 (Sección 4ª), de 28 de junio, ponente Maldonado Martínez FJ 2º; y Las Palmas 59/2006 (Sección 5ª), de 29 de marzo, ponente García de Yzaguirre, FJ 1º.

⁸⁹² Un ejemplo de ella es la STC 65/1993 (Sala Primera), de 1º de marzo, ponente Gimeno Sendra, FJ 1º.

⁸⁹³ Por ejemplo, el AAP Jaén 30/2007 (Sección Tercera), de 8 de mayo, ponente Cáliz Covaleda, que considera insubsanable la falta de firma del abogado y procurador (FJ 3º).

extrañan, incluso a nivel del TC, reflexiones que vayan más allá del casuismo y del lugar común de que no se debe permitir la subsanación en aquellos casos en los que ha habido malicia o negligencia.

e.3.3. Una propuesta de interpretación.

e.3.3.1. Justificación de la permanencia de la limitación después de la Ley 13/2009.

Apegarse a la literalidad del anterior artículo 231 LEC necesariamente suponía entender que en esa disposición se configuraba una exigencia positiva de conducta como requisito para que opere la regla de la subsanabilidad: quien pretendiera beneficiarse de la técnica subsanadora tenía la carga de demostrar su original voluntad de cumplir con los requisitos legales y que, en consecuencia, no buscaba retardar el proceso ni obtener ventajas indebidas con un incumplimiento intencionado⁸⁹⁵, lo que se traducía en que, frente a situaciones en que no existan indicios ni favorables ni desfavorables de la intención de la parte, se debía concluir que el defecto es insubsanable por ausencia de la requerida voluntad cumplidora.

Si se parte de la premisa que el legislador había pretendido plasmar los llamados “criterios subjetivos de incidencia variable” que han sido utilizados por el TC⁸⁹⁶, la redacción dada era claramente insuficiente, pues no comprendía lo mismo que estos que, si bien también entran a valorar las conductas de las partes, lo hacen para determinar si en ella ha habido una conducta maliciosa o negligente. La diferencia es importante pues el acento no está puesto en la manifestación de voluntad, sino en lo que ella puede revelar de la

⁸⁹⁴ Por ejemplo, el ya mencionado AAP Las Palmas 59/2006 (Sección 5ª), de 29 de marzo, ponente García de Yzaguirre, que, basado en la existencia de la voluntad impugnatoria admite como subsanable la interposición de un recurso de reposición improcedente, para que se tenga como de apelación (FJ 1º).

⁸⁹⁵ Que es la postura que parece tener OLIVA SANTOS en DE LA OLIVA SANTOS, A., "Artículo 231. Subsanación" en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J. y BANACLOCHE PALAO, J. , *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, 2001, Madrid, p. 433, cuando afirma que “solo se considera subsanable un defecto o vicio en tanto en cuanto el acto, aunque defectuoso, revele voluntad de cumplimiento del requisito y no ignorancia de su imperatividad, negativa o resistencia a cumplirlo o falta de la debida diligencia. De este modo se elimina la ‘prima’ al litigante descuidado y la fuente de dilaciones que supondrían negligencias frecuentes”.

⁸⁹⁶ ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 297.

intencionalidad de la parte y porque, más importante aun, el resultado inicial, reversible por lo que se aprecie, es el de la subsanabilidad y no el de la insubsanabilidad como en el caso anterior.

Frente a esta diferencia, se imponía la necesidad de propender a una interpretación finalista de la regla estudiada⁸⁹⁷, que estuviera más cercana a la doctrina constitucional sobre los aspectos subjetivos que inciden en la posibilidad de corrección de los defectos que a la literalidad de la norma, entendiéndose que la misma, en el fondo, proscibía la corrección de aquellos defectos que tienen su origen o que no han sido adecuadamente remediados por malicia, contumacia o negligencia, pues esta forma de entenderla es la única que permite que la regla de la subsanación tenga el lugar dentro del sistema de la invalidez que el TC y el mismo legislador procesal se han preocupado de darle, sin que se estreche de una forma tan imprecisa e innecesaria, por un criterio que, mal aplicado, borra de una plumada todo lo construido acerca del antiformalismo y de la relevancia constitucional de determinadas situaciones procesales⁸⁹⁸.

La eliminación de la referencia a la voluntad de cumplimiento no debe llevar a la conclusión de que ya no es exigible un determinado canon de conducta para que una parte pueda verse beneficiada con la subsanación. Solo se ha eliminado una imperfecta forma de expresión de este principio que tiene raigambre constitucional y existencia anterior que no dependía de una disposición legal expresa⁸⁹⁹. Y es que no podría ser de otra forma: por enarbolar la bandera del antiformalismo no se puede dar cobertura a situaciones en las que hay malicia o niveles extremos de negligencia.

Lo que sí conlleva la más reciente modificación legal es superar una concepción psicológica del requisito⁹⁰⁰ que, en alguna interpretación más literal, requiriera la siempre compleja e insegura indagación de la voluntad de cumplimiento para obtener la corrección del defecto, que, en el nuevo escenario, es perfectamente prescindible. La eliminación de la referencia a

⁸⁹⁷ TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Artículo 231. Subsanación*, p. 857, proponía a una interpretación “amplia y generosa” de esta disposición.

⁸⁹⁸ En la misma línea, GARNICA MARTÍN, J. F., *Artículo 231: Subsanación*, p. 932.

⁸⁹⁹ SOLER PASCUAL, L. A., *Contenido y efectos del artículo 231 LEC. Presupuestos de la subsanación de los defectos procesales*, p. 8.

⁹⁰⁰ Criticada por RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2005)*, p. 286.

la manifestación de voluntad como requisito debería tener como consecuencia devolver el debate a la conducta de la parte, a las exteriorizaciones plasmadas o con influencia en el proceso, prescindiendo de la indagación de de la voluntad que ello conlleva, excepto en aquellos casos en los que se esté en el ámbito de la mala fe o el fraude procesal.

e.3.3.2. Irrelevancia de las manifestaciones genéricas de voluntad subsanatoria.

A partir de la entrada en vigencia del LEC 2000, ha surgido un extendido uso forense de emplear una frase sacramental del siguiente tenor: “PRIMER OTROSI, digo: Que en este escrito se han intentado cumplir los requisitos exigidos por la Ley y en caso de haber cometido algún defecto involuntario, solicitamos se acuerde de conformidad con el artículo 231 de la LEC, su subsanación en la forma y en el plazo que la Ley determine a tal fin”⁹⁰¹. A través de ella, se pretende salvar la condición que establece la norma que se cita.

No merece mayores dudas la conclusión de que fórmulas sacramentales como la transcrita no pueden tener utilidad alguna al determinar si ha habido una disposición y un comportamiento compatibles con la subsanación. Aunque desde un punto de vista estrictamente literal ello puede constituir una expresión de voluntad de cumplimiento, un sector de la doctrina y, como se veía, de la jurisprudencia, siguiendo a DE LA OLIVA SANTOS, ha descartado darle valor a cualquier expresión de esta especie introduciendo la distinción entre una mera declaración, como la de este caso, de una manifestación de voluntad que requiere comportamientos reveladores de la voluntad de cumplimiento, lo que lleva a entender que el objeto que se debe analizar para determinar la observancia a la norma son las actuaciones de las partes y no sus declaraciones que, en sí, no revelan la verdadera disposición de cumplimiento⁹⁰².

⁹⁰¹ Así describe esta práctica CHAMORRO BERNAL, F., "La subsanación de los defectos procesales: diez preguntas básicas contestadas con la Doctrina del Tribunal Constitucional" en *Economist & Jurist*, v. 14, 2005, p. 43.

⁹⁰² En DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 342. En el mismo sentido, TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Artículo 231. Subsanción*, p. 856; ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 298.

Aunque se debe compartir la conclusión respecto de la irrelevancia de cualquier expresión inespecífica de voluntad de cumplimiento, no que hay descartar de plano que la mera expresión de intenciones pueda ser algo valorado al momento de apreciar el grado de reproche. Una simple declaración de voluntad de corrección de un defecto determinado o una atendible explicación del motivo del incumplimiento puede constituir un medio idóneo para demostrar que las conductas son menos negligentes de lo que parecerían, de no darse explicación alguna⁹⁰³.

Sí se debe excluir cualquier interpretación legal que lleve a dar algún valor siquiera parcial a fórmulas inespecíficas de subsanación, pues, por un lado, no son idóneas para demostrar disposición alguna y, por otro, condenan a una intelección ritualista y vacía del requisito, que haría fácilmente eludible cualquier intento de darle algún sentido sensato a la norma⁹⁰⁴. Como advierte el ATSJ Comunidad Valenciana 13/2003, de 11 de febrero⁹⁰⁵, la parte podría incumplir todos los requisitos y quedar al cubierto con una mera frase carente de contenido.

e.3.3.3. El juicio de comportamiento como análisis global de las actuaciones de la parte respecto del defecto.

La apreciación de la existencia de negligencia o contumacia no debe ser -ni para bien ni para mal- un asunto que se determine con el solo examen de la actuación defectuosa, sino un juicio global que permita sopesar el nivel de excusabilidad que, en definitiva, tiene el defecto para determinar si se configura una situación jurídicamente amparable y que implique una ponderación de los diversos comportamientos de la parte.

El momento más obvio de este juicio es el del acto propiamente tal, en el que se deberá escrutar la imputabilidad del defecto, es decir, cuán disculpable es este desde el punto de

⁹⁰³ Un criterio en esa línea aplica la ya citada STC 2872005 (Sala Segunda), de 7 de noviembre, ponente Sala Sánchez, FJ 3º.

⁹⁰⁴ MÁLAGA DIÉGUEZ, F., "Las actuaciones judiciales" en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, I, Economist&Jurist, 2000, Barcelona, p. 555.

⁹⁰⁵ Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección Única, ponente Montero Aroca, FJ 4º.

vista de aspectos como la claridad del precepto, las posibilidades materiales de cumplimiento, el conocimiento jurídico o la experticia. Así, por ejemplo, no será el mismo reproche el que pueda hacerse a un particular que a una compañía aseguradora cuando se trata del depósito incompleto de la indemnización condenada por un accidente de circulación como presupuesto para recurrir⁹⁰⁶ o del que es asistido por un Letrado del que no⁹⁰⁷. Su inclusión no merece mayores dudas: si se introduce un canon de comportamiento, sería absurdo excluir al acto defectuoso e incluir al resto.

Las conclusiones de un examen de esta especie no deben ser, en general, definitivas, pues el juicio tendrá un segundo componente que es el de la actitud posterior de la parte, en la que se ponderarán factores como la persistencia en el error, el silencio, la pasividad, etc., como cuando, a pesar de la denuncia de la contraria, no se intenta corregir el defecto⁹⁰⁸ o no se aprovechan las oportunidades de subsanación otorgadas⁹⁰⁹. Ya se advertía que la admisión de este elemento de juicio no tiene una recepción unánime a nivel jurisprudencial, aunque si se excluye lo referente a la subsanabilidad de los casos del artículo 449 LEC, se advierte que, en general, resulta admisible.

Aunque será menos frecuente, algunas veces también serán ilustrativas las actuaciones anteriores de la parte en cuanto ellas entreguen antecedentes acerca de cómo se origina el defecto o las circunstancias que lo justifican o lo agravan, como el hecho de que se advierta previa y expresamente de la existencia de la obligación⁹¹⁰ o que el mismo tribunal colabore en el error al dar información equivocada acerca de los recursos procedentes⁹¹¹.

En definitiva, es un juicio de la totalidad de las actuaciones de la parte en el que las luces y sombras deben ser ponderadas para determinar si ha habido un reproche suficiente como para derrotar la regla de la subsanabilidad⁹¹².

⁹⁰⁶ SAP Toledo 160/2007 (Sección 2ª), de 18 de abril, ponente Cancero Loma, FJ 2º.

⁹⁰⁷ STC 70/1984 (Sala Segunda), de 11 de junio, ponente Díez-Picazo y Ponce de León, FJ 3º.

⁹⁰⁸ SAP Vizcaya 276/2004 (sección 5ª), de 3 de junio, ponente García Larragán, FJ 2º.

⁹⁰⁹ AAP Sevilla 113/2007 (Sección 5ª), de 24 de mayo, ponente Herrera Tagua, FJ 2º.

⁹¹⁰ AAP Jaén 30/2007 (Sección 3ª), de 8 de mayo, ponente Cáliz Covaleta, FJ 3º.

⁹¹¹ STC 279/2004 (Sala Segunda), de 5 de mayo, ponente Gay Montalvo, FJ 2º.

⁹¹² ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 299, afirma que el análisis debe incluir la conducta de la parte antecedente coetánea y posterior al acto en que se apareció el defecto subsanable.

e.3.3.4. Estándar de comportamiento exigible a las partes.

Prácticamente toda situación en que se hace necesaria la subsanación supone negligencia, pues la irregularidad procesal, como separación del modelo normativo, se genera por un cumplimiento defectuoso que, fuera de casos realmente excepcionales, es producto de una errónea comprensión de los requisitos de cada acto o de un descuido en su ejecución y no de la imposibilidad. Desde esta perspectiva, la subsanación es una técnica procesal que no está pensada para solventar situaciones en las que por hechos ajenos a la voluntad de la parte no ha sido posible cumplir exactamente con el esquema que impone el ordenamiento jurídico, sino para aquellas en las que, existiendo algún nivel de negligencia⁹¹³, desde el antiformalismo, se valora más la pretensión subyacente que la perfección de su materialización⁹¹⁴.

A partir de esta premisa, es perfectamente apreciable que para determinar el estándar de comportamiento el tema es algo más complejo que determinar si en una precisa situación ha habido negligencia, porque, si así fuera, la institución carecería de importancia. La cuestión radica en determinar cuál es punto en el que la regla de la subsanabilidad cede frente al reproche a la parte. Ya se ha advertido que este tema no admite reglas absolutas, pero sí, al menos, aproximaciones que permitan dar alguna claridad a estándares aún demasiado difusos⁹¹⁵.

La exclusión de toda actuación de las partes en la que se pueda apreciar mala fe, fraude procesal o abuso de derecho parece evidente, en especial en atención al contenido de los artículos 11.1 y .2 LOPJ y 247 LEC, por lo que en cualquier caso en que se aprecie que la

⁹¹³ Sostiene lo mismo CHAMORRO BERNAL, F., *El artículo 24 de la Constitución*, p. 719.

⁹¹⁴ El factor para determinar la negligencia en el derecho civil, en términos muy generales, es la previsibilidad del daño ocasionado (DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 360). En el ámbito que se estudia debe considerarse algo similar: como la factibilidad de conocer y evitar la imperfección invalidante en la que se está incurriendo.

⁹¹⁵ Cfr. BONET NAVARRO, Á., *Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil*, p. 377, quien desconfía de cualquier generalización y propugna como una técnica para determinar la subsanabilidad que no sea la tópica.

intención de la parte ha sido obtener una ventaja indebida o dilatar el proceso debe descartarse la posibilidad de subsanación. Esto no puede llevar, sin embargo, a ver en el límite que se estudia solo una expresión específica que se agote en este criterio⁹¹⁶, pues esta no ha sido la intención del legislador ni la inspiración de las doctrinas elaboradas en este orden por el TC.

En el aspecto de la negligencia el tema es más complejo, pues admite más matices. Parece, primeramente, necesario distinguir entre el examen del nivel de diligencia en el cumplimiento del requisito y del posterior referido al remedio del defecto. En general, se debe entender que hay una demanda de mayor cuidado y de actitud activa en el segundo momento que en el primero. No es lo mismo ser negligente que volver a serlo sabiendo de la primera negligencia. A quien ya ha errado, sea por desconocimiento o impericia, se le puede exigir que haga lo que esté en su poder para remediarlo, aprovechando todas las oportunidades que se le dan para eso⁹¹⁷. En concordancia con esto, lo lógico es considerar como conductas que excluyen a la subsanación en la ejecución del acto aquel desconocimiento o impericia inexcusable en el que el reproche sea de especial intensidad, sea por el grado de separación con el modelo, como por lo grueso del error, mientras que respecto a la posterioridad sería exigible un grado de diligencia normal más cercano a la que en derecho civil se identifica como la ordinaria de un hombre medio⁹¹⁸.

Los estándares propuestos se pueden ver atenuados por la necesaria proporcionalidad que debe existir entre la negligencia y su consecuencia. Dentro de los elementos que incorpora el TC como parte del análisis de proporcionalidad en aquellos casos en aquellas vertientes protegidas por el principio *pro actione*, está el de la diligencia de la parte. En esos casos, pondera si el nivel de negligencia se condice con la gravedad de la consecuencia que supone

⁹¹⁶ Que es lo que parece entender VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, p. 386.

⁹¹⁷ Un razonamiento en este orden es posible encontrar en la las SAP Madrid 632/2004 (Sección 11ª), de 15 de octubre, ponente Delgado Rodríguez, FJ 3º, que exige una actitud activa del recurrente en la mantención de las rentas de arrendamiento al día cuando el giro postal efectuado es rechazado.

⁹¹⁸ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, p. 361. Sin perjuicio del establecimiento de este parámetro se debe ser sumamente cuidadoso en juzgar aquellos casos en los que se reprocha la conducta de la parte por el solo hecho de no instar por la subsanación luego de cometido el defecto, sin que haya requerimientos en ese sentido o denuncias de la contraria, pues en este caso la situación se produce no solo por esta pasividad sino por el incumplimiento del tribunal de su deber de instar por la subsanación de los actos.

considerar insubsanable el defecto⁹¹⁹. Aunque el TC ha limitado este juicio al ámbito del proceso más protegido por la tutela judicial efectiva, en atención a que considera que solo en él tiene relevancia constitucional, no debiese haber inconvenientes en plasmarlo en otras situaciones del proceso, toda vez que, en definitiva, es parte del juicio de reproche que se puede realizar en cada caso.

E. Otros límites a la subsanabilidad propuestos por la doctrina y la jurisprudencia

a. La insubsanabilidad de las omisiones

a.1. Planteamiento.

Aunque no parece tratarse de un criterio mayoritario, la afirmación de que la técnica de la subsanación solo es procedente para cumplimientos imperfectos pero no para actos no realizados no es extraña en algunos sectores de la jurisprudencia y de la doctrina.

La principal defensora de esta postura en la jurisprudencia ha sido la Sala de lo Civil del TS, seguida por algunos tribunales inferiores, que ha considerado reiteradamente, aunque sin fundamentar, que la subsanabilidad de los actos de parte contemplada en el artículo 231 LEC solo es aplicable para los actos realizados defectuosamente, pero no para las

⁹¹⁹ Entre otros, así razonan el ATC 60/2007 (Sala Segunda), de 26 de febrero, FJ 6º; y la STC 135/2008 (Sala Primera), de 27 de octubre, ponente Casas Baamonde, FJ 4º.

omisiones⁹²⁰. Este criterio se utiliza principalmente para no permitir la subsanación de traslados de copias cuando intervienen procuradores, hay errores en la interposición del recurso o faltas de consignación⁹²¹.

Doctrinalmente, DE LA OLIVA SANTOS postula algo similar, aunque con alguna reserva. Partiendo de su insatisfacción por una regla que generalice la subsanabilidad, propone como término medio razonable la insubsanabilidad de la omisión de requisitos ligados a la función y sentido de los actos y la subsanabilidad del defectuoso cumplimiento, en las que se comprenderían ciertas omisiones materiales⁹²².

a.2. Inexistencia actual del límite e inconveniencia de su implantación.

A pesar de lo recién expuesto, el examen del régimen legal vigente, de la jurisprudencia y de la generalidad de la doctrina lleva a la conclusión que no existe este pretendido límite.

Desde el punto de vista de la regulación positiva de la subsanación, se podría llegar a la conclusión de que se excluye la posibilidad de corregir, si, tal como lo hace el TS, se analiza de forma aislada el artículo 231 LEC, que habla de la obligación del tribunal de cuidar que se subsanen los defectos en que incurran los actos de las partes. Al estar en frente de un defecto de acto y no de un acto defectuoso⁹²³, se daría una hipótesis no cubierta por la norma que la haría inaplicable. Esta conclusión, sin embargo, no es correcta en cuanto olvida que el artículo 231 es solo uno de los tantos en los que se plasma un principio más amplio, como es el de la subsanación⁹²⁴ y que no tiene por objeto, menos en su nueva redacción, restringir su ámbito de aplicación, sino el establecer el deber del tribunal y del secretario de velar por ella.

⁹²⁰ Entre muchas otras, se puede ver este criterio en los AATS (Sección 1ª), de 28 de octubre de 2003, ponente Sierra Gil de la Cuesta, FJ 1º; de 17 de febrero de 2004, ponente González Poveda, FJ 2º; y de 17 de julio de 2007, ponente García Varela, FJ 1º.

⁹²¹ Véase *supra* p. 265.

⁹²² En DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 342. También plantea la insubsanabilidad de las omisiones TORRES LÓPEZ, A., *De la nulidad de las actuaciones judiciales*, p. 1149.

⁹²³ OLIVA SANTOS, A. de la en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 340.

⁹²⁴ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2005)*, p. 285.

En el ámbito jurisprudencial, fuera de la postura de la Sala de lo Civil del TS, y algún fallo de tribunales inferiores, no existe realmente un asentamiento de un criterio que tienda a reconocer en las omisiones un ámbito privado de esta técnica correctora. Aunque el TC afirma la insubsanabilidad de los actos extemporáneos, al menos en principio, no ha llegado a señalar la existencia de una regla en este sentido, sino, ponderando otros factores, ha concluido que algunas omisiones no son susceptibles de corrección y otras que sí. Por el contrario, expresamente ha señalado lo opuesto, al referirse al alcance del artículo 11.3 LOPJ la STC 3/1987, de 21 de enero⁹²⁵, afirma que “el citado precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial debe entenderse aplicable no solo 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” (FJ 3º)⁹²⁶.

La expresión más clara de esta postura es la ya asentada doctrina de subsanabilidad de la falta de reclamación administrativa o de conciliación previa como presupuesto de la presentación de demanda en materia de Procedimiento Laboral, incluso cuando no se trate de una mera falta de acreditación, sino de un incumplimiento absoluto, siempre que no haya una voluntad opuesta al cumplimiento del requisito⁹²⁷. El mismo criterio, de perfecta subsanabilidad de las omisiones, inspira a la disposición adicional 15.7 LOPJ introducida por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, que, como ya se ha visto, permite la subsanación de las omisiones en el nuevo depósito obligatorio establecido para los recursos.

El diagnóstico expuesto parece ser compartido por un sector importante de la doctrina. Así lo hace BONET NAVARRO⁹²⁸. Otros autores, si bien no mencionan expresamente el tema, excluyen cualquier consideración a las omisiones cuando hablan de los límites a la subsanabilidad⁹²⁹.

⁹²⁵ Sala Primera, ponente Díaz Eimil.

⁹²⁶ Se ha agregado la cursiva.

⁹²⁷ En este sentido, por todas, las SSTC 330/2006 (Sala Primera), de 20 de noviembre, ponente Aragón Reyes, FJ 2º; y 127/2008 (Sala Primera), de 27 de octubre, ponente Rodríguez Zapata-Pérez, FJ 3º; 172/2007 (Sala Primera), de 23 de julio, ponente Pérez Tremps, FJ 2º.

⁹²⁸ BONET NAVARRO, Á., *Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil*, p. 371.

⁹²⁹ Por todos, GARNICA MARTÍN, J. F., *Artículo 231: Subsanación*, p. 932; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., *De la nulidad de las actuaciones judiciales*, p. 1511; RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2005)*, p. 285;

Aparte de no existir una limitación de esta especie, no parece conveniente implantarla, debido a que es una limitación innecesaria a la subsanación que no tiene justificación práctica. Todos los casos en los que parece más adecuado y coherente no permitir la corrección de una omisión quedan cubiertos por otros límites ya estudiados, lo que redundaría en que su implantación solo ayudaría a hacer más rígido el sistema. Además, como se verá en seguida, se trata de un límite demasiado impreciso y potencialmente muy limitativo de la regla de la subsanabilidad.

a.3. Delimitación entre la omisión y el acto defectuoso.

La delimitación entre acción y omisión es un asunto que ha ocupado de forma permanente y sin respuestas definitivas a otras ramas del Derecho, en especial, el Derecho penal, en donde la diferenciación entre estos conceptos es capital dentro de la teoría del delito y en el Derecho civil en el ámbito del derecho de daños. En el Derecho procesal, por el contrario, es un tema que no ha interesado a la doctrina porque no hay regulaciones en las que sea relevante distinguir entre acción y omisión. El que se postule la existencia de una causal de insubsanabilidad que excluya de la posibilidad de corrección a las omisiones genera la necesidad de plantearse el tema desde el punto de vista procesal para entender su verdadera entidad. En la aplicación de este pretendido límite se ha demostrado que se trata de una necesidad más práctica que académica por la ambigüedad con que se aplica la noción de omisión.

Podría parecer innecesario el siquiera plantearse el tema en atención a que las acepciones generales o las aproximaciones más básicas *a priori* parecen como suficientes. Así, la no realización de una conducta debida es omisión⁹³⁰, mientras que su realización es una acción.

ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 297; y CHAMORRO BERNAL, F., *El artículo 24 de la Constitución*, p. 694.

⁹³⁰ Así define omisión MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Reppertor, Barcelona, 7ª ed, 2008, p. 308. El mismo acercamiento, en el derecho civil, hace DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, p. 288. En ambos casos, se agrega a la mera inacción una necesaria referencia a un comportamiento debido para que se esté frente a una omisión jurídicamente relevante.

El problema de esta forma de entenderlo es que el límite es tan impreciso que puede llevar a que nada sea subsanable, dependiendo de la perspectiva de que se trate.

El artículo 449.3 LEC sirve para ilustrar la situación. Este exige, para que pueda recurrir el condenado en juicios indemnizatorios derivados de la circulación de vehículos motorizados, la acreditación de haber constituido depósito del importe de la condena más los intereses y recargos exigibles en el establecimiento destinado al efecto. La acreditación, entonces, es un requisito para la interposición del recurso. Si no se recurre, dejando transcurrir el plazo, no hay duda que es una omisión. Si, por el contrario, se recurre y se acredita la constitución del depósito, no hay omisión alguna, pero tampoco problema. Todo lo intermedio es más cuestionable. ¿Es omisión recurrir, pero no depositar suma alguna?, ¿o lo es el depositar, pero no acreditar el pago?, ¿o el depositar el capital, pero no los intereses? Todo depende de la perspectiva de que se lo mire. Si se analiza desde el recurso, todas las respuestas debiesen ser negativas, pero si se mira desde la carga de depositar, de acreditar o de pagar los intereses, todas estas situaciones son en alguna hipótesis una omisión.

Solo los extremos parecen ser seguros. En la ejecución perfecta completa y en la inacción total se pueden reconocer la acción y la omisión sin dificultades. El problema es todo lo intermedio. Para elaborar una noción admisible de lo que debiese entenderse por la omisión en este campo, se debe, como punto de partida, distinguir entre la actuación procesal que la parte pretende realizar de sus presupuestos o requisitos. En el ejemplo, la actuación procesal que la parte pretende realizar es recurrir y el requisito la acreditación del depósito del capital, intereses y recargos. Lo relevante es determinar si ha habido omisión debe ser si se ha realizado la actuación procesal, es decir, en este caso, el recurrir. Si esto se ha realizado, pero sin cumplir total o parcialmente con alguno de los requisitos, no deberá hablarse de omisión, sino de cumplimiento imperfecto del trámite. Esta conclusión es la más acorde con lo que en otras ramas del derecho se entiende por omisión o acción y la única que da virtualidad a la regla de la subsanabilidad, en el supuesto de que se aceptara este límite. De otra forma, debiese considerarse insubsanable hasta minucias como la falta de firma de abogado.

En la línea expuesta, una eventual regla de insubsanabilidad de las omisiones solo cubriría aquellos casos en los que no se ha realizado la actuación procesal que el ordenamiento procesal posibilita en la oportunidad debida (demandar, recurrir, aportar documentos, etc.), mientras que en aquellos casos en los que no se cumplen los presupuestos o las condiciones de admisibilidad de la misma (firmar, depositar, acreditar actuaciones, etc.) no caerían dentro de esta limitación.

b. Menoscabo a la regularidad del procedimiento

En su enunciación más usual, el análisis constitucional de la subsanabilidad de los actos incluye -junto a la conducta de la parte y de la afectación de los derechos de la contraria- la consideración del menoscabo a la regularidad o integridad del procedimiento, como el tercer de los elementos que pueden determinar la insubsanabilidad de un determinado defecto. Su inclusión es posible encontrarla desde los primeros años de funcionamiento del TC⁹³¹ hasta hace poco⁹³².

A pesar de su permanente presencia, no es posible precisar, dentro del uso que se le ha dado, un contenido propio de este criterio que permita identificar tras su denominación una limitación adicional a las que se han visto con anterioridad. Aunque constantemente citado, el TC pocas veces ha afirmado que una determinada situación es insubsanable por afectar la integridad o regularidad procedimental y cuando lo ha hecho, en general, ha sido utilizándolo en conjunto con el perjuicio a las garantías de la contraria⁹³³. En la Sala de lo Social del TS, esta referencia ha sido utilizada reiteradamente para justificar la insubsanabilidad de los referentes a la sentencia de contraste requerida en el recurso de

⁹³¹ Es posible encontrarla, por ejemplo, en la STC 162/1986 (Sala Primera), de 17 de diciembre, ponente Díez-Picazo Ponce de León, FJ 4º.

⁹³² STC 135/2008 (Sala Primera), de 27 de octubre, ponente Casas Baamonde, FJ 4º.

⁹³³ Así, por ejemplo, en las SSTC 64/1992 (Sala Primera), de 29 de abril, ponente Gimeno Sendra, FJ 3º; 221/1994 (Sala Segunda), de 18 de julio, ponente Díaz Eimil, FJ 3º; y 205/2001 (Sala Segunda), de 15 de octubre, ponente Conde Martín de Hijas, FJ 5º; 275/2005 (Sala Primera), de 7 de noviembre, ponente Aragón Reyes.

casación para la unificación de la doctrina, pero razonando siempre en la línea del perjuicio a la contraparte que se ocasionaría de admitir la corrección del defecto^{934 935}.

La constatación de esta forma de entender la integridad del proceso pone de manifiesto la inexistencia de un “orden público procesal” que se pueda disociar de las garantías procesales⁹³⁶. En un sistema de inspiración antiformalista y generoso desarrollo de las garantías constitucionales como el español, es difícil apreciar a la integridad de las reglas procedimentales como algo protegible en sí, dando valor propio a las formas procesales, cuando lo que se ha afirmado hasta el cansancio es exactamente lo contrario.

c. La gravedad del defecto.

La referencia a la gravedad o entidad del defecto puede referirse a tres aspectos: (a) al grado de separación entre el acto realizado y su modelo; (b) a las consecuencias del incumplimiento y (c) a la magnitud del reproche que en cada caso es posible de hacer al autor del acto. En este caso, cuando se utiliza esta noción es haciendo referencia al primero de los aspectos mencionados, por lo que un defecto es más grave en cuanto más diferencias tiene con su esquema legal. Las otras dos acepciones están recogidas en criterios ya vistos: las consecuencias del incumplimiento se subsumen en la afectación de los derechos de la contraria y la magnitud del reproche en la valoración de la conducta del interesado en subsanar.

Hace más de dos décadas, ZARZALEJOS NIETO hacía presente la existencia de dos tendencias dentro de la jurisprudencia: una tradicional, iniciada con la capital STC 95/1983,

⁹³⁴ Por ejemplo, la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 7 de octubre de 2008, ponente Virolés Piñol, ha dicho que se trata de "una omisión injustificada imputable a quien prepara el recurso en un trámite que, a diferencia de lo que ocurre con la casación ordinaria y la suplicación, exige la intervención de Letrado, y esa omisión afecta a la regularidad del procedimiento, al retrasar, también de forma injustificada, la firmeza de la sentencia de suplicación con el consiguiente perjuicio para la parte que ha obtenido un pronunciamiento favorable" (FJ 2º) Este razonamiento se repite, textualmente, en más de 600 fallos de la misma Sala.

⁹³⁵ A una conclusión similar llega ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 287, quien afirma que se trataría de un criterio teleológico, citando jurisprudencia que sostiene que, cuando es posible obtener la finalidad perseguida por el requisito sin detrimento alguno de otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela, debe permitirse la subsanación.

⁹³⁶ Lo que, como se ha visto, es algo que ya se ha hecho presente por en la STC 39/1988 (Sala Primera), de 9 de marzo, ponente Tomás y Valiente, FJ 1º.

de 14 de noviembre, que distinguía como un factor para determinar la subsanabilidad entre los defectos de escasa importancia y los incumplimientos absolutos, y una entonces novedosa, encarnada por la 117/1986, de 13 de octubre⁹³⁷, que, por el contrario, centra la cuestión en la posibilidad de subsanación, sin que importe la gravedad del defecto⁹³⁸. Aunque hay fallos posteriores que se refieren a la subsanación como una técnica destinada a corregir defectos de poca importancia, no hay, salvo error u omisión, ni siquiera una que funde una consideración de insubsanabilidad en la entidad del defecto. En este sentido, más que un cambio de criterio, el prescindir de la gravedad del defecto debe ser visto como parte de un proceso de precisión de los conceptos efectivamente empleados en el juicio del TC.

Lo expuesto no debe ser entendido como que la gravedad del defecto no cumple ningún papel en el juicio de subsanabilidad. Ya se ha puesto de relieve cómo la proporcionalidad juega un papel importante tanto en la interpretación que se debe hacer de la ley para determinar la subsanabilidad de un determinado defecto⁹³⁹. Esta ponderación en caso alguno podrá determinar la insubsanabilidad de un defecto por la gravedad del mismo, pero sí podrá corregir interpretaciones que supongan la imposibilidad de corregir defectos menores. En otras palabras, su consideración no podrá implicar que se determine la imposibilidad de corrección por el solo hecho de que hay una gran separación entre el acto realizado y su modelo normativo, pero sí que se consideren defectos en principio insubsanables en atención a lo insignificante del defecto. Además, como también se ha advertido, el grado de incumplimiento sirve para valorar la conducta de la parte, en especial para determinar su grado de diligencia o la existencia de aquello que el TC ha llamado una “opuesta voluntad a su realización”⁹⁴⁰. Lo que no existe es la posibilidad de que se excluya la subsanación de un defecto solo por su nivel de separación con el modelo que debía seguir.

⁹³⁷ Sala Segunda, ponente García-Mon y González Regueral, FJ 2º.

⁹³⁸ ZARZALEJOS NIETO, J., "La subsanación de los defectos procesales" en *Civitas.Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 29, 1987, p. 155.

⁹³⁹ *Supra* p. 256.

⁹⁴⁰ STC 12/2003 (Sala Segunda), de 28 de enero, ponente Gay Montalvo, FJ 5º.

CAPÍTULO TERCERO: Aspectos procedimentales de la subsanación

I. Aspectos procedimentales de la subsanación de los actos de parte

I.1. Necesaria distinción entre actuaciones de parte y del órgano judicial

A lo largo de esta investigación, excepto en lo referente a sus fundamentos, no ha sido necesario distinguir entre las actuaciones de parte y las del órgano judicial. Sin embargo, para analizar las cuestiones procedimentales la distinción se hace indispensable, pues los sujetos que intervienen, la tramitación aplicable y los efectos no son los mismos de acuerdo a origen del acto por corregir.

La diferenciación entre actos de las partes y del órgano judicial es, con algunos matices y sin perjuicio del reconocimiento de los actos de terceros y del ministerio público⁹⁴¹, la más recurrente dentro de quienes se ocupan de la teoría del acto procesal. Normalmente, se hace tomando como criterio de clasificación al sujeto que ejecuta el acto. Se consideran, en consecuencia, como actos de parte los que realizan esta por sí misma o por quien lo represente y como actos del órgano judicial los que lleven a cabo jueces, magistrados, secretarios judiciales y el personal auxiliar de la Administración de Justicia⁹⁴².

⁹⁴¹ Sobre estos, véase MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 42

⁹⁴² Por todos, en la doctrina española, MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 41; DE LA OLIVA SANTOS, A. en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 320; y GIMENO SENDRA, V., *Introducción al derecho procesal*, Colex, Madrid, 5ª ed., 2007, p. 314; y MONTERO AROCA, J. en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, p. 320. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., "Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt" en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, II, 1ª ed., 1ª reimpresión, Universidad Nacional Autónoma, 1992, México, p. 60, critica por simplista este criterio de clasificación. Entre las insuficiencias que reconoce está la de no recoger la situación de los que denomina "actuaciones subjetivamente complejas", que son aquellas en los que intervienen sujetos de más de una especie como, por ejemplo, una declaración de testigos.

Este apartado se ocupará de los que, en una acepción amplia, se pueden entender como los aspectos procedimentales de las actuaciones de las partes, que incluyen un estudio de los sujetos que intervienen en este tipo de actuaciones, el procedimiento subsanatorio propiamente tal y los efectos que se producen, tanto por la subsanación como por la no subsanación de un defecto. Para el próximo se reserva el estudio de los mismos aspectos de los actos del órgano judicial.

I.2. Sujetos de la subsanación

A. El sujeto activo de la subsanación

La regla acerca de quién es el llamado a subsanar el acto es, en la generalidad de los casos, bastante clara: debe subsanar el autor del acto defectuoso. Sea espontáneamente o a requerimiento del órgano judicial, el litigante que ha obrado irregularmente es quien deberá corregir, a fin de salvar la validez del acto⁹⁴³.

El fundamento de que el sujeto activo de la subsanación sea, por regla, el mismo autor del acto radica en el interés que tiene este en resguardar la validez de sus propias actuaciones. Aun si el tribunal pudiera cumplir un papel integrador del defecto, no debe hacerlo, pues no es rol de este suplir la negligencia de los litigantes⁹⁴⁴, sino el entregar una oportunidad de corregir aquello que originalmente se ha realizado de forma imperfecta.

Sin perjuicio de la regla enunciada, se reconocen situaciones en las que el mismo órgano judicial, en vez de requerir la subsanación, la realiza por sí, sin necesidad de que intervenga la parte:

⁹⁴³ No se deben entender como excepciones a esta regla situaciones como las del representante legal que confirma actuaciones de alguien sin capacidad procesal, pues, más allá de la diversidad personal en un sentido estricto, son actuaciones que se deben reputar a la misma parte. En el sentido contrario, ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 256.

⁹⁴⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Génesis de la audiencia previa en el juicio ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, p. 64.

(1) El artículo 254 LEC -en la redacción fijada por la Ley 19/2009, de 3 de noviembre- dispone que si el secretario judicial advierte que el procedimiento elegido por el actor no corresponde al valor señalado o a la materia a que se refiere la demanda, acordará por diligencia de ordenación que se dé al asunto la tramitación que corresponda, agregando una frase final que advierte que al tribunal no le vincula el tipo de juicio solicitado en la demanda, frase que, en buena medida, viene a justificar el motivo del régimen establecido⁹⁴⁵. También podrá corregir el procedimiento si considera que es una demanda de cuantía inestimable o no determinable o si aprecia errores aritméticos en el cálculo de la cuantía o en la selección del cálculo de esta.

(2) Algo distinta es la situación respecto de la ya revisada norma del artículo 275 LEC, respecto a la no presentación de copias cuando no intervienen procuradores y no se trata de los escritos de demanda y contestación. En este caso, el secretario judicial requerirá la subsanación del defecto dentro del plazo de cinco días. De no ocurrir esto, este expedirá las copias a costa de la parte que hubiese dejado de presentarlas.

Quien está excluido de subsanar el defecto de forma absoluta es la parte contraria a la que ha cometido el defecto. Respecto de ella procede como medio de superación de la invalidez del acto la convalidación que, como se ha visto, es una figura con contornos y fundamentos distintos⁹⁴⁶.

B. El deber del órgano judicial de propender la subsanación

Fuera del papel excepcional que desempeña en contadas ocasiones como subsanador de ciertos defectos de las partes, el órgano judicial tiene el deber de propender a la subsanación de los actos subsanables. En este punto, el artículo 231 LEC es expresivo al señalar que el tribunal y el secretario *cuidarán* que puedan ser subsanados los defectos en

⁹⁴⁵ Esto no varía en lo sustancial lo que disponía la redacción anterior de la misma disposición, que dejaba la misma función de determinación y subsanación al juez.

⁹⁴⁶ El panorama descrito no se altera mayormente por la adición que ha hecho el artículo 26 LEC del deber del procurador “de colaborar con los órganos jurisdiccionales para la subsanación de los defectos procesales”. Más allá de trasuntar una concepción del proceso en el que las partes tienen deberes, y no solo cargas, ya presente en muchos otros pasajes de la LEC, ella no altera el panorama de las partes en el proceso subsanatorio.

que se incurra en los actos de las partes, confirmando una doctrina que estaba presente ya en la jurisprudencia, en especial constitucional, desde antes de la vigente ley de enjuiciamiento⁹⁴⁷.

A pesar de su falta de novedad, la inclusión de esta norma -más ahora que se ha eliminado la condición de la manifestación de voluntad de cumplir con los requisitos exigidos por la ley- supone un importante avance en la consagración de la subsanación como una técnica que excede el ámbito de la tutela judicial efectiva y que se ha establecido como un principio aplicable más allá del estrecho ámbito que hoy se le reconoce a esta garantía constitucional. A partir de esta disposición no cabe la argumentación de la irrelevancia constitucional de una situación como obstáculo para que el órgano judicial inste a la corrección de los defectos⁹⁴⁸.

La existencia de un deber de este tipo impone al juez y al secretario una actitud activa que se traduce principalmente dos exigencias:

(1) De velar por la corrección de los actos defectuosos de los litigantes. Frente a la invalidez de un acto es deber del tribunal instar por su subsanación antes de determinar su ineficacia, sin que sea necesaria la petición de parte. Incumple esta obligación el órgano judicial que, detectando la existencia de un acto inválido, decreta la inadmisión o la nulidad sin antes ofrecer la posibilidad de corregir los defectos⁹⁴⁹;

(2) De facilitar las condiciones para que la subsanación se produzca, sin poner obstáculos irrazonables o requisitos que dificulten su materialización. En este sentido, se verá, el requerimiento de subsanación deberá cumplir ciertos requisitos –ser necesario, preciso y conceder plazo razonable- y la respuesta a este deberá ser adecuadamente ponderada, sin excesivos rigorismos⁹⁵⁰.

⁹⁴⁷ Así, por ejemplo, la STC 177/1991 (Sala Primera), de 19 de septiembre, ponente Gimeno Sendra, habla de la existencia de “una obligación procesal de conservación y sanación de los actos irregulares” que se desprendería de la LOPJ y del artículo 24 CE (FJ 3º).

⁹⁴⁸ En el mismo sentido, ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 280.

⁹⁴⁹ Por todas, STC 127/2008 (Sala Primera), de 27 de octubre, ponente Rodríguez-Zapata Pérez, FJ 4º.

⁹⁵⁰ En otras, la STC 25/2009 (Sala Primera), de 26 de enero, ponente Casas Baamonde, FJ 4º.

I.3. El procedimiento de subsanación

A. No existe, ni es indispensable, un procedimiento subsanatorio de aplicación general

Cuando se habla de procedimiento subsanatorio, se está haciendo referencia al cauce que, dentro del juicio, se debe dar al requerimiento del órgano judicial en orden a que alguna de las partes corrija una actuación que ha realizado de forma defectuosa y que pone en riesgo su validez. Se trata de un elemento eventual de la subsanación, pues ella se podrá verificar sin procedimiento alguno cuando se haga de forma espontánea, sin requerimiento previo, pero que deviene en necesario cuando esta se requiera por el órgano judicial como condición para salvar la validez de una determinada actuación⁹⁵¹.

En este tema, los artículos 11.3 y 243.4 LOPJ pueden llevar a algún equívoco que, afortunadamente, no ha generado mayores cuestiones. Ambos, aparentemente discurren a partir de la necesidad de un procedimiento preestablecido por el legislador para proceder a la subsanación. En especial, la última de estas disposiciones parece no dejar lugar a dudas cuando afirma que “los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la Ley serán subsanados en los casos, condiciones y plazos previstos en las Leyes procesales”. Sin embargo, no existe un procedimiento de aplicación general que permita la corrección de las actuaciones de parte defectuosas, sino solo supuestos particulares en los que se fijan plazos y algunas condiciones de subsanabilidad para alguna especie de actuación determinada.

Frente a esta situación, tanto la jurisprudencia⁹⁵² como la doctrina⁹⁵³, con irreprochable buen criterio, han dejado rotundamente claro que no es necesario un procedimiento

⁹⁵¹ BONET NAVARRO, Á., *Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil*, p. 391.

⁹⁵² El germen de esta postura ya se encuentra en la ya citada la STC 162/1986 (Sala Primera), de 17 de diciembre, ponente Díez-Picazo Ponce de León, FJ 4º, cuando sostiene que el contenido del artículo 11.3 LOPJ no puede ser interpretado como una forma de constreñir el contenido de la obligación constitucional de subsanación. Expresamente, se puede encontrar por primera vez en la jurisprudencia en la STC 2 /1989 (Sala Segunda), de 18 de enero, ponente Latorre Segura, FJ 3º.

determinado para que la subsanación proceda. Basta con que se trate de un defecto subsanable. La tramitación en cada caso se deberá determinar por el órgano judicial a partir de ciertos requisitos que se han fijado jurisprudencialmente y que se analizan más adelante.

Las proyecciones de esta afirmación no siempre han sido completamente entendidas. Ya se ha dicho que en la LEC no se señala defecto alguno expresamente como insubsanable. A esto hay que agregar que tampoco se establecen defectos como expresamente subsanables sin, a la vez, establecer un procedimiento para el caso. Todo esto hace que solo haya tres estatus normativos dentro de la LEC para actos defectuosos: (1) el sin regulación expresa; (2) el del acto subsanable con procedimiento específicamente fijado; y (3) el de inadmisibilidad o nulidad del acto. Las hipótesis (1) y (2) no generan dificultades. La hipótesis (1) es el ámbito más obvio de lo que se está analizando, mientras que la (2) resuelve el problema de forma expresa. El problema surge cuando se da la tercera situación reseñada, es decir, cuando se establece que un acto es inadmisibile o nulo. Hay quienes sostienen que esto conlleva la imposibilidad de corregir el defecto⁹⁵⁴. Ya se ha indicado que esta conclusión es errónea. El solo hecho de que se contemple como consecuencia la inadmisibilidad o la nulidad no permite llegar a esta conclusión, pues es precisamente el hecho que ellas se puedan producir lo que justifica la subsanación.

Que no sea indispensable un procedimiento genérico no implica que este no sea deseable. A la usanza de la LJCA⁹⁵⁵, la consagración legal de ciertas reglas y plazos para proceder a la

⁹⁵³ Entre otros, BONET NAVARRO, Á., *Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil*, p. 389; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Artículo 24: Garantías procesales*, p. 35; CHAMORRO BERNAL, F., *El artículo 24 de la Constitución*, p. 685; y ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 261. La única excepción parece ser ASECIO MELLADO, J. M., *Introducción al derecho procesal*, p. 218 quien afirma que “los actos de las partes solo se declararán nulos si no fueran subsanables por las vías y plazos legales. Esto es, no basta que sean subsanables en general, sino que lo sean en el caso concreto (arts. 243 LOPJ y 231 LEC)”.

⁹⁵⁴ Por ejemplo, CHAMORRO BERNAL, F., *El artículo 24 de la Constitución*, p. 699.

⁹⁵⁵ El artículo 138 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa (LJCA), con una redacción muy similar al artículo 129 de su antecesora, dispone que:

1. Cuando se alegue que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos establecidos por la presente Ley, la que se halle en tal supuesto podrá subsanar el defecto u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación.
2. Cuando el Juzgado o Tribunal de oficio aprecie la existencia de algún defecto subsanable, el Secretario judicial dictará diligencia de ordenación en que lo reseñe y otorgue el mencionado plazo para la subsanación, con suspensión, en su caso, del fijado para dictar sentencia.

corrección de aquellos casos no expresamente regulados daría mayor seguridad a los usuarios y ayudaría a un asentamiento todavía más claro de la subsanación como la técnica preferente de eliminación de defectos procesales dentro del sistema procesal civil español.

B. Requisitos de los procedimientos subsanatorios

a. Sentido y ámbito de aplicación

Las exigencias de los procedimientos subsanatorios hacen referencia a aquellas condiciones que deben cumplir los requerimientos de subsanación que realiza el órgano judicial para que tengan valor como tal, en especial en lo referente a la invalidez como consecuencia de la falta de subsanación. Es un conjunto de condiciones que se puede inferir de la jurisprudencia y que procura garantizar que el litigante llamado a corregir va a tener una verdadera posibilidad de enmendar el acto que defectuosamente ha realizado y, dado que los efectos de lo contrario son severos, racionalizar su carga en este aspecto.

Este tema no ha recibido mayor atención por parte de la doctrina. BONET NAVARRO, que en este punto es seguido por ANDRÉS CIURANA, se limita a afirmar que la única exigencia del procedimiento subsanatorio para aquellos casos que carecen de una tramitación expresa es que se realice en un plazo razonable⁹⁵⁶. Aunque esta es el requisito más evidente, no es el único. De forma asistemática, pero con bastante tino, la jurisprudencia también ha demandado que el requerimiento solo se realice en los casos en que sea necesario y que este, además, sea preciso. Estas tres exigencias –la necesidad, la precisión y el plazo suficiente– se aplican, con algunos matices, tanto a los casos en que el legislador ha establecido un procedimiento subsanatorio como a aquellos en que, sin establecerse, el órgano judicial se ve en la necesidad de imponerlos. Con todo, serán más trascendentes en

3. Solo cuando el defecto sea insubsanable o no se subsane debidamente en plazo, podrá ser decidido el recurso con fundamento en tal defecto.”

⁹⁵⁶ BONET NAVARRO, Á., *Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil*, p. 391; ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 261.

este último caso, en cuanto únicas referencias que se tendrán al momento de establecer la tramitación que deba darse.

b. Necesidad del procedimiento

Desde una perspectiva lógica, el primer requisito de cualquier procedimiento subsanatorio es que el mismo sea efectivamente necesario para corregir un acto procesal. Para ello, debe haber un acto inválido, que -como ya se ha explicado latamente- supone que haya un acto irregular que, además, no supere el juicio de validez. Si el procedimiento es innecesario en estos términos, la falta de subsanación no producirá efecto alguno en lo referente a la validez del acto.

La primera característica que debe tener el acto procesal para que requiera un procedimiento subsanatorio es que este sea efectivamente irregular, es decir, que exista una separación del acto concreto con su esquema ideal. Esto se podrá dar solo si hay una infracción a una norma procesal, lo que supone dos cosas: (1) la existencia de una exigencia legal y (2) su efectivo incumplimiento. En esta línea, el TC, conociendo casos de inadmisión derivadas de la subsanación de un defecto o de la apreciación de un defecto insubsanable, ha reivindicado para sí la tarea de verificar que la causa esgrimida por el órgano judicial sea real y necesariamente determinante de la inadmisión⁹⁵⁷, declarando irrazonable la inadmisión fundada en la inexistencia de un defecto procesal, sea porque no existe defecto alguno⁹⁵⁸ o porque se trata de una cuestión de fondo y no procesal⁹⁵⁹.

Sin embargo, no todo acto irregular requerirá de subsanación, sino solo aquellos que además de irregulares son inválidos. Si, a pesar de la irregularidad, se logra cumplir con las exigencias que en cada caso establece el ordenamiento jurídico para dar protección al acto, este será válido y no requerirá subsanación, lo que ha llevado a la jurisprudencia a desconocer los efectos de la falta de subsanación en aquellos casos en que, pese a la irregularidad, se ha cumplido la finalidad del acto y no se ha causado perjuicio a las

⁹⁵⁷ Entre las más recientes, la STC 119/2007 (Sala Primera), de 21 de mayo, ponente Casas Baamonde, FJ 3°.

⁹⁵⁸ SSTC 52/2009 (Sala Segunda), de 23 de febrero, ponente Conde Martín de Hijas, FJ 3°; 22/2011 (Sala Primera), de 14 de marzo, ponente Pérez Tremps, FJ 5°.

⁹⁵⁹ STC 203/2004 (Sala Segunda), de 16 de noviembre, ponente Rodríguez Arribas, FJ 3°.

garantías procesales de la parte, como cuando hay defectos procesales menores⁹⁶⁰ o cuando, a pesar de los incumplimientos, se ha obtenido lo buscado por el requisito omitido⁹⁶¹. Por la misma causa tampoco serán relevantes para el proceso los requerimientos de subsanación respecto de actuaciones que ya hubiesen sido subsanadas de forma espontánea.

Excepcionalmente, hay situaciones en que la falta de necesidad no proviene de la validez del acto, sino del llamado a corregirlo. Se ha visto que hay casos en que la subsanación puede ser realizada por el tribunal sin necesidad de intervención de la parte. En algunos de ellos -claramente en los de inadecuación del procedimiento (artículo 254 LEC)- el requerimiento de subsanación es innecesario, pues la obligación del tribunal es corregir con independencia del comportamiento o de la actitud de la parte.

c. Precisión del requerimiento

Si se considera que es obligatorio para el tribunal facilitar la subsanación de los defectos, se entiende que deba dar todas las condiciones para que el litigante pueda efectivamente llevarla a cabo. Aunque mire a su propio interés, el tribunal no debe dejar toda la carga de corrección a la parte. Ello redundaría en que el requerimiento de subsanación deba ser preciso⁹⁶².

⁹⁶⁰ Así, en la STC 225/2003 (Sala Primera), de 15 de diciembre, ponente Delgado Barrio, se considera que no es relevante que en la preparación de un recurso se hable de “interponer” y no de “preparar” el recurso (FJ 5º).

⁹⁶¹ El principal ejemplo de esto se da en el procedimiento laboral, cuando se toma por suficiente la solicitud de conciliación en casos en los que, por ser demandada una entidad pública, se requiere una reclamación administrativa previa (STC 12/2003, Sala Segunda, de 28 de enero, ponente Gay Montalvo, FJ 8º).

⁹⁶² “(...) conforme a nuestra jurisprudencia, es una exigencia constitucional que el órgano judicial favorezca la corrección de los defectos que puedan ser reparados, garantizando en lo posible su subsanación. Con esta perspectiva de análisis la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, que ha de procurarse mediante el cumplimiento por el órgano judicial de su deber legal de permitir esa solución correctora, no podrá desconocerse desviando a los recurrentes toda la responsabilidad en ese trámite. En consecuencia, desde ese enfoque, el *favor actionis* tendrá que contrastarse con los datos facilitados por la resolución judicial que contiene el requerimiento de subsanación” (STC 52/2009, Sala Segunda, de 23 de febrero, ponente Conde Martín de Hijas, FJ 2º).

La imposición de este requisito proscribire todo tipo de requerimiento vago o demasiado amplio, desconociéndole idoneidad para comunicar a la parte la necesidad de corregir un determinado defecto procesal. Se excluyen aquellos requerimientos que simplemente mandan a subsanar inespecíficamente, declarando que no se cumplen los requisitos generales para un determinado tipo de actuación⁹⁶³, como aquellos que hacen referencias amplias difíciles de precisar⁹⁶⁴. La idea que subyace en esta exigencia es que el sujeto llamado a corregir tenga perfecto conocimiento de lo que el tribunal considera defectuoso y, también, de cómo se remedia⁹⁶⁵. En atención a esto se entiende que el requerimiento debe ser todo lo exacto que pueda ser⁹⁶⁶, de modo que haya seguridad acerca de qué actuaciones se deben seguir para que se considere subsanado.

d. Plazo suficiente para hacer posible la subsanación

Ya se decía que el más evidente de los requisitos de todo procedimiento es el establecimiento por parte del tribunal de un plazo para cumplir el requerimiento de subsanación que sea suficiente para entregar una real posibilidad a la parte de procurar la reparación de lo defectuoso o el cumplimiento de lo omitido⁹⁶⁷. Es una exigencia aplicable a los procedimientos no regulados y a aquellos en que se fija un rango de tiempo dentro del cual el órgano judicial debe precisar el plazo. En aquellos casos en que el legislador ha

⁹⁶³ Es el caso del que se hace cargo la STC 19/2006 (Sala Primera), de 30 de enero, ponente Aragón Reyes, en el que frente a una demanda laboral el tribunal se limitó a requerir la subsanación declarando que faltaban los requisitos generales que exigía el artículo 80 LPL.

⁹⁶⁴ Como en el requerimiento de que se constituya de forma regular la relación procesal que se menciona en la STC 38/1998 (Sala Segunda), de 17 de febrero, ponente Gabaldón López, FJ 3º.

⁹⁶⁵ Contundentemente, en la STC 203/2004 (Sala Segunda), de 16 de noviembre, ponente Rodríguez Arribas: “Junto a todo lo anterior, no se percibe en la actuación del órgano judicial, en el trámite de admisión, una actividad dirigida a favorecer la corrección de los defectos observados, garantizando en lo posible su subsanación. En lugar de haber expuesto con precisión y claridad los datos cuya subsanación se requería, el órgano judicial efectuó un sucinto requerimiento, cuyo contenido, considerado desde la propia complejidad de los problemas que, a juicio del órgano judicial, planteaba la demanda a la vista de lo posteriormente expuesto en su Auto de 13 de diciembre de 2001, resultaba insuficiente para permitir y favorecer, en tales términos, su subsanación (FJ 6º). También en la STC 211/2002 (Sala Primera), de 11 de noviembre, ponente Casas Baamonde, FJ 4º.

⁹⁶⁶ La reciente 187/2009 (Sala Segunda), de 7 de septiembre, ponente Rodríguez Arribas, habla de una “solicitud clara y específica” (FJ 2º).

⁹⁶⁷ BONET NAVARRO, Á., *Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil*, p. 391; ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 261.

establecido un plazo para el cumplimiento, deberá estarse a este, sin perjuicio de que, en algún caso, se pueda cuestionar su constitucionalidad como consecuencia de las restricciones que pueda imponer su brevedad, en especial en aquellas situaciones en las que está en juego el acceso al proceso o es insuficiente considerando las peculiaridades del caso concreto⁹⁶⁸.

En el proceso civil, los plazos fijados para estos efectos por el legislador son de muy diversa extensión. Por una parte, están aquellas exigencias de subsanación inmediata en la audiencia previa, en los casos en que ella es posible (por ejemplo, el del artículo 424.2 LEC), o en plazos muy breves, como los dos días para la subsanación de los defectos del nuevo depósito exigido por la DA 15ª LOPJ, hasta un caso, el del litisconsorcio necesario, en el que, sin fijar un máximo, solo establece como mínimo el plazo de diez días.

Sin perjuicio de que los plazos legales puedan servir de referencia para situaciones no reguladas, el principal elemento que se debe tener en cuenta al momento de fijar un plazo es el de asegurarse de que el mismo permite a la parte realizar la conducta que se le ha requerido, pero conjugado con la necesaria celeridad que debe dársele al proceso, con el fin de no generar dilaciones innecesarias con el reconocimiento de un periodo para corregir demasiado extenso⁹⁶⁹. Aunque muy pocas veces la jurisprudencia constitucional se ha referido a la suficiencia del plazo como un asunto decisivo al momento de resolver un amparo⁹⁷⁰, esta ponderación es la que parece estar presente en la noción de *plazo prudencial* que el TC ha empleado como referencia en alguna ocasión⁹⁷¹.

⁹⁶⁸ Excepcionalmente, el TC se ha pronunciado sobre la suficiencia de plazos legales. En la STC 8/1998 (Sala Primera), de 13 de enero, ponente Ruiz Vadiño, FJ 3º, se manifiesta expresamente a favor de la constitucionalidad del plazo de cuatro días para subsanación de los defectos de la demanda del artículo 81 LPL, afirmando que su brevedad se condice con la celeridad que debe tener el procedimiento laboral. Sin embargo, la STC 125/2010 (Sala Primera), de 29 de noviembre, ponente Delgado Barrio, FJ 5º, ha estimado insuficiente el mismo plazo, considerando la situación particular del demandante que se encontraba interno en un centro penitenciario.

⁹⁶⁹ SERRANO HOYO, G., *Flexibilización de las formas procesales y tutela judicial efectiva*, p. 3598.

⁹⁷⁰ Lo hace en la STC 164/1991 (Sala Primera), de 18 de julio, ponente Leguina Villa, FJ 1º, en el que considera insuficiente el plazo de cinco minutos dados por el juez al litigante para que fuese a exhibir su documento de identidad que había olvidado en su domicilio.

⁹⁷¹ En las SSTC 94/1988 (Sala Segunda), de 25 de mayo, ponente López Guerra, parte resolutoria; 19/1998 (Sala Primera), de 27 de enero, ponente Rodríguez Bereijo, FJ 3º; y 14/2004 (Sala Segunda), de 13 de septiembre, ponente Sala Sánchez, FJ 3º.

e. ¿Es necesario que el tribunal advierta de las consecuencias de la no subsanación?

En el procedimiento administrativo, la jurisprudencia ha terminado por establecer exigencias bastante similares a las expuestas para los requerimientos de subsanación que deba hacer la Administración al solicitante, pero agregando una más: la de advertir expresamente de las consecuencias que acarrea el incumplimiento de lo que se ha instado a corregir⁹⁷².

Aunque no es extraño que se incluya en algunos requerimientos y parece positivo que así sea, hoy ello no es un requisito predicable para el requerimiento hecho por un órgano judicial. No hay en nuestro ordenamiento civil ni exigencias legales ni jurisprudenciales en este sentido. La preceptiva intervención letrada en estos casos puede ser una razonable explicación para justificar la diferencia, pues con ella puede parecer innecesaria una advertencia de este orden.

C. Procedimientos de subsanación establecidos en la LEC y la LOPJ. Especial referencia a la audiencia previa

a. Introducción

En algunos casos, la LEC se ha ocupado de establecer un procedimiento para la solicitud del órgano judicial para la subsanación de actos de parte. Ellos se concentran principalmente en tres momentos del juicio: en la etapa de admisión de la demanda, en la audiencia previa y en la de admisión de los recursos. De estos, el que presenta un mayor interés es el de la audiencia previa, debido a la novedad que ha significado su inclusión dentro del diseño del juicio declarativo ordinario y a lo valioso que resulta el concentrar la función saneadora de los llamados presupuestos procesales al inicio del juicio.

⁹⁷² GALLARDO CASTILLO, M. J., "El principio pro actione y subsanación de las solicitudes" en *Actualidad Administrativa*, v. I, 2008, p. 1294.

En atención a este especial interés, se analizará con alguna profundidad el rol subsanador de la audiencia previa, además de estudiar más brevemente los otros procedimientos particulares establecidos en la LEC y, en un caso, en la LOPJ, pero con incidencia en el proceso civil.

b. Procedimientos de subsanación en la fase de admisión de la demanda

Una vez presentada la demanda, lo primero que debe hacer el órgano judicial es examinar su admisibilidad, a fin de determinar si la misma cumple los requisitos que establece la ley para que sea incorporada al proceso. De acuerdo a la reglamentación de la LEC, la inadmisión deberá ser una cuestión excepcional, solo justificable en aquellos casos en que la ley lo dispone expresamente (artículo 403.1 LEC)⁹⁷³.

Siendo parte de la función jurisdiccional, el examen de admisibilidad ha sido un campo tradicionalmente reservado para los jueces y magistrados independientes, tal como establece el artículo 117 CE. Sin embargo, y para disgusto de la doctrina⁹⁷⁴, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, ha entregado parcialmente esta función a los secretarios judiciales, reservándose para el juez la inadmisión previa “denuncia” de este.

⁹⁷³ Sobre la inadmisión, véase *infra* p. 350.

⁹⁷⁴ Sobre el punto, véase Profesores Universitarios de Derecho Procesal. *Por la unidad y la independencia en la administración de la justicia y por las garantías procesales de los ciudadanos. Sobre el proyecto de ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial*"; BANACLOCHE PALAO, J., "El proyecto de Nueva Oficina Judicial: ¿hacia un nuevo proceso administrativizado?" en *Diario La Ley*, nº 7251, 2009, p.13; BLASCO SOTO, M. C., "La nueva estructura (o desestructura) del proceso. La admisión de la demanda en el proceso civil (Ley 13/2009 de 13 de noviembre)" en *Diario La Ley*, nº 7325, 2010, p.4; CACHÓN CADENAS, M., "La nova oficina judicial (I): Inconstitucionalitat d'una part del contingut de la llei 13/2009" en *Món Jurídic*, nº 244, 2010, p. 22. Hay coincidencia en la crítica: el entregar esta y otras funciones similares al secretario judicial supone una vulneración a los artículos 24 y 117 CE ya que no son jueces ni magistrados independientes, sino profesionales que, aunque con conocimientos jurídicos, no son independientes y están sujetos a la organización jerárquica del Ministerio de Justicia. En contra de la consideración jurisdiccional de la admisión, ARNAIZ SERRANO, A. y TOMÁS PORTER, J. J., "La nueva oficina judicial y el nuevo modelo procesal" en *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 33, 2010, p. 79.

Dentro de esta etapa, la LEC ha contemplado cuatro procedimientos subsanatorios de aplicación general, hoy encargados, al menos en cuanto a la determinación de su necesidad y su requerimiento, al secretario judicial: (1) el de indebida acumulación de acciones; (2) el de inadecuación del procedimiento; (3) el de demanda o contestación defectuosa; y (4) el de falta de aportación de copias. A ellos, se suma un quinto procedimiento, aplicable solo para la revisión, que es la exigencia de un depósito de 300 euros.

(1) Dispone el artículo 73.3 LEC que, en caso de que el secretario judicial aprecie una *indebida acumulación de las acciones*, antes de admitir la demanda deberá requerir al demandante para que, dentro del plazo de cinco días, subsane el defecto, manteniendo las acciones cuya acumulación sea posible. De no hacerlo, el secretario deberá dar cuenta al tribunal para que resuelva sobre el asunto.

La modificación que se ha producido en este punto por la Ley 13/2009 no se limita a cambiar la figura del juez por la del secretario en el control *in limine* de la acumulabilidad. Además, se reemplaza la referencia al archivo como consecuencia necesaria del incumplimiento del requerimiento por parte del demandado por una ambigua fórmula que se limita a precisar que la decisión de la admisión será del juez. La justificación más evidente de esta segunda modificación es que el secretario solo puede poner en conocimiento de este la existencia de la irregularidad a fin de que el último, si aprecia que existe y tiene la entidad suficiente, decrete la inadmisión y el archivo de los antecedentes y no imponerle una determinada decisión.

Sin embargo, fuera de esta justificación se puede entender que el hecho de que ya no se disponga expresamente que el juez deba disponer el archivo puede tener otra consecuencia. Ahora que no existe una disposición expresa sobre el punto, y considerando que está en juego el acceso al proceso, por lo que cualquier decisión de inadmisión deberá ser fundada en una causa legal y proceder solo cuando no sea posible la subsanación, se debe dar una segunda lectura al tema y distinguir entre las distintas hipótesis acerca del motivo de la improcedencia de la acumulación.

La acumulación de acciones puede ser inadecuada por diversas razones: (a) porque, siendo una acumulación objetiva, se han ejercido dos acciones incompatibles, sin señalar a una de

ellas como principal y la otra en subsidio (artículo 71.3 y .4 LEC); (b) si es una acumulación subjetiva, por inexistencia de nexo suficiente entre los distintos sujetos demandados (artículo 72 LEC); (c) por carecer el tribunal de competencia o jurisdicción por razón de la cuantía o materia (artículo 73.1.1º); (d) por deberse tramitar los juicios en procedimientos distintos en atención a su materia (artículo 73.1.2º); o (e) porque esté legalmente prohibida la acumulación (artículo 73.1.3º). De estos cinco motivos, el tribunal puede resolver los tres últimos sin necesidad de intervención del demandante, pues solo hay una acción que está bien interpuesta. Solo en los dos primeros casos efectivamente se requiere una precisa actividad del actor para poder subsanar el defecto⁹⁷⁵. Ello debe llevar a la conclusión que solo en estos casos, el tribunal podrá decretar la inadmisión, debiendo en los restantes dar tramitación a la pretensión que pueda continuar en el mismo procedimiento.

(2) Ya se hacía presente la excepcionalidad de algunas de las reglas del artículo 254 LEC acerca de la *inadecuación del procedimiento*, en cuanto es el secretario el que corrige el procedimiento sin necesidad de intervención de la parte. Esta disposición contiene las diversas formas en que se puede enmendar, en esta etapa, la errónea selección del procedimiento aplicable. La lógica que inspira a este artículo es que el procedimiento aplicable no es algo que deba determinar el demandante, quien solo lo propone, y que el tribunal deberá encauzar la pretensión por la vía adecuada sin intervención de las partes, siempre que cuente con los antecedentes suficientes para ello. En esta lógica, el secretario podrá determinar un procedimiento distinto al propuesto por el demandante, sea porque se ha determinado uno que no corresponde por la cuantía o la materia, porque se trata de un juicio de cuantía inestimable o no posible de determinar o por haber habido un error aritmético o en la aplicación de la regla de cálculo que corresponda. Si no hubiese elementos suficientes para determinar la cuantía, el secretario deberá conceder un plazo de diez días para la subsanación, luego de lo cual el tribunal decidirá lo que corresponda⁹⁷⁶.

⁹⁷⁵ Un razonamiento similar, pero respecto a la situación en la audiencia previa, hace GASCÓN INCHAUSTI, F., *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, p. 71 y ss.

⁹⁷⁶ En este último punto hay una diferencia con el caso del artículo 73 LEC. En este, el secretario es el primer llamado a revisar la suficiencia de la subsanación y solo si no se produce ella, es el juez el que determina acerca de la admisión, mientras que en el caso que ahora se revisa, el análisis de suficiencia deberá ser efectuado directamente por el tribunal.

(3) La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, ha agregado un nuevo procedimiento subsanatorio en los artículos 404.2.2 y 405.4 LEC. Se ha establecido que, frente a *defectos formales de la demanda o de la contestación*, el secretario deberá conceder a quien corresponda un plazo para que los corrija⁹⁷⁷. En caso de no hacerlo, dará cuenta a tribunal para que resuelva.

La noción de defectos formales debe entenderse relacionada con el incumplimiento de las exigencias que se imponen a la demanda y a la contestación en los artículos 399 y 405 LEC. Especial relevancia debiese tener con esta norma el control de oficio de la suficiente individualización del demandado y su domicilio, pues es el único que, por motivos obvios, no puede ser controlado por la demandada en los casos en los que la falta es más grave⁹⁷⁸.

Excluida la cuestión del domicilio, cabe plantearse en qué casos podría producirse la inadmisión de la demanda como consecuencia de la no corrección de este tipo de imperfecciones. Siendo la situación análoga a la de la audiencia previa, las soluciones debiesen ser las mismas, lo que implica que, sin perjuicio de que el requerimiento pueda ser más exigente, solo se podrá inadmitir la demanda -o, en su caso, la contestación- cuando respecto de ellas no sea en absoluto posible determinar el contenido de las pretensiones de las partes o sus fundamentos⁹⁷⁹.

(4) Con campo de aplicación más amplio que la sola admisión de la demanda o de la contestación, ya se ha hecho referencia al procedimiento de subsanación que se establece en el artículo 275 LEC para el caso de no presentación de copias cuando no hay intervención de procurador: el secretario deberá requerir la subsanación del defecto dentro del plazo de cinco días y, de no cumplirse, procederá a expedir las copias de los escritos y documentos a costa de la parte que ha faltado al requisito, a menos que se trate de la demanda o contestación, o de los documentos que deban acompañarles, casos en los que se les tendrán por no presentados o aportados⁹⁸⁰.

⁹⁷⁷ Aunque no se exprese, la misma norma debe aplicarse para la reconvencción y su contestación.

⁹⁷⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., "El tratamiento de las cuestiones procesales con anterioridad a la audiencia previa (I): La inadmisión de la demanda" en BANACLOCHE PALAO, J., GASCÓN INCHAUSTI, F., GUTIÉRREZ BERLINCHES, Á., VALLINES GARCÍA, E. y DE LA OLIVA SANTOS, A., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de enjuiciamiento civil*, Thomson-Civitas, 2005, Madrid, p. 61.

⁹⁷⁹ Véase *infra* p. 333.

⁹⁸⁰ Véase *supra* p. 308.

(5) Para la admisión de la revisión⁹⁸¹, el artículo 513 LEC exige que se acredite el depósito de 300 euros, cantidad que será devuelta en caso de ser estimada la demanda. En caso de falta o insuficiencia del mismo, el secretario deberá requerir la subsanación dentro del plazo que establezca y que no podrá exceder de cinco días. Ante el texto expreso de la ley, y a pesar de la reticencia que produce en algunos la subsanación de aparentes omisiones, no debiese haber dudas de que incluso la falta de consignación es subsanable en este caso, en especial considerando que, por ser una acción autónoma, está involucrado el acceso al proceso⁹⁸².

c. La audiencia previa y su función saneadora

c.1. Origen y antecedentes.

En muchas ocasiones será inútil o innecesario completar la tramitación del proceso a través de la sentencia definitiva. Será inútil cuando existen ciertas circunstancias que impiden que se pueda dictar una sentencia acerca del fondo de la cuestión debatida. Y será innecesario cuando se ha alcanzado un acuerdo entre las partes, se ha producido la satisfacción extraprocesal de lo pretendido o una de las partes unilateralmente opta por no seguir con el litigio (a través del allanamiento o el desistimiento). En estos casos, es de interés abreviar la tramitación lo más posible. A su vez, cuando se está frente a un proceso útil y necesario, es deseable, para una adecuada resolución de la contienda, que exista claridad acerca de los

⁹⁸¹ A estas alturas del desarrollo científico y legislativo no cabe cuestionarse mayormente el hecho de que la revisión es una acción impugnatoria autónoma y no un recurso. A esta conclusión ya había llegado la doctrina con la LEC 1881, a pesar de que esta lo trataba como un recurso, y ha sido refrendado por el tratamiento que le da la LEC vigente que la trata como tal (a pesar de algunos *lapsus* como el encabezado del artículo 509 que habla de “resoluciones recurribles”). Sobre este punto véase, por todos, para antes de la LEC 2000, CALVO SÁNCHEZ, M. d. C., *La revisión civil*, Montecorvo, Madrid, 1977, p. 51 y ss. y, para lo posterior, VALLESPÍN PÉREZ, D., *Revisión de la sentencia firme en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, p. 30 y ss.

⁹⁸² Lo admiten expresamente, entre otros, SIGÜENZA LÓPEZ, J., *La revisión de sentencias firmes en el proceso civil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 96; y BANACLOCHE PALAO, J., "Artículo 513. Depósito" en DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J. y BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, 2001, Madrid, p. 869.

contornos del debate y de lo pedido por las partes y que se puedan rendir todas, pero solo, las pruebas necesarias⁹⁸³.

Frente a estas circunstancias, los distintos ordenamientos procesales buscan diversas formas para evitar extender en el tiempo procedimientos que no resultan indispensables y de configurar en las mejores condiciones posibles las actividades que restan para obtener una sentencia definitiva. Respecto de esto, BARBOSA MOREIRA distingue dos grandes métodos: (a) el difuso y (b) el concentrado. (a) En el primero de ellos, muy asentado en los ordenamientos procesales iberoamericanos generados hasta finales del siglo pasado, las cuestiones preliminares se suelen agrupar bajo la denominación de “excepciones”, que deben ser apreciadas mediante una resolución específica. Normalmente junto a ellas también se podrán conocer y resolver otras alegaciones como la cosa juzgada, la transacción o la prescripción. Quedan para otros momentos procesales -de ahí lo desconcentrado- lo referente a la prueba y la exploración de acuerdos que terminen con el juicio. (b) Por el contrario, el método concentrado se caracteriza por la acumulación de las mismas cuestiones en una misma fase o etapa, lo que permite despejar cualquier asunto que pueda impedir una sentencia acerca del fondo de lo sometido a su resolución y, a la vez, asegurar las mejores condiciones para su desarrollo⁹⁸⁴.

El método difuso, en especial en lo relativo a la regulación de las excepciones dilatorias, se demostró ineficiente a la hora de depurar el juicio y evitar sentencias absolutorias de instancia⁹⁸⁵. Producto de ello es que hoy hay un relativo consenso en cuanto a optar por un método concentrado que permita resolver todas las cuestiones mencionadas en una sola fase. Dentro de él, la opción por la audiencia preparatoria se ha impuesto como la que mejor se adecua a los objetivos que se buscan y a la oralidad que se ha ido imponiendo en el sistema español⁹⁸⁶.

⁹⁸³ BARBOSA MOREIRA, J. C., "Saneamiento del proceso y audiencia preliminar" en *Revista de Derecho Procesal*, v. I y II, 1986, p. 9.

⁹⁸⁴ BARBOSA MOREIRA, J. C., *Saneamiento del proceso y audiencia preliminar*, p. 13.

⁹⁸⁵ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "Instituciones saneadoras del proceso civil español: "excepciones dilatorias" y "comparecencia previa"" en *Justicia*, v. 1, 1987, p. 27; MONTERO AROCA, J. en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil*, p. 225.

⁹⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, J. C., *Saneamiento del proceso y audiencia preliminar*, p. 14, postula la existencia de dos técnicas del método concentrado: la escrita, que es conocido como el “despacho saneador” luso-brasileño y la oral cuya principal expresión es la *erste Tagsatzung* (primera audiencia) austriaca.

La audiencia previa diseñada en la LEC es una institución que reconoce su origen más claro en la ZPO austriaca de 1895⁹⁸⁷. Su incorporación al sistema procesal español constituía un viejo anhelo de algún sector de la doctrina procesal que venía pregonando durante décadas sus bondades⁹⁸⁸. Aunque es posible ver algún antecedente de ella en la regulación de la justicia municipal de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944 y del Decreto de 21 de diciembre de 1952⁹⁸⁹, la primera tentativa de incorporar algo similar a la legislación española fue la comparecencia previa del juicio de menor cuantía de la LEC 1881 (artículos 691 a 693) instaurada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto⁹⁹⁰. El resultado, sin embargo, fue desalentador y unánimemente criticado⁹⁹¹, debido a que se terminó transformando en un

⁹⁸⁷ Entre muchos otros, así lo señalan FAIRÉN GUILLÉN, V., *La audiencia previa. Condiciones teórico-prácticas (Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000)*, Civitas, Madrid, 2000, p. 35; ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., "Consideraciones acerca de la audiencia previa al juicio en la nueva LEC" en *Diario La ley*, nº 5378, 2001, p.2; y MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil*, p. 226. También comparte esta visión, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., "La audiencia previa al juicio" en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, II, Economist & Jurist, 2000, Barcelona, p. 132, pero identificando como más inmediato antecedente la comparecencia diseñada en el denominado *Proyecto de los Profesores*, trabajo acometido en la década de los setenta por profesores de Derecho procesal de distintas universidades españolas dirigido por PRIETO-CASTRO. A pesar de esta aparente unanimidad, DE LA OLIVA SANTOS, desde su posición de participante en la redacción de la LEC, pone de manifiesto que "la audiencia previa no se gestó como una evolución de la comparecencia previa del juicio de menor cuantía, introducida en la LEC 1881 por la L. 34/1984. Y tampoco o menos aún se inspiró en la Ordenanza Procesal Civil (ZPO) austriaca de Franz Klein, en el despacho saneador, etc. La verdad es que, conociendo bien la regulación de 1984 y la experiencia subsiguiente y sin ignorar la citada Ordenanza procesal austriaca e incluso buena parte de la literatura en torno a ella, en ningún momento se pensó, a modo de método, en comparar modelos históricos o extranjeros para asumir (aunque fuese con algunos cambios) el mejor o menos malo" (DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Génesis de la audiencia previa en el juicio ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, p. 24).

⁹⁸⁸ En especial, FAIRÉN GUILLÉN que desde 1950 venía difundiendo la conveniencia de la implantación de una audiencia a la usanza austriaca. Una referencia completa a la bibliografía de este autor sobre el tema se pueden encontrar en FAIRÉN GUILLÉN, V., *La audiencia previa. Condiciones teórico-prácticas (Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000)*, p. 24.

⁹⁸⁹ Se trata -como afirma ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Consideraciones acerca de la audiencia previa al juicio en la nueva LEC*, p. 2- de un tímido antecedente de la figura, que se concretaba principalmente en la posibilidad que el juez de oficio controlara los presupuestos procesales, pero no propiamente una audiencia con fines exclusivos de saneamiento o preparación.

⁹⁹⁰ Para una comparación entre ambos, véase ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La audiencia previa al juicio*, p. 133 y ss.

⁹⁹¹ Al punto que LORCA NAVARRETE, A. M., "La fase intermedia de audiencia de las partes del juicio ordinario que regula la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil" en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, v. 1, 2000, p. 1736, afirma que "Técnicamente, no existen en nuestra legislación procesal civil antecedentes de la vigente 'audiencia previa al juicio'. La denominada 'comparecencia' del juicio

trámite escrito realizado sin la presencia del juez⁹⁹² que impedía que el pronunciamiento de las cuestiones procesales se hiciese en la audiencia preliminar⁹⁹³.

c.2. La audiencia previa en la LEC. Sus funciones.

En el diseño de la LEC se ha contemplado la audiencia previa como una fase del proceso del juicio declarativo ordinario (el juicio verbal prescinde de ella). Es una etapa intermedia que se ha de verificar una vez terminada la fase de discusión y antes del juicio⁹⁹⁴ de carácter obligatorio⁹⁹⁵. Siguiendo la nomenclatura empleada por MONTERO AROCA⁹⁹⁶, las funciones de la audiencia previa son: (1) la de evitación del proceso; (2) la saneadora; (3) la delimitadora de los términos del debate; y (4) la delimitadora de la prueba.

(1) *La función de evitación del proceso* se verifica, dentro de la detallada reglamentación de la LEC⁹⁹⁷, en dos momentos de la audiencia previa. En un primero, a través de la comprobación por parte del tribunal de la subsistencia del litigio. Esto se realiza constatando si las partes han llegado a un acuerdo o están dispuestos a concluirlo de inmediato (artículo 415 LEC). Si ha sido así, se procederá al desistimiento bilateral o a la

de menor cuantía que se regulaba en los arts. 691 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no puede ser conceptuada como una propuesta válida que sirva de antecedente de la vigente audiencia previa al juicio”.

⁹⁹² CUADRADO SALINAS, C., "La apreciación de la falta de presupuestos procesales en la audiencia previa" en *Práctica de Tribunales*, nº 64, 2009, p. 15.

⁹⁹³ GASCÓN INCHAUSTI, F. en BANACLOCHE PALAO, J. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *El tratamiento de las cuestiones procesales en la audiencia previa al juicio*, p. 219.

⁹⁹⁴ Remarca especialmente esta característica LORCA NAVARRETE, A. M., *La fase intermedia de audiencia de las partes del juicio ordinario que regula la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 1737.

⁹⁹⁵ Una crítica a la obligatoriedad de la audiencia es posible encontrar es FAIRÉN GUILLÉN, V., *La audiencia previa. Condiciones teórico-prácticas (Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000)*, p. 35. Un cuestionamiento desde la perspectiva de la posibilidad de admitir en algunos casos los escritos de réplica y dúplica en ciertos casos en los que no hay óbices procesales y no hay intención de llegar a acuerdo en NIEVA FENOLL, J., "¿Es siempre imprescindible la celebración de la audiencia previa? Posible recuperación de los escritos de réplica y dúplica" en *Justicia*, v. 3-4, 2007, p. 110.

⁹⁹⁶ En MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil*, p. 225.

⁹⁹⁷ Que se justifica por BANACLOCHE PALAO, J., "Artículo 415. Intento de conciliación o transacción. Sobreseimiento por desistimiento bilateral. Homologación y eficacia del acuerdo" en DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J. y BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, 2001, Madrid, p. 698, en la necesidad de uniformar cómo en se realiza la audiencia y no hacerla depender de la voluntad del juzgador en cada caso.

homologación judicial del acuerdo. El tribunal, en esta etapa, tiene una actitud pasiva en relación a la posibilidad de explorar un acuerdo, debiendo limitarse a la comprobación referida⁹⁹⁸. El segundo momento en que la función de evitación de la audiencia reaparece, es luego de resueltas las cuestiones procesales y fijados los hechos del debate. En él, el juez debe asumir un papel más activo y exhortar a las partes a que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio (artículo 428.2 LEC).

(2) La *función saneadora*, que es la que interesa para este estudio, se analizará en el apartado siguiente.

(3) La *función delimitadora de los términos del debate* solo se materializa una vez que se han despejado todas las cuestiones procesales que pudiesen existir en el juicio. Se cumple a través de un conjunto de actuaciones que buscan la precisión de (3.1) los hechos, (3.2) los fundamentos jurídicos y (3.3) las peticiones que forman parte de lo que se está discutido en el juicio⁹⁹⁹.

(3.1) Respecto de los hechos, se da, en primer lugar, la posibilidad a las partes de hacer alegaciones complementarias en relación a lo expuesto de contrario, cumpliendo la función que tenían en la LEC 1881 los trámites de réplica y dúplica (artículo 426.1 LEC). Además, se permite aclarar las alegaciones formuladas y rectificar los extremos secundarios de las pretensiones, con la limitación de no alterarlas sustancialmente (artículo 426.2 LEC). Sin perjuicio de esto, el tribunal podrá pedir aclaraciones o precisiones respecto de los hechos y argumentos contenidos en los escritos de demanda o contestación. Si no se efectúan las aclaraciones o precisiones, el tribunal les advertirá que puede tenerlos por conformes a la relación de hechos y argumentos de la contraria (artículo 426.8 LEC). Excepcionalmente, se admite alegar hechos nuevos para fundar las pretensiones de las partes cuando ellos hayan ocurrido o hayan llegado a conocimiento de las partes después de la demanda o la contestación (artículo 426.4 LEC).

⁹⁹⁸ BANACLOCHE PALAO, J., *Artículo 415. Intento de conciliación o transacción. Sobreseimiento por desistimiento bilateral. Homologación y eficacia del acuerdo*, p. 698; MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil*, p. 232.

⁹⁹⁹ Para la exposición de este punto, se ha tomado como base la sistematización que hace RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 1331.

(3.2) En lo relativo a los fundamentos jurídicos de las pretensiones de las partes, también se limita la imposibilidad de alterar lo fundamental de lo ya planteado, pero lo cierto es que, debido al principio *iura novit curia*, dicha exigencia debe ser entendida en términos mucho más flexibles que respecto de los hechos.

(3.3) Las peticiones de las partes podrán ser rectificadas o aclaradas con la misma limitación que ya se ha dicho de no alteración de lo esencial. Se podrán, además, añadir peticiones accesorias o complementarias si es que hay conformidad de la parte contraria o, en caso de oposición de esta, si el tribunal entiende que el planteamiento no impide a la opositora el ejercicio de su derecho de defensa en condiciones de igualdad.

(4) La *función delimitadora de la prueba* requiere la fijación de los hechos sobre los que deberá recaer la actividad probatoria, excluyendo aquellos acerca de los que hay conformidad o son notorios (artículo 428.1 LEC). Conjuntamente con ello, deberá producirse el pronunciamiento de las partes sobre los documentos aportados por la contraria (artículo 427.1 LEC) y acerca de los dictámenes periciales presentados hasta ese momento (artículo 427.2 LEC). Además, deberá proponerse el resto de las pruebas por rendir, indicarse los testigos y peritos que se presentarán en el juicio y cuáles han de ser citados. Si el tribunal considera insuficientes las pruebas propuestas para el esclarecimiento de alguno de los hechos, deberá ponérselo de manifiesto a las partes indicando el hecho o los hechos que se podrían afectar y podrá señalar la prueba cuya realización considere conveniente, frente a lo cual las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba (artículo 429.1 y .2 LEC).

c.3. La función saneadora de la audiencia previa. Procedimientos de subsanación en ella.

Lo que se ha llamado *función saneadora* es, probablemente, el principal objetivo de la audiencia previa. Consiste en asegurar que el juicio esté exento de cuestiones que impidan que se pueda dictar una sentencia acerca del fondo de la cuestión debatida, lo que se podrá cumplir tanto mediante la terminación anticipada del proceso, cuando se sabe que no podrá haber en él una decisión acerca de la controversia que lo motiva, como mediante la

corrección de aquellas cuestiones que podrían haber constituido un obstáculo para ella¹⁰⁰⁰. La consagración de esta función se encuentra en el artículo 416.1 LEC cuando se dispone que, una vez se haya descartado el acuerdo entre las partes, el tribunal debe resolver “sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo”, para luego enumerar, de forma no taxativa, las cuestiones que revisten ese carácter.

La función saneadora ha sido identificada con los presupuestos procesales o, con mayor precisión, con estos y los óbices procesales¹⁰⁰¹. Sin embargo, el recurrir a estas nociones no parece exacto ni útil.

No es exacto identificar las circunstancias mencionadas en el artículo 416.1 LEC con los presupuestos procesales, debido a que no son todos los que están ni están todos los que son. No son todos los que están pues las cuestiones relativas al litisconsorcio pasivo necesario son cuestiones de fondo que no afectan la validez del juicio¹⁰⁰². Y sí son presupuestos procesales, pero no son controlados en este momento procesal los relativos a la jurisdicción y a la competencia, que se dejan para el trámite de declinatoria, que es anterior a la audiencia.

Tampoco es útil, ya que es una noción que no aporta elemento alguno a la consideración de las circunstancias que pueden ser contempladas en esta oportunidad procesal y, por el contrario, puede limitar de forma injustificada la inclusión de otras consideraciones que, por economía procesal, sería plausible tratar como cuestiones previas que podrían evitar un pronunciamiento solo formal. Más allá de la constatación de que algunas de las causales pueden ser reconducidas a la antigua categoría de los presupuestos procesales (tan antigua

¹⁰⁰⁰ MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil*, p. 232.

¹⁰⁰¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El tratamiento de las cuestiones procesales con anterioridad a la audiencia previa (I): La inadmisión de la demanda*, p. 37, distingue dentro de la categoría de los presupuestos procesales dos categorías: los *requisitos o presupuestos procesales propiamente tal*, cuya concurrencia es necesaria en cada caso concreto para el válido desarrollo del proceso y los *óbices procesales*, cuya presencia en el caso concreto impide que se pueda llegar a una sentencia válida sobre el fondo del litigio.

¹⁰⁰² ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Consideraciones acerca de la audiencia previa al juicio en la nueva LEC*, p. 14; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "La audiencia previa en el juicio declarativo" en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., *Exposición de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Tirant lo Blanch, 2001, Valencia, p. 217.; GASCÓN INCHAUSTI, F. en BANACLOCHE PALAO, J. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *El tratamiento de las cuestiones procesales en la audiencia previa al juicio*, p. 249.

como la ciencia procesal misma), si se denominan o no presupuestos procesales, o de cualquier otra forma, es irrelevante¹⁰⁰³.

Así las cosas, más que buscar categorías que el legislador no emplea, parece más prudente quedarse con la fórmula legal y -alejando cualquier prejuicio dogmático- permitir la entrada por la vía análoga a cualquier circunstancia que pueda impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, con independencia de si la misma puede o no ser considerada un presupuesto procesal¹⁰⁰⁴.

Las cuestiones que se pueden hacer valer en la audiencia previa, de acuerdo al artículo 416.1 LEC, son la siguientes: (1) falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus diversas clases; (2) cosa juzgada o litispendencia; (3) falta del debido litisconsorcio; (4) inadecuación del procedimiento; (5) defecto legal en el modo de proponer la demanda o, en su caso, la reconvención, por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca. En caso de tratarse de circunstancias que afecten al demandante, para que estas sean conocidas deberán ser hechas valer por el demandado en su contestación (artículo 405.3 LEC). No efectuadas en ese momento las alegaciones al respecto, precluye su derecho a hacerlas valer¹⁰⁰⁵, aunque excepcionalmente, solo para el caso de la demanda defectuosa y de las circunstancias no expresamente contempladas en la enumeración recién vista, el tribunal podrá ponerlas de manifiesto de oficio. Como el demandante no ha tenido oportunidad procesal de hacerlo antes, podrá alegar las que quepan respecto del demandado en la misma audiencia¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰³ Esto viene a demostrar la razón que lleva RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 1318, cuando afirma que “Como ya se ha señalado reiteradamente, la teoría de los presupuestos procesales ha cumplido su ciclo y tan solo se justifica su recuerdo como una cita erudita”. Una crítica similar es posible encontrar en PÉREZ RAGONE, Á., “¿Presupuestos procesales? Admisibilidad y fundabilidad en la dogmática procesal civil alemana: revisión contemporánea” en *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito do Universidade Federal da Bahia*, v. I, 2010, p. 198 y ss.

¹⁰⁰⁴ En el mismo sentido, respecto de la comparecencia previa en el juicio de menor cuantía de la LEC 1881, VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Instituciones saneadoras del proceso civil español: “excepciones dilatorias” y “comparecencia previa”*, p. 58.

¹⁰⁰⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F. en BANACLOCHE PALAO, J. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *El tratamiento de las cuestiones procesales en la audiencia previa al juicio*, p. 224.

¹⁰⁰⁶ Los artículos 418 y 424 LEC reconocen dicha posibilidad respectivamente sobre la falta de capacidad y representación y la contestación o la reconvención defectuosa, pero también es posible respecto de otros casos como un litisconsorcio necesario respecto de la reconvención.

Para las situaciones de cuatro de los cinco numerales, se contemplan procedimientos subsanatorios. Solo no se contemplan para los casos de litispendencia y cosa juzgada, indudablemente insubsanables en todos los casos y en los que, está comprometida la eficacia del proceso, pero no su validez.

(1) De apreciarse por el tribunal la existencia de *falta de capacidad o de representación*, sea del actor o del demandado, se deberá conceder a la parte la posibilidad de corregir el defecto, en principio en la misma audiencia, pero si ello no es posible, dentro del plazo que se le fije, que no podrá exceder los diez días, con suspensión de la audiencia¹⁰⁰⁷. Si no se subsanare el defecto en ese plazo, o no fuese subsanable, la consecuencia dependerá de si se trata de un defecto del demandante o del demandado: si es del demandante, se dictará un auto de sobreseimiento del proceso, mientras que si es del demandado, se le declarará en rebeldía, sin que quede constancia en autos de las actuaciones que hubiese llevado a cabo.

Alguna relevancia práctica ha tenido, en este punto, la cuestión relativa a la falta de poder especial para renunciar, allanarse o transigir del procurador que comparece a la audiencia previa sin la parte¹⁰⁰⁸. Al respecto, el artículo 414.2 LEC dispone que, en caso de comparecer solo el procurador sin el poder suficiente, se tendrá a la parte como no comparecida. Frente a tan severa consecuencia, han surgido interpretaciones jurisprudenciales contradictorias: mientras algunas AAPP consideran subsanable este defecto, otras han determinado lo contrario.

¹⁰⁰⁷ Siguiendo a GASCÓN INCHAUSTI, F. en BANACLOCHE PALAO, J. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *El tratamiento de las cuestiones procesales en la audiencia previa al juicio*, p. 229, se debe entender que la suspensión no se debe acordar de forma inmediata, sino solo una vez analizadas las otras cuestiones procesales. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 1324, critica el que se deba suspender la audiencia para proceder a la subsanación, cuando muchas veces esta consiste simplemente en la aportación de un documento complementario, lo que se podría hacer antes del juicio o paralelamente al seguimiento del mismo. Asimismo, considera que el plazo máximo de diez días muchas veces puede resultar insuficiente en especial cuando el documento debe provenir desde el exterior.

¹⁰⁰⁸ Sin perjuicio de alguna opinión en contrario, no parece haber mayores dudas en la doctrina ni en la doctrina en orden a que la exigencia de poder especial se cumple se puede cumplir tanto con un poder *ad hoc* en el que se establezcan solo esas facultades o bien en un poder general que incluya estas junto con las de un propias de este (por todos, en este sentido, VALLINES GARCÍA, E., "El acto de celebración de la audiencia previa al juicio" en BANACLOCHE PALAO, J., GASCÓN INCHAUSTI, F., GUTIÉRREZ BERLINCHES, Á., VALLINES GARCÍA, E. y DE LA OLIVA SANTOS, A., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de enjuiciamiento civil*, Thomson-Civitas, 2005, Madrid, p. 356.

La postura favorable a la subsanación del defecto se ha basado principalmente en la subsanabilidad de las actuaciones de las partes, a partir de lo dispuesto en los artículos 231 LEC y 11.3 LOPJ y la doctrina constitucional de la subsanación. Se entiende que, siendo la regla la posibilidad de corregir las actuaciones de las partes, debe aplicarse este principio, debiendo disponerse la subsanación de acuerdo a la reglas del artículo 418 LEC, es decir, suspendiendo la audiencia y fijando un plazo que no puede ser superior a diez días¹⁰⁰⁹.

La postura contraria sostiene la imposibilidad de subsanar el defecto, basada en la importancia que el legislador ha dado a la audiencia previa y a la existencia de una norma expresa en ese sentido. Además, se ha considerado relevante la mayor responsabilidad que se establece a la procuraduría en la LEC y el hecho de que por este no se puede producir indefensión debido a que se trata de la negligencia de la misma parte. Todo ello siempre que se haya advertido de esta exigencia en la citación respectiva. Aunque en un principio las decisiones estaban bastante divididas, parece ser esta opción la más aceptada por la jurisprudencia en los últimos años¹⁰¹⁰.

Desde el punto de vista del texto legal, esta interpretación mayoritaria no parece la más adecuada. Nuevamente, se asume algo que es erróneo, como es el entender que cada vez que se dispone la inadmisión o nulidad como consecuencia de un defecto se debe entender excluida la posibilidad de subsanación. Ello, ya se ha explicado, es expresión de exactamente lo contrario: de la necesidad de subsanación de un defecto que debemos de entender subsanable, por aplicación de las reglas generales, pero también por el texto expreso del artículo 414 que permite la subsanación de la falta de representación. Además, se ha de tener presente que si se atribuye el carácter insubsanable a la falta de poder especial, en el caso de que se tenga por no comparecido al demandante, la consecuencia será, en principio, el sobreseimiento del juicio y, de ser el demandado, la privación de prueba (que puede ser aún más grave que el sobreseimiento). La desproporción de una interpretación en este sentido se hace evidente si se considera la trascendencia

¹⁰⁰⁹ En esta línea las SSAAPP de Lleida (Sección Primera) recurso de apelación número 338/2002, de 26 de noviembre de 2002, ponente Castaño Penalva, FJ 3º; y Tarragona (Sección Primera), recurso de apelación nº 547/2009, de 1º de septiembre de 2010, ponente Díaz Muyor, FJ 1º.

¹⁰¹⁰ Por todas, véanse los AAAAPP de Madrid (Sección Decimocuarta), 85/2006, de 3 de mayo, ponente Camazón Linacero, FJ 4º; y de Barcelona (Sección Cuarta), 206/2009, de 10 de diciembre, ponente Hernández Ruiz-Olalde, FJ 1º.

constitucional que tiene el privar del acceso al proceso y de prueba a las partes. No procediendo, al menos en el ámbito del principio *pro actione*, interpretaciones que acarreen desproporción debe descartarse esta interpretación, más cuando hay buenos argumentos de texto para ello¹⁰¹¹.

(2) Ya se ha dicho que no hay procedimientos destinados a subsanar la *litispendencia* y la *cosa juzgada* debido a que ninguna de estas situaciones admite corrección.

(3) La tramitación que se da a la *falta del debido litisconsorcio* depende, en buena medida, de la actitud del demandante. Frente a la alegación en este sentido de la demandada en su contestación¹⁰¹², si este la acepta y concurre a la audiencia con las copias correspondientes, dirigiendo la demanda en contra de quienes se consideran por el demandado sus litisconsortes y el tribunal estima procedente el litisconsorcio, el defecto se deberá dar por subsanado, ordenando emplazar a los nuevos demandados con suspensión de la audiencia. Si, por el contrario, el demandante se opone a la falta de litisconsorcio, pero el tribunal lo entiende procedente -lo que podrá apreciar en la misma audiencia o diferirlo para un auto por dictar dentro de los cinco días siguientes a ella si la complejidad del caso lo aconseja¹⁰¹³- se concederá un plazo, que no podrá ser inferior a diez días, para constituir el litisconsorcio. En ambos casos, la modificación de la demanda solo podrá ser en lo indispensable para justificar las pretensiones contra los nuevos demandados, sin que se pueda alterar sustancialmente la causa de pedir. De no aportarse las copias de la demanda y

¹⁰¹¹ En el mismo sentido, RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 1319. Sostiene lo contrario, VALLINES GARCÍA, E., *El acto de celebración de la audiencia previa al juicio*, p. 358, quien, si bien admite que se trata de una sanción drástica, sostiene que no se configura una infracción al artículo 24.1 CE debido a que se trata de un defecto imputable a la parte. La cuestión se planteó en JIMÉNEZ CONDE, F., *Ley de enjuiciamiento civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, Sepin, Pozuelo de Alarcón Madrid, 2002, p. 81 y ss., siendo respondida por ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, BANACLOCHE PALAO, CABAÑAS GARCÍA, GASCÓN INCHAUSTI Y GUTIÉRREZ DE CABIEDES. Solo ALONSO-CUEVILLAS sostuvo que era una situación subsanable, mientras el resto consideró lo contrario.

¹⁰¹² ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La audiencia previa al juicio*, p. 155, postula, y parece razonable que así sea, que el mismo demandante podrá denunciar la preterición de un litisconsorte necesario.

¹⁰¹³ Esto es criticado por LORCA NAVARRETE, pues demostraría que la LEC “no se encuentra del todo convencida de que se ubica en un trámite procesal basado en los principios de concentración y oralidad, en el que sin necesidad de la ruptura de la concentración del acto dilata innecesariamente la duración del proceso” (LORCA NAVARRETE, A. M., *La fase intermedia de audiencia de las partes del juicio ordinario que regula la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 1740.

los documentos anexos dentro del plazo otorgado, se pondrá fin al juicio, con archivo definitivo de las actuaciones.

(4) El tratamiento procesal de la *inadecuación del procedimiento* depende de si es relativa a la cuantía del juicio o a la materia que se conoce. En el primero de los casos, el tribunal deberá oír a las partes y atenerse a lo que ellas acuerden. De no haber acuerdo, resolverá en el mismo acto con los antecedentes que las partes hayan aportado (artículo 422.1 LEC). Si, en cambio, la cuestión surge debido a la materia, el tribunal igualmente deberá oír a las partes, pero no le vincula aquello en lo que ellas puedan coincidir, pudiendo diferir la decisión, si así lo aconseja la dificultad del caso, hasta por cinco días. En ambas situaciones, la corrección del defecto procesal se produce casi del mismo modo, sin intervención de las partes: si el procedimiento que corresponde es el del juicio verbal, se procederá a la citación para la vista, a menos que se aprecie que la demanda fue interpuesta fuera del plazo de caducidad o que no aparecieran cumplidos los requisitos especiales que las leyes exijan, de acuerdo a la cuantía o a la materia, casos en los que se procederá al sobreseimiento.

(5) Los *defectos en los actos de alegación de las partes* podrán ser puestos de manifiesto por la parte contraria o de oficio por el tribunal cuando ellas supongan falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o en las pretensiones deducidas¹⁰¹⁴. En estos casos, las aclaraciones o precisiones correspondientes deberán hacerse solo en la misma audiencia. Respecto a las consecuencias de la no corrección, el artículo 424 LEC es algo impreciso cuando dispone que el sobreseimiento solo puede producirse si no fuese posible en absoluto determinar en qué consisten las pretensiones o contra quién se dirigen. De acuerdo a GASCÓN INCHAUSTI¹⁰¹⁵, es necesario distinguir hipótesis diversas: (a) Si afecta a la demanda e impide determinar el contenido de la única pretensión del juicio, debe sobreseerse el juicio completo; (b) Si el defecto afecta solo a una de las pretensiones de la

¹⁰¹⁴ Si bien no lo incluye expresamente el artículo 424 LEC, parece lógico incluir dentro de esta norma a la contestación de la reconvención (en este sentido TAPIA FERNÁNDEZ, I., "Artículo 424. Actividad y resolución en caso de demanda defectuosa" en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, 2001, Elcano Navarra, p. 1436; y GASCÓN INCHAUSTI, F. en BANACLOCHE PALAO, J. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *El tratamiento de las cuestiones procesales en la audiencia previa al juicio*, p. 283). En contra, MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil*, p. 237, sostiene que debe ser canalizada a través de la causal residual del artículo 426 LEC.

¹⁰¹⁵ En BANACLOCHE PALAO, J. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *El tratamiento de las cuestiones procesales en la audiencia previa al juicio*, p. 288.

demanda, a la única pretensión de la demanda, pero hay demanda reconvenional o a la demanda reconvenional, el sobreseimiento deberá ser parcial; (c) Si el defecto no es grave o se refiere a la contestación de la demanda o de la reconvenición no puede producirse el sobreseimiento y solo pueden producirse la aplicación de las normas acerca de la carga de alegación y carga de prueba y, respecto de las contestaciones, la preclusión de los argumentos defensivos imprecisamente formulados.

En el mínimo procedimiento que se establece para el caso de los defectos de la demanda o contestación se produce una situación excepcional: aun cuando el requerimiento de subsanación hecho por el tribunal sea justificado y no sea cumplido por la parte, es posible que no se produzca el sobreseimiento. Y es que hay una diferencia entre los requisitos para que se pida la subsanación y los que son necesarios para que aquel se decrete. Mientras que en el primer caso basta con que no haya claridad o precisión en las pretensiones o en la determinación de las partes, en el segundo el canon es mucho más laxo, pues exige que “no fuese en absoluto posible determinar estos hechos”. Todo lo defectuoso que media entre la mera imprecisión y la completa imposibilidad es una irregularidad no invalidante que no produce el sobreseimiento en el caso de que no sean corregidos.

Fuera de la enumeración del artículo 416 LEC, pero en el mismo capítulo, se contempla, en el artículo 419, la situación de la *acumulación indebida de acciones*, que, dentro de la estricta programación de la audiencia, debe ser conocida inmediatamente después de las cuestiones de capacidad y representación. De oponerse el demandado a la acumulación en la contestación, el tribunal deberá oír al actor y resolver sobre el punto, debiendo seguirse el juicio solo respecto de aquellas pretensiones que según la resolución puedan constituir objeto del proceso. En algunos casos, la decisión del tribunal no requiere mayor intervención del demandante¹⁰¹⁶, pero sí la requerirá si la acumulación se debe al ejercicio de pretensiones incompatibles sin que una se plantee como principal y la otra como subsidiaria, o si la misma se debe a una acumulación subjetiva con insuficiente nexo. El problema se plantea si el demandante, al ser oído, mantiene la procedencia de la acumulación, sin expresar que acción prefiere en caso de que se estime la oposición de la demandada. En este caso, GASCÓN INCHAUSTI sostiene que debiese sobreseerse totalmente

¹⁰¹⁶ Los mismos que se veían *supra* p. 307.

el proceso¹⁰¹⁷. Esta opción no parece aceptable, a menos que se interprete que la referencia a que el actor deberá ser oído deba ser entendida como un requerimiento de subsanación, con la precisión que este debe implicar en cuanto a establecer cómo debe ser corregido el defecto. Si, por el contrario, la audiencia al autor solo supone, como parece ser, una expresión de la bilateralidad en este punto, sería necesario, una vez escuchada la parte y determinado por el juez que se trata de actuaciones no susceptibles de ser acumuladas, que este requiera de aquel la corrección del defecto, procediendo solo el sobreseimiento en caso que ello no ocurra. De otra forma, se estaría cerrando el acceso al proceso a una de las partes por un defecto perfectamente subsanable sin haberle dado una verdadera oportunidad de enmendarlo.

c.4. ¿Son aplicables los procedimientos subsanatorios de la audiencia previa en el juicio verbal?

Como se aprecia, hay una opción bastante decidida por la subsanación en la audiencia previa, al punto de permitirse, cuando es indispensable, sacrificar su continuidad con el objeto de permitir la corrección. Esta opción, sin embargo, no aparece tan claramente en el juicio verbal que se desarrolla sin audiencia previa. La regulación del tema es bastante escueta: el artículo 443.3 LEC se limita a disponer que “el tribunal resolverá lo que proceda”, al punto que puede hablarse propiamente de una laguna legal¹⁰¹⁸.

Ante la cuestión de si son aplicables analógicamente las normas del juicio verbal, la respuesta de los autores parece ser, en principio, afirmativa, pero con distinta extensión. La premisa no merece mayores discusiones: serán aplicables las normas del juicio ordinario en cuanto ellas no desvirtúen la naturaleza rápida y concentrada del juicio verbal¹⁰¹⁹. Los

¹⁰¹⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, p. 73.

¹⁰¹⁸ En un sentido similar, GUTIÉRREZ BERLINCHES, Á., "El tratamiento de las cuestiones procesales en el juicio verbal" en BANACLOCHE PALAO, J., GASCÓN INCHAUSTI, F., GUTIÉRREZ BERLINCHES, Á., VALLINES GARCÍA, E. y DE LA OLIVA SANTOS, A., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de enjuiciamiento civil*, 2, Thomson-Civitas, 2005, Madrid, p. 498, hace presente que no existe en la regulación del juicio verbal norma alguna que permita la aplicación subsidiaria de las normas del juicio ordinario al verbal, por lo que debe analizarse es si es posible su aplicación analógica para completar las lagunas existentes.

¹⁰¹⁹ Expresamente, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Artículo 443. Desarrollo de la vista" en DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J. y BANACLOCHE PALAO, J.,

problemas surgen al determinar qué afecta en concreto a esa llamada naturaleza rápida y concentrada de esta modalidad de juicio y hasta qué punto deben preservarse esas cualidades.

En aplicación de la premisa, no hay inconvenientes en admitir que puedan corregirse en el mismo acto las actuaciones defectuosas de la misma forma que se hace en la audiencia previa¹⁰²⁰. No se afecta la concentración ni la rapidez del juicio y se favorece la conservación de los actos, por lo que solo hay beneficios de permitir esta situación. En la misma lógica, se ve como más difícil que se pueda admitir la posibilidad de suspender la resolución de la decisión de una cuestión procesal compleja para el quinto día, como se permite en algunos casos en la audiencia previa, pues se rompe con la concentración del juicio verbal que exige que todo quede resuelto en la misma audiencia¹⁰²¹.

El tema, sin embargo, no aparece tan claro cuando se trata de trasladar la posibilidad de que se suspenda la audiencia y se conceda un plazo a alguna de las partes para corregir un defecto de capacidad, representación o falta del necesario litisconsorcio que no se haya podido corregir en la audiencia. Tal como en el caso anterior, se rompe la concentración del juicio, que se verá forzosamente suspendido, produciendo retardo en la terminación del mismo. Sin embargo, cabe preguntarse hasta qué punto la velocidad en la decisión del asunto puede tolerarse como motivo para impedir la obtención de una sentencia acerca del fondo del asunto, que es una garantía constitucional y, además, una de las inspiraciones más reconocibles de todo el diseño del sistema procesal civil español vigente. Parece razonable que en este dilema, la prontitud ceda frente a esta garantía constitucional. No vaya a ser que, en aras de la celeridad, se llenen los juicios verbales de sobreseimientos que, en definitiva, ni siquiera ayudan a una pronta resolución del asunto, pues, al no producir efecto de cosa juzgada, es perfectamente posible que la misma cuestión se vuelva a plantear. Así,

Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Civitas, 2001, Madrid, p. 765; y GUTIÉRREZ BERLINCHES, Á., *El tratamiento de las cuestiones procesales en el juicio verbal*, p. 498.

¹⁰²⁰ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Artículo 443. Desarrollo de la vista*, p. 765; MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Tratado de juicio verbal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 830 y ss.; y GUTIÉRREZ BERLINCHES, Á., *El tratamiento de las cuestiones procesales en el juicio verbal*, p. 498

¹⁰²¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Artículo 443. Desarrollo de la vista*, p. 765; MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Tratado de juicio verbal*, p. 828. Cf. GUTIÉRREZ BERLINCHES, Á., *El tratamiento de las cuestiones procesales en el juicio verbal*, p. 499, que, con algunas reservas, admite la posibilidad de posponer la decisión de este asunto.

se habrá resuelto rápido el juicio, pero se habrá extendido el asunto o conflicto que subyace. Toda una paradoja¹⁰²².

d. Procedimientos de subsanación en los recursos

Dentro de este epígrafe se contienen dos especies de procedimientos bastante diversos, a los que solo une su relación con los recursos. Uno de ellos se refiere a defectos u omisiones en la constitución del depósito para recurrir, mientras que el otro tiene un ámbito manifiestamente más amplio pues permite la corrección de cualquier defecto subsanable en segunda instancia.

(1) Ya se ha dicho que la subsanación en los recursos ha sido un tema espinoso en el que la jurisprudencia no ha dado toda la extensión que debería a la regla de la subsanación. Buena parte de este fenómeno se debe a la escasa mención de ella que hace el legislador respecto de situaciones relacionadas con estos medios de impugnación.

La LO 1/2009, de 2 de noviembre, establece el ya mencionado depósito para poder recurrir. Según el tipo de recurso, este puede ir de 25 a 50 euros. Aunque afirma buscar, según expresa su exposición de motivos, el “disuadir a quienes recurran sin fundamento jurídico alguno”, parece tener más propósitos recaudatorios que de otro tipo¹⁰²³. El nuevo apartado 7º de la DA 15ª LOPJ, establece que “Si el recurrente hubiera incurrido en defecto, omisión o error en la constitución del depósito, se concederá a la parte el plazo de dos días para la subsanación del defecto, con aportación en su caso de documentación acreditativa”. Ya se anticipaba que el claro texto de la ley deja poco lugar a dudas que

¹⁰²² Admiten esta posibilidad DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Artículo 443. Desarrollo de la vista*, p. 765; BANACLOCHE PALAO, J., *Artículo 415. Intento de conciliación o transacción. Sobreseimiento por desistimiento bilateral. Homologación y eficacia del acuerdo*, p. 697; GUTIÉRREZ BERLINCHES, Á., *El tratamiento de las cuestiones procesales en el juicio verbal*, p. 500; y RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 1560. En contra, MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Tratado de juicio verbal*, p. 828.

¹⁰²³ Sobre esto, véase BANACLOCHE PALAO, J., "El nuevo depósito para recurrir" en *Diario La Ley*, nº 7228, 2009, p.2. También CUCARELLA GALIANA, L., "Aspectos relativos al depósito para recurrir previsto en la disposición adicional décimo quinta de la Ley Orgánica 2/2009, de 3 de noviembre" en BONET NAVARRO, J., *El recurso de casación civil*, Tirant lo Blanch, 2010, Valencia, p. 475.

incluso la no realización del depósito es susceptible de ser corregido en este breve plazo fijado¹⁰²⁴.

(2) Una de las normas que más evidente hace la prevalencia de la subsanación a la nulidad es la del artículo 465.4 LEC, cuando dispone que, si se constata la existencia de un vicio procesal que no esté en la sentencia y que genere la nulidad de todas o algunas actuaciones, deberá así declararlo¹⁰²⁵, reponiendo las actuaciones al estado que se hallasen al momento en que este se produjo. Sin embargo, si el defecto es subsanable, el tribunal deberá permitir la subsanación en un plazo que deberá fijar, pero que no deberá ser mayor a diez días, a menos que sea un defecto que se haya puesto de manifiesto en la vista y fuese subsanable en ella.

Este procedimiento puede darse cuando el defecto por corregir se encuentre en un acto de parte y del tribunal, aunque respecto de estos últimos no procede la fijación de un plazo de corrección como el establecido¹⁰²⁶. Podrá tratarse, además, de un defecto que haya ocurrido en la primera instancia o con ocasión de la tramitación del recurso¹⁰²⁷. Si es un defecto ocurrido en la primera instancia, de acuerdo al artículo 452 LEC, la infracción debe haber

¹⁰²⁴ En el mismo sentido ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., "Calibrando la magnitud de la reforma procesal para implantar la nueva oficina judicial" en *Iuris*, nº 144, 2009, p. 7; CUCARELLA GALIANA, L., *Aspectos relativos al depósito para recurrir previsto en la disposición adicional décimo quinta de la Ley Orgánica 2/2009, de 3 de noviembre*, p. 483; y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., "El reinstaurado depósito para recurrir en casación civil" en BONET NAVARRO, J., *El recurso de casación civil*, Tirant lo Blanch, 2010, Valencia, p. 497; . En contra, BANACLOCHE PALAO, J., *El nuevo depósito para recurrir*, p. 10.

¹⁰²⁵ La disposición habla de "nulidad radical", pero para los que suponen la existencia de dos clases de nulidad-afirma OLIVA SANTOS- la norma sería también aplicable a los casos de anulabilidad (en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, p. 498).

¹⁰²⁶ Cf. ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 350, sostiene que solo procede respecto de los actos de parte, pero termina concluyendo que igualmente los actos del tribunal son subsanables. Para más sobre el tema véase infra p. 410.

¹⁰²⁷ Aparte de un argumento de razonabilidad, el que se puedan subsanar defectos ocurridos durante la tramitación del recurso se deduce de la posibilidad que se entrega de que se puedan poner de manifiesto defectos en la misma vista, ya que las únicas irregularidades subsanables que se pueden poner de manifiesto en esta oportunidad y que son relevantes son las ocurridas con posterioridad a la sentencia. Las otras o ya habrán sido validadas por la convalidación o son insubsanables (los de falta de jurisdicción objetiva o funcional y los de violencia sobre el tribunal). En contra, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El recurso de apelación en el proceso civil*, Colex, Madrid, 2001, p. 277, quien sostiene que la vista sería la oportunidad para que la recurrente reitere el defecto ya puesto en evidencia en la contestación.

sido, además de alegada en el recurso, denunciada oportunamente, si es que hubo oportunidad para ello¹⁰²⁸.

La tramitación exacta que se dé a la subsanación dependerá de si el vicio se pone de manifiesto en la vista o fuera de ella. Si es fuera de ella -sea porque es un vicio denunciado en el recurso, porque el defecto aparece de manifiesto antes de esta o porque, simplemente, ella no se ha de realizar- deberá concederse el plazo para la subsanación antes de que se celebre la vista, si ha de realizarse, o de que se dicte sentencia, si es que no¹⁰²⁹. Si, por el contrario, el defecto se pone de manifiesto en la vista, deberá diferenciarse si es susceptible de ser corregido en ese mismo momento, caso en que se hará el requerimiento respectivo, o si no lo es. En esta última hipótesis, no es claro si se debe suspender la audiencia por ello o si se debe continuar está condicionando su validez a la efectiva subsanación posterior, aunque parece más conveniente la primera de las opciones, desde el punto de vista de la conservación de los actos y la pronta resolución del asunto.

Se debe ser cuidadoso al tratar la subsanabilidad en este punto. Si bien no hay disposición alguna que así lo establezca, el avance del proceso puede transformar ciertos defectos de subsanables en no subsanables, debido a que el avance del mismo impone la anulación de las actuaciones como único medio idóneo de eliminar el defecto sin afectación de los derechos de las partes. El ejemplo más claro de esto es el litisconsorcio necesario. Si bien es subsanable en la audiencia previa, no lo es en apelación, pues solo la retroacción de las actuaciones puede proteger al litisconsorte excluido¹⁰³⁰.

¹⁰²⁸ La misma insubsanabilidad recién apuntada hace que no pueda tratarse de casos que no son convalidados por su no alegación en el recurso (de falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o violencia sobre el tribunal).

¹⁰²⁹ BONET NAVARRO, Á., *Los recursos en el proceso civil*, p. 153; ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 353. En contra, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El recurso de apelación en el proceso civil*, p. 278, sostiene que dicha opción supondría prejuzgar acerca del defecto procesal, por lo que postula que la posibilidad de corrección debe darse solo en el momento previsto inicialmente para dictar sentencia.

¹⁰³⁰ Así lo hacen presente, con el mismo ejemplo, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El recurso de apelación en el proceso civil*, p. 292; y ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 351. Acerca del tratamiento del litisconsorcio detectado posteriormente a la audiencia previa, véase SANZ HERMITA, Á. M., "De nuevo sobre la necesaria reforma del recurso extraordinario por infracción procesal" en BONET NAVARRO, J., *El recurso de casación civil*, Tirant lo Blanch, 2010, Valencia, p. 335 y ss.

e. Subsanación de los defectos procesales de la demanda ejecutiva

Sin perjuicio del control que el tribunal debe realizar de oficio de cuestiones procesales antes de despachar ejecución (artículo 551 LEC), el ejecutado puede oponerse a ella por motivos de fondo o procesales. La oposición por motivos procesales solo se puede fundar en: (1) carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda; (2) falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda; (3) nulidad radical (*sic*) del despacho de la ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena, no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520 de la misma ley; y (4) si el título ejecutivo fuera un laudo arbitral no protocolizado notarialmente, la falta de autenticidad de este (artículo 559.1 LEC).

Frente a esta oposición, dispone el artículo 559.2 LEC, sea que se funde exclusivamente en cuestiones procesales o también en motivos de fondo, deberá darse traslado al ejecutante para que, dentro del plazo de cinco días formule las alegaciones pertinentes, en la forma de una contestación de demanda¹⁰³¹. Hechas las alegaciones o transcurrido el plazo sin que se realicen, el tribunal, deberá resolver¹⁰³² en alguno de estos tres sentidos: (a) rechazando, mediante auto, la oposición; (b) acogiendo la oposición, respecto de un defecto insubsanable, caso en el que, también mediante auto, deberá dejar sin efecto la ejecución despachada; (c) acogiendo la oposición respecto de un defecto que estima subsanable. En este último caso concederá al ejecutante el plazo de diez días para subsanar el defecto, a través de una providencia. De no subsanarse el defecto dentro del plazo se seguirán las mismas consecuencias que para la hipótesis (b).

¹⁰³¹ REYNAL QUEROL, N., "La oposición procesal a la ejecución" en *Justicia*, v. 1-2, 2008, p. 361.

¹⁰³² No se contempla la posibilidad de prueba, pues se entiende difícilmente necesaria, fuera de la documental que puede ser aportada con los escritos respectivos (en este sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Artículo 559. Sustanciación y resolución de la oposición por defectos procesales" en DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J. y BANACLOCHE PALAO, J. , *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, 2001, Madrid, p. 966). Sin embargo, REYNAL QUEROL, N., *La oposición procesal a la ejecución*, p. 363, sostiene que en caso de requerirse por una parte y ser efectivamente necesaria deberá concederse esta posibilidad por aplicación analógica del artículo 560 LEC, ya que lo contrario puede vulnerar la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa de las partes.

I.4. El acto subsanador

A. El acto subsanador debe ser un acto procesal o reflejarse en un acto de esta especie

Sea frente a un requerimiento del órgano judicial o de forma espontánea, la subsanación necesita de una actuación que produzca la corrección del acto irregular. La mera inacción puede tener, se ha visto, efectos en lo referido a la convalidación, pero no los tiene en este campo, en donde siempre se requiere de una actividad para superar el estado de invalidez.

La actividad subsanadora podrá ser de distintas especies: a veces será una mera declaración, otras veces requerirá de otro tipo de conducta, pero siempre debe ser un acto procesal o, al menos, reflejarse en un acto de esta especie¹⁰³³. Si se entiende, siguiendo a la doctrina mayoritaria, al acto procesal como aquel que produce efectos en el proceso¹⁰³⁴, esta afirmación puede ser vista, al menos en algún sentido, como tautológica, pues desde el momento en que se califica un acto como subsanador de otro se estaría asumiendo que produce efectos procesales y que, por lo tanto, puede ser visto como un acto procesal. Se entiende mejor si se adopta una concepción del acto procesal como aquel que pertenece al proceso¹⁰³⁵ o que son realizados dentro del proceso¹⁰³⁶, ya que se quiere significar que, aun cuando en muchos casos el remedio necesario requiera la realización de actos extraprocesales, es indispensable su plasmación en un acto realizado en el proceso para que pueda ser eficaz desde el punto de vista de dar validez al acto defectuoso. Por esto es que no bastará, por ejemplo, con realizar un depósito u otorgar un mandato para subsanar ciertos defectos. Será necesario, además, acreditarlo dentro del proceso en uno y otro caso, a través de actuaciones que den cuenta del acto extraprocesal.

¹⁰³³ En un sentido similar, ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 257, sostiene que el acto subsanador es siempre un acto procesal. Aunque la idea subyacente es la misma, parece más preciso afirmar que en algunos casos puede ser extraprocesal, pero que estos deben reflejarse en el proceso, que no es más que la aplicación en este campo de la regla del *quod non est in actis non est in mundo*.

¹⁰³⁴ Por todos, en la doctrina española, MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 34; y BARONA VILLAR, S., en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, p. 411.

¹⁰³⁵ SATTA, S. y PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, p. 198.

¹⁰³⁶ FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general del derecho procesal hacia una teoría y ley procesal generales*, p. 329.

B. *El acto subsanador no necesariamente se identifica con el defecto por subsanar*

Ya se sabe que el sistema de validez procesal, en definitiva, busca proteger ciertas situaciones y determinados derechos de las partes que para un ordenamiento son especialmente valiosos, en especial, pero no exclusivamente, las garantías procesales. Frente a situaciones de irregularidad procesal en que esta protección no se produce- y, por lo tanto, el juicio de validez es negativo- se debe, antes de que la invalidez devenga en ineficacia, dar la posibilidad de subsanar el defecto. La subsanación no tiene como objeto transformar en regulares actos irregulares, sino en válidos actos inválidos¹⁰³⁷.

A partir de lo recién apuntado se entiende que el acto subsanador no necesariamente deba ser el cumplimiento de lo no realizado o la rectificación de lo hecho defectuosamente, pudiendo ser otra actuación que cumpla con corregir la afectación que se busca evitar. Es, en definitiva, un acto con contenido propio que debe ser el fijado en el requerimiento y que puede o no identificarse con lo defectuoso¹⁰³⁸. El acto subsanador podrá consistir en la realización de lo omitido (de hecho, es lo más común), pero no es el único medio idóneo para hacerlo. Esto redundará de forma muy relevante en cómo debe entenderse la insubsanabilidad estructural, pues, como se apuntó, para que ella se dé no basta con que no se pueda cumplir el requisito defectuoso u omitido, es menester, además, que no sea posible obtener la misma finalidad de otra manera.

C. *Conductas que pueden constituir la subsanación. Límite*

En una acepción amplia, se puede afirmar que la subsanación es, como se ha venido entendiendo en este estudio, la corrección de un acto, en el sentido que se transforma un

¹⁰³⁷ En una línea cercana, BINDER, A. M., *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*, p. 98, afirma que: “La noción más básica de saneamiento consiste en el restablecimiento de un principio constitucional (en sentido amplio) que ha sido lesionado por la actividad procesal defectuosa. De ninguna forma sanear consiste en reestablecer la forma” (las cursivas son del original).

¹⁰³⁸ ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 255. La idea, sin embargo, no es nueva: ya CARNELUTTI advertía que “no existe ninguna exigencia de homogeneidad entre el acto rectificado y el acto rectificativo” (CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil*, p. 539).

acto inválido en válido. Al momento de precisar, sin embargo, es posible reconocer conductas con distintas características como englobables dentro de la subsanación¹⁰³⁹:

(1) *Rectificación o enmienda* de actuaciones realizadas de forma inadecuada. En este caso, se parte de la base de que el acto se ha realizado con todos sus requisitos, pero uno o más de ellos ha sido imperfectamente cumplido. Así, por ejemplo, hay un relato de la demanda, pero este no es claro o se ha dirigido la pretensión en contra de alguien, pero no en contra de todos los que debió dirigirse. La conducta subsanatoria consiste, entonces, en la reforma de lo realizado, a fin de remediar la afectación causada por la irregularidad.

(2) *Integración* de actuaciones incompletas. Se está frente a un acto realizado, pero inacabado, por omisión de un requisito, como un escrito sin firma o una representación no acreditada. En estas situaciones, el acto subsanador completará al subsanado, agregándole aquello de lo que carece y que le impide ser válido.

(3) *Realización de un acto no realizado* con anterioridad. Ante una omisión, la actividad subsanatoria consistirá en la realización de lo omitido o de otra actividad que, análogamente, cumpla los mismos fines. Entendida como se ha postulado que se debe entender la omisión para este caso¹⁰⁴⁰, se trata esta de una *subsanación impropia*, en el sentido de que lo que se busca no es dar validez a un acto válido, sino de generar un acto válido donde no había acto alguno.

Aunque la ley no es explícita, se debe entender que respecto de las dos primeras conductas la actividad subsanatoria no puede significar alterar el contenido del acto en aquello que no está afectado por el defecto. No es la subsanación una técnica que se pueda aprovechar para rectificar errores de fondo ni para cambiar aspectos del acto que no hayan sido defectuosos, pero que admitan una configuración más conveniente¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁹ Semejante constatación hace CHAMORRO BERNAL, F., *El artículo 24 de la Constitución*, p. 680.

¹⁰⁴⁰ Véase *supra* p. 301.

¹⁰⁴¹ ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 253.

I.5. Consecuencias de la subsanación y no subsanación de los actos defectuosos

A. Calificación de la suficiencia del acto subsanatorio

Cuando la actividad subsanatoria es realizada por la parte, será indispensable que sea calificada por el órgano judicial mediante una resolución, a fin de determinar si es suficiente para tener por subsanado el defecto. En principio, esta calificación será hecha por quien ha efectuado el requerimiento, sea este el secretario judicial o el tribunal respectivo. Sin embargo, en aquellos casos en que el requerimiento ha sido efectuado por el secretario, el examen de suficiencia no es necesariamente definitivo, pues si bien en un primer momento es hecho por él, de ser negativa su conclusión, debe poner los antecedentes en conocimiento del juez, que es el que debe decidir, sin que le vincule, reitero, el criterio del secretario en lo relativo a la necesidad de subsanación ni a la calificación de la suficiencia del acto subsanatorio¹⁰⁴².

El examen que deberá realizar el órgano judicial consistirá básicamente en la comparación entre lo requerido por él y lo efectivamente realizado por la parte. Si hay una correspondencia absoluta, el juicio necesariamente ha de ser positivo. De no existir esta correspondencia, antes de determinarse una conclusión negativa se deberá analizar si lo actuado cumple de forma análoga con lo que se buscaba subsanar. Solo de no ser así, podrá determinarse el fracaso del requerimiento, a efectos de que se produzcan los resultados que el ordenamiento contempla para cada caso.

La calificación negativa del acto deberá hacerse de forma expresa, a través de una resolución que así lo manifieste y que, por lo general, contendrá además las consecuencias procesales que se siguen del intento fallido de subsanación. No ocurre lo mismo con la calificación positiva, que normalmente estará implícita en una resolución que permite proseguir con el proceso.

¹⁰⁴² Así se colige de los artículos 73.3, 404.2 y 513 LEC y de la DA 15ª.7 LOPJ.

B. *Efecto de la subsanación: la validación del acto ex tunc*

La subsanación del acto defectuoso como consecuencia de la apreciación por parte del tribunal de la suficiencia del acto subsanatorio tiene como efecto que el acto que era inválido se transforme en válido en atención a que ha desaparecido la afectación al sistema que el defecto producía, aun cuando en algunos casos pueda subsistir el defecto dentro del acto. La alteración del estatus normativo del acto, según ya se ha explicado, opera en la esfera del juicio de validez y no de eficacia, pues se trata de una cuestión anterior a la producción de efectos del acto.

Asumiendo lo recién expuesto, surge la cuestión acerca del momento en que se debe reputar válido el acto, si desde la ejecución del acto defectuoso o desde que se ha verificado el acto subsanatorio. En otras palabras, si la subsanación produce efectos *ex tunc* o *ex nunc*. La respuesta tradicional, dentro de la poca preocupación que ha producido el tema, ha sido entender que una vez corregido el defecto se deben retrotraer las consideraciones de su validez al momento de la realización del acto (*ex tunc*), llegando a considerarse una característica esencial de la institución¹⁰⁴³. En contra de esta opinión, ANDRÉS CIURANA sostiene que la subsanación solo produce efectos *ex nunc*, en consideración que solo a partir de la eliminación o reparación del defecto estos son válidos, quedando protegidos por el ordenamiento jurídico¹⁰⁴⁴.

Cuando se habla de efecto retroactivo, o *ex tunc* en esta materia, se quiere significar menos de lo que, en principio, se podría presumir. Se utiliza un término -el de retroactividad- con una connotación demasiado pesada en otras áreas del Derecho para una cuestión que es bastante acotada y que se resume en si el acto se debe reputar realizado en su fecha original o en la que se perfeccionó a efectos del cumplimiento de términos o plazos. Así, se

¹⁰⁴³ CARNELUTTI, F., *Sistema de derecho procesal civil*, p. 594 afirma que “(...) quien rectifica, rehace, pero la característica de la rectificación estriba en que puede atribuir al acto los efectos que habría debido y que no ha podido desarrollar a causa del vicio, o sea eliminar este último; por tanto, el nuevo acto rectifica, cuando tenga eficacia retroactiva, y de ahí que el acto rectificado valga como si no hubiese estado nunca viciado”. En el Derecho Administrativo, BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, p. 222.

¹⁰⁴⁴ Véase ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 264.

considerará que la corrección del defecto ha tenido efecto *ex tunc* si el acto corregido se reputa realizado al momento de su ejecución imperfecta y que ha tenido eficacia *ex nunc* si, por el contrario, solo se considera realizado al momento de su subsanación. No se debe pretender dar a este efecto más propiedades que estas, ni respecto del resto de las partes ni de terceros, quienes en caso alguno deben asumir los efectos del acto defectuoso corregido en otro sentido que no sea el expuesto.

Visto de la perspectiva que se ha planteado, de la determinación de la oportunidad del acto, parece indudable que la subsanación efectivamente retrotrae la regularidad del acto al momento de la celebración del acto originario. De otra manera, prácticamente toda la regulación de la LEC carece de sentido. Si solo se le reconoce efectos *ex nunc* más que un acto corregido se estará frente a un nuevo acto que se sirve de los elementos útiles de un acto fallido anterior que permanecería inválido, en una figura que se asimila más a la renovación que propiamente a la subsanación como se viene entendiendo¹⁰⁴⁵.

La cuestión tiene especial relevancia en materia de admisión de demandas, en especial en aquellos casos en los que hay plazos de caducidad involucrados que se puedan verse afectados por la consideración de una fecha posterior a efectos de la interrupción de estos¹⁰⁴⁶. Respecto de ellos, no ha habido mayores inconvenientes en la jurisprudencia para reconocer que la demanda defectuosa interrumpe los plazos de caducidad siempre que la misma sea subsanada oportunamente¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁵ BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, p. 222.

¹⁰⁴⁶ Esto queda especialmente de manifiesto en el procedimiento laboral debido al plazo de caducidad de veinte días que establece el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores respecto del ejercicio de la acción en contra del despido.

¹⁰⁴⁷ SSTC 104/1997 (Sala Segunda), de 2 de junio, ponente Gabaldón López, FJ 5º; 327/2005 (Sala Segunda), de 12 de diciembre, ponente Conde Martín de Hijas, FJ 4º; y STS 557/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 9 de junio, ponente Corbal Fernández, FJ 3º. Sobre este punto, MAGRO SERVET, V., "Determinación de la fecha que debe tenerse en cuenta en los supuestos de subsanación de defectos procesales" en *Práctica de Tribunales*, nº 64, 2009, p. 2.

C. Efecto de la no subsanación: la ineficacia

a. Improcedencia de subsanaciones sucesivas

Hecho un requerimiento subsanatorio que cumple con las exigencias de necesidad, precisión y plazo suficiente y no verificada la subsanación, sea porque no se realiza actuación alguna o porque la que se lleva a cabo no cumple en forma u oportunidad con lo requerido por el órgano judicial, debe tenerse al acto definitivamente por no subsanado¹⁰⁴⁸.

Debe descartarse que se pueda dar una nueva posibilidad de corregir, sea ampliando el plazo para cumplir el requerimiento ya efectuado o permitiendo la subsanación de un acto subsanatorio cumplido de forma imperfecta que pudiera permitir una cadena de subsanaciones sucesivas. La oportunidad que se entrega para corregir el acto defectuoso es una sola y si ella no se aprovecha las consecuencias que se deriven del defecto del acto serán ya inevitables¹⁰⁴⁹, incluso si la parte ha justificado el incumplimiento del requisito en la no necesidad del mismo, cuestionando fallidamente la procedencia del requerimiento¹⁰⁵⁰.

El fundamento de esta limitación a la subsanación es claro en la hipótesis en que el requerido no realiza actividad procesal alguna con el objeto de corregir el defecto, dejando transcurrir el plazo conferido. La noción de preclusión que maneja el sistema procesal español -la del artículo 136 LEC- bastaría para justificar esta situación. La cuestión no parece tan clara en el caso de requerimientos cumplidos imperfectamente, pues hay una actividad procesal oportuna, pero defectuosa, que no difiere sustancialmente de cualquier otra situación subsanable. En estos casos, la jurisprudencia parece inclinarse por justificarla en la falta de diligencia del litigante. Se considera que se está frente a una segunda situación de negligencia en la que se le ha exigido una forma precisa de cumplimiento que no se ha

¹⁰⁴⁸ BONET NAVARRO, Á., *Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil*, p. 389; CHAMORRO BERNAL, F., *El artículo 24 de la Constitución*, p. 704.

¹⁰⁴⁹ En esta línea, entre muchas otras, la STC 122/2006 (Sala Primera), de 24 de abril, ponente Pérez Tremps, FJ 3º y el ATC 77/2008 (Sala Segunda), de 10 de marzo, FJ 2º.

¹⁰⁵⁰ Por ejemplo, en el ATC 265/2006 (Sala Primera), de 5 de julio, FJ 4º.

verificado, por lo que impedir la corrección sería armónico con el derecho a la tutela judicial efectiva, incluso cuando está en juego el acceso a la jurisdicción¹⁰⁵¹.

Cuando la jurisprudencia ha hablado de la improcedencia de una cadena de subsanaciones ha sido en situaciones en las que el requerimiento subsanatorio ha sido cumplido de forma imperfecta y, en consecuencia, el defecto se ha mantenido. Cabe preguntarse si esa misma conclusión es extrapolable a situaciones en las que el escrito en el que se subsana el defecto o en el que se da cuenta de la subsanación contiene un defecto distinto, por ejemplo, relacionado con la individualización del juicio o con la falta de firma. Si se ha de tomar como fundamento de este rechazo consideraciones relativas a la diligencia, debería llegarse a la conclusión de que el defecto es igualmente insubsanable. Sin embargo, la aplicación de una regla en este sentido sin mayores distinciones transformaría, paradójicamente, al escrito subsanatorio en el más formalista de todos. Aunque las consideraciones relativas a la negligencia anterior -la que generó el requerimiento- pueden llevar a que se deba ser más estricto en la valoración de los defectos y su posible corrección, no se debe descartar que defectos de los de menor entidad sí puedan ser subsanados.

b. La invalidez, y consecuente ineficacia, como efectos propios de la no subsanación. Aparentes excepciones. Formas de implementarla

Descartada la posibilidad de que se pueda abrir un nuevo procedimiento subsanatorio como consecuencia de la no subsanación de un defecto, se debe concluir -dentro del esquema que se ha manejado en esta investigación- que la consecuencia necesaria de ella es la invalidez del acto, entendiendo como tal la negativa del ordenamiento jurídico de dar protección a este y a sus efectos. Si se ha constatado la existencia de una irregularidad que no aprueba el juicio de validez y que no ha sido subsanada, la consecuencia necesaria será la invalidez, a menos que se esté frente a un caso en el que ha existido una convalidación del defecto por parte de la contraria, en las situaciones en que esta procede, asunto improbable

¹⁰⁵¹ STC 136/1998 (Sala Primera), de 16 de junio, Jiménez de Parga y Cabrera, FJ 5º.

en atención a que, si así fuera, ni siquiera se debería haber llegado a requerir la subsanación¹⁰⁵².

El estudio de la jurisprudencia existente sobre el tema puede llevar a considerar, en un primer análisis, que lo planteado no es necesariamente así. Hay numerosos fallos en los que, a pesar de que no se ha cumplido con la solicitud de subsanación hecha por el órgano judicial, no se sigue consecuencia alguna. Ésta no es más que una excepción aparente, pues ello ocurre solo cuando el procedimiento subsanatorio no ha cumplido con alguno de los requisitos que se han revisado de los procedimientos, situación redundante en que no puedan generar la invalidez que se pretendía¹⁰⁵³.

Ya se ha dicho que si el acto procesal es inválido, este no se encuentra protegido por el Derecho. El juicio de reproche que el ordenamiento hace respecto de él determina que el mismo deba ser erradicado del proceso. Determinada, entonces, la invalidez será menester que el sistema se encargue de que este acto no produzca los efectos de un acto válido, es decir, que se verifique la ineficacia del mismo. Para el caso de actuaciones de parte, el ordenamiento contempla tres medidas de acuerdo a la situación en que se encuentra el acto inválido en relación con el proceso:

- (a) Si se trata de un acto de parte inválido que aún no ha sido incorporado al proceso, la forma de implementar la ineficacia será la *inadmisión*;
- (b) Si es un acto ya incorporado al proceso y que afecta la validez de este en su totalidad, se emplea la figura del *sobreseimiento*.
- (c) Por último, si el acto ya ha sido admitido en el proceso, pero afecta solo a actos determinados y no a este en su totalidad, se concretará a través de la *nulidad procesal*;

¹⁰⁵² En la gran mayoría de los casos en que así ocurra se estará frente a procedimientos subsanatorios en los que no se cumple con el requisito de la necesidad. Sin embargo, aunque improbables, es posible imaginar una situación en la que la validez del acto sea “salvada” por la voluntad de la contraparte, incluso después de fallida la subsanación. Si se trata de un caso auténticamente convalidable, se estará frente a un requerimiento subsanatorio perfecto que, sin embargo, no devendrá en la invalidez del acto.

¹⁰⁵³ Entre las últimas, así ocurre en las SSTC 127/2006 (Sala Primera), de 24 de abril. Ponente Aragón Reyes, FJ 4º; 119/2007 (Sala Primera), de 21 de mayo, ponente Casas Baamonde, FJ 4º; 59/2009 (Sala Segunda), de 23 de febrero, ponente Conde Martín de Hijas, FJ 3º.

A continuación se analizarán los dos primeros mecanismos vistos. El tercero, la nulidad, quedará reservado principalmente para el apartado siguiente, por ser más propio de las actuaciones judiciales que de las de parte.

c. Formas de implementar la ineficacia en los actos de parte

c.1. La inadmisión.

c.1.1. La inadmisión como técnica propia de los procedimientos. Ámbito de aplicación.

A diferencia de la nulidad, que, aun con sus especialidades, es una noción presente a lo largo de todo el ordenamiento, la inadmisión está ausente en buena parte de las áreas del derecho. No es un asunto que aparezca en áreas sustantivas, como el derecho civil, comercial o penal. Esto ha llevado a afirmar que es una institución netamente procesal¹⁰⁵⁴. En realidad, se trata de una noción aplicable a todo tipo de procedimientos, incluidos los no jurisdiccionales. Los actos de interesados en cualquier procedimiento son susceptibles de ser admitidos o inadmitidos desde el momento en que necesitan de una reacción del ente tramitador que les permita incorporarse a este¹⁰⁵⁵. Fuera del proceso jurisdiccional, donde esto es más evidente es en el procedimiento administrativo y en el de formación de las leyes¹⁰⁵⁶.

Sea o no exclusivamente procesal, hay acuerdo doctrinal en que solo los actos de parte son susceptibles de ser inadmitidos¹⁰⁵⁷. Esto denota la innegable exclusión de los actos del

¹⁰⁵⁴ PÉREZ GORDO, A., "La admisibilidad de los actos procesales" en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, v. I, 1980, p. 244; HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 107.

¹⁰⁵⁵ CIERCO SEIRA, C., *La inadmisión en el procedimiento administrativo: estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, Iustel, Madrid, 2009, p. 20

¹⁰⁵⁶ El mejor ejemplo es CIERCO SEIRA, C., *La inadmisión en el procedimiento administrativo: estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*. Desde el aporte de la ciencia procesal, el autor busca comprender la inadmisión en el procedimiento administrativo.

¹⁰⁵⁷ Por todos, GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*, p. 104; DELOGU, T., *Contributo alla teoria della inammissibilità nel diritto processuale penale*, A. Giuffrè, Milano, 1938, p. 35; y HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 204.

órgano judicial del ámbito de esta técnica. Sobre el punto, CLARIÁ OLMEDO explica que “no se concibe la inadmisibilidad de un acto procesal propio del tribunal o en el que este tome intervención directa. Esto último ocurre así porque el propio tribunal es quien debe aplicar la sanción impeditiva del ingreso jurídico del acto en el proceso, y ello no podría suceder si se tiene en cuenta que al actuar el juez, ese ingreso ya ha acaecido, puesto que el acto produjo efecto mientras se realizaba”¹⁰⁵⁸. Para estos efectos, la noción de parte debe ser tomada de forma amplia, incluyendo no solo propiamente a los que cumplan el rol de demandante y demandado, sino también a los terceros y a quienes actúen por unos y otros. En otras palabras, las actuaciones de todos quienes no son el órgano judicial caben dentro del ámbito de la inadmisibilidad¹⁰⁵⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, surgen diversas opiniones acerca de si todos los actos de parte son susceptibles de ser declarados inadmisibles. Aunque un importante sector de la doctrina guarda silencio sobre el punto, sin hacer exclusiones, hay voces reputadas que plantean que no todos los actos de parte están sujetos al control de admisibilidad. GOLDSCHMIDT, dentro de su división más básica, afirma que son susceptibles de ser controlados en este aspecto los actos de postulación, excluyendo a los de causación¹⁰⁶⁰. CLARIÁ OLMEDO, por su parte, sostiene que los actos de parte que responden a órdenes del órgano judicial no son susceptibles de ser objeto del juicio de admisibilidad, pues simplemente se cumplen o no¹⁰⁶¹. Más recientemente, en una postura que recoge lo históricamente planteado por buena parte de la doctrina italiana, FONTI ha sostenido que ella solo procede respecto de actos de parte propulsivos de procedimientos incidentales, de procedimientos eventuales y de relaciones accesorias¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁸ CLARIÁ OLMEDO, J. A., *Derecho procesal*, p. 119.

¹⁰⁵⁹ CLARIÁ OLMEDO, J. A., *Derecho procesal*, p. 119; HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 204.

¹⁰⁶⁰ GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*, p. 104 y 151. Para este autor los actos de obtención (*Erwirkungshandlungen*) son aquellos actos de las partes que se encaminan a impetrar una resolución de contenido determinado mediante influjos psíquicos ejercidos sobre el juez, mientras que los de causación (*Bewirkungshandlungen*) serían todos aquellos que no son actos de obtención. Estos últimos no se valorarían de acuerdo a su admisibilidad y fundabilidad, sino de acuerdo a su atendibilidad, que vendría a ser un equivalente procesal de las valoraciones materiales de validez y eficacia. Sobre estos tipos de actos, sus denominaciones y características véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt*, p. 66 y ss.

¹⁰⁶¹ CLARIÁ OLMEDO, J. A., *Derecho procesal*, p. 119.

¹⁰⁶² FONTI, R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, p. 38. Para comprender las limitaciones que propone la doctrina italiana, hay que tener presente que todo el desarrollo doctrinario de la inadmisión se produce con

Para la aclaración de la cuestión es necesario volver a algunas nociones básicas. Si se entiende que solo es posible identificar como acto procesal a aquel acto del proceso, se aprecia que no hay actos de parte que se puedan incorporar automáticamente a él, por su sola presentación, sin necesidad de una resolución previa que los incorpore¹⁰⁶³. Siempre esta resolución podrá ser de inadmisión por el incumplimiento de algún requisito, por mínimo que este sea. Distinto es si se entiende que los actos procesales son aquellos que producen efectos en el proceso, pues ahí sí se debiese aceptar que hay actos -que serían algunos de los que GOLDSCHMIDT llama actos de causación- que no son susceptibles de ser controlados en su admisibilidad, pues no son propiamente incorporados al proceso. Así, siguiendo los ejemplos del maestro alemán, los actos de sumisión expresa efectuados fuera del proceso no requieren ser admitidos en él, sin perjuicio de producir efectos en la admisibilidad de la demanda¹⁰⁶⁴.

Fuera de las situaciones ya descritas, hay algunos actos que ocurren dentro del proceso en los que intervienen las partes, pero que no son objeto de un juicio de admisibilidad pues se realizan con intervención directa y coetánea del órgano judicial. Esto hace que, al menos desde el punto de vista de su validez, se trate de un acto de órgano judicial y no de un acto de parte. Es el caso, por ejemplo, de la declaración de parte dentro del proceso¹⁰⁶⁵.

ocasión del procedimiento penal, en especial a partir de la introducción de ella en el Codice de Procedura Penale de 1930, lo que implica alguna situación algo diversa en relación al papel de la parte en el proceso, en especial en relación a su inicio.

¹⁰⁶³ En este sentido es que de la DE LA OLIVA SANTOS sostiene que no hay actos verdaderamente procesales sin intervención alguna del órgano judicial ni relación alguna con este (en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 321)

¹⁰⁶⁴ GOLDSCHMIDT también considera actos de causación el allanamiento y el desistimiento, sin embargo ellos, por deberse incorporar al proceso, son susceptibles de ser inadmitidos. Imagínese, por ejemplo, un escrito de desistimiento sin firma o suscrito por alguien no facultado para ello.

¹⁰⁶⁵ Son los actos que, ya se advertía, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO llama “actos subjetivamente complejos”, que desde la perspectiva de la invalidez son actos del órgano judicial pues ellos se sujetan al régimen de la nulidad y no de la inadmisión (en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt*, p. 57).

c.1.2. Dificultades del concepto de inadmisión. Necesidad de revisión de la noción tradicional.

Más allá de la superficialidad, aprehender qué es la inadmisión no es una tarea fácil de acometer. En buena parte, esto se debe a que es una institución de origen eminentemente práctico, que carece de un tratamiento sistemático en los cuerpos legales y que es usada con pasmosa facilidad por el legislador como remedio a algunos de sus más acuciantes problemas¹⁰⁶⁶. Si a ello se le suma que es un tema que no ha merecido mayor atención de la doctrina¹⁰⁶⁷, se puede explicar que hoy no exista un concepto asentado de aquella ni que se haya logrado encuadrarla dentro de una teoría de la invalidez procesal¹⁰⁶⁸.

El uso común del vocablo inadmisión se refiere a lo no aceptado o permitido¹⁰⁶⁹. Aunque es una noción que no basta por sí misma, aporta un punto de partida al relacionarla con un incumplimiento del ordenamiento jurídico. Si bien no toda falta a este debe traducirse en inadmisión, esta idea ya perfila en algo de ella: no es dable entenderla, al menos en su sentido original, fuera del contexto de situaciones en las que no se observa una norma procesal.

A falta de un tratamiento legal sistemático, la labor de la doctrina ha sido identificar elementos característicos que permitan distinguir a esta figura de otras, en especial de la desestimación o rechazo, pero también de la nulidad. Las respuestas han sido diversas y van

¹⁰⁶⁶ En esta línea, entre otros, DELOGU, T., *Contributo alla teoria della inammissibilità nel diritto processuale penale*, p. 2; GALLI, G., *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 1; PÉREZ GORDO, A., *La admisibilidad de los actos procesales*, p. 199; CIACCIA CAVALLARI, B., *La rinnovazione nel processo di cognizione*, p. 193; y FONTI, R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, p. 32.

¹⁰⁶⁷ En España, la inadmisibilidad ha gozado de muy poca atención. Salvo el trabajo citado de PÉREZ GORDO, esta no ha sido objeto de estudios generales que permitan situarla dentro del sistema de la invalidez. Solo la inadmisión del recurso de casación y del amparo, por sus peculiaridades, y, en menor medida, de la demanda, por su relevancia constitucional, han sido tratadas con alguna profundidad por la doctrina española.

¹⁰⁶⁸ Esto es lo que genera quejas como la de ALONSO IBÁÑEZ, M. d. R., *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 1996, p. 400, quien afirma que “la dogmática de la inadmisibilidad adolece de una radical insuficiencia en sus fundamentos. Es un complejo de lugares comunes abstractos. Pasa lo mismo con las inadmisibilidades que con las nulidades. Las críticas a la construcción teórica tradicional de la nulidad es trasladable en el fondo también a la inadmisibilidad”.

¹⁰⁶⁹ Así lo constatan GALLI, G., *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, p. 3; y PÉREZ GORDO, A., *La admisibilidad de los actos procesales*, p. 200. Es, también, el sentido que le reconoce el Diccionario de la Lengua Española, quien define “admitir” como “aceptar” y, en su segunda acepción, como “permitir o sufrir”. La palabra “inadmisión” aún no es reconocida por la RAE en su Diccionario de la Lengua Española, pero sí lo será a partir de la edición de 2013.

desde algunas que, por sintéticas, aportan poco hasta otras más descriptivas tanto de sus motivos como de sus consecuencias.

Quizá la definición de inadmisibilidad más difundida dentro de nuestra lengua es la de FENECH NAVARRO, quien propone entenderla como “la particular relación en que se encuentra el acto con el ordenamiento jurídico positivo”¹⁰⁷⁰, explicando que existen actos necesarios, permitidos, indiferentes o prohibidos y que para que sean admisibles es necesario que sean actos tolerados, facultados o exigidos por la ley, pero sin lograr concretar mayormente el contenido de esta posibilidad, ni dando suficiente explicación que pueda permitir distinguir un acto inadmitido de uno desestimado.

CLARIÁ OLMEDO, por su parte, define a la inadmisión como “la sanción de naturaleza procesal mediante cuya aplicación se impide *ab initio* que produzcan efecto en el proceso los actos de parte (o algunos terceros no requeridos por el tribunal), por habérselos realizado sin observar determinados requisitos de forma o careciendo de la facultad para actuar válidamente”¹⁰⁷¹.

A su vez, en una línea más descriptiva de los efectos del acto, GOLDSCHMIDT afirma que un acto es admisible “si el juez ha de entrar en la averiguación de su contenido”¹⁰⁷². La admisibilidad sería un asunto que se determina exclusivamente por normas del derecho procesal, en contraposición a la fundabilidad, que se refiere a aquellos elementos de contenido del acto que determinan si el acto es apropiado para conseguir el fin que persigue y que, generalmente, tienen relación con el derecho material¹⁰⁷³. Algo similar plantea DELOGU, quien entiende la inadmisión -desde una concepción del proceso bastante

¹⁰⁷⁰ FENECH NAVARRO, M., *Derecho procesal penal*, p. 261 y ss.

¹⁰⁷¹ CLARIÁ OLMEDO, J. A., *Derecho procesal*, p. 118. Una postura similar ya era sostenida por BÜLOW, O. v., *La Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 4 y ss., aunque solo respecto de los presupuestos procesales.

¹⁰⁷² GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*, p. 104.

¹⁰⁷³ GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*, p. 104.

distinta¹⁰⁷⁴- como “la calificación jurídica de aquella solicitud de parte que no tiene la aptitud de vincular al juez a emitir un pronunciamiento de mérito de ella”¹⁰⁷⁵.

Fuera de la primera de las definiciones -no por incorrecta, sino por poco expresiva- y sin perjuicio de algunas diferencias derivadas de formas diversas de entender el proceso y de algunas instituciones de él, las definiciones transcritas reflejan el aparente acuerdo que hay en la doctrina en lo referente a las causas y a los efectos de la inadmisión. El consenso vendría dado en que esta se origina en la falta de ciertos presupuestos o requisitos que el ordenamiento exige para la validez o eficacia del acto o del proceso en su totalidad que tiene como consecuencia que el tribunal no se pronuncie acerca del fondo del asunto¹⁰⁷⁶.

Aunque desde un punto de vista histórico y de la teoría general del proceso, dicho consenso aparece como justificado, para quien reivindique la necesidad de estudiar dogmáticamente los conceptos a partir de un ordenamiento determinado, la noción expuesta se muestra hoy como insuficiente. Quien tome como referencia prácticamente cualquier ordenamiento procesal actual podrá constatar con bastante facilidad que en muchas ocasiones lo que se ha dicho acerca de la inadmisión no se cumple, en especial en lo relativo a los motivos que pueden llevar a una declaración de inadmisión¹⁰⁷⁷.

Aprovechándose de la celeridad que ofrece -pues permite terminar una demanda o un recurso en su fase inicial- hoy la inadmisión se ha transformado en una herramienta

¹⁰⁷⁴ El contraste con GOLDSCHMIDT es marcado en este punto, pues mientras este sostiene su concepción del proceso como situación jurídica, DELOGU, de evidente influencia chiovendana, construye toda su teoría a partir de la idea del proceso como relación jurídica.

¹⁰⁷⁵ DELOGU, T., *Contributo alla teoria della inammissibilità nel diritto processuale penale*, p. 51.

¹⁰⁷⁶ También en este sentido, entre otros, GALLI, G., *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, p. 12; PÉREZ GORDO, A., *La admisibilidad de los actos procesales*, p. 204; FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general del derecho procesal hacia una teoría y ley procesal generales*, p. 604

FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general del derecho procesal hacia una teoría y ley procesal generales*, p. 604

FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general del derecho procesal hacia una teoría y ley procesal generales*, p. 604;

MONTOYA MARTÍN, E., *El recurso de casación contencioso-administrativo: en especial las causas de inadmisibilidad*,

McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 131; FONTE, R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, p. 174; CIERCO

SEIRA, C., *La inadmisión en el procedimiento administrativo: estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, p. 33.

En consonancia con esto, la RAE ha adelantado que en su edición vigésimo tercera (esperada para 2013) la entenderá como “Rechazar una demanda, recurso o petición por motivos formales, sin entrar a considerar el fondo”.

¹⁰⁷⁷ CIERCO SEIRA, C., *La inadmisión en el procedimiento administrativo: estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, p. 38.

polivalente que se emplea para diversas situaciones. Aunque es posible hacer una enumeración más exhaustiva, hoy esta institución cumple al menos tres funciones: la original, relativa al cumplimiento de requisitos procesales y que es la que se relaciona con la invalidez; como medio de desestimación *in limine*; y como fórmula de objetivación de algunos medios de impugnación.

c.1.3. Funciones de la inadmisión.

c.1.3.1. Función original de la inadmisión: como controladora de la validez e idoneidad de los actos de las partes.

Aunque no haya sido concebida de forma muy reflexiva, la inadmisión fue ideada como un mecanismo procesal destinado a evitar que ingresen a un determinado proceso actuaciones de las partes que no cumplen con alguno de los requisitos¹⁰⁷⁸ que puedan implicar la invalidez de la misma actuación o del proceso en su totalidad¹⁰⁷⁹. Normalmente, se parte de la idea de que el órgano judicial solo debe pronunciarse acerca del fondo de alguna petición si se han cumplido los requisitos procesales que lo habilitan para ello¹⁰⁸⁰. Se trata, en palabras de DELOGU, de una decisión acerca de si hay que juzgar¹⁰⁸¹.

Por razones lógicas y de economía procesal, este juicio de admisión debe ser efectuado antes de entrar a juzgar el fondo del asunto¹⁰⁸². No solo es un juicio anterior al de fondo, sino necesariamente *in limine* que permite al órgano judicial conocer si efectivamente se

¹⁰⁷⁸ Buena parte de la doctrina recurre en este punto a la noción de presupuestos procesales, explicando que son ellos los que son controlados por el juez en el juicio de admisibilidad. Nuevamente, se ha optado por no recurrir a esta categoría, por la vaguedad de la misma, pero también porque no es un buen descriptor del tema. Y es que ni todo lo que se controla es lo que, al menos ordinariamente, se considera como tal ni todos los pretendidos presupuestos procesales son controlados en esta instancia. Una crítica en similar sentido es posible encontrar en ALONSO IBÁÑEZ, M. d. R., *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*, p. 104.

¹⁰⁷⁹ CIERCO SEIRA, C., *La inadmisión en el procedimiento administrativo: estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, p. 37.

¹⁰⁸⁰ MONTOYA MARTÍN, E., *El recurso de casación contencioso-administrativo: en especial las causas de inadmisibilidad*, p. 131; FONTI, R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, p. 174.

¹⁰⁸¹ DELOGU, T., *Contributo alla teoria della inammissibilità nel diritto processuale penale*, p. 134.

¹⁰⁸² MONTOYA MARTÍN, E., *El recurso de casación contencioso-administrativo: en especial las causas de inadmisibilidad*, p. 131; FONTI, R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, p. 69.

encuentra en condiciones jurídicas de poder incorporar al proceso la actuación de parte, con la sola consideración, en principio, de la misma presentación¹⁰⁸³.

En la concepción original de la inadmisión, el fondo del asunto sometido al órgano judicial no es objeto de juzgamiento alguno. No hay en este primer acercamiento del juzgador con el acto de la parte una valoración del mérito de lo hecho valer. El contenido es irrelevante a efectos de la admisión o inadmisión. Así, la procedencia o improcedencia de lo pretendido o su fundamentación no deben ser consideradas en este punto. Es, si se quiere, un examen formal o, mejor dicho, exclusivamente procesal de la actuación sometida al tribunal¹⁰⁸⁴, pues se entiende que el examen acerca del fondo solo es posible hacerlo posteriormente, una vez admitido el acto y transcurrido todo el procedimiento. Es esta función, la original, la que guarda relación con la invalidez. Por ello, se volverá a ella más adelante.

Sin embargo, en su diseño más tradicional la inadmisión admite también un segundo uso, en el que se denota la falta de precisión técnica con que se emplea esta denominación, que se da respecto de los medios probatorios. El artículo 283 LEC establece la posibilidad de inadmitir la prueba por inútil, impertinente o ilegal. De estos tres criterios, el último tiene que ver con la validez de las actuaciones. Los otros dos se relacionan con la falta de idoneidad del medio probatorio para alcanzar el fin que busca¹⁰⁸⁵.

c.1.3.2. Como desestimación in limine.

La inadmisión entendida solo de la forma recién expuesta es más ideal que real. Por consideraciones, nuevamente, de economía procesal, no es extraño que se haya contemplado en prácticamente todos los ordenamientos la posibilidad de inadmitir una actuación de parte irreprochable desde el punto de vista del cumplimiento de los requisitos procesales (y, por lo tanto, de su validez), debido a la casi absoluta certeza de que la

¹⁰⁸³ La idea de que la inadmisión es necesariamente una decisión *in limine* parece haber estado bastante internalizada dentro de los redactores de la LEC, pues incluso, como veremos, prefiere recurrir a la figura del sobreseimiento antes de permitir alguna hipótesis de inadmisión que se pueda verificar con posterioridad a este juicio preliminar.

¹⁰⁸⁴ Es en este sentido que DELOGU, T., *Contributo alla teoria della inammissibilità nel diritto processuale penale*, p. 22, sostiene que se trata de una obligación neutral para el juez, pues es independiente del contenido de la petición.

¹⁰⁸⁵ En el mismo sentido, ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 228.

pretensión contenida será desestimada, sin importar qué ocurra durante la tramitación de la misma¹⁰⁸⁶.

La inclusión en diversos sistemas de causas de fondo que permiten la inadmisión ha hecho que la distinción entre el examen de admisibilidad y el de fundabilidad se vaya tornando cada vez más difuso¹⁰⁸⁷. Lo que pasa a distinguir a la inadmisión de la desestimación ya no es el tipo de juicio que se hace, sino el momento en el que el mismo se efectúa. Mientras la primera presupone una actuación previa a cualquier otra actuación en el juicio, la segunda implica la completa tramitación de la solicitud de la parte. Así, la inadmisión se convierte en una verdadera desestimación *in limine* que se realiza frente a la convicción de que es inoficioso dar el tratamiento normal a una petición que, de seguro, no podrá cumplir en el juicio la función que la parte pretende. Se está, en definitiva, frente a una exigencia de un mínimo *fumus* que haga nacer la necesidad de que el órgano judicial dé a la petición la tramitación normal que la ley dispone¹⁰⁸⁸.

En este orden, la extensión de la inadmisión a cuestiones sustanciales se concibe como una situación sumamente excepcional para casos en los que la incorporación al proceso de la petición asoma como abiertamente inútil o, incluso, nociva. Sin embargo, por ser una fórmula que ofrece algunas virtudes especialmente apreciadas desde el punto de vista práctico -celeridad y un importante ahorro en la carga de trabajo de los tribunales-, esta modalidad de inadmitir, en principio atípica, adquiere una prevalencia legislativa y práctica quizás insospechada en un inicio¹⁰⁸⁹.

La inadmisión tradicional, al ser un examen procesal y no sustancial, enjuicia la formulación de la pretensión¹⁰⁹⁰, la por cuestiones sustanciales, en cambio, enjuicia a la pretensión como

¹⁰⁸⁶ GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*, p. 105 y 153, ya se pone en el caso de que existan situaciones de esta especie en las que por falta de seriedad de la petición de parte el asunto no debe ser tramitado normalmente por el órgano judicial, pero se refiere a ella como un problema de atendibilidad y no de admisibilidad, aceptando la existencia de desestimaciones *in limine*, pero conservando el carácter meramente procesal de la inadmisión.

¹⁰⁸⁷ DELOGU, T., *Contributo alla teoria della inammissibilità nel diritto processuale penale*, p. 67.

¹⁰⁸⁸ FONTI, R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, p. 39.

¹⁰⁸⁹ CIERCO SEIRA, C., *La inadmisión en el procedimiento administrativo: estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, p. 44.

¹⁰⁹⁰ Entendemos pretensión en este caso en un sentido amplio, como cualquier autoatribución de derecho, sustancial o procesal, que se hace valer ante un tribunal.

tal. En este último caso no se busca constatar el cumplimiento de la necesaria argumentación que se impone en las peticiones más relevantes -y que vendría a ser parte de aquello que la doctrina italiana ha denominado la *forma-contenido*¹⁰⁹¹ - sino la plausibilidad del fondo de lo pretendido. Así, por bien argumentada y documentada que esté una pretensión, ella podrá ser igualmente desestimada *in limine* si el órgano juzgador no ve posibilidades mínimas de que la petición de la parte prospere.

En el ordenamiento español, la inadmisión por motivos de fondo se expresa principalmente a través de dos grandes categorías: (c.2.1) la evidente falta de plausibilidad y (c.2.2) el abuso, fraude o mala fe procesal.

c.1.3.2.1. Evidente falta de plausibilidad.

El primer antecedente de inadmisión por motivos de fondo en el ordenamiento procesal español es posible encontrarlo en la LOTC. Hasta la LO 6/2007, su artículo 50 permitía la inadmisión cuando “la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional”¹⁰⁹². En una disposición menos discutida, pero también menos recurrida, se permitía la inadmisión por haberse desestimado un asunto sustancialmente igual al propuesto¹⁰⁹³.

Por lo excepcional de la situación, la inadmisión original estaba diseñada con una serie de recaudos que, al menos en la teoría, parecían ofrecer garantías de que no se trataría de una herramienta mal utilizada: se obligaba a que la decisión fuera tomada por la unanimidad de la Sala, a través de un auto y previa audiencia del solicitante y el Ministerio Fiscal. Sin embargo, frente a la gran carga de trabajo del tribunal —que, se suele afirmar, lo tenía al borde colapso- se encontró en la inadmisión una herramienta útil para, al menos, mitigar el

¹⁰⁹¹ Véase *supra* p. 215.

¹⁰⁹² Durante su vigencia, la norma no sufrió mayores variaciones en la formulación del motivo. Solo se vio modificada levemente en su redacción por la LO 6/1988, de 9 de junio, que agregó la frase “sobre el fondo” y la cambió del artículo 50.2.b. al 50.1.c.

¹⁰⁹³ La misma ley introdujo los únicos cambios que fueron la agregación de la exigencia de mencionar la resolución o las resoluciones desestimatorias y el paso del artículo 50.2.c al 50.1.d. La menor aplicación de este motivo muy probablemente se debe a que exige una mayor carga argumentativa que la manifiesta falta de fundamento, en especial, porque requiere de la identificación de resoluciones precisas que la configuren.

número de causas en estado de fallarse¹⁰⁹⁴. Para facilitarla es que la ya referida LO 6/1988 introdujo una serie de modificaciones que permitieron una inadmisión más ágil: puede inadmitir por la Sección, aunque por unanimidad, a través de una providencia y sin necesidad de previa audiencia.

Al parecer, la inclusión de esta figura fue bien valorada por el legislador, pues no tardaría en permitir el ingreso de ella al proceso civil. La Ley 10/1992, de 30 de abril, introdujo, en el artículo 1710.1.3ª LEC 1881, la posibilidad de inadmitir un recurso de casación por “manifiesta falta de fundamento” y “cuando se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales”¹⁰⁹⁵. La inclusión en proceso civil de estos motivos, en especial el primero, generó no pocas críticas¹⁰⁹⁶, pero se mantuvo sin modificaciones hasta la entrada en vigencia de la LEC actual, en la que se sustituye por el concepto de interés casacional, que se analizará pronto, pero subsistiendo para el recurso extraordinario por infracción procesal (artículo 473.2.2º LEC).

Esta técnica tiene una limitación importantísima: no es aplicable a la demanda. Considerando que el TC ha declarado que el núcleo de la tutela judicial efectiva está dado por el acceso al proceso, no es dable limitar el mismo a través de decisiones preliminares

¹⁰⁹⁴ Sobre la inadmisión como herramienta reguladora de la labor del TC, véase HERNÁNDEZ RAMOS, M., *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Reus, Madrid, 2009, p. 47.

¹⁰⁹⁵ La redacción de este motivo generó una desafortunada actuación del TC: El artículo 1710.1.3ª disponía que “Asimismo, dictará la Sala auto de inadmisión, con idénticos efectos, cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento o cuando se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales. *En este caso*, puesta de manifiesto la causa de inadmisión se oír a la parte recurrente por plazo de diez días antes de resolverse definitivamente. Para denegar la admisión del recurso por esta causa será necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad”. El que dijere “en este caso” y no “en estos casos” llevó al TS a interpretar que solo debía oír al recurrente si el motivo de la inadmisión era la de sustancial igualdad y no si era el de manifiesta falta de fundamento. En la STC 212/1994 (Sala Primera), de 13 de julio, ponente De la Vega Benayas, se sostuvo respecto de un caso de inadmisión por manifiesta falta de fundamento que “La lectura del precepto revela inequívocamente que en los casos -como el presente- en que la inadmisión del recurso se basa en su falta de fundamento es obligatorio oír al recurrente antes de dictar Auto de inadmisión” (FJ 3º). El problema surgió con el cambio de postura producido por la ya citada STC 37/1995 (Pleno), de 7 de febrero, ponente Begué Cantón, FJ 6º, que concluye que la interpretación del TS es razonable, lo que basta para que la misma sea constitucionalmente tolerable, por tratarse de un tema relativo al derecho al recurso, que está protegido por el *pro actione* solo de forma atenuada.

¹⁰⁹⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Del recurso de casación*, p. 395, sostuvo que “constituye sin duda alguna una de las novedades más criticables de la reforma, traduciéndose en una pérdida de garantías de los justiciables y en un posible perjuicio de la cuestión de fondo sin respetar el derecho de audiencia de la parte recurrida”.

que puedan impedir que el demandante pueda obtener una resolución sobre el fondo del asunto. Lo anterior no implica que no sea dable la inadmisión de una demanda, pero sí que debe ser por causales establecidas por la ley, que deben ser de carácter procesal y no sustancial.

Sin perjuicio de lo expuesto, excepcionalmente se permite la inadmisión de la demanda por motivos de fondo. Son situaciones especiales en las que se ha privado de lo que se ha denominado la *accionabilidad*, es decir, en que se proscribe el ejercicio de ciertas pretensiones, debido a que, abstractamente consideradas, ellas no pueden ser otorgadas por el órgano judicial¹⁰⁹⁷. El caso más citado es el del artículo 42 CC que establece que no se admitirá a trámite una demanda en la que se pretenda el cumplimiento de una promesa de matrimonio¹⁰⁹⁸. También se establece esta posibilidad en determinados asuntos en los que el legislador, para preservar la integridad de ciertos procedimientos especiales o para controlar pretensiones que solo se permiten en casos especialmente calificados, hace un examen de plausibilidad previo, poniendo por delante de la tramitación del juicio ciertos requisitos de fondo. Así se da, por ejemplo, en el caso de que se persiga la responsabilidad civil de jueces y magistrados por los perjuicios que irrogaren en el ejercicio de sus funciones si no se hubiera reclamado o recurrido oportunamente en el proceso contra el acto u omisión que se considere causante de los daños y perjuicios (artículo 403.2 LEC); en el procedimiento de retracto donde se puede verificar la inadmisión por la falta de un principio de prueba del título en que se funde la demanda (artículo 266.3º LEC); y en el de filiación, en que se exige para las demandas de determinación o impugnación de esta la aportación de un principio de prueba de los hechos en que se funda (artículo 767.1 LEC)¹⁰⁹⁹.

En general, el valor de las inadmisiones por motivos de fondo es eminentemente práctico. Aunque son difíciles de defender desde la perspectiva teórica, pues implican juicios sustanciales sin todos los elementos de juicio de una decisión normal de fondo, desde el

¹⁰⁹⁷ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, p. 286.

¹⁰⁹⁸ Para otros casos, véase RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 1169.

¹⁰⁹⁹ Sobre estos y otros casos, véase NIEVA FENOLL, J., *Enjuiciamiento prima facie: aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, p. 120 y ss.

punto pragmático ofrecen una herramienta que permite salvar atascos en los tribunales o, al menos, mitigar en algo su carga de trabajo¹¹⁰⁰.

Curiosamente, el éxito de la fórmula de las inadmisiones de fondo está dado por su principal defecto: la abierta imprecisión de las fórmulas con las que se consignan. La diferencia entre una petición con fundamento suficiente y otra en que de forma manifiesta carece de ella tiene pocos referentes que permitan el control de la decisión del tribunal¹¹⁰¹. Ello da un margen de discrecionalidad al tribunal que es el que le confiere a la inadmisión la elasticidad suficiente como para constituir una situación efectivamente excepcional o, como terminó siendo, tanto en el TC como el TS, verdaderamente la regla.

c.1.3.2.2. Abuso, fraude o mala fe procesal.

Aunque con menos relevancia práctica, un sector de la doctrina postula que la inadmisión por motivos de fondo puede extenderse también a casos en los que nos encontremos frente a situaciones en las que haya abuso, fraude o mala fe procesal¹¹⁰². Esta idea parte de la consagración del principio de buena fe procesal (artículo 247.1 LEC) y, en especial, del deber de los tribunales de rechazar fundadamente las peticiones que se realicen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal (artículos 11.2 y 247.2 LEC)¹¹⁰³.

Con figuras como las del abuso, el fraude y la mala fe, se postula la posibilidad de vetar el ingreso al proceso a actuaciones que, si bien cumplen las exigencias procesales y pueden

¹¹⁰⁰ En un sentido parecido, ORTELLS RAMOS, M., "La casación en España: selección de recursos y carga de trabajo del Tribunal Supremo" en BONET NAVARRO, J., *El recurso de casación civil*, Tirant lo Blanch, 2010, Valencia, p. 36. Es por eso que CIERCO SEIRA, C., *La inadmisión en el procedimiento administrativo: estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, p. 45, afirma que "Es la voluntad de descongestionar estas vías procesales y de evitar el colapso por saturación la que, en efecto, lleva a explorar al máximo el dominio de la inadmisión en busca de algún remedio. No es exagerado afirmar por ello que en escenarios como estos la inadmisión progresa y se moldea a golpe de estadística",

¹¹⁰¹ En un sentido similar, FONTI, R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, p. 87.

¹¹⁰² Ya se ha dicho que dichas figuras, a efectos de tratamiento legislativo, debe considerarse sinónimas o, al menos, incluidas las dos primeras en la última (véase *supra* nota n. 731).

¹¹⁰³ En esta línea, PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, p. 265; y CIERCO SEIRA, C., *La inadmisión en el procedimiento administrativo: estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, p. 47.

tener sustento en cuanto al mérito, son realizadas con la finalidad de obtener un resultado opuesto a la que se ha considerado por el legislador al momento de instituir el derecho o la facultad de carácter procesal que se hace valer¹¹⁰⁴.

La amplitud con que se consagran las disposiciones referidas parece favorecer la posibilidad de inadmisión como consecuencia de infracciones relativas a deberes relacionados con la moralidad del proceso. Es más: cuando la actuación torcida pretende obtener ventajas indebidas del solo retardo en la resolución del juicio o en su ejecución, la inadmisión aparece como la más eficiente herramienta para luchar contra ella. Sin embargo, una mayor reflexión, derivada principalmente de la colisión entre este derecho y las garantías procesales, debe llevar a ser bastante cauteloso en la aceptación de esta idea, al menos en términos generales.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que la apreciación de consideraciones como las que se han mencionado debe realizarse solo en casos excepcionales, de forma restrictiva y siempre por resolución fundada. Así lo disponen los mismos artículos 11.2 LOPJ y 247 LEC¹¹⁰⁵. Esto impone que solo en aquellos casos en los que aparezca de forma indubitable pueda inadmitirse y siempre que no implique una conculcación a una garantía procesal.

En segundo lugar, el rechazo *in limine* de una demanda por motivos de este tipo parece de difícil encaje constitucional. Si ya la desestimación de una pretensión por causa del abuso, fraude o mala fe es una situación que debe ser apreciada de forma restrictiva, el hacerlo de forma preliminar, sin esperar el más mínimo desarrollo del proceso solo podría llegar a ser compatible con la tutela judicial efectiva en casos verdaderamente de laboratorio en los que la falta de moralidad de la actuación de la parte sea algo clamoroso¹¹⁰⁶.

Respecto de los recursos ocurre algo distinto, debido a que se asume la existencia de una pretensión que ya ha sido respondida y no ha configurado abuso, fraude o mala fe procesal

¹¹⁰⁴ CACHÓN CADENAS, M., *La buena fe en el proceso civil*, p. 42.

¹¹⁰⁵ CACHÓN CADENAS, M., *La buena fe en el proceso civil*, p. 43.

¹¹⁰⁶ En un sentido similar, TAPIA FERNÁNDEZ, I., "Artículo 403. Admisión y casos excepcionales de inadmisión de la demanda" en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, 2001, Elcano Navarra, p. 1343.

(de otra forma, hubiese sido desestimada). Lo único que busca el recurso es la modificación o anulación de una resolución. Es difícil imaginar que ese recurso tenga una finalidad torcida que no se relacione con el alargamiento innecesario del juicio. En este caso, y sin perjuicio de otras consecuencias que se puedan seguir de este hecho, la consideración del solo objeto dilatorio como motivo suficiente de inadmisión no es posible si no se le subsume en los casos de carencia manifiesta de fundamento o de contenido que ya hemos visto¹¹⁰⁷. En los recursos en los que no exista esta válvula de salida, la única vía deberá ser la de desestimar en una sentencia definitiva, luego de tramitado íntegramente el recurso. El sistema debe asumir los alargamientos que el uso de medios de impugnación que ha contemplado y los atascos de sus tribunales pueda generar.

c.1.3.3. Como medio de objetivación de los recursos.

No extraña al derecho procesal la existencia de recursos o medios de impugnación en los que el interés de las partes *-ius litigatoris-* se vea subordinado al interés público *-ius constitutionis-*. Se trata de situaciones en las que, si bien quien impugna puede beneficiarse, la configuración del instrumento impugnatorio se hace con vista a determinar aquellos asuntos que, desde la perspectiva del interés general, son más relevantes, ya sea a efectos de preservar el ordenamiento jurídico (función nomofiláctica) o de uniformar la jurisprudencia (función unificadora). En estos casos, el justiciable es más una excusa para un pronunciamiento que un sujeto de tutela¹¹⁰⁸.

En el diseño de recursos en los que el *ius constitutionis* prevalece sobre el *ius litigatoris* la inadmisión juega un papel indispensable. No tiene sentido ser selectivo en el conocimiento de los asuntos si esa selección no se hace en las etapas preliminares de su tramitación. Para implementar esto, se incorporan criterios de admisión de fondo que reflejen la función que se pretende satisfacer. Se le suma a esto una selección rigurosa que permita manejar el

¹¹⁰⁷ En cuanto a los fines dilatorios y la manifiesta falta de fundamento, CIERCO SEIRA, C., *La inadmisión en el procedimiento administrativo: estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, p. 50; FONTI, R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*.

¹¹⁰⁸ Por todos, CALAMANDREI, P., *La casación civil, v. II*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 147 y ss.

caudal de asuntos por resolver. De esta forma la inadmisión pasa de ser una excepción a ser la regla.

En el ordenamiento procesal español, esta situación se aprecia básicamente en dos medios de impugnación: (c.3.1) el recurso de casación y (c.3.2) el amparo¹¹⁰⁹.

a.3.3.1. Recurso de casación.

En el recurso de casación históricamente ha existido tensión entre el rol de tutela de los intereses de las partes y las funciones institucionales (nomofiláctica y unificadora) que se le suelen atribuir¹¹¹⁰. En el caso de la LEC 2000, se ha optado por un sistema mixto, en el que las funciones institucionales cumplen, por primera vez de forma explícita un papel relevante¹¹¹¹. Esta configuración se refleja en el diseño de la inadmisión, que se emplea como una técnica para implementar la modulación instituida.

Hoy, el recurso de casación procede respecto de sentencias dictadas en segunda instancia por Audiencias Provinciales en los siguientes casos: (a) cuando se dictan en procesos que tienen por objeto la tutela civil de derechos fundamentales, excepto en los casos que reconoce el artículo 24 CE; (b) cuando la cuantía del asunto exceda de 600.000 euros; y (c) cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por

¹¹⁰⁹ Como apunta Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, la función de control del error judicial queda satisfecha por la apelación. Si se quisiera precaver de dichos errores, entonces habría que establecer otras sucesivas instancias. Desde el momento que ello no se hace, sino que se incluyen otros tipos de medios de impugnación se asume que las funciones, a menos parcialmente, pueden ser otras (en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, p. 501).

¹¹¹⁰ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, p. 503.; LOREDO COLUNGA, M., *La casación civil: doctrina y jurisprudencia*, p. 194 y ss. En contra de las funciones nomofiláctica y unitaria, MORÓN PALOMINO, M., "Precisiones y significación constitucional del recurso de casación" en *Diario La Ley*, nº 6129, 2004, p.4.

¹¹¹¹ Esto constituye una novedad importante, en cuanto se ha considerado que históricamente lo que caracteriza a la peculiar casación española, que poco tiene que ver con la francesa, es precisamente la prevalencia de la tutela del *ius litigatoris* (sobre el tema, véase VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "Rasgos definidores de la casación civil española" en *Revista de Derecho Procesal*, v. 4, 1974, p. 859).

razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional (artículo 477.2 LEC)¹¹¹².

Es respecto a la idea del interés casacional donde se aprecia la objetivación del recurso, enfocándose el análisis en la relevancia para el sistema de la decisión y no en el mayor o menor gravamen que causa la resolución impugnada al recurrente¹¹¹³. El interés casacional más que un concepto indeterminado es una denominación que engloba una serie de hipótesis que el legislador considera de suficiente relevancia para ser conocidas por el TS. Estas hipótesis se dan cuando la sentencia recurrida: (a) se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo; (b) resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales; o (c) aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor siempre que no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Además, se incluye una cuarta situación que debe ser conocida por el TSJ respectivo: cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del tribunal sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente (artículo 447.3 LEC)¹¹¹⁴.

¹¹¹² Resultaba insostenible el criterio de la Sala de lo Civil del TS materializado en el acuerdo de 12 de diciembre de 2000 y que establecía que solo son recurribles en casación las sentencias recaídas en procesos de cuantía superior a 150.000 euros cuando el procedimiento haya sido fijado por razón de la cuantía y por interés casacional aquellas sentencias dictadas en procesos en los que el procedimiento por seguir se haya fijado en razón a la materia. Se trataba de una interpretación *contra legem* que fue unánimemente repudiada por la doctrina (por todos, véase DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, p. 522-523). Es de esperar que con la nueva redacción de la disposición de la Ley 37/2011, que expresamente ha excluido dicha interpretación, cambie el criterio (hoy se dispone que procede la casación “Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional”).

¹¹¹³ Por todos, en este sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El interés casacional*, Civitas, Madrid, 2002, p. 116; y LOREDO COLUNGA, M., *La casación civil: doctrina y jurisprudencia*, p. 217. Hay siempre detrás de esto, una pretensión de racionalizar la carga de trabajo que no se ha logrado, lo que ha llevado a algunos autores a proponer, directamente, que el TS tenga facultades discrecionales para seleccionar sus asuntos (sobre esto, a favor, véase ORTELLS RAMOS, M., *La casación en España: selección de recursos y carga de trabajo del Tribunal Supremo*, p. 85).

¹¹¹⁴ Sobre ellas, véase LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El interés casacional*, p. 209 y ss.; LOREDO COLUNGA, M., *La casación civil: doctrina y jurisprudencia*, p. 219 y ss.; MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación civil: casación e infracción procesal*, p. 370 y ss.

En este caso, la admisión es un examen también de fondo, porque se analiza la pretensión impugnatoria y no solo la forma de proponerla. Es, sin embargo, cualitativamente diverso al que se hace al momento de estimar o desestimar el recurso. No es un juicio preliminar de mínima plausibilidad, como es el de la manifiesta falta de fundamento, sino de relevancia jurídica del asunto. Podría darse, en consecuencia, que se inadmitiera un recurso bien fundado y con buenas chances de ser estimado, por no tener interés suficiente o, por el contrario, que se admitiera un recurso manifiestamente infundado, pero que ofreciera una cuestión que sea atractiva desde el punto de vista casacional. Una buena expresión de esta discordancia entre los juicios de admisibilidad y de fondo es posible verlo por lo que se entiende como interés casacional y el motivo del recurso. Mientras el primero tiene un marcado tinte jurisprudencial, el único motivo de casación es la aplicación errónea de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del juicio (artículo 477.1 LEC), lo que excluye a la jurisprudencia como fuente formal del Derecho¹¹¹⁵.

a.3.3.2. Amparo constitucional.

El archiconocido problema del inmanejable número de amparos a los que se ve enfrentado el TC desde su creación ha generado intentos por disminuirlo a números manejables a través de modificaciones a su régimen de admisibilidad, que se ha juzgado como la gran llave maestra para hacer frente a este tipo de inconvenientes¹¹¹⁶. El último episodio, por el momento, se ha dado con la LO 6/2007, de 24 de mayo, que ha reformado íntegramente el trámite de admisión, fijando como canon para ella, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos procesales, “la especial trascendencia constitucional”¹¹¹⁷. La misma disposición se ocupa de enunciar los factores que debe atender el tribunal para determinar la relevancia

¹¹¹⁵ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El interés casacional*, p. 209 y ss.; MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación civil: casación e infracción procesal*, p. 411; MORÓN PALOMINO, M., *Precisiones y significación constitucional del recurso de casación*, p. 7.

¹¹¹⁶ Para una cuantificación del atasco del TC, véase HERNÁNDEZ RAMOS, M., *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, p. 21.

¹¹¹⁷ Junto con esta medida, se incorporó la ya revisada modificación del llamado incidente de nulidad de actuaciones. No sería de extrañar que no sea la última reforma, pues, como apunta FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La reforma de la ley orgánica del tribunal constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)*, p. 144, ni siquiera permitiendo la absoluta discrecionalidad se puede remediar el problema del gran número de solicitudes presentadas.

constitucional del asunto, que son su importancia (1) para la interpretación de la Constitución, (2) para su aplicación o para su general eficacia y (3) para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales¹¹¹⁸.

De acuerdo a este nuevo procedimiento, todo amparo será inadmitido, a menos que la Sección acuerde la admisión. Si se alcanza mayoría no unánime, deberá decidir la Sala (artículo 50.1 y .2 LOTC)¹¹¹⁹. Este cambio en la tramitación del amparo no solo ha traído como consecuencia el estrechamiento aun mayor del examen de admisibilidad, sino un cambio en la función del amparo: de ser un medio para tutelar las garantías de los litigantes, se ha transformado en un instrumento que tiene por finalidad el establecer ciertas líneas maestras de interpretación para el resto de los tribunales¹¹²⁰. Esta objetivación tiene un difícil calce constitucional a la luz del mandato constitucional del artículo 53.2 CE, que

¹¹¹⁸ Ellos se han visto complementados por el mismo TC que, en la STC 155/2009 (Pleno), de 25 de junio, ponente Conde Martín de Hijas, FJ 1, ha sostenido como criterios para apreciar la especial trascendencia constitucional los siguientes: (a) la falta de doctrina del TC sobre el derecho fundamental o sobre una faceta de él; (b) que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, sea como consecuencia de un proceso de reflexión interna, por el surgimiento de nuevas realidades sociales, de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; (c) cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la Ley o de otra disposición de carácter general; (d) si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley que el TC considere lesiva del derecho fundamental; (e) cuando la doctrina del TC sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental; (f) en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional; (g) cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.

¹¹¹⁹ Fuera de su aspecto sustancial, la especial trascendencia constitucional impone una exigencia formal que consiste en alegar y justificar en qué consiste ella (artículo 49 LOTC). Si ello no se cumple, la petición de amparo podrá ser inadmitida aun cuando el asunto fuese de particular relevancia (artículo 50.1 LTC).

¹¹²⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, p. 88; CIERCO SEIRA, C., *La inadmisión en el procedimiento administrativo: estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, p. 94. Si bien parece innegable que la “especial trascendencia constitucional” tiende a generar una mayor objetivación del recurso, hay algunos autores que se manifiestan optimistas en cuanto a que se pueda abrir una puerta a la tutela de los derechos de las partes, en especial admitiendo recursos en consideración a la trascendencia para el recurrente y no ya solo la institucional, tal como ha ocurrido en los sistemas estadounidense y alemán, principales referentes del español. Sobre el punto, véase HERNÁNDEZ RAMOS, M., *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, p. 291.

establece el amparo como una forma para recabar la tutela de ciertos derechos constitucionales¹¹²¹.

Al menos en la teoría, los cambios en la admisión no suponen un *certiorari* al estilo norteamericano que haga completamente discrecional la elección de los asuntos a tratar¹¹²². Si bien el margen de maniobra es bastante amplio, la fijación de un parámetro vinculante y de criterios de estimación de ellos hace que se esté frente a una situación en donde la admisión aún no es completamente discrecional¹¹²³.

Al igual que en la casación, la admisión en este caso se ocupa del fondo, pero sin efectuar un examen acerca de las probabilidades de éxito del asunto, como lo hacía hasta antes de la última reforma. No se trata de aplicar de forma preliminar los mismos parámetros que se aplicaban para controlar la suficiencia de los fundamentos, sino de valorar si el asunto planteado ofrece la particular relevancia desde el punto de vista de la doctrina constitucional. Ello, teniendo como punto de partida la inadmisión que solo cederá en casos excepcionales.

¹¹²¹ FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Hacia una nueva jurisdicción constitucional: estudios sobre la Ley 62007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC*, p. 148. Resulta interesante el voto de minoría formulado por GAY MONTALVO en el ATC 289/2008 (Sala Segunda), de 22 de septiembre, en especial FJ 2º, en el que sostiene que “(...) al margen del debate académico que pueda suscitarse sobre la concepción del amparo constitucional, me parece importante, hoy más que nunca, reafirmar la finalidad esencial con la que la Constitución y nuestra doctrina han dotado al recurso de amparo, que no es otra que la reparación de las vulneraciones de derechos y libertades fundamentales producidas a los recurrentes, hasta el punto de quedar excluida la posibilidad de interponer recurso de amparo cuando su finalidad no sea la tutela de un derecho”.

¹¹²² El *certiorari* también nace como una forma de controlar el caudal de asuntos, pero es un método esencialmente discrecional, al punto de que la Regla 10 del Tribunal Supremo dispone que “Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion”. Sobre este, véase AHUMADA RUÍZ, M. Á., “El “certiorari”: Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 41, 1999, p. 89.

¹¹²³ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, p. 96; HERNÁNDEZ RAMOS, M., *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, p. 177. Hay autores, como VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Involución en el amparo constitucional español*, p. 37, que afirman que se trata de un verdadero “*certiorari* encubierto”.

c.1.3.4. *En conclusión, la inadmisión como técnica multipropósito.*

Tras lo expuesto, resulta claro que conceptualizar la inadmisión solo considerando como motivo de esta la ausencia de requisitos procesales sería desconocer buena parte de la realidad que se pretende describir. Desde que GOLDSCHMIDT describió la admisión como una cuestión meramente procesal, la técnica legislativa-procesal ha evolucionado lo suficiente como para que la situación hoy sea sustancialmente distinta. Y es que del uso excepcional de eso que el maestro alemán llamó la “falta de seriedad” como motivo de un rechazo *in limine* al que se resistía a llamarle inadmisión¹¹²⁴ a la inadmisibilidad por falta de interés casacional o constitucional hay suficiente distancia como para constatar que los motivos procesales de inadmisión, aunque siguen siendo mayoritarios, en caso alguno alcanzan para describir de manera competente el uso que a esta técnica da el ordenamiento procesal español¹¹²⁵.

En la línea recién explicada debe comprenderse a la inadmisión como una técnica procesal que debe ser definida por sus efectos y no por sus causas. Normalmente, se identifica ese efecto con la falta de pronunciamiento acerca del fondo, pero ello, ya se ha demostrado, no siempre es así, pues hay casos en ella conlleva un juicio de mérito en una etapa preliminar del juicio (función de desestimación *in limine*). Si se considera que en algunos casos el efecto es el no pronunciamiento sobre el fondo, pero en otros es la desestimación en una fase preliminar y, en otros más, la simple no incorporación al proceso, se puede afirmar que, en definitiva, la inadmisión se caracteriza por impedir en una fase temprana que se continúe con la tramitación que el ordenamiento contempla normalmente para un determinado acto de parte.

Desde la perspectiva de la validez, se puede constatar que no toda inadmisión supone un acto procesal inválido. La invalidez es solo uno de los dos grandes motivos que pueden ocasionar la inadmisión. Junto a ella se puede encontrar un conjunto de actos válidos que son inadmitidos como una manera formal de desestimación sin necesidad de tramitación.

¹¹²⁴ GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*, p. 153.

¹¹²⁵ Con todo, la técnica de utilizar la inadmisión por motivos de fondo no es nueva. Ya DELOGU, T., *Contributo alla teoria della inammissibilità nel diritto processuale penale*, p. 67, hace más de 70 años, hablaba de ella. Lo que es nuevo es su mayor uso tanto en por el legislador como por el órgano judicial que ha terminado por hacer de las causales de fondo más que un asunto meramente excepcional.

Más allá de que -más como una expresión de deseos que otra cosa- se pudiera llamar inadmisión *propia* a la que supone invalidez e *impropia* a la que no, lo relevante es dejar constancia de que la inadmisión es una técnica procesal cuyo objeto excede al mero control de validez de los actos de parte, por más que, en lo sucesivo, se analice solo esta primera faceta por ser la que interesa para este estudio.

c.1.4. La inadmisión en el contexto de la invalidez.

Ya se ha advertido que la función originaria de la inadmisión es la que se vincula con la invalidez y, por lo tanto, con la subsanación. La principal forma de controlar la validez de los actos de parte, en cuanto tales, es la inadmisión. Así, cuando un acto de parte es inválido y no es subsanado o subsanable, la inadmisión será la forma de hacerlo ineficaz¹¹²⁶.

c.1.4.1. Relación con la nulidad.

No es clara para la doctrina la relación que existe entre la inadmisión y la nulidad. Normalmente, se acepta que entre ambas hay una vinculación estrecha, sin embargo, no siempre se sitúa adecuadamente, debido a una recurrente confusión terminológica o, simplemente, poca claridad conceptual. Cuando no se diferencia la valoración negativa que hace el ordenamiento acerca de la imperfección de un acto -la invalidez- de una de las técnicas que existen para actualizar esta en ineficacia -la nulidad- surgen imprecisiones. En especial, afecta la claridad en este punto la ambigüedad con que se emplea este último término para referirse tanto a la valoración como a la técnica¹¹²⁷.

En el esquema que se ha propuesto en este estudio, la inadmisión y la nulidad son dos herramientas o instrumentos que tiene el ordenamiento jurídico para hacer ineficaces actos inválidos. Frente a la existencia de una invalidez no subsanada o no subsanable, aparecen

¹¹²⁶ PEYRON, C., *Inammissibilità*, p. 619.

¹¹²⁷ Así, por ejemplo, MAIER, J. B. J., *Función normativa de la nulidad*, p. 141, habla de la admisibilidad como otra forma de aparición o de hacer efectiva la nulidad y BEDAQUE, J. d. S., *Efectividad del proceso y técnica procesal*, p. 714 de ella como una especie de “nulidad a priori”.

ambas como las principales alternativas al momento de evitar que el acto procesal inválido produzca efectos en el proceso. Lo anterior no significa que el tribunal pueda tener la opción por emplear una u otra en una determinada situación, pues los campos de acción de cada uno de ellos son excluyentes.

Cuándo es posible erradicar la invalidez por la vía de la nulidad o por la de la inadmisión está marcado por el tipo de actos que son susceptibles de una declaración y de otra. Ya se ha dicho que la nulidad solo procede respecto de actuaciones judiciales, mientras que la inadmisión solo opera respecto de actos de parte. No procede ni la inadmisión de actuaciones judiciales ni la nulidad de actos de parte, sin perjuicio de lo que se dirá posteriormente.

Entendidas como técnicas necesarias para la implementación de la invalidez en ineficacia, se puede apreciar que ambas se basan en un mismo juicio de validez¹¹²⁸. El tipo de enjuiciamiento que se hace es el mismo y van en la línea ya latamente explicada: verificada la existencia de una irregularidad, debe analizarse si la misma provoca, de acuerdo a los estándares de cada sistema, una afectación de suficiente entidad como para que el ordenamiento no le preste su protección. Siendo la inadmisión un asunto tan escasamente desarrollado desde el punto de vista legislativo, la constatación de que la nulidad y la inadmisión tienen un punto de partida común, la invalidez, tiene una enorme relevancia interpretativa, debido a que permite sostener la aplicación de las normas y principios relativos a la nulidad a la inadmisión en la medida que no pugnen con las características de ella¹¹²⁹.

La identidad de juicio, sin embargo, no supone una identidad de motivos o causas entre la inadmisión y la nulidad¹¹³⁰. En este aspecto, la coincidencia es solo parcial¹¹³¹, lo que implica que no toda causa de nulidad es de inadmisión ni viceversa.

¹¹²⁸ Por todos, MANCINELLI, R., *Nullità degli atti processuale penali*, p. 487; MAIER, J. B. J., *Función normativa de la nulidad*, p. 141; FONTI, R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, p. 29. En contra de esta postura, PÉREZ RAGONE, Á., *¿Presupuestos procesales? Admisibilidad y fundabilidad en la dogmática procesal civil alemana: revisión contemporánea*, p. 208, sin explicarlo, sostiene que son cuestiones diversas.

¹¹²⁹ En el mismo sentido, DIDIER JR., F., *El juicio de admisibilidad en la Teoría General del Derecho*, p. 146.

¹¹³⁰ BEDAQUE, J. d. S., *Efectividad del proceso y técnica procesal*, p. 714.

¹¹³¹ CIACCIA CAVALLARI, B., *La rinnovazione nel processo di cognizione*, p. 190.

No todo motivo de nulidad es, a la vez, de inadmisión debido a que los defectos procesales que solo puedan afectar a las actuaciones del órgano judicial, y no a los actos de partes, solo podrán generar nulidad solamente. Así, por ejemplo, la falta de motivación de una resolución o la dictación de ella por un juez que por cualquier razón sea incompetente son motivos de invalidez respecto de resoluciones judiciales y nunca podrán ser dejados sin efecto a través de la inadmisión.

En el sentido contrario, la situación más evidente de motivos de inadmisión que no son de nulidad está dada por aquella faceta ya revisada de la inadmisión como instrumento de rechazo *in limine* por motivos de fondo y no meramente procesales. En estos casos, la admisión inadecuada no devendrá en la nulidad de lo actuado, sino en la desestimación de la pretensión contenida. No existiendo problemas de validez, no sería la nulidad un instrumento idóneo para hacerse cargo de este tipo de defectos. Si se busca ahorrar la tramitación de una determinada pretensión que carece de fundamento, sería incluso contraproducente para el fin que se busca. Pero incluso dentro del ámbito de la invalidez no es posible afirmar que toda causa de inadmisión puede derivar en un motivo de nulidad. Si bien la regla será que un acto de parte incorrectamente admitido devendrá en la nulidad de las actuaciones judiciales a que este dé origen o en la que este incida¹¹³², habrá ocasiones en que ello no ocurrirá, verificándose otras consecuencias. Es lo que sucede en aquellos casos en los que la consecuencia será el sobreseimiento y no la nulidad¹¹³³.

En los recursos, la inadmisión presenta algunas características que la diferencian de lo que ocurre en otros casos, en especial, de la demanda. Excluyendo situaciones en los que hay plazos de caducidad de la pretensión -más frecuentes en el proceso laboral que en el civil-, la inadmisión de una demanda no implica la imposibilidad de volver a intentar la pretensión contenida. La diferenciación de esta con la desestimación es nítida desde el punto de vista de la cosa juzgada, pues mientras esta última impedirá que el asunto se vuelva a discutir, la primera dejará intacta esta posibilidad. En los recursos, por el contrario, la inadmisión de un recurso impide que el mismo se vuelva a plantear por obvias consideraciones relativas a la preclusión. Debido a esto, las diferencias con la desestimación se vuelven prácticamente

¹¹³² HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 109; CREUS, C., *Invalidez de los actos procesales penales*, p. 10.

¹¹³³ Véase *infra* p. 389.

irrelevantes cuando el recurso ya ha sido admitido erróneamente. Ello ha llevado a afirmar que los motivos de inadmisión se transforman en causales de desestimación en la fase de sentencia¹¹³⁴, pues los efectos de una y de la otra serán los mismos desde la perspectiva de las partes.

c.1.4.2. Excepcionalidad de la inadmisión.

En un sistema procesal como el español con una clara tendencia a rechazar los formalismos, sin perjuicio de algunas incomprensibles salvedades, la excepcionalidad de la inadmisión es algo difícil de rebatir. Existiendo parámetros de validez más relacionados con el cumplimiento de garantías procesales que con las formas, el que la inadmisión sea una situación extraordinaria es consecuente con la concepción del proceso que inspira a este sistema y no debería merecer mayores dudas.

El carácter excepcional de este mecanismo debe ser entendido en dos sentidos. Uno, del que ya se ha dicho suficiente, es el que se relaciona con la subsanación y que consiste en que esta solo se puede verificar solo si el acto no es subsanable o no es subsanado. Se configura, entonces, a la inadmisión como uno de los últimos recursos que tiene el ordenamiento para expulsar al acto irregular. Así expresamente lo establecen los artículos 11.3 y 243.4 LOPJ (231 LEC).

El otro sentido de la excepcionalidad se vincula con los motivos que pueden dar lugar a la inadmisión. Estos motivos solo pueden ser legales, pues solo cabe al legislador configurar la forma en que las partes acceden al proceso y ejercen sus derechos dentro de él. No sería posible una inadmisión de algún acto debido a requisitos o formalidades que se impusieran -incluso bienintencionadamente- por el tribunal en hipótesis distintas a las fijadas en la

¹¹³⁴ El que las causas de inadmisión se transforman en motivos de desestimación en la fase de resolución del recurso es una doctrina sostenida de forma permanente por la jurisprudencia, en especial de la Sala Primera del TS. Sobre esta, véase, por todas, las SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 62/2007, de 7 de febrero, ponente Xiol Ríos, FEJJ 3º y 5º; y 698/2006, de 29 de junio, ponente Sierra Gil de la Cuesta, FJ 1º. Para una crítica a esta postura, véase MONTOYA MARTÍN, E., *El recurso de casación contencioso-administrativo: en especial las causas de inadmisibilidad*, p. 248 y ss.

ley¹¹³⁵. Solo la discrepancia con el modelo legal, entendido de la forma ya vista, puede dar lugar a una invalidez que termine con la inadmisión de un determinado acto de parte¹¹³⁶.

Todo lo anterior no debe llevar a la conclusión de que pueda existir una cierta taxatividad de las causales de inadmisión que reduzca el ámbito de ella solo a los casos o a los motivos que la ley establezca expresamente la posibilidad de inadmitir. Por el contrario, en todos los casos en los que aparezca la invalidez de un acto de parte antes de que se incorpore este al proceso deberá entenderse que procede la inadmisión¹¹³⁷. Esto es especialmente evidente en un sistema en el que se ha encargado el control de la validez de prácticamente todos los actos del proceso al juez, sin distinciones (artículo 240.2 LOPJ y 226.2 LEC).

c.1.4.3. Forma de implementar el examen de admisión.

Como ya se ha dicho, el análisis de admisibilidad es un examen *in limine* y, en principio, lógica y jurídicamente anterior a cualquier apreciación del fondo¹¹³⁸. Enfrentado el órgano judicial a un acto de parte que pretende incorporarse al proceso, el examen de este aspecto es necesario, por mínimos que sean los parámetros de control que se consideren en él¹¹³⁹. Es una consecuencia que se deriva de la posibilidad de que sujetos distintos a quien determina la regularidad del proceso puedan realizar actuaciones procesales.

Por ser un examen *in limine*, la actuación del tribunal se impone de oficio, característica que tradicionalmente se le ha reconocido a la inadmisión. Para algunos autores -a partir del estudio de otros ordenamientos- es un elemento diferenciador de esta y la nulidad, en

¹¹³⁵ Por todas, véase la STC 172/2002 (Sala Primera), de 30 de septiembre, ponente Casas Baamonde, FJ 6.

¹¹³⁶ En un sentido similar, DELOGU, T., *Contributo alla teoria della inammissibilità nel diritto processuale penale*, p. 137; y PEYRON, C., *Inammissibilità*, p. 618.

¹¹³⁷ El tema, sin embargo, tiene un matiz relevante: una cosa es que todo defecto invalidante pueda generar una inadmisión y otra que la omisión de cualquier requisito pueda generar invalidez. Lo primero es cierto, pero lo segundo, ya se ha visto, no. Es esta distinción la que lleva a sostener a FONTI que las causales de inadmisión que son particulares para un tipo de acto -y no genérica- son taxativas. Lo hace en el entendido de que un defecto procesal no implica la invalidez si no se establece por la norma respectiva (en FONTI, R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, p. 43 y ss., en especial p 58).

¹¹³⁸ La consideración separada y en un riguroso orden de los aspectos procesales y materiales ha sido cuestionada por algunos autores que hacen presente que el análisis del juez suele ser más complejo, considerando de forma conjunta ambos elementos (cf. BEDAQUE, J. d. S., *Efectividad del proceso y técnica procesal*, p. 276; y PÉREZ RAGONE, Á., *¿Presupuestos procesales? Admisibilidad y fundabilidad en la dogmática procesal civil alemana: revisión contemporánea*, p. 198 y ss.)

¹¹³⁹ CLARIÁ OLMEDO, J. A., *Derecho procesal*, vol. I, p. 120.

especial con lo que se identifica como nulidad relativa o anulabilidad¹¹⁴⁰. En el caso del sistema procesal civil español, no es posible realizar esta distinción, en consideración a que ya se ha demostrado que la diferenciación entre diversas categorías de invalidez no es posible de realizar y, en especial, atendida la norma contenida en el artículo 240.2 LOPJ (227.2 LEC), que establece el control de oficio de la validez de todos los actos por parte del órgano judicial.

En consonancia con lo que se ha venido entendiendo doctrinalmente, no puede haber inadmisión a petición de parte, pues en caso de una actuación ya admitida procede la aplicación de alguna de las otras técnicas que se contemplan para eliminar la invalidez, como puede ser la nulidad, el sobreseimiento o, en el caso de los recursos, incluso la desestimación¹¹⁴¹. El solo hecho de que se incorpore al proceso a través de una resolución de admisión una determinada actuación, generará como consecuencia que la vía de eliminación del defecto deba ser otra¹¹⁴².

La forma de expresar el juicio en cuestión será distinta de acuerdo a su resultado. Si este es positivo, bastará con cualquier resolución que suponga la admisión, sin necesidad que esta se manifieste expresamente. Toda resolución que se pronuncie acerca del mérito o que dé por incorporado al proceso el acto procesal respectivo es suficiente para entender admitido un acto. Este juicio positivo, por preliminar, siempre es provisorio, debido a que no es obstáculo para que la contraria o el tribunal posteriormente cuestionen la existencia de algún defecto no detectado en él.

¹¹⁴⁰ Entre otros, DELOGU, T., *Contributo alla teoria della inammissibilità nel diritto processuale penale*, p. 75; GALLI, G., *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, p. 177; CREUS, C., *Invalidez de los actos procesales penales*, p. 119

¹¹⁴¹ Esto no debe ser interpretado como una validación de un acto defectuoso por el tribunal, sino como la constatación de que en el sistema de la LEC no se contempla la posibilidad de inadmisiones posteriores que dejen sin efecto una admisión errónea. En esos casos, lo que se permite es la aplicación de otras técnicas. No en todos los sistemas es así, pues, como se analizará más adelante, la aplicación de la figura del sobreseimiento en materia civil es una figura propia de la LEC que ha permitido esta distinción. En los ordenamientos en los que esta posibilidad no existe resultan aplicables las inadmisiones en casos de actos ya admitidos, como una manera de excluir aquellos actos que afectan la validez de todo el proceso y no de un acto en particular. Para la situación en ordenamientos en donde ocurre lo contrario véase DELOGU, T., *Contributo alla teoria della inammissibilità nel diritto processuale penale*, p. 145.

¹¹⁴² Ello, a menos que se interponga recurso de reposición en contra de la resolución que ha admitido la actuación que se considera defectuosa.

Por el contrario, si la decisión es de inadmisión es necesaria una resolución específica en la que así se exprese¹¹⁴³. No existen, en consecuencia, inadmisiones tácitas. Cuando lo inadmitido es la demanda, un medio probatorio o un recurso, el artículo 206.1.2ª LEC dispone que la decisión debe manifestarse a través de un auto, con la exigencia de motivación que este tipo de resolución conlleva (artículo 208.2 LEC)¹¹⁴⁴. En el resto de los casos -que serán, en general, bastante menos importantes- se entiende que se puede realizar a través de una providencia, la que podrá o no ser motivada, aunque lo esperable es que lo sea, dada la negativa que acarrea.

Con la entrada en vigencia de la ya mencionada Ley 13/2009, el juicio de admisibilidad de la demanda y de la contestación ha sufrido una al menos curiosa división. Como ya se explicaba, este queda entregado en un primer momento al secretario judicial, quien puede admitir sin que medie intervención del juez¹¹⁴⁵, pero no inadmitir, en una división casi esquizofrénica que entiende que si la respuesta es afirmativa, es un asunto administrativo y si es negativa, es una cuestión jurisdiccional. Necesariamente, entonces, la demanda y la contestación pasan un doble juicio de validez, que puede o no coincidir. Ello es evidente en el caso de que el secretario judicial aprecie una causa de inadmisión, pero ello también ocurre en caso de que se admita, pues como el criterio del secretario no vincula al tribunal, la invalidez que se deduzca de esa valoración puede igualmente ser actualizada, aunque ya no sea a través de la inadmisión, sino de la nulidad o el sobreseimiento¹¹⁴⁶.

¹¹⁴³ Respecto de la demanda, NIEVA FENOLL, J., *Enjuiciamiento prima facie: aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, p. 117; GASCÓN INCHAUSTI, F., *El tratamiento de las cuestiones procesales con anterioridad a la audiencia previa (I): La inadmisión de la demanda*, p. 91

¹¹⁴⁴ Aunque el solo análisis literal del artículo 206.1.2º LEC debería llevar a la conclusión de que también la admisión debiese hacerse por un auto y, por lo tanto, motivarse, parece más razonable -y así ocurre en la práctica- que la admisión se realice a través de una providencia, pues, como apunta NIEVA FENOLL, J., *Enjuiciamiento prima facie: aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, p. 119, de nada sirve que el juez dicte un auto solo para decir que todo está bien. Con los cambios que ha realizado la Ley 13/2009, este razonamiento se ha visto confirmado por el artículo 404.1 LEC que dispone que la admisión de la demanda se debe realizar a través de un decreto.

¹¹⁴⁵ Lo que, como apunta SOLER PASCUAL, L. A., "La intervención judicial en la admisión e inadmisión de las demandas. La subsanación de defectos procesales" en *Práctica de Tribunales*, 2010, p. 2, puede llevar a que el primer contacto del juez con el juicio sea en la audiencia preparatoria.

¹¹⁴⁶ En un sentido similar, BLASCO SOTO, M. C., *La nueva estructura (o desestructura) del proceso. La admisión de la demanda en el proceso civil (Ley 13/2009 de 13 de noviembre)*, p. 7.

c.1.4.4. Efectos.

Un acto de parte que se considere inválido y que, como tal, sea inadmitido tendrá como consecuencia necesaria su ineficacia. En un acto de parte, la ineficacia se traducirá en la no incorporación del mismo, en su exclusión de la serie secuencial de actos que forman un determinado procedimiento¹¹⁴⁷. Es lo que se ha llamado ineficacia *ex ante*¹¹⁴⁸ o sin retroacción¹¹⁴⁹, por no requerir la eliminación de actos ya realizados, sino la privación de los efectos pretendidos a los actos que se pretendían incorporar.

La no incorporación al proceso del acto inadmitido es, en general, una exclusión jurídica y no material del mismo, en el sentido de este no necesariamente ha de ser desterrado físicamente, pero no deberá ser tenido en cuenta por el órgano judicial¹¹⁵⁰. Excepcionalmente, la inadmisión puede suponer, además, una exclusión física, como en el caso del documento acompañado extemporáneamente que, como consecuencia de su inadmisión, se mandará a ser devuelto a quien lo haya presentado (artículo 272 LEC).

Es fácil entender que como consecuencia de su ineficacia no haya necesidad de pronunciamiento acerca del mérito del asunto. Cada vez que se inadmita un acto que incluya una petición dirigida al órgano judicial, este no tiene necesidad alguna de decidir acerca de él, pues, no siendo parte del procedimiento, queda fuera del ámbito de su conocimiento. Basta, entonces, con que el tribunal emita una decisión de inadmisibilidad en la que se deje constancia la falta de idoneidad del acto para hacer nacer en el juez el deber de resolver sobre el mérito de la petición¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁷ Aunque contraponiendo la validez con la admisibilidad, en este sentido, HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 204. También, TORRES, S. G., *Nulidades en el proceso penal*, p. 107. El hecho de que sea un tema de incorporación del acto al proceso podría hacer cuestionarse si siquiera se trata de un acto procesal. Como bien explica PÉREZ GORDO, A., *La admisibilidad de los actos procesales*, p. 233, se debe reputar como tal desde el momento en que tiene que declararse inadmisibile en el mismo proceso.

¹¹⁴⁸ RICCIO, G., "Contributo allo studio dell'inammissibilità nel processo penale" en AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, II, Giuffrè, 1984, Milano, p. 1312.

¹¹⁴⁹ DIDIER JR., F., *El juicio de admisibilidad en la Teoría General del Derecho*, p. 160.

¹¹⁵⁰ DELOGU, T., *Contributo alla teoria della inammissibilità nel diritto processuale penale*, p. 9.

¹¹⁵¹ FONTI, R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, p. 172.

c.2. El sobreseimiento.

c.2.1. Noción. Su uso en el proceso civil.

La voz sobreseimiento tiene su origen en la palabra latina “*supersedere*” que, literalmente, significa “sentarse encima”. En una segunda acepción, que se acerca más a la noción actual, también es abstenerse o cesar de hacer algo¹¹⁵². Es, como es sabido, una palabra de un uso muy extendido en el proceso penal, en donde se emplea para denominar aquella “resolución judicial en forma de auto que provoca la terminación anticipada con plenos efectos de cosa juzgada o la suspensión de proceso penal, por todos o parte de los hechos investigados durante la instrucción, y para todos o parte de las personas contra quienes se dirige, por no poder formularse acusación, lo que constituye presupuesto de la apertura del juicio oral, o por concurrir algún óbice del juicio”¹¹⁵³, distinguiéndose el sobreseimiento libre y el condicional.

En el proceso civil, el uso del término sobreseimiento ha sido bastante menos extendido, aunque hay antecedentes de su empleo en diversos cuerpos legales. El antecedente más inmediato se puede encontrar en la LEC 1881 que recurría a él en algunos pasajes, como en los artículos 784, 1044, 1047, 2009, 2019, etc., siempre para referirse a una resolución judicial que ponía término anticipado al proceso sin que se produjese una decisión acerca del fondo. Con la modificación introducida por Ley 34/1984, de 6 de agosto, también se estableció la posibilidad de terminar el proceso por sobreseimiento en el juicio de menor cuantía cuando ninguna de las partes asistiera a la comparecencia previa y para cuando en la demanda hubiese algún defecto no subsanable o no subsanado (artículos 692 y 694 LEC 1881)¹¹⁵⁴.

¹¹⁵² Así lo constata CACHÓN CADENAS, M., *El sobreseimiento*, Bellaterra (Barcelona), 1993, p. 6. SEGURA MUNGUÍA, S., *Diccionario por raíces del latín y de las voces*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 680, incluye como primera acepción “estar sentado, puesto, posado en, sobre” y como una segunda la de “abstenerse de; dejar, cesar, desistir”.

¹¹⁵³ SIGÜENZA LÓPEZ, J., *El sobreseimiento libre*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 23.

¹¹⁵⁴ CACHÓN CADENAS, M., *El sobreseimiento*, p. 6.

En la LEC vigente, el sobreseimiento es una figura caracterizada únicamente por ser una resolución, un auto, para poner término al juicio sin pronunciarse sobre el fondo del asunto y que se produce en un momento posterior al de la admisión¹¹⁵⁵. Dentro de la estructura del proceso contemplada, se erige como una figura que intenta evitar las sentencias absolutorias de instancia, mediante una decisión que, anticipadamente, finaliza el proceso¹¹⁵⁶.

Los motivos que puedan producir aquello pueden ser de diversa especie. Algunos de ellos tienen que ver con temas de validez de las actuaciones, pero otros solo con la presencia de óbices procesales que impiden la prosecución del juicio¹¹⁵⁷. Sin pretender ser exhaustivo, la LEC contempla sobreseimiento en caso de desistimiento de la demanda (artículo 20.3 LEC); declaración de falta de jurisdicción o incompetencia en virtud de una declinatoria (artículo 65.2); ausencia de ambas partes a la audiencia previa o del demandante, si el demandado no tiene interés en proseguir el juicio (artículo 414.3); inasistencia del abogado del demandante a la audiencia previa (artículo 414.4); defectos de capacidad o representación cuando estos no sean subsanados o subsanables (artículo 418.2); no constitución de litisconsorcio necesario (artículo 420.4); litispendencia o cosa juzgada (artículo 421.1); cuando en un juicio ordinario se considera que es aplicable el juicio verbal y que está interpuesta fuera del plazo de caducidad (artículos 422.2 y 423.3); no corrección o aclaración de una demanda defectuosa (artículo 424.2); respecto de la ejecución provisional, cuando se revoque una sentencia que condena al pago de una suma de dinero (artículo 533.1); respecto de la ejecución, si prospera la rescisión o revisión de una sentencia

¹¹⁵⁵ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La audiencia previa al juicio*, p. 140, lo ha definido como la “anormal terminación anticipada del proceso por resolución judicial (auto) que, sin entrar en el fondo -que queda imprejuizado-, deja sin curso ulterior el procedimiento, disponiendo el archivo de sus actuaciones”. La doctrina está de acuerdo en que el sobreseimiento siempre produce el término del juicio. Aunque parece ser la opción correcta, no sería de extrañar la postura contraria, considerando de que se hace uso de una institución, que en sede procesal penal no necesariamente tiene esa implicancia. Desde la perspectiva de la caducidad de las pretensiones y de la litispendencia el planteamiento de esta cuestión puede ser un asunto relevante.

¹¹⁵⁶ Se podría decir, como hace FAIRÉN GUILLÉN, V., *La audiencia previa. Condiciones teórico-prácticas (Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000)*, p. 120, que se trata de un “auto absolutorio de instancia”. Lo importante es manifestar que se evita la tramitación inútil de la totalidad del juicio.

¹¹⁵⁷ DE LA OLIVA SANTOS, A. en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, p. 485; RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 1402; BARONA VILLAR, S. en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil*, p. 375.

dictada en rebeldía (artículo 566.3); y cuando no se interpone demanda en juicio ordinario en el plazo de un mes desde la oposición al juicio monitorio (artículo 818.2).

A pesar de dejar irresoluta la pretensión, no es posible caracterizar al sobreseimiento por el hecho de que sea una resolución que no produzca cosa juzgada material¹¹⁵⁸. Si bien en bastantes casos será así, hay otros en los que no. Los más evidentes son los relativos a la litispendencia y a la cosa juzgada¹¹⁵⁹.

c.2.2. El sobreseimiento en el contexto de la invalidez.

Ya se ha dicho que no todo sobreseimiento implica una situación de invalidez que necesite ser actualizada. Solo en algunos casos es así. Son siempre cuestiones relativas a la validez del proceso en su integridad -lo que podría llevar a identificarlo con lo que normalmente se denominan presupuestos procesales- y no de un acto o una serie de actos en particular, pues, si así fuera, la forma de excluirlo es la nulidad y no el sobreseimiento. Dentro de las situaciones ya enumeradas, ello ocurre en los casos de falta de jurisdicción, incompetencia objetiva y territorial cuando provenga de una norma imperativa, incapacidad, falta de representación, litisconsorcio necesario, caducidad cuando se determine que procede el juicio verbal, demanda defectuosa y no interposición de la demanda oportunamente cuando hay oposición al procedimiento monitorio.

En la gran mayoría de casos, el sobreseimiento dice relación con un defecto en la demanda que debió provocar una inadmisión por motivos procesales que no ha ocurrido. Sin embargo, hay casos en que no se verifica esta correspondencia, pues el control de la validez queda entregado al demandado que puede convalidar el acto con su solo silencio¹¹⁶⁰. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la competencia territorial cuando no deriva de una norma imperativa.

¹¹⁵⁸ En otro sentido, RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles, vol. II*, p. 1402, aunque poco antes, p. 1376, parece postular lo contrario.

¹¹⁵⁹ NIEVA FENOLL, J., *La cosa juzgada*, p. 142. También en BARONA VILLAR, S. en MONTERO AROCA, J., et al, *Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil*, p. 376.

¹¹⁶⁰ ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 225.

Que el sobreseimiento, en general, se dé en situaciones de admisión errónea de la demanda pone en evidencia dos cosas: (1) que el juicio de admisión no es un juicio definitivo y (2) que una admisión produce un efecto de “contagio” de la invalidez dentro del juicio.

(1) El que la admisión sea un juicio positivo provisional supone que la decisión de ella no produce en caso alguno la validación del defecto procesal que pueda afectar al acto¹¹⁶¹. Ello es especialmente claro en la demanda, pues el demandado tiene un momento procesal preciso para poder alegar la invalidez que de ello deriva, pero se trata de algo que también cuenta en todos los casos. Siendo un juicio *prima facie* -solo con un mínimo de antecedentes y sin intervención del demandado- y existiendo una presunción a favor de la admisión, lo más razonable es que esa decisión pueda ser objeto de un escrutinio más cuidadoso con posterioridad.

(2) Vinculado con lo anterior, es que se produce el efecto de contagio o invalidez derivada: considerando que en el sistema de la LEC la inadmisión solo puede ser inicial, el defecto procesal del acto incorrectamente admitido termina por transformar un acto inadmisibile en un juicio sobreseído o en una actuación judicial nula, dependiendo del tipo de defecto¹¹⁶². Una vez introducido el defecto en el proceso, el sistema hace todo lo necesario para que el mismo desaparezca, eliminando todos los actos que sean necesarios o llegando, incluso, a terminar con el proceso, en el caso del sobreseimiento¹¹⁶³.

La forma de implementación de la ineficacia en este caso es diversa a la de la inadmisión y la nulidad. Mientras en el primer caso, no se permite el ingreso al proceso del acto defectuoso y en el segundo se produce la eliminación del acto inválido y aquellos a los que haya afectado, en el sobreseimiento se produce una especie de ineficacia sin eliminación, en la que, sin anular, se hace inútil lo obrado en el juicio. No se produce supresión alguna: lo

¹¹⁶¹ MAIER, J. B. J., *Función normativa de la nulidad*, p. 141; CIERCO SEIRA, C., *La inadmisión en el procedimiento administrativo: estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, p. 85.

¹¹⁶² Se refieren a este fenómeno, entre otros, CONSO, G., *Il concetto e le specie d'invalidità: introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, p. 79; PEYRON, C., *Inammissibilità*, p. 615; FONTI, R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, p. 176.

¹¹⁶³ FONTI, R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, p. 170.

realizado vale y permanece dentro del proceso, pero este proceso, en cuanto tal, se vuelve ineficaz, en cuanto no ha producido el pronunciamiento de fondo pretendido¹¹⁶⁴.

c.3. La nulidad (remisión).

Ya se ha dicho reiteradamente: la nulidad solo es predicable respecto de actuaciones del órgano judicial, no de las actuaciones de parte. En tal calidad, la no subsanación de un acto de parte solo podrá generar nulidad de actuaciones judiciales cuando se trate de un acto que ya haya sido admitido al proceso, sea porque la admisión es incorrecta y el vicio contagia a algunas actuaciones judiciales (invalidez derivada) o porque se trata de un defecto que ha sido dejado solo al control de la parte y no del tribunal, como podría ser el caso de la nulidad de un acto de comunicación (artículo 166.2 LEC).

Por sus características, la nulidad será tratada en el próximo apartado.

II. Aspectos procedimentales de la subsanación de los actos del órgano judicial.

II.1. Consideraciones generales

En este apartado, el último, se tratarán los aspectos procedimentales de la subsanación de los defectos de los actos del órgano judicial. Es decir, casos en los que la irregularidad,

¹¹⁶⁴ Cf. GANDULFO RAMÍREZ, E., "Presupuestos procesales y su decaimiento en los juicios personalísimos. La capacidad procesal en el caso 'Quezada Arias con Farías Lauri'" en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, v. 1, 2011, p. 288, quien hace presente que hay requisitos de validez que son del proceso en cuanto entidad colectiva, que no afectan la validez de los actos procesales particulares, que identifica con los presupuestos procesales. Asumir que los vicios del proceso afectan de los actos particulares, afirma, sería caer en lo que se denomina la falacia de la composición, que consiste en concluir que colectivamente una clase posee una determinada característica porque cada miembro de la clase lo tendría. Solo ello, sostiene, permite explicar por qué la resolución singular que declara inválido el proceso puede ser ella misma válida.

normalmente invalidante, está en una actuación del tribunal, del secretario o del algún otro funcionario judicial y no en el acto de una de las partes o de un tercero procesal.

Aunque normalmente se le ha dado un tratamiento único a la subsanación de los actos sin importar el sujeto que la realiza¹¹⁶⁵, las lógicas que se aplican acá son diversas a las de los actos de partes en muchos aspectos. Los procedimientos varían porque el sujeto procesal involucrado cumple un rol diverso y, principalmente, debido a que la trascendencia de la subsanación es distinta, al no estar en juego, en general, la tutela judicial efectiva ni poderse, siquiera, proclamar un principio favorable a la subsanación con la misma extensión que respecto de las actuaciones de parte, como ya se ha explicado.

Se dará especial relevancia a las resoluciones judiciales, debido a que es la especie más importante dentro del género y porque es el único tipo de actuación judicial que tiene procedimientos preestablecidos, lo que, como se verá, responde a la poca idoneidad de la subsanación como herramienta en otros casos.

No debe perderse de vista el concepto de subsanación que se viene manejando, como corrección de defectos y excluyente de la nulidad. En atención a él es que incluyen todas aquellas situaciones en la que se puede remediar el defecto del acto mediante su rectificación o integración, sin recurrir a la anulación del mismo.

II.2.Vías para obtener la subsanación de las resoluciones judiciales

A. Principio de legalidad

Cabe reiterar lo dicho en el capítulo primero en el sentido de que, al ser la invariabilidad de las resoluciones judiciales parte de la garantía de la tutela judicial efectiva, estas no pueden ser modificadas sino por los procedimientos que establece la ley¹¹⁶⁶. Aunque esto no es un impedimento absoluto para su modificación, sí se establece como un obstáculo insalvable

¹¹⁶⁵ Muy claramente en ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 273; y CHAMORRO BERNAL, F., *El artículo 24 de la Constitución*, p. 686.

¹¹⁶⁶ Véase *infra* p. 120.

para la construcción de cualquier otra forma de corrección de ellas que no sean las preestablecidas por el legislador. Se puede hablar, en ese sentido, de un principio de legalidad de los procedimientos subsanatorios respecto de las sentencias que impone como límite que solo se puedan emplear los medios que la ley franquea para la corrección de los defectos procesales, con estricto control de que se usen para los fines y de la manera establecida por esta¹¹⁶⁷. Simplemente, donde la ley no autorice la modificación de una resolución, no puede haber subsanación.

Este principio de legalidad contrasta muy patentemente con lo que ocurre con los defectos en los actos de parte, pues respecto de ellos existe el deber del tribunal de promover y facilitar su corrección, comprendiéndose en él el de crear procedimientos *ad hoc* en los casos que ellos no estén contemplados en la ley. De un deber del juez de crear procedimientos de corrección se pasa al deber exactamente opuesto.

B. *Sujeto de la subsanación*

Mientras que en la subsanación de los defectos de actos de las partes la regla es que se efectúe por su autor, respecto de las actuaciones judiciales el asunto es menos claro, debido a que en buena parte de los casos la corrección del defecto procesal en una sentencia no viene dada por el mismo sujeto que la ha realizado. Es lo que ocurre en los recursos devolutivos, en los que quien podrá corregir el defecto sin anular será un tribunal de un grado superior.

Sí es posible constatar otra regla, que no incluye excepciones y que consiste en que la corrección de defectos de este tipo solo podrá ser efectuada por un órgano judicial, sea este el mismo que dictó la resolución u otro. En caso alguno cabe la posibilidad de que la subsanación sea efectuada por alguna de las partes, debido a que en esos casos habría una

¹¹⁶⁷ Aunque, como se ha dicho, la mayor parte de la jurisprudencia sobre el punto se refiere a situaciones en las que hay una resolución firme y, por lo tanto, cosa juzgada, esto no es necesariamente así. La garantía procede respecto de toda resolución desde su firma, que es el momento que la LEC (artículo 214.1) la considera como tal. Por ello, no parece exacto exponer esta intangibilidad solo como una protección de la cosa juzgada, como lo hace GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Constitución y Derecho Procesal: Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, p. 220 .

convalidación en la que el litigante afectado valida el acto originalmente inválido con su aceptación expresa o tácita. Lo anterior no quiere decir que las partes no jueguen un rol importante. Por el contrario, en casi todos los casos tienen iniciativa exclusiva para requerir la subsanación, reputándose convalidados los defectos que no son reclamados oportunamente por ellas. Solo en contados casos el tribunal puede actuar de oficio.

C. *Vías de subsanación directas*

En este epígrafe se consideran aquellos mecanismos contemplados por el legislador que no suponen la existencia de un recurso y que tienen por exclusiva función el corregir el defecto. Se trata principalmente de los procedimientos establecidos en los artículos 214 y 215 LEC (267 LOPJ)¹¹⁶⁸. Estas disposiciones modifican el régimen que existía en mecanismos de esta especie, por un lado, separando la aclaración y rectificación de errores materiales de las omisiones, antes tratadas conjuntamente, y, por otro, incluyendo la novedosa posibilidad de salvar la incongruencia por omisión sin necesidad de un recurso.

a. *Aclaración*

El artículo 218 LEC exige claridad y precisión en las sentencias, exigencia que supone que estas deben expresar de forma indubitable qué deciden y por qué lo deciden. La existencia de expresiones o pasajes oscuros o imprecisos atentan contra esta pretendida claridad y dificultan -cuando no impiden- la comprensión de la misma o de sus fundamentos. El instrumento de la aclaración tiene por objeto el esclarecimiento de estas expresiones o pasajes, sea que se encuentren en la parte dispositiva o expositiva del fallo¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁸ El artículo 214 LEC fue uno de los artículos cuya entrada en vigencia se postergó debido a la necesidad de adecuarlo a lo dispuesto en el artículo 267 LOPJ (no así el artículo 215 que entró en vigencia el 8 de enero de 2001). La cuestión de su vigencia dejó de ser relevante a partir de la LO 13/2003, de 23 de diciembre, que prácticamente igualó los textos de ambas disposiciones.

¹¹⁶⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, p. 828 sostiene que “La aclaración sirve, en primer lugar, para promover el esclarecimiento de algún ‘concepto oscuro’, es decir, de un enunciado gramatical o de un término incorporado a la fundamentación o a la parte dispositiva de la sentencia del que, por cualquier razón, pueda predicarse su ambigüedad o su problemático encaje contextual por el común de los ciudadanos, si no

La constitucionalidad de este medio no ha sido puesta en duda, pues parece evidente que la sola aclaración de conceptos no afecta la invariabilidad de las sentencias, por cuanto el hecho de que se puedan aclarar algunos conceptos no suponen una variación de ella, sino, simplemente, una mejor explicación de sus términos¹¹⁷⁰. Sin embargo, la ambigüedad que existe entre la mera aclaración y la modificación ha obligado en numerosas ocasiones al TC a precisar sus límites, instando a una interpretación “en extremo rigurosa”¹¹⁷¹, tanto por el hecho de que constituye una excepción a la intangibilidad como porque es decretada *inaudita altera parte*. A partir de la jurisprudencia de este tribunal, hay cierto acuerdo en que el límite de la aclaración es que no puede modificar los elementos esenciales de la resolución. La aclaración, en otros términos, no puede significar alterar la decisión ya adoptada, cambiar su motivación o incluir nuevas valoraciones no incluidas con anterioridad¹¹⁷².

La aclaración procede para toda clase de resoluciones que sea dictada por el tribunal o el secretario y está llamada a ser resuelta por el mismo funcionario que la ha dictado. Puede hacerse de oficio o a petición de parte o del Ministerio Fiscal, siempre en el plazo de dos días hábiles contados desde la publicación de la resolución y debe ser resuelta dentro del plazo de tres días siguientes a la solicitud, de haberla, sin audiencia a la contraria, lo que viene a remarcar su carácter de corrector de defectos menores. Si es por petición de parte, se suspenden, en el intertanto, los plazos que puedan correr para interponer recursos. Respecto de la resolución no procede recurso alguno, sin perjuicio de los que puedan proceder en contra de la resolución aclarada (artículo 215.5 LEC).

se trata de términos jurídicos, o por el común de las personas cuando menos Licenciada en Derecho para los términos jurídicos”.

¹¹⁷⁰ FONS RODRÍGUEZ, C., "Los límites a la aclaración de las sentencias y la subsidiariedad de la acción pauliana condicionante de su ejercicio" en *Diario La Ley*, n° 5727, 2003, p.4. También en este sentido, la STC 115/2005 (Sala Segunda), de 9 de mayo, ponente Conde Martín de Hijas, FJ 4°.

¹¹⁷¹ STC 119/2006 (Sala Primera), de 24 de abril, ponente Delgado Barrio, FJ 4°.

¹¹⁷² FONT SERRA, E., "Aclaración de sentencias y rectificación de errores materiales manifiestos" en *Diario La Ley*, n° 3115, 1992, p.4; FONS RODRÍGUEZ, C., *Los límites a la aclaración de las sentencias y la subsidiariedad de la acción pauliana condicionante de su ejercicio*, p. 4; y SOTO NIETO, F., "Aclaración de las Resoluciones Judiciales. Sus límites" en *Diario La Ley*, n° 6569, 2006, p.4.

b. Rectificación de errores materiales o aritméticos

En la expresión “errores materiales o aritméticos” se entiende incluida toda clase de equivocación que pueda contener la sentencia de carácter no jurídico, como transcripciones inexactas, datos que no se corresponden con los antecedentes, nombres o roles mal indicados, faltas ortográficas, cálculos numéricos errados, etc. Se excluye a cualquier error relacionado con la aplicación del derecho o la valoración de la prueba.

En general, se ha entendido por la doctrina y la jurisprudencia que el único error material o aritmético que puede ser corregido es el error manifiesto¹¹⁷³, entendiéndose por tales “aquellos errores cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables, por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución judicial, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones”¹¹⁷⁴. Sin embargo, dicha interpretación no parece razonable, pues sería dejar a los errores materiales no manifiestos sin otra solución que los recursos. La redacción, además, es bastante clara en este punto, pues el artículo 267.1 LOPJ (214.1 LEC) indica la posibilidad de rectificar “cualquier error material”, para luego, en el apartado siguiente indicarse un procedimiento general y, solo después, establecer que los errores materiales manifiestos y aritméticos tienen el régimen especial¹¹⁷⁵.

La rectificación de errores de esta especie se admite respecto de toda resolución y, entendida como se ha propuesto, goza del régimen procesal que la aclaración, a menos que se trate de un error manifiesto, caso en que su tratamiento es bastante generoso, ya que se permite en cualquier momento, sea de oficio, a petición de parte o del Ministerio Fiscal.

¹¹⁷³Así lo consideran, entre otros, CASAS BAAMONDE, M. E., "La nueva regulación de los incidentes de nulidad de actuaciones y de subsanación y complemento de sentencias" en *Relaciones Laborales*, nº 5, 2004, p. 3; ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 357; RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 1370; y MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación civil: casación e infracción procesal*, p. 112.

¹¹⁷⁴ STC 216/2001 (Sala Segunda), de 29 de octubre, ponente Conde Martín de Hijas, FJ 2º.

¹¹⁷⁵ Así también lo entienden, ORTELLS RAMOS, M. en ORTELLS RAMOS, M. y MASCARELL NAVARRO, M. J., *Derecho procesal civil*, p. 452; y GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, p. 828 y 829.

Los límites constitucionales de la rectificación son básicamente los mismos de la aclaración, en el sentido de que no puede suponer un cambio en el fallo, ni nuevos fundamentos o interpretaciones jurídicas¹¹⁷⁶. Sin embargo, en casos muy excepcionales, se ha admitido una al menos aparente excepción, en que se permite el cambio de sentido de la decisión de un fallo “cuando el error material que conduce a dictar una resolución equivocada o que no se refiera al procedimiento de que se trataba sea un error grosero manifiesto apreciable desde el texto de la misma sin realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento jurídico alguno”¹¹⁷⁷.

c. Complemento de omisiones o defectos que sean necesarios para llevar a efectos autos y sentencias

El artículo 215 LEC (párrafo cuarto y siguientes del artículo 267 LOPJ) se ocupa de la complementación de sentencias con omisiones. No se incluyen todas las omisiones, pues la gran mayoría de ellas serán irregularidades no invalidantes. Solo se contempla la posibilidad de corrección de las omisiones más relevantes que se pueden dar en la parte dispositiva del fallo: las que impiden la ejecución de la resolución y las que generan incongruencia o falta de exhaustividad¹¹⁷⁸.

La primera de las hipótesis de complemento, contemplada en el artículo 215.1 LEC, busca corregir las omisiones o errores en resoluciones que impidan su cumplimiento. Se trata de omisiones que no generan incongruencia, ya que se responde a todas las pretensiones, pero impiden el cumplimiento de la sentencia, tales como la determinación temporal para el cálculo de intereses o en una cuantificación¹¹⁷⁹. Aunque pueden generar algunas dudas acerca de su alcance exacto, es, de los mecanismos que se revisan, el que menos jurisprudencia ha generado. Sin perjuicio de ello, y considerando que las omisiones que se

¹¹⁷⁶ La STC 162/2006 (Sala Primera), de 22 de mayo, ponente García-Calvo y Montiel, afirma que el cambio no puede entrañar “una nueva operación de valoración, interpretación o apreciación en Derecho” (FJ 7º).

¹¹⁷⁷ STC 48/1999 (Sala Primera), de 22 de marzo, ponente Casas Baamonde, FJ 3º.

¹¹⁷⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, p. 831.

¹¹⁷⁹ DE LA OLIVA SANTOS, A., et al, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, p. 378.

pueden subsanar son las de la parte dispositiva, el límite debe reconocerse en el hecho de que no incluya nuevas resoluciones, sino solo las medidas necesarias y pertinentes para obtener el cumplimiento de lo resuelto.

El tratamiento procesal de esta norma es igual al visto respecto de la aclaración. La única diferencia relevante es que solo puede hacerse respecto de autos y sentencias.

d. Complemento de omisiones o defectos de pronunciamientos

En la principal novedad de la LEC en este tema, en el artículo 215.2, .3 y .4 (actuales 267.4, .5 y .6 LOPJ) se ha ampliado la posibilidad de correcciones sin recurso a casos manifiestos de incongruencia omisiva o falta de exhaustividad de las resoluciones, un asunto de conocida relevancia constitucional, en el que se ha optado por dar una alternativa que ahorra la vía del recurso, simplificando notablemente la complementación.

La limitación de esta técnica ha sido expresamente establecida por la misma disposición, que impide que se modifique o rectifique lo acordado (artículo 215.3)¹¹⁸⁰, con lo que se puede concluir que incluso podría agregar en la fundamentación de la sentencia nuevas consideraciones que justifiquen lo fallado, pero en caso alguno eliminar lo ya incluido.

El complemento procede para sentencias, autos y decretos. En cada caso, el asunto será conocido por el órgano que falló, sea este el tribunal o el secretario judicial, y puede ser por petición de parte o de oficio. Si es petición de parte, el plazo para solicitarlo es de cinco días contado desde su notificación y, previo a resolver, deberá darse traslado a las demás partes por cinco días, suspendiéndose durante su tramitación los plazos para interponer recursos. Si es de oficio, será en el plazo de cinco días a contar de su dictación. En ambos

¹¹⁸⁰ El límite se establece artículo 215.3 que se refiere a la posibilidad de complementación de oficio de la sentencia. Sin embargo, ello no se dice respecto de la modificación a solicitud de parte, que está en el párrafo anterior, ello ha llevado a GARBERÍ LLOBREGAT a sostener que dicho límite no se aplicaría en este último caso, en el que el juez sí podría modificar o rectificar lo ya acordado. Esto no parece correcto, porque permitirlo constituiría un atentado a la invariabilidad de las sentencias y daría un margen de libertad al tribunal que no tiene sentido (en GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, p. 832).

casos, se resuelve a través de un auto o decreto, dependiendo del funcionario involucrado, y no proceden más recursos que los que procedan en contra de la respectiva resolución.

La inclusión de este mecanismo ha hecho surgir la cuestión de si es necesario pedir el complemento de la sentencia para poder acceder al amparo, considerando el carácter subsidiario de este último¹¹⁸¹. Al respecto, el TC ha sostenido un criterio bastante amplio, en el sentido de exigir que se haya denunciado la falta de congruencia, pero admitiendo como instrumentos equivalentes a estos efectos el procedimiento de complemento o el incidente de nulidad de actuaciones. Al respecto, la STC 135/2007, de 4 de junio, sostiene que “el examen en el plano constitucional de la cuestión suscitada sobre si un concreto medio de impugnación es o no procedente, en definitiva, lo que persigue es excluir la posibilidad de que se inste la tutela dispensable a través del recurso de amparo sin haberse intentado la reparación del derecho ante la jurisdicción ordinaria cuando había un razonable cauce legal para ello”¹¹⁸².

e. ¿Procede la aplicación del artículo 227.2 LEC para subsanar de oficio resoluciones?

El artículo 227.2 LEC entrega al tribunal la posibilidad de declarar, de oficio o por iniciativa de parte, la nulidad de aquellas actuaciones defectuosas, siempre que no proceda la subsanación y previa audiencia a los litigantes. Dicha facultad puede ser ejercida antes de que recaiga resolución que ponga término al proceso. Una vez concluida la instancia, las facultades se reducen a la posibilidad de decretar de oficio la nulidad por falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional y de violencia o intimidación que hubiese afectado al tribunal. Cabe preguntarse si esta es otra vía que permite la subsanación de los defectos de resoluciones judiciales, asunto relevante debido a las limitaciones que el principio de legalidad impone.

Como cuestión previa, hay que apuntar que, desde el punto de vista de la iniciativa de la nulidad, la doctrina en general ha visto en esta norma solo una hipótesis, y no dos como

¹¹⁸¹ El artículo 44.1.a LOTC exige para que proceda el amparo “Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial”.

¹¹⁸² Sala Segunda, Ponente Gay Montalvo, FJ 5º.

podría parecer a simple vista. Solo el tribunal retendría la iniciativa, siendo la instancia de parte solo una forma de insinuar o de poner en conocimiento de este la existencia del defecto para que este determine si aplica sus facultades oficiosas¹¹⁸³. Esta explicación busca hacer armoniosa la norma comentada con la contenida en el artículo siguiente (artículo 228.1 LEC) que proscribe los incidentes de nulidad de actuaciones, salvo en el caso del archiconocido incidente excepcional después de la sentencia firme.

La norma comentada impone al tribunal el deber de propender a la subsanación como requisito para decretar la nulidad, siempre que ella sea posible, configurando la posibilidad de subsanar los defectos como una faz de esta facultad¹¹⁸⁴. Los temas son, entonces, en qué casos se podrá dar curso a este procedimiento para declarar la nulidad y, dentro de ellos, si es posible subsanar o, por el contrario, si solo cabe anular la resolución defectuosa.

En el presupuesto normativo del artículo 227.2 se puede aplicar para cuatro hipótesis que no necesariamente tienen la misma solución, dependiendo del tipo de resolución y de quién las dicta: (1) Las resoluciones definitivas dictadas por el mismo tribunal que conoce de la nulidad; (2) Las resoluciones interlocutorias también dictadas que el tribunal que conoce la nulidad; (3) Las resoluciones defectuosas dictadas por el tribunal a *quo* de las que conoce el tribunal *ad quem*; con ocasión de un recurso; y (4) Las resoluciones dictadas por el secretario.

(1) La situación de las resoluciones definitivas parece ser la más sencilla de resolver por la claridad del artículo 227.2 LEC, que fija como límite el que se declare “antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso”. Si a ello le sumamos el principio de la invariabilidad de las resoluciones y los procedimientos excepcionales del artículo 267 LOPJ

¹¹⁸³ En este sentido, HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 238-239; MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 322; y ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 399. En contra, LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, p. 193-194. El asunto tiene alguna relevancia en el sentido de la tramitación que se le debe dar, los plazos que se manejen y, principalmente, en lo relativo a la obligación del tribunal de pronunciarse sobre lo indicado por la parte que ha puesto de manifiesto el defecto.

¹¹⁸⁴ HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 240

(214 y 215 LEC), no hay lugar a mayores dudas en el sentido de que no cabe la actuación de oficio respecto de ellas¹¹⁸⁵.

(2) Lo que respecta a las resoluciones interlocutorias podría generar alguna duda, pues se encuentran dentro de los límites temporales de la posibilidad de declaración al no existir resolución definitiva. Se podría afirmar que, teniendo la obligación el tribunal de cuidar por la validez de sus actos, una vez dictada la resolución, podría modificarla si aprecia la invalidez¹¹⁸⁶. En ese sentido, y en lo que nos incumbe, debiese propender primero a la subsanación de ella, modificándola en lo necesario.

Esta posibilidad tiene, sin embargo, una serie de dificultades para encuadrar con algunas reglas de la LEC. La primera es la relativa a la invariabilidad de las sentencias. Ya se ha visto que la regla es clara: se modifican vía recurso o por los medios del artículo 267 LOPJ (artículos 214 y 215 LEC). No cabe otra opción. Permitir la posibilidad de subsanar de oficio atentaría contra esta opción. Se podría afirmar que, en este caso cabría anular, pero no subsanar, porque la anulación no es modificación de la resolución. Acá choca, sin embargo, con otra dificultad no menor: la preclusión. Si es que se han dejado pasar los plazos para recurrir de la resolución, ha precluido la posibilidad de cuestionar su validez por parte de las partes y, por lo tanto, se ha convalidado el defecto, a menos que se trate de aquellos que pueden ser declarados de oficio en sede de recurso¹¹⁸⁷. Respecto de estos últimos, sería absurdo que ellos no pudiesen ser declarados en esta oportunidad también.

¿Significa ello privar de virtualidad práctica a la regla de la declaración de oficio?¹¹⁸⁸ No, porque lo expuesto es aplicable solo a las resoluciones judiciales y no para otras actuaciones judiciales. Tampoco sería aplicable en aquellos casos en los que el defecto procesal está en una actuación de parte y la anulación de la resolución es la forma de hacer ineficaz a esta. Acá sería más difícil justificar la aplicación de las reglas de preclusión porque la anulación

¹¹⁸⁵ Sí se generaban problemas con la redacción existente antes de la LO 5/1997, el artículo 240.2 LOPJ establecía como límite temporal el de la dictación de la sentencia definitiva, por la intelección de qué era sentencia definitiva, algo especialmente importante debido a la inexistencia del incidente de nulidad de actuaciones (véase *supra nota* 531).

¹¹⁸⁶ Esta es la postura de ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 397

¹¹⁸⁷ En un sentido similar, HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, p. 246 y ss.

¹¹⁸⁸ Es lo que plantea ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 397.

de la resolución judicial sería la forma de hacer ineficaz un acto diverso a esta, que es el defectuoso.

(3) No merece mayores dificultades, por mucho que pueda cuestionarse su conveniencia¹¹⁸⁹, el ámbito que tiene el tribunal que conoce de un recurso para declarar la nulidad de oficio. El artículo 227.4 II es claro: en sede de recurso solo se puede declarar la nulidad por falta de jurisdicción, falta de competencia objetiva o funcional y violencia o intimidación que afecte al tribunal, que no son subsanables. Se podría sostener que, en este caso, el tribunal de oficio podría requerir la subsanación, pero no anular, lo que no es posible porque si no se permite anular es porque ha habido convalidación y, ya se sabe, esta excluye a la nulidad.

(4) Si se aplica estrictamente la regla antes vista, debiese incluirse en ella las facultades de anulación de oficio del tribunal cuando conoce el recurso de revisión respecto de resoluciones dictadas por el secretario. Esto dejaría circunscritas sus facultades de control a la falta de jurisdicción, falta de competencia objetiva o funcional y violencia o intimidación que afecte al tribunal. No parece haber sido el objetivo de la norma, que debe haber pretendido incluir en ella solo aquellos recursos devolutivos que suponen otro grado jurisdiccional. Haya sido o no el objetivo, PÉREZ DAUDÍ aporta un convincente argumento para permitir el control oficioso del tribunal respecto de resoluciones del secretario, a partir de entender que el destinatario de la norma procesal es el tribunal y no el secretario. Sostiene que lo contrario “supondría desconocer la esencia del proceso judicial”¹¹⁹⁰. No se debe perder de vista que quien ejerce jurisdicción, por mandato constitucional, es el juez y no el secretario, por lo que el control de oficio por quien detenta la función jurisdiccional debe ser siempre ineludible.

En resumen, la facultad del tribunal para subsanar de oficio defectos tiene escasa relevancia en lo relativo a resoluciones judiciales, limitándose al último caso visto. En el resto de ellos, esta no es posible.

¹¹⁸⁹ Recuérdese la crítica de SERRA DOMÍNGUEZ, *supra* nota n. 762.

¹¹⁹⁰ PÉREZ DAUDÍ, V., "La revisión de los decretos del secretario por el tribunal" en *Justicia*, v. 3-4, 2010, p. 128.

f. ¿Puede ser el incidente de nulidad de actuaciones un medio para subsanar resoluciones defectuosas?

Es pertinente cuestionarse acerca de si el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones es una vía que, en algún caso, termine subsanando los defectos en vez de anulando la actuación. Del solo tenor del artículo 228.2 LEC la cuestión no tiene mayor sentido, ya que dispone 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”, en una clara referencia al carácter necesariamente anulatorio del incidente.

Sin embargo, la cuestión tiene algún matiz en el caso de que el defecto esté en la sentencia o en un auto definitivo, debido a que, a primera vista, no se ve como necesaria la anulación de ella, porque, al no haber reenvío por ser el mismo tribunal, bastará con complementar una resolución¹¹⁹¹. En otras palabras, no sería necesaria la invalidación, toda vez que la misma puede ser subsanada a través de la rectificación, supresión o agregación de lo que se considera inadecuado. Visto desde la sola perspectiva de la sentencia, sí sería un procedimiento subsanatorio, pero esto no impide la anulación de todo lo ocurrido después de la dictación de la sentencia, que, indefectiblemente, deberá volverse a realizar. En ese sentido, se trata más de una expresión del principio de conservación que de otra cosa.

D. Los recursos

a. Introducción

A simple vista, los recursos parecen ser considerados por el sistema de la LEC como único medio por el que las partes pueden denunciar la nulidad de los actos del tribunal mientras no haya sentencia firme. Debido a la aversión del legislador español a los incidentes, se ha preferido que los motivos de nulidad se vean absorbidos por los recursos, lo que impone al litigante que quiera cuestionar la validez de los actos el que tenga que deducir en cada caso el recurso correspondiente. La regla se consagra en el artículo 227.1 LEC que dispone que

¹¹⁹¹ LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, p. 290-291.

la nulidad se hará valer “por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate” y se confirma en el artículo siguiente (228.1) que proscribe los incidentes de nulidad fuera del caso del ya conocido incidente excepcional, procedente solo respecto de sentencias ejecutoriadas.

A pesar de lo categórica que pueda parecer la ley en este aspecto, y de no incluirse en la LEC la referencia genérica que hace la LOPJ a la posibilidad de pedir la nulidad “por los demás medios que establezcan las leyes procesales”, no hay controversia en que hay otros medios para recabar la nulidad, tales como las excepciones procesales, la declinatoria o, incluso, incidentes especiales como el de la prueba ilícita (artículo 287 LEC) o de falta de capacidad o representación (artículo 391 LEC)¹¹⁹². Por lo anterior, la restricción de medios antes vista supone, simplemente, que en aquellos casos en los que no haya un medio expresamente establecido para alegar la nulidad, la vía por excelencia será el recurso y no el incidente, sin perjuicio de la existencia de incidentes especiales y de la posibilidad de denunciar la nulidad a efectos de la declaración oficiosa de esta.

Excepto el recurso de casación, en el sistema español todos los recursos pueden terminar siendo procesales¹¹⁹³, es decir, medios de impugnación que cuestionen aspectos relativos a de las resoluciones que impugnan, lo que puede suponer una pretensión anulatoria. Debido a la prevalencia de la subsanación por sobre la nulidad, en todos los recursos puede darse aquella en vez de esta.

¹¹⁹² Por todos, LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, p. 173; ORTELLS RAMOS, M., MASCARELL NAVARRO, M. J. y CÁMARA RUIZ, J., *Introducción al derecho procesal*, p. 379; y ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 433

¹¹⁹³ Se debe entender que un recurso es procesal cuando la pretensión impugnatoria que contiene busca eliminar los defectos procesales de una resolución o procedimiento, normal (pero no exclusivamente) a través de la nulidad. La nomenclatura de la clasificación es de MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Los recursos en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 35. Sin embargo, ellos sitúan el elemento diferenciador entre un recurso procesal y uno material en el contenido de la resolución impugnada, lo que no es preciso, toda vez que cualquier resolución, aunque tenga contenido material, puede ser objeto de un recurso procesal, en cuanto toda resolución, en cuanto tal, supone la aplicación de normas adjetivas.

b. Los recursos de reposición y de revisión

El recurso de reposición es el único recurso que, en principio, procede en contra de providencias, autos no definitivos, diligencias de ordenación¹¹⁹⁴ y decretos no definitivos (artículo 451 LEC). Teniendo todas estas especies de resoluciones un contenido eminentemente procesal, la impugnación también será de ese tipo, pudiendo servir de cauce para cuestionar su validez¹¹⁹⁵. Debido a esto, parece ser que toda resolución estimatoria de la misma podrá ser de anulación¹¹⁹⁶. Aunque normalmente será así, no debe descartarse que la estimación del recurso suponga la subsanación del defecto y no la anulación de la resolución cuestionada, pues lo que en rigor se pretende con este recurso, y en general con todos los de carácter procesal, es la corrección de un defecto y no una forma precisa de eliminación de este¹¹⁹⁷. Piénsese, por ejemplo, en un auto no definitivo no motivado o en auto o decreto incongruente. Al existir una regla dentro del sistema que favorece la subsanación, debe pensarse por el tribunal primero en ella -que es, además, un remedio menos invasivo- que en la ineficacia de las actuaciones por vía de la anulación.

Lo mismo ocurre con el nuevo recurso de revisión (o recurso directo de revisión). El nuevo papel que asigna la Ley 13/2009 a los secretarios judiciales ha obligado a reforzar los mecanismos que sirven para controlar su actividad procesal¹¹⁹⁸. Dentro de esto, y con muy poco tino respecto del nombre, se ha creado este recurso, que permite al tribunal controlar

¹¹⁹⁴ A contar de la Ley 13/2009 parece no haber lugar a dudas en cuanto a que el legislador reputa como resolución judicial a las diligencias de ordenación. Antes de ello las trataba en una sección aparte (aunque dentro del capítulo de las resoluciones judiciales) y no la incluía del artículo 206 LEC que trata de las clases de resoluciones judiciales), aunque en general se les trataba como tal (por ejemplo, MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 49).

¹¹⁹⁵ MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Los recursos en el proceso civil*, p. 166; LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, p. 163.

¹¹⁹⁶ MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Los recursos en el proceso civil*, p. 166; y BONET NAVARRO, Á., *Los recursos en el proceso civil*, p. 87, parecen discurrir sobre la idea de que la única resolución estimatoria posible es la de nulidad. Sin embargo, no es así. Si bien es cierto que la cuestión es meramente procesal, eso no necesariamente conlleva que la decisión vaya a ser relativa a la validez de la resolución, porque si se cuestiona el mérito de una resolución procesal, técnicamente lo correcto es la revocación y no la anulación.

¹¹⁹⁷ En un sentido similar, respecto del recurso de reposición, LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, p. 163. En general respecto de los recursos, ORTELLS RAMOS, M., *Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil*, p. 301.

¹¹⁹⁸ Acerca de su tramitación y las cuestiones que genera, véase PÉREZ DAUDÍ, V., *La revisión de los decretos del secretario por el tribunal*, p. 119.

las resoluciones más importantes del secretario¹¹⁹⁹, con una tramitación muy similar a la de la reposición y con la misma lógica acerca de la posible subsanación: si bien lo esperable es que la resolución estimatoria del recurso anule la resolución, debiese preferirse la subsanación si es que ella es factible.

c. El recurso de apelación

La histórica unificación en el derecho español entre la apelación propiamente tal y la *querella nullitatis*, permite tener una apelación que se puede emplear para impugnar errores *in iudicando* e *in procedendo*¹²⁰⁰. Considerando que, por lo mismo, se trata de un recurso que debe entenderse ordinariamente con defectos procesales, se han establecido algunas normas que permitan hacer real el principio favorable a la subsanación que se ha venido relatando.

Las vías subsanatorias que se establecen en la LEC a estos efectos son tres: (1) la rendición de prueba denegada en primera instancia indebidamente (artículo 460.2.1. LEC); (2) la corrección de defectos en la sentencia (artículo 465.3 LEC); (3) la subsanación de defectos ocurridos antes de la sentencia (artículo 465.4 LEC).

(1) Dentro los excepcionales casos de rendición de prueba en la apelación, se permite pedir aquella que hubiese sido denegada indebidamente en primera instancia. Son requisitos para poder solicitarla: (a) el haber propuesto oportunamente la prueba en la instancia; (b) que sea pertinente y útil; (c) que lo solicite la parte a la que se le denegó la prueba; y (d) el haber presentado recurso de reposición o haber efectuado protesta en la vista¹²⁰¹. Se trata de un caso de relevancia constitucional que se podría encuadrar tanto como infracción al artículo 24.1 CE, en la vertiente de la prohibición de indefensión, como en la garantía del artículo 24.2 relativa al derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa.

¹¹⁹⁹ De acuerdo al artículo 454 bis LEC, procede respecto de decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación o respecto de los que la ley expresamente establezca este recurso (artículos 41.3, 134.2, 244.3, 246.4, 254.1 LEC, etc.). La lista completa de los casos en los que procede el recurso extraordinario es posible encontrarla en PÉREZ DAUDÍ, V., *La revisión de los decretos del secretario por el tribunal*, p. 138.

¹²⁰⁰ Sobre la relación entre la *querella nullitatis* y la apelación, véase ALMAGRO NOSETTE, J. y TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de derecho procesal*, p. 480.

¹²⁰¹ MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Los recursos en el proceso civil*, p. 272.

Se debe entender que el recurso ha sido formulado basado en la infracción de normas o garantías procesales por la privación de prueba (artículo 459 LEC), ya que no se trata de un vicio que permita la declaración de la nulidad de oficio (artículo 277.2 LEC)¹²⁰². Siendo un caso de invalidez parcial del procedimiento, incluida la sentencia, se da la oportunidad a la parte a que inste por la subsanación del defecto mediante el ofrecimiento de la prueba indebidamente negada en primera instancia. El mérito de la petición será resuelta por el tribunal en un plazo máximo de diez días, lo que implica que este deberá analizar al menos parte del mérito del recurso antes de entrar propiamente en su resolución¹²⁰³. De accederse a la petición, el secretario deberá señalar una fecha para la vista de la causa, que se celebrará dentro del mes siguiente de acuerdo a las normas del juicio verbal (artículo 464.1 LEC).

Cabe preguntarse si todo defecto de esta especie es subsanable. A primera vista parece que sí. Sin embargo, surge alguna duda cuando en la primera instancia se ha denegado toda la prueba ofrecida o parte significativa de ella. Casos como esos merecen una revisión especial de la situación concreta porque prácticamente se le priva a las partes de toda una instancia y todo el orden del proceso se altera¹²⁰⁴.

En algún sentido también podría constituir una oportunidad para la subsanación de defectos procesales la solicitud de rendir prueba fundada en que la misma, a pesar de haber sido propuesta y admitida, no se hubiere podido rendir por un hecho no imputable al solicitante (artículo 460.2.2), pero solo en el caso en que el hecho que haya impedido la

¹²⁰² Además, si el recurso se funda en este motivo, debe pedirse la subsanación en estos términos. En este sentido, la SAP Madrid 373/2006 (Sección 14ª), de 30 de mayo, ponente Camazón Linacero sostiene que “para que pueda apreciarse la indefensión relevante para la nulidad de actuaciones, como consecuencia de la denegación de las pruebas que refiere la parte que insta la nulidad, es preciso que no pudiera ser reproducida la prueba denegada en la segunda instancia y que, además, esa denegación fuera indebida y la denegación indebida tuviera relevancia en aras del derecho de defensa de la parte” (FJ 2º).

¹²⁰³ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El recurso de apelación en el proceso civil*, p. 280.

¹²⁰⁴ El AAP Cádiz 15/2008 (Sección 2ª), ponente Marín Fernández, ha sostenido que “Es claro que se ha omitido la totalidad de un trámite esencial del proceso cual es la práctica de la prueba y que ello constituye una flagrante violación de normas esenciales del procedimiento a los efectos del art. 225.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tal violación podría haberse subsanado -tal y como parece exigir la propia institución- mediante la práctica de las pruebas en fase de apelación, pero ello supondría alterar por completo la lógica del procedimiento y en la práctica privar a las partes de toda una instancia. Por otra parte, la situación de indefensión para la aseguradora recurrente es manifiesta al verse imposibilitada de acreditar su versión del siniestro, total o parcialmente exculpatoria para la posición que la misma pretende acreditar” (FJ único).

rendición de la prueba configure un defecto procesal¹²⁰⁵. Si, por ejemplo, no se ha podido realizar el interrogatorio a la contraparte porque ella no se encontraba en condiciones de salud para hacerlo, no hay motivo de invalidez alguno y la posibilidad de que rinda prueba se explica como una norma que busca dar otra oportunidad para rendir una prueba, compatibilizando las lógicas de celeridad del proceso y de búsqueda de la verdad. Distinta sería la situación si el impedimento viene dado por una negativa injustificada del tribunal a recibirla, caso en el que sí hay un defecto procesal. Acá, aunque la ley no lo expresa, lo razonable sería exigir la reposición o protesta como requisito para hacer plausible la situación¹²⁰⁶.

(2) Otra situación expresamente contemplada en la apelación se relaciona con la posibilidad de que la infracción procesal en la que se ha fundado el recurso se haya producido en la sentencia (no en autos) como la falta de motivación o congruencia¹²⁰⁷. En este caso, se dispone que se anulará esta y, de inmediato, se dictará una nueva.

En apariencia, se trata de un caso de nulidad y no de subsanación debido a que se deja sin efecto la sentencia impugnada y se dicta, seguidamente, una nueva. Sin embargo el que no exista retroacción ni reenvío para la dictación de una nueva resolución, hace que la figura sea muy parecida a la de la subsanación cuando los vicios son de incongruencia o de decisiones contradictorias, en los que lo establecido en ella puede ser reutilizado

La decisión de no remitir las actuaciones al tribunal inferior es una cuestión simplemente de economía procesal que genera alguna dificultad, debido a que la doble instancia desaparece respecto de aquellos aspectos que se deciden en la sentencia de reemplazo¹²⁰⁸. En consonancia con ello, hay jurisprudencia de algunas AAPP que descartan la posibilidad de

¹²⁰⁵ MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Los recursos en el proceso civil*, p. 272, parecen considerar que se trata un procedimiento subsanatorio en todos los casos.

¹²⁰⁶ En un sentido similar, la SAP Toledo 321/2006 (Sección 2ª), de 16 de octubre, ponente Cáncer Loma, FFJJ 1º y 2º. Cf. MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Los recursos en el proceso civil*, p. 276, que sostienen que es necesario que se interesen nuevamente en la práctica de la prueba como diligencias finales.

¹²⁰⁷ Siguiendo a LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, p. 167, se debe entender que lo que se protegen son las normas reguladoras de la sentencia, protegidas también con el recurso extraordinario por infracción procesal.

¹²⁰⁸ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El recurso de apelación en el proceso civil*, p. 261-262.

subsanan sentencias faltas de motivación suficiente y, en su lugar, decretan la nulidad y remiten las actuaciones al tribunal *a quo* para que dicte una nueva sentencia¹²⁰⁹.

(3) La tercera situación ya se ha revisado y dice relación con la posibilidad de que existan defectos procesales que se produzcan antes de la sentencia¹²¹⁰. Los defectos procesales se podrán referir tanto a los alegados por las partes como a los que el tribunal puede apreciar de oficio (falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal) y, en principio, debe significar la anulación de lo obrado mediante providencia¹²¹¹ y la retroacción al momento en que se produjo la infracción. Sin embargo, si es que el defecto es subsanable, debe procurarse la subsanación antes de decretar la nulidad (artículo 465.4 LEC), la que puede ocurrir antes de la vista de la causa, si la hay, que es lo esperable, o bien en la misma vista. Si ocurre en el segundo momento, entonces se suspenderá la vista (o al menos su resolución) mientras se corrige el mismo, a menos que pueda ser subsanado en el acto. En todo caso debe ser antes de la sentencia.

¹²⁰⁹ La SAP A Coruña168/2008 (Sección 5ª) de 24 de abril, ponente Tasende Calvo, declara, respecto a la posibilidad aplicar la subsanación “Sin embargo, esta solución debe rechazarse cuando la ausencia de motivación produce efectiva indefensión a las partes (arts. 238-3º y 240 de la LOPJ y 225-3º y 227 LEC), las cuales, desconociendo la razonabilidad en que se apoya la apreciación fáctica del Juzgador, ven limitado o impedido su derecho de defensa frente a la resolución judicial, que no pueden ejercer adecuadamente mediante el uso pleno y efectivo del recurso, como única vía para lograr el necesario control de la actuación jurisdiccional por instancias superiores. Tal subsanación en la alzada cercenaría, además, el derecho a la doble instancia judicial, proclamado en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado a nuestro ordenamiento constitucional de manera implícita a través del derecho a un proceso con todas las garantías (arts. 10 y 24.2 de la CE), y regulado en el orden procesal civil en los arts. 455 y ss. de la LEC, además de vulnerar la exigencia de que el respeto a las garantías procesales amparadas en el artículo 24 de la Constitución Española ha de observarse, no solo en el conjunto del procedimiento, sino también en cada una de sus fases o instancias (SS TC 22 abril 1981, 5 diciembre 1984, 20 febrero 1987, 22 febrero 1989, 1 marzo 1993, 11 diciembre 1995, 26 abril 1999, 18 diciembre 2001 y 18 octubre 2004). Por eso, el hecho de que el art. 465.2 de la LEC contemple expresamente una vía de sanación en el supuesto de infracciones procesales cometidas al dictar sentencia en primera instancia, no debe impedir la aplicación del apartado 3 de la misma norma cuando el defecto producido no sea una mera infracción procesal susceptible de corrección en la propia sentencia de apelación, al no afectar a las garantías esenciales del proceso, sino un vicio constitutivo de nulidad radical insubsanable” (FJ 1º). Decisiones y considerandos similares es posible encontrar, entre otras, en las SSAAPP Córdoba 51/2001 (Sección 1ª), de 8 de febrero, ponente Baena Ruiz, FJ 4º; y Huelva 422/2010 (Sección 3ª), de 10 de junio, ponente Méndez Burguillo, FJ 2º.

¹²¹⁰ Véase *supra* p. 338.

¹²¹¹ Se suele criticar, pues no se logra explicar un motivo, el que se altere en este punto la regla del artículo del artículo 206.2.2ª en el sentido que este tipo de asuntos deba resolverse por autos. Por todos, en este sentido, BONET NAVARRO, Á., *Los recursos en el proceso civil*, p. 152; y LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, p. 166.

ANDRÉS CIURANA sostiene que solo es aplicable esta posibilidad para los actos de las partes¹²¹². Esta interpretación no parece adecuada, toda vez que el legislador no distingue. Obviamente, no resulta pertinente el plazo de diez días para subsanar, que solo será exigible a las partes, pero la posibilidad de corregir con la amplitud temporal fijada en la norma subsiste.

d. El recurso extraordinario por infracción procesal

El recurso extraordinario no está pensado para propender a subsanación alguna. El régimen originalmente diseñado para él no contempla ninguna hipótesis de subsanación, pues siempre la sentencia estimatoria del mismo supone la anulación total o parcial del procedimiento o de la sentencia, en todos los casos con reenvío al tribunal de origen para que rehaga lo hecho defectuosamente¹²¹³. Si bien la subsanación juega un papel indispensable para la procedencia del recurso, pues en caso de que el defecto sea subsanable, debe haberse solicitado su corrección oportuna, a estas alturas del procedimiento, ella ya se encuentra excluida de las soluciones posibles para eliminar el defecto, siendo el único medio viable para este fin la nulidad.

Este riguroso sistema de reenvío, sin embargo, no corre en el régimen provisional. De acuerdo a la DF 16ª.7 LEC, si la infracción procesal denunciada es relativa a las normas reguladoras de la prueba o la vulneración del artículo 24 CE, entonces el TS deberá dictar una nueva sentencia, sin que proceda la retroacción de las actuaciones, sino solo la dictación de una nueva sentencia. La falta de reenvío, al igual que en el caso de la apelación, hace posible que en algunos casos las sentencias simplemente se subsanen mediante la integración, como podría ser de apreciarse incongruencia por omisión. No obstante, en una expresiva demostración de lo inadecuado del régimen actual del recurso por infracción procesal, el TS en algunos casos ha descartado aplicar la disposición y ha preferido la

¹²¹² ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 350

¹²¹³ MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación civil: casación e infracción procesal*, p. 570.

nulidad de actuaciones, debido a que no se ha apreciado la existencia de las condiciones necesarias para dictar una sentencia¹²¹⁴.

E. El acto subsanador

El acto que produce la subsanación en el caso de las resoluciones judiciales guarda algunas diferencias respecto de lo ya visto sobre los actos de parte¹²¹⁵ que nacen de las especialidades que se han analizado. Entre ellas cabe destacar a las siguientes:

1. Debe ser siempre una resolución judicial. No solo no cabe que otro sujeto distinto a un órgano judicial pueda realizar la corrección necesaria, sino necesariamente ha de realizarse a través de una resolución judicial. Ningún otro tipo de actuación judicial puede subsanar defectos en resoluciones judiciales;

¹²¹⁴ La STS que ha establecido este criterio es la 87/2009 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 19 de febrero, ponente Marín Castán, que justifica la decisión así: “Según la regla 7ª del apdo. 1 de la D. Final 16ª LEC de 2000 esta Sala debería dictar nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación; es decir, en este caso, las razones aducidas por la parte recurrente para que, estimándose sus pretensiones contra la demandada principal, condenada en primera instancia y absuelta en apelación, se la vuelva a condenar por esta Sala.

Sin embargo en este caso existen poderosas razones para, en lugar de entrar a conocer del fondo del asunto con plena jurisdicción, pues en definitiva esta sería la consecuencia de aplicar aquella regla, adoptar la solución prevista en general para el recurso extraordinario por infracción procesal en el párrafo último del apdo. 2 del art. 476 LEC de 2000, esto es, reponer las actuaciones para que se vuelva a dictar sentencia de apelación. La primera y principal de tales razones es que la sentencia recurrida no acepta ni rechaza expresamente los fundamentos de la de apelación y tampoco contiene una declaración propia de hechos probados, lo que supone tanto como un vacío sobre este punto en apelación; y la segunda es que la infracción de incongruencia deriva en realidad del defectuoso entendimiento de una norma procesal, el ya citado art. 705 LEC de 1881.

De ahí que, teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias del litigio, incluido el carácter de órgano de refuerzo que dictó la sentencia recurrida y el tiempo transcurrido desde el acto de la vista del recurso de apelación, lo procedente sea anular la sentencia impugnada y reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al señalamiento de dicho acto para que, celebrándose de nuevo ante la misma sección de refuerzo, si continuara en idénticas funciones, o en otro caso por la sección titular, Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, vuelva a dictarse sentencia que, con arreglo a los hechos que considere probados, se pronuncie sobre las pretensiones dirigidas contra CREDIT LYONNAIS ESPAÑA S.A. y, de no ser estimadas, sobre las dirigidas contra CREDIT LYONNAIS S.A.” (FJ 6º). En sentido similar, la STS 531/2009 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 29 de junio, ponente Sierra Gil de la Cuesta, FJ 3º; y la STSJ Cataluña 52/2009 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 10 de diciembre, ponente Ramos Rubio.

¹²¹⁵ Véase *supra* p. 341.

2. La posibilidad de que la subsanación no sea precedida de una petición de parte afectada se reduce a los casos en los que el mismo órgano puede corregir por los que se han denominado las vías directas de subsanación.
3. Mientras en los actos de parte la subsanación puede consistir no solo en corregir o agregar aquello que ha faltado sino en cualquier otra actuación que cumpla la misma función, en el caso de las resoluciones parece ser que solo el cumplimiento de lo mismo omitido cumple con la subsanación. Esto es más por las características de los defectos que puede tener una resolución que propiamente por el hecho de ser un acto de otro sujeto.
4. Las conductas que permiten la subsanación pueden ser básicamente las mismas ya explicadas (la rectificación, la integración y el salvar una omisión), sin embargo no hay acá las aprehensiones acerca de la posibilidad de salvar de la nulidad de un proceso salvando una omisión, como puede ser dictando una resolución que falte.

II.3. La subsanación en las comunicaciones procesales

A. La llamada subsanación del artículo 166.2 LEC

No requiere mayor explicación la afirmación de que los actos de comunicación son, luego de las resoluciones judiciales, la especie de acto procesal más importante dentro de un proceso, en especial por la función de garantía e información que cumplen en relación con quienes son parte en un juicio¹²¹⁶.

La relación entre las comunicaciones y la invalidez es una de las cuestiones que más dificultades prácticas genera, en especial en lo relacionado con el emplazamiento del demandado. La mezcla entre la indispensable protección del derecho de defensa y la necesidad de tener una justicia sin dilaciones indebidas condiciona el diseño de un sistema de comunicaciones en donde el equilibrio siempre es precario, con un constante riesgo de dejar en la indefensión a los usuarios. Las soluciones hasta ahora dadas dejan un mal sabor

¹²¹⁶ FURQUET MONASTERIO, N., *Las comunicaciones procesales*, p. 26.

de boca, pues los modelos se demuestran arcaicos y las soluciones ante sus defectos, insuficientes¹²¹⁷.

El centro de la relación entre las comunicaciones y la invalidez lo encontramos en el artículo 166 LEC que dispone:

“Artículo 166. Nulidad y subsanación de los actos de comunicación.

1. Serán nulos los actos de comunicación que no se practicarán con arreglo a lo dispuesto en este capítulo y pudieren causar indefensión.
2. Sin embargo, cuando la persona notificada, citada, emplazada o requerida se hubiera dado por enterada en el asunto, y no denunciase la nulidad de la diligencia en su primer acto de comparecencia ante el tribunal, surtirá esta desde entonces todos sus efectos, como si se hubiere hecho con arreglo a las disposiciones de la ley”.

El primer párrafo de la norma fija el parámetro de validez con el que se debe enjuiciar este tipo de actuaciones, estableciendo que el incumplimiento de la modalidad establecida solo genera invalidez en los casos en los que pueda generar indefensión, fijando una regla clara consistente en que es más importante el cumplimiento de la finalidad del acto (el conocimiento oportuno de lo que se pretende transmitir) que cualquier formalidad¹²¹⁸. Se trata de un parámetro razonable que salva dos límites inconvenientes: por un lado, excluye los formalismos enervantes y evita la nulidad por la nulidad, pero, por otro, establece que la sola posibilidad de indefensión genera invalidez, sin exigir una indefensión efectiva que es siempre más compleja de probar¹²¹⁹.

¹²¹⁷ El tema está tratado en profundidad en YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 518 y ss.

¹²¹⁸ FURQUET MONASTERIO, N., *Las comunicaciones procesales*, p. 245.

¹²¹⁹ BANACLOCHE PALAO hace presente que, si bien el artículo 166 exige la sola posibilidad de indefensión, esta norma tiene “un obstáculo difícil de salvar” con el artículo 240 LOPJ (227.1 LEC) que establece la “efectiva indefensión” como requisito para decretar la nulidad por defectos de forma (en DE LA OLIVA SANTOS, A., et al, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 327). Sin embargo, esta parece ser una complicación menor por dos razones: (1) cualquier interpretación sistemática razonable de la normativa en estudio no puede permitir hipótesis que lleven a que quede un margen de invalidez sin consecuencias, porque implica desproteger la garantía que el mismo legislador da. Si se aceptara como correcto que prima el artículo 240, lo que media entre la posibilidad de indefensión y su concreción no tendría valor. (2) Además, como bien apunta YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 69, el supuesto del artículo 166 cabe perfectamente en la del artículo 238.3 LOPJ (225.3 LEC).

El artículo 166.2 LEC es el pertinente para nuestro estudio. De hecho, si uno se guiara solo por la denominación del artículo (“Nulidad y subsanación de los actos de comunicación”) y el tratamiento que le ha dado la doctrina, debiese ser una de las normas centrales de esta investigación. Pero no lo es, porque, ya se ha dicho, no se trata en rigor de una subsanación sino de una convalidación.

En la norma en cuestión se establece un límite a la declaración de nulidad consistente en que, si el notificado se da por enterado de la resolución por notificar y no denuncia la invalidez en su primera actuación, la notificación pasa a producir los mismos efectos que si se hubiese realizado con arreglo a la ley. Sobre el punto la doctrina ha propuesto una interpretación de la norma en el siguiente sentido:

1. La norma contiene dos hipótesis, una positiva y otra negativa. La primera consiste en una situación de renuncia expresa a pedir la nulidad. La segunda, en la simple extinción de la facultad de alegarla por la realización de cualquier actuación que no sea denunciarla¹²²⁰.
2. El “dar por conocido” supone que el destinatario se comporte conscientemente como si la notificación hubiese sido regular, lo que debe materializarse en una actuación procesal. No basta con saber que se enteró, sino, además, debe haber un acto en el juicio en que se demuestre indubitadamente conocimiento de lo comunicado¹²²¹.
3. A pesar de que su redacción podría indicar otra cosa, se entiende que si el destinatario de la comunicación defectuosa se entera de aquello que se le quería informar, no tiene, por ese solo hecho, un derecho de opción entre poner de manifiesto eventual la invalidez que afecta al acto o realizar la actividad procesal correspondiente, porque si es así no hay indefensión y, por lo tanto, no procede la declaración de nulidad. Solo quien ha sufrido o podido sufrir indefensión por el defecto contenido en el acto de comunicación y no por su negligencia o desinterés puede pedir la nulidad¹²²².

¹²²⁰ FURQUET MONASTERIO, N., *Las comunicaciones procesales*, p. 246

¹²²¹ DE LA OLIVA SANTOS A. en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal. Introducción*, p. 376; YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 78.

¹²²² FURQUET MONASTERIO, N., *Las comunicaciones procesales*, p. 248.

Entendida así, en caso alguno se está hablando de eso que hemos venido revisando como subsanación, sino de convalidación, ya que en todos los casos quien efectúa la actividad que sana el acto es el sujeto que puede alegar la nulidad. Ninguno de ellos implica la eliminación de los defectos sino su aceptación, expresa o tácita. Se trata cualitativamente de actos distintos, con contornos diversos, como ya se ha mostrado. Esto es relevante porque nada de la doctrina de la subsanación como expresión de la tutela judicial efectiva se puede usar en estos casos. Hacerlo, aparte de demostrar desconocimiento, sería poner un instrumento que busca favorecer a las partes en contra de ellas¹²²³.

B. ¿Se puede dar una auténtica subsanación en las comunicaciones procesales?

Descartado que se esté frente a una subsanación en el caso del artículo 166.2 LEC, surge la pregunta de si es posible encontrarse con auténticas subsanaciones de comunicaciones en el sistema procesal civil español. Es decir, si hay casos en los que se evita la nulidad mediante la corrección de aquello mal hecho o la integración de lo incompleto y no a través de la aceptación de los defectos por parte del destinatario o por la práctica de una comunicación.

La LEC no contempla expresamente ninguna hipótesis de subsanación en el sentido que se ha explicado. Esto no significa que no pueda hacerse alguna, porque el principio de legalidad, ya se ha dicho, solo se aplica a las resoluciones judiciales y no a todas las actuaciones del órgano judicial.

Debe descartarse que se pueda producir la subsanación en el caso de que el destinatario denuncie la invalidez. En ese caso, se podrá anular o convalidar, pero no subsanar. Si ocurre una cosa u otra dependerá de las circunstancias del caso. Piénsese, por ejemplo, en una notificación efectuada en otro domicilio. Si se denuncia el defecto, la forma de corregir será anulando la notificación y las actuaciones sucesivas, porque no tendría sentido otra cosa.

¹²²³ En un sentido similar, pero sin hacer la distinción entre subsanación y convalidación, YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 446.

De oficio la subsanación sería posible si el tribunal detecta la existencia de alguna notificación defectuosa¹²²⁴. En ese caso, este podría tomar las medidas necesarias para evitar la nulidad. De alguna manera, y de no tratarse de la primera notificación, el solo poner en conocimiento de las partes el defecto puede implicar una subsanación, si no hay actuaciones posteriores o plazos pendientes¹²²⁵. Si fuera el emplazamiento del demandado, por mucho la más importante de todas las comunicaciones¹²²⁶, la forma más normal será el realizar nuevamente la notificación (renovación de ella), pero podría concebirse una integración, por ejemplo, si se tratara de una comunicación enviada con los antecedentes incompletos y no hubiese actuaciones posteriores o plazos pendientes.

Como se aprecia, la subsanación es posible en esta especie de actuaciones, pero tiene un alcance menor, anecdótico. En general, en las comunicaciones las vías más idóneas de eliminación de defectos son la convalidación y, a falta de ella, la nulidad.

II.4. Consecuencias de la subsanación y no subsanación de los defectos

A. Efecto de la subsanación: la validación del acto ex nunc

Salvo por la corrección de meras irregularidades, el efecto de la subsanación será la validación del acto, tal como ocurre respecto de los actos de parte. Es decir, el defecto procesal que estaba afectando algo valioso para el sistema (normalmente una garantía procesal) desaparece no ya por la vía de la eliminación del acto, sino por la de corrección del defecto.

Aunque el efecto es el mismo, su proyección en el tiempo es distinta a los actos de parte: mientras estos producen efectos retroactivos desde el momento en que se realizaron originalmente (*ex tunc*), aquellos producen efectos desde la subsanación (*ex nunc*).

¹²²⁴ No debe olvidarse que el órgano judicial tiene una especial obligación de velar por la regularidad de las comunicaciones procesales (sobre ello, véase FURQUET MONASTERIO, N., *Las comunicaciones procesales*, p. 41.

¹²²⁵ YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, p. 76.

¹²²⁶ También la que más problemas genera, como subraya RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2010)*, p. 339.

En algún sentido, así se establece en el artículo 215.5 LEC (artículo 267.9 LOPJ), que, refiriéndose a los mecanismos de ese mismo artículo y del anterior, establece que la aclaración, rectificación o complementación suspende el plazo para los recursos, los que seguirán corriendo desde el día siguiente a la notificación de la resolución que reconociera o negara la omisión de pronunciamiento y acordara o denegara remediarla. Aunque la redacción anterior de esta disposición fijaba más claramente el principio¹²²⁷, igualmente queda claro que jamás se podrá reputar como hecha para ningún efecto una modificación antes de que hubiese efectivamente ocurrido.

Más allá de la consagración normativa, no hay otra forma de subsanar actuaciones judiciales que sea armoniosa con el derecho de defensa. La opción de que tuviesen eficacia *ex tunc* no soporta un análisis serio, pues no es ni mínimamente tolerable el que una actuación judicial que siempre tiene, en un sentido u otro, como destinatario a las partes termine por imponer algo a ellas que elimine o restrinja sus opciones procesales. Lo que más puede caber a la ley es establecer la modalidad en la que se concretará este efecto, como lo hace en el artículo recién visto, pero en caso alguno fijar un efecto retroactivo.

B. Efecto de la falta de subsanación: la ineficacia a través de la nulidad

a. La nulidad como única forma de implementar la ineficacia de las actuaciones judiciales inválidas

Hay dos situaciones en las que se podrá considerar que la subsanación no procede y que, por lo tanto, el acto es inválido y deberá declararse ineficaz:

1. Cuando el defecto sea insubsanable, tomando en cuenta lo dicho acerca de la subsanabilidad y, en el caso de las resoluciones judiciales, las limitaciones de lo que se ha llamado el principio de legalidad.

¹²²⁷ En lo pertinente, el entonces artículo 215.4. LEC disponía que “No cabrá recurso alguno contra los autos 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 o auto a que se refiriera la solicitud o la actuación de oficio del tribunal. Los plazos para estos recursos, si fueren procedentes, comenzarán a computarse desde el día siguiente a la notificación del auto que reconociera o negara la omisión de pronunciamiento y acordara o denegara remediarla”.

2. Cuando, siendo subsanable el defecto, precluye la oportunidad para que las partes soliciten o el mismo tribunal disponga la subsanación.

En cualquiera de estos casos, la única solución para eliminar los defectos procesales será declarar la ineficacia de los actos a través de la nulidad, con las consecuencias y alcances que se verán a continuación. Los otros medios vistos para actualizar la invalidez en ineficacia no sirven para este caso. Tanto la inadmisión como el sobreseimiento suponen que el acto procesal inválido sea un acto de parte. De no declararse la nulidad, el acto inválido será eficaz y, en algún momento, aquel defecto dejará de tener relevancia jurídica, por operar la convalidación, al menos tácita, cuando transcurra el plazo para cuestionar, por vías ordinarias o extraordinarias, la validez de la resolución.

Para que un acto procesal pueda llamarse nulo, es decir, para que sea ineficaz por vía de nulidad, es indispensable la existencia de una resolución judicial que así lo declare. Mientras eso no ocurra el acto es eficaz y se le presume válido¹²²⁸. A pesar de la denominación, no existe nulidad procesal que opere de pleno derecho (*ipso iure*), es decir, sin necesidad de una resolución. Lo que habrá antes será un acto inválido, con una precariedad en su eficacia, pues sobre él se cierne una probabilidad de anulación¹²²⁹. En este sentido, -nuevamente, a pesar de las denominaciones- la nulidad no se declara, sino que se constituye a través de la resolución del tribunal¹²³⁰.

¹²²⁸ Por todos, MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, p. 149; y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos: contribución a una teoría de la ineficacia en derecho público*, p. 175.

¹²²⁹ En este sentido, MANCINELLI, R., *Nullità degli atti processuale penali*, p. 488.

¹²³⁰ Ampliamente, en MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, p. 193 y ss. También MANCINELLI, R., *Nullità degli atti processuale penali*, p. 492; DIDIER JR., F., *El juicio de admisibilidad en la Teoría General del Derecho*, p. 3. ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 494, señala que, en algún sentido, se trata de una sentencia meramente declarativa y constitutiva a la vez, pues junto con generar el estado de nulidad, declara que el acto era inválido y que, en consecuencia, sus efectos no han gozado en ningún momento de protección jurídica. Sin embargo, olvida que las sentencias constitutivas son una especie de sentencias declarativas.

b. La ineficacia

La consecuencia de la nulidad es, básicamente, la ineficacia del acto¹²³¹, es decir, privar de los efectos normales del acto válido al que no lo es. Expresada así, se descarta que la nulidad equivalga a la nada jurídica, que es algo que viene de la misma etimología de la palabra nulidad, que viene de *nullus* que, precisamente, significa nada o ninguno¹²³². De ser así, se debiese reputar inexistente el acto y eso no ocurre¹²³³. Jurídicamente el acto se reputa realizado, solo que ha sido anulado. Las consecuencias que se esperaba que tuviese en cuanto acto procesal regular, no las tiene, pero sí puede tener otras¹²³⁴. Por ejemplo, una sentencia que es anulada genera efectos, como el de configurar una causa de abstención del juez que ha fallado el asunto (artículo 219.11 LOPJ). Por ello, decir que la anulación de un acto lleva a la eliminación absoluta de este es, de alguna manera, una exageración, porque seguirá siendo un acto dentro del proceso que será considerado en algunos aspectos.

No hay mayores cuestiones acerca de que la ineficacia que genera la nulidad es *ex tunc*¹²³⁵, es decir, que supone una retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior al que ocurrió el vicio. En otras palabras, junto con privar de los efectos que el acto pueda producir para el futuro, se deshace aquellos que pudieren haberse producido con anterioridad. Esto se explica en la característica propia que impone este tipo de ineficacia. Habrá casos en los que la retroacción será más evidente que en otros, pero en todos hay una vuelta atrás, aunque sea mínima, en las actuaciones¹²³⁶.

¹²³¹ MAURINO, A. L., *Nulidades procesales*, Astrea, Buenos Aires, 2ª ed., 2001, p. 313.

¹²³² CALAMANDREI, P., *La casación civil*, p. 47.

¹²³³ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos: contribución a una teoría de la ineficacia en derecho público*, p. 162.

¹²³⁴ Entre otros, MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, p. 21; DENTI, V., *Nullità degli atti processuale civili*, p. 472; y LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile: principi*, p. 233.

¹²³⁵ MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, p. 200; ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 495

¹²³⁶ En un sentido parecido, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos: contribución a una teoría de la ineficacia en derecho público*, p. 185.

c. Alcance de la nulidad: la nulidad derivada y el principio de conservación

c.1. Planteamiento del tema.

La ineficacia que genera la nulidad afecta al propio acto defectuoso, pero también a aquellos conexos con él, al punto de que determinados vicios pueden, incluso, terminar en la nulidad de todo el procedimiento. Como el acto nulo no puede producir los efectos de un acto normal, todas las actuaciones que sigan a él y que sean su consecuencia deben ser declaradas ineficaces. Este fenómeno es el que se conoce como la nulidad derivada, que supone la ineficacia de actuaciones posteriores relacionadas con el acto nulo como una manera de implementar a cabalidad las consecuencias de anulación dispuesta.

La expansión de la nulidad a otros actos tiene, sin embargo, un importante contrapeso en el principio de conservación, que, partiendo de la idea que la ineficacia generada por la nulidad se extiende a otras actuaciones posteriores, insta a resguardar todo aquello que sea posible, es decir, a extender la ineficacia a los casos estrictamente necesarios. La tensión entre estos dos principios -que son como dos caras de una misma moneda- es la que termina por configurar el alcance de la nulidad. La idea es anular todo lo necesario para hacer efectivamente ineficaz el acto inválido, pero sin afectar otros actos que no estén relacionados.

c.2. La nulidad derivada.

La concatenación que existe entre todos los actos procesales hace que la invalidez de uno de ellos sea una verdadera epidemia que afecta a los actos posteriores¹²³⁷. La presencia de cualquier acto inválido provoca que aquellos otros actos que se relacionan más estrechamente con él se contaminen y, al momento de implementar esta ineficacia a través de la nulidad, también se vean afectados.

¹²³⁷ LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile: principi*, p. 235; BINDER, A. M., *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*, p. 112.

El alcance de este fenómeno de la nulidad derivada es aplicable tanto a los actos de parte como a los actos del tribunal¹²³⁸. Así, un acto de parte que ha sido admitido erróneamente ingresa al sistema una invalidez que afectará a otros. Lo mismo ocurre si es un acto del tribunal. En ambos casos, los que ven afectada su validez pueden también ser de una especie u otra. La única diferencia es que una vez que se ha ingresado el acto de parte al proceso, la forma de eliminar el defecto no es propiamente anulándolo, sino anulando la resolución judicial que lo ha admitido, produciendo la consecencial exclusión del acto de parte desde ese momento del proceso.

Para que propiamente se pueda hablar de nulidad derivada es necesario que estemos frente a un acto válido¹²³⁹ que no presenta defectos invalidantes en sí, sino que se ve afectado en su eficacia por su relación con otro sí inválido. Este acto deberá ser posterior al defectuoso, en caso alguno puede ser anterior¹²⁴⁰. La invalidez, como los ríos, desciende, pero no remonta.

La fuerza expansiva de la nulidad no dependerá ni de la entidad ni de la gravedad del defecto, sino del lugar en donde se encuentre en el proceso¹²⁴¹. Es por ello que los presentes en la demanda son más graves en cuanto a su repercusión en el proceso, porque un defecto en él significa la invalidación de todo el proceso¹²⁴². Sin embargo, es cierto, que en ese acto en particular, por ser el que de alguna manera funda el proceso, resume dentro de sus requisitos y presupuestos una exigencia bastante mayor, cuya ausencia pone en riesgo todo el procedimiento.

c.2. El principio de conservación.

La doctrina ha entendido el principio de conservación de dos maneras. La primera, más amplia, lo identifica con la máxima de promover el menor uso posible de la nulidad dentro de un proceso, sea que esto ocurra por la corrección de los defectos del acto o por el hecho

¹²³⁸ De hecho, PEYRON, C., *Inammissibilità*, p. 619, advierte que la inadmisibilidad tiene una “particolare forza diffusiva”.

¹²³⁹ MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, p. 199.

¹²⁴⁰ MANCINELLI, R., *Nullità degli atti processuale penali*, p. 492

¹²⁴¹ En un sentido similar, MAURINO, A. L., *Nulidades procesales*, p. 315.

¹²⁴² LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile: principi*, p. 235.

de que la extensión de la nulidad derivada sea la menos posible. En esta concepción, la subsanación se considera como una expresión de aquel principio¹²⁴³.

La segunda forma de entenderlo es diferenciándolo de la subsanación, dejando en él solo la premisa de que se anulen los actos estrictamente necesarios en caso de decretarse una nulidad. En este sentido, el objetivo del principio de conservación sería modular la nulidad derivada, partiendo de la idea de que no necesariamente todos los actos posteriores deben verse afectados por la nulidad de un acto que le antecede¹²⁴⁴.

Aunque la primera opción parece razonable, considerando que es efectivo que el legislador ha buscado emplear lo menos posible la nulidad, y que a eso se le puede llamar perfectamente conservación, parece mejor utilizar el término en el segundo sentido, que calza mejor con el hecho de que la subsanación y la conservación en sentido estricto operan en hipótesis distintas. Mientras la primera impide la nulidad, la segunda la supone para siquiera actuar, lo que quiere decir que, en circunstancias normales, no son compatibles¹²⁴⁵.

Considerado en este segundo sentido, el principio de conservación tiene como punto de partida el que la nulidad de un acto no necesariamente tiene que implicar la nulidad de todos los que le sucedan¹²⁴⁶. Para la afectación de estos, no solo debe haber una relación cronológica (ser posteriores), además debe existir una relación causal, un vínculo entre los actos que justifique la anulación¹²⁴⁷, que es lo expresado por el aforismo “*utile per inutile non vitiatur*”. El problema radica en cómo determinar cuáles actos deben ser afectados y cuáles no, porque en un proceso -como subraya RAMOS MÉNDEZ- todos los actos tienen algún

¹²⁴³ MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 334; MARELLI, F., *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, p. 148 y ss.

¹²⁴⁴ GUI MORI, T., *La intercambiabilidad de las técnicas jurídicas: los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación como emanación del de tutela activa*, p. 13; BONET NAVARRO, Á., *Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil*, p. 365; RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, p. 92.

¹²⁴⁵ RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, p. 92.

¹²⁴⁶ GUI MORI, T., *La intercambiabilidad de las técnicas jurídicas: los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación como emanación del de tutela activa*, p. 7.

¹²⁴⁷ MANCINELLI, R., *Nullità degli atti processuale penali*, p. 492; LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile: principi*, p. 235.

grado de encadenamiento, haciendo que, en definitiva, la determinación dependa de criterios principalmente de economía procesal o de proporcionalidad¹²⁴⁸.

La LEC se hace cargo del punto en su artículo 230. Bajo la denominación de “principio de conservación” dispone que “La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquel ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aún sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad”¹²⁴⁹. La disposición discurre sobre la idea -no expresada, pero clara- de que la regla es que la nulidad de un acto implica la de los sucesivos, a menos que se dé alguno de los casos que menciona.

Dentro de la poca atención que se la ha dado a esta disposición, buena parte de la doctrina ha querido ver en ella una sola hipótesis de conservación: la de los actos independientes, considerando que el contenido invariado a que se hace mención es una expresión de lo que sería la independencia¹²⁵⁰. Sin embargo, en la redacción de la disposición transcrita se distinguen claramente dos hipótesis en que se evita el contagio de la nulidad que llevan al principio de conservación algo más lejos de lo normal: (1) la de los actos independientes y (2) la de los actos dependientes, pero cuyo contenido no hubiese variado de no haber existido el vicio¹²⁵¹.

(1) Cuando se hace referencia a actos independientes se refiere a actos que no se encuentran en una secuencia lineal con el acto nulo. En algún sentido, son actos que han corrido por carriles paralelos, no estando condicionada la práctica del acto conservado por

¹²⁴⁸ RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, p. 1420.

¹²⁴⁹ El artículo en cuestión incluía, hasta la reforma de 2009, un segundo apartado que se refería a la nulidad parcial, que disponía que “la nulidad parcial de un acto no implicará la de las partes del mismo independientes de la declarada nula”. No hay mayores luces acerca de la razón de la eliminación, pero en realidad no es demasiado relevante, porque, primero, no era disposición que tuviese aplicación práctica y, segundo, porque igualmente se podría llegar a la solución de una nulidad parcial sin esta disposición, por consideraciones de economía procesal.

¹²⁵⁰ Expresamente en ese sentido, CUBILLO LÓPEZ, I., *La regulación de las actuaciones del juicio*, Edersa, Madrid, 2001, p. 84, quien considera la independencia del acto como la única hipótesis de conservación contemplada, siendo invariabilidad del contenido mencionada una medida concreta de esa independencia. Al parecer también es la postura de MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, p. 332; y de DE LA OLIVA SANTOS, A. en DE LA OLIVA SANTOS, A., et al, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 430.

¹²⁵¹ La misma distinción hace ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, p. 503.

el del nulo, por no ser el último presupuesto del primero. Así, por ejemplo, en un caso de litisconsorcio pasivo, la nulidad del emplazamiento de uno de los demandados no afecta la validez del emplazamiento de otro de ellos, aunque fuese posterior, o la anulación de la declaración de un testigo no anula la de los otros¹²⁵².

(2) La situación de los actos dependientes es, en relación con el punto anterior, un paso más en la línea del compromiso con la conservación. Se está frente a un acto que sí está en la línea secuencial del acto nulo, que tiene como presupuesto la validez del anterior, en el sentido que, si no se hubiese realizado este, aquel tampoco, por lo que, en principio, se afecta por su nulidad. Sin embargo, acá se hace una proyección de asumir que con o sin el defecto el acto tendría idéntico contenido. Por ejemplo, es lo que ocurriría en caso de que se decretara la nulidad de todo un proceso, con retroacción al momento de emplazar a los demandados respecto del poder *apud acta* otorgado por un demandado. En rigor, si se está anulando todo, incluida su contestación, debiese dejarse sin efecto esto. Es, no obstante, en virtud de esta norma, razonable que preserve su eficacia.

Por ser este el punto en donde el principio de conservación más se expande, se debe ser sumamente cuidadoso en la determinación de los actos que serán salvados de la nulidad. Y es que no se debe interpretar a este principio como una norma que imponga la conservación por sobre la anulación en caso de duda. La nulidad es una técnica que en general resguarda competentemente las garantías procesales de las partes. Si se le restara alcance debe ser con la seguridad de que no es a costa de estas¹²⁵³.

¹²⁵² En una línea parecida, MAURINO, A. L., *Nulidades procesales*, p. 317.

¹²⁵³ A favor de anular en caso de dudas en este tipo de casos, BINDER, A. M., *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*, p. 113.

CONCLUSIONES

I

La subsanación es actualmente la técnica preferente para superar la invalidez de un acto en el ordenamiento procesal civil español, al punto de poder hablarse con propiedad de la existencia de un principio favorable a ella. Esta posición no responde, como se ha pretendido, a un fenómeno que sólo se pueda relacionar con la labor del Tribunal Constitucional y su doctrina acerca de la tutela judicial efectiva. Si bien este es un factor relevante, no es más que una expresión de una manera de entender el proceso de forma instrumental con antecedentes que se remontan a mediados del siglo pasado y que se ha terminado por imponer al retornar la democracia. Esta concepción procesal insta a dejar de lado los formalismos innecesarios y enfoca su mira en la tutela de los derechos de las partes, cuestiones frente a las cuales la subsanación aparece como el más idóneo medio de superación de defectos.

II

Si bien hoy la doctrina del TC en relación con la subsanación de los actos procesales es de menor envergadura que la de hace unos años, se debe reivindicar su importancia en cuanto sigue protegiendo, aunque de forma menos incisiva, a aquello que se ha identificado como el corazón de la tutela judicial efectiva, como es el derecho a acceder al proceso y a obtener una sentencia sobre el fondo del asunto. Aunque improbable, pues la tendencia es la contraria, sería deseable que se recuperara la tutela con cánones de protección más exigentes respecto de derechos tradicionalmente relevantes, como el derecho al recurso o el derecho a la ejecución en sus propios términos y se volviera a dar al principio *pro actione* el alcance que tenía en sus orígenes, cuando imponía al juzgador la aplicación de la interpretación más favorable a la eficacia de los derechos. La descafeinada versión del principio *pro actione* como una especie de mandato de proporcionalidad no propende a una real concreción de las garantías constitucionales en el proceso. Sin perjuicio de su desmejorado presente, lo construido por el TC en esta materia durante sus mejores años tuvo un saludable efecto difusivo que ha llevado a que hoy la subsanación goce de un

robusto estatuto legal, tanto en la LEC como en la LOPJ, que es el que permite la prevalencia que ya se mencionaba, libre de los vaivenes de la doctrina de este tribunal.

III

La correcta comprensión de la subsanación hace indispensable distinguirla de otras técnicas, en especial, de la convalidación. Debe entenderse sólo por subsanación a aquella técnica procesal que, a través de la corrección o integración de un acto o procedimiento defectuoso o incompleto, otorga validez a un acto o procedimiento originalmente inválido. Se diferencia, entonces, de la convalidación, que es otra forma de superar la invalidez, pero a través de la aceptación, expresa o tácita, del defecto de parte de quien puede pedir su ineficacia. Si bien ambas cumplen la misma función, son actividades que tienen lógicas diversas y que operan con reglas que no siempre coinciden.

IV

La subsanación necesariamente debe entenderse dentro del contexto del sistema de protección que tiene el ordenamiento procesal para proteger sus valores más caros. Estos valores se establecen de acuerdo a opciones políticas y fijan, en definitiva, los parámetros que, en cada sistema, permiten distinguir a los actos válidos de los inválidos, cuestión distinta a la sola consideración acerca del cumplimiento de los requisitos procesales (que genera la clasificación entre actos regulares e irregulares). Aunque toda invalidez tiene como presupuesto la irregularidad, no toda irregularidad supone invalidez. Se requiere un juicio particularizado en el que se determine si la irregularidad en cuestión tiene trascendencia en la esfera de intereses especialmente protegidos que constituyen los parámetros ya mencionados.

V

En el caso del ordenamiento procesal civil español, el principal parámetro de validez está constituido por las garantías constitucionales de carácter procesal del artículo 24 CE. Dentro de ellas, juegan un papel preponderante la tutela judicial efectiva, la interdicción de indefensión y, en una menor medida, el derecho a un proceso con todas las garantías. Por

su amplitud, ellas prácticamente cubren todo el espectro de situaciones procesales que puedan afectar un adecuado ejercicio de los derechos de los litigantes. También se protege el cumplimiento de la finalidad del acto, la buena fe procesal y las normas reguladoras de las sentencias, que reivindican contenidos propios, pero menos trascendentes en la práctica.

VI

En el contexto descrito, la subsanación es una técnica que sirve para superar el estado de invalidez de un acto procesal mediante la corrección de lo defectuoso o la integración de lo faltante, que evita que se prive de sus efectos normales al acto, es decir, que se vuelva ineficaz. Para que la subsanación pueda operar es necesario que el defecto procesal que afecta al acto sea subsanable. A partir de lo dispuesto en los artículos 243.3 LOPJ y 231 LEC y otras normas particulares, se puede afirmar que respecto de los actos de parte existe una regla favorable a la subsanabilidad de los defectos. En cuanto a los actos del órgano jurisdiccional, la misma regla tiene menos intensidad, en especial en lo referente a las resoluciones judiciales, debido a la restricción que le impone el principio de legalidad consagrado en los artículos 267.1 LOPJ y 214.1 LEC.

La regla recién mencionada reconoce diversas especies de límites, que impiden que todos los actos sean siempre subsanables. Hay casos en los que la insubsanabilidad es estructural, debido a que es imposible la protección de aquello que se ha pretendido tutelar con la norma procesal sin la ineficacia del acto defectuoso. Se da esto cuando se infringen la inmediación y la buena fe procesal. En otros, la insubsanabilidad viene dada por la ley. Aunque no hay normas que expresamente establezcan la imposibilidad de subsanar en la LEC, ella se deduce de la forma en que se configura el proceso. Tales son los casos de la falta de capacidad para ser parte y la falta de jurisdicción, entre otras.

Fuera de estas dos situaciones generales, se ha reconocido por la jurisprudencia que un defecto puede volverse insubsanable debido a las particularidades de cada proceso. Es lo que ocurre si al permitir una subsanación se puede causar una afectación de los derechos de la contraria, en especial el derecho a la intangibilidad de las resoluciones y a la ejecución de las resoluciones judiciales, y cuando la conducta negligente o dolosa de quien debe corregir el defecto genera un reproche tal que no le hace merecedor de una nueva oportunidad. Para

esto último, el parámetro es de difícil precisión, en atención a que debe hacerse depender de diversos factores, aunque como regla debe estimarse que impone una diligencia media al litigante.

VII

La nulidad, por su parte, será otra técnica que sirve para eliminar defectos, pero ya no mediante la corrección de estos, sino a través de la ineficacia. La nulidad, en otras palabras, es una herramienta que sirve para volver ineficaces a los actos inválidos, a falta de subsanación y convalidación. Ella sólo opera respecto de actuaciones judiciales y se trata de un acto constitutivo, en cuanto no hay nulidad procesal sin declaración judicial.

En el actual sistema de invalidez español, la nulidad no es susceptible de ser clasificada de acuerdo a los cánones clásicos de raigambre civilista, que distinguían entre nulidad de pleno derecho y otras categorías. Se ha demostrado que dichas clasificaciones sólo generan inseguridad por la falta de criterios estables, y no tienen correlato con el sistema que debiesen pretender describir. El dejar atrás a estas categorías debe ser entendido como un avance en la ciencia procesal que, a partir de sus especialidades, debe propender a crear sus propias categorías conceptuales.

VIII

Junto con la nulidad, en la LEC se contemplan otros dos medios idóneos para implementar la ineficacia respecto de las actuaciones de parte: el sobreseimiento y la inadmisión.

El sobreseimiento –término poco común en materia procesal civil- se emplea para hacer ineficaz un proceso sin anular las actuaciones realizadas en él. En el contexto de la invalidez, sirve básicamente para controlar la ausencia de aquellos requisitos que implican la imposibilidad de dictar una sentencia sobre el fondo del asunto.

La inadmisión, a su vez, es el principal medio de control de la validez de los actos de parte. Ideada originalmente sólo con la finalidad de ser un control *in limine* y provisional de la

validez de las actuaciones de parte, hoy es un mecanismo que cumple, en especial en los recursos, también otras funciones, que terminan por caracterizarla como una herramienta multipropósito que se caracteriza por el hecho por impedir que un acto procesal de parte se integre al proceso o, al menos, que goce de la tramitación normal y completa que ordinariamente tendría.

IX

En el aspecto procedimental se aprecia un marcado contraste entre lo que ocurre con los actos procesales de parte y los actos del órgano jurisdiccional.

Respecto de los actos procesales de parte, la ausencia de un procedimiento subsanatorio no es excusa para evitar la subsanación. Sin perjuicio de procedimientos establecidos expresamente por el legislador que han sido estudiados, el tribunal debe instar a la subsanación incluso en los casos en los que no se establezca un cauce preciso para ella. Para aquellas situaciones, debe establecer un procedimiento *ad-hoc* que debe incluir un requerimiento necesario y preciso, y un plazo suficiente para su ejecución.

En los actos del órgano jurisdiccional, la cuestión es distinta, al menos en lo que respecta a las resoluciones judiciales, debido a que existe una interdicción legal de relevancia constitucional que excluye cualquier modificación a ellas por otros procedimientos que no sean los legales (que son básicamente los recursos y las solicitudes de aclaración, enmienda y agregación). En el resto de las actuaciones judiciales, en especial en las comunicaciones, aunque viable, la subsanación no es una herramienta que juegue un rol preponderante.

X

Sea espontánea o producto de un requerimiento, la subsanación de un defecto tiene como efecto la validación del acto, que implica reconocerle al acto corregido los mismos efectos de uno perfecto. Si se trata de un acto de parte, ello se producirá *ex tunc*, es decir, el acto se reputará válidamente realizado desde el día de su origen. Por el contrario, si se trata de una actuación judicial, sólo tendrá efecto *ex nunc*, es decir, desde la fecha en que se produce la subsanación. Las diferencias entre ambos casos se explican por las funciones que cumplen

dentro del proceso. Mientras en el primer escenario la retroacción es la que permite hacer eficaz y dar sentido a la subsanación- evitando la preclusión y, a veces, la caducidad- en el segundo- en el que ni la caducidad ni la preclusión son relevantes- sólo la eficacia para el futuro permite respetar los derechos de quienes son afectados por ellos.

La no subsanación de un acto inválido, a su vez, tiene como consecuencia la ineficacia (a menos que opere la convalidación del defecto), es decir, la privación al acto de sus efectos normales. La forma de implementar esa ineficacia, ya se ha dicho, dependerá del tipo de acto y del defecto. Si se trata de un acto de parte, la ineficacia se implementará mediante la inadmisión o el sobreseimiento. Si es un acto del órgano jurisdiccional, a través de la nulidad. Indirectamente, esta también sirve para eliminar actos de parte, cuando ya han sido admitidos, mediante la anulación de la resolución que la ha incorporado al proceso.

BIBLIOGRAFÍA

AHUMADA RUÍZ, M.Á., "El "certiorari": Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 41, 1999, p. 89.

ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., "Contenido y alcance del derecho a la tutela judicial" en AA.VV., *El Poder Judicial*, I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 413.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., "Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt" en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, II, 1ª ed., 1ª reimpresión, Universidad Nacional Autónoma, México, 1992, p. 53.

ALCHOURRÓN, C.E.; y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

ALDUNATE LIZANA, E., "El efecto de irradiación de los derechos fundamentales" en AA.VV., *La constitucionalización del derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 13.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Traducción de Ernesto Garzón Valdés.

ALISTE SANTOS, T.J., "Análisis de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal del concebido en la Ley de Enjuiciamiento Civil" en *Justicia*, v. 3-4, 2006, p. 163.

ALMAGRO NOSETE, J.; y TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de derecho procesal*, I, Trivium, Madrid, 1993.

ALMAGRO NOSETE, J., "La prohibición constitucional de indefensión" en *Poder Judicial*, v. VI (especial sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas), 1989, p. 231.

"La reforma del proceso español de cara al año 2000" en AA.VV., *Crisis de la Justicia y reformas procesales. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1988.

"Artículo 24. Derecho Procesal" en ALZAGA VILLAAMIL, Ó., *Comentarios a las leyes políticas: Constitución española de 1978*, III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, p. 19.

"Garantías constitucionales del proceso civil" en *Justicia*, v. 1, 1981, p. 11.

"El derecho procesal en la nueva Constitución" en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, v. 4, 1978, p. 837.

ALONSO GARCÍA, E., "El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales y acceso a los tribunales" en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, II, Civitas, Madrid, 1991, p. 973.

ALONSO IBÁÑEZ, M.d.R., *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 1996.

ALONSO OLEA, M.; y ALONSO GARCÍA, R.M., *Derecho procesal del trabajo*, 15ª ed. rev., Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., "Calibrando la magnitud de la reforma procesal para implantar la nueva oficina judicial" en *Iuris*, nº 144, 2009, p. 14.

"La audiencia previa al juicio" en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, II, Economist & Jurist, Barcelona, 2000, p. 131.

ALSINA, H., *Las nulidades en el proceso civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958.

ALVARADO VELLOSO, A., *Introducción al estudio del derecho procesal*, I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, C.A., *Del formalismo en el proceso civil (propuesta de un formalismo-valorativo)*, Palestra Editores, Lima, 2007.

ALZAGA VILLAAMIL, Ó., *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978.

ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

ANDRIOLI, V., *Diritto processuale civile*, I, Jovene, Napoli, 1979.

ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso y derecho procesal: introducción*, Aguilar, Madrid, 1960.

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal civil: proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007.

ARNAIZ SERRANO, A.; y TOMÁS PORTER, J.J., "La nueva oficina judicial y el nuevo modelo procesal" en *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 33, 2010, p. 69.

ASENCIO MELLADO, J.M., *Introducción al derecho procesal*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

"Artículos 276 a 278" en GIMENO SENDRA, V., *Proceso civil práctico*, III, La Ley, Madrid, 2005, p. 1227.

ATIENZA,M.; y RUIZ MANERO,J., "Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica" en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 23, 2003, p. 719.

Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos, Ariel, Barcelona, 1996.

ATIENZA,M., "Sobre lo razonable en el Derecho" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1989, p. 93.

"Para una razonable definición de 'razonable'" en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 4, 1987, p. 189.

AULETTA, F., *Nullità e "inesistenza" degli atti processuali civili*, Cedam, Padova, 1999.

BACHMAIER WINTER,L., "La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones" en *Revista de Derecho Procesal*, 2007, p. 45.

BACRE, A., *Teoría general del proceso*, tomos I y III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

BANACLOCHE PALAO,J." en "El proyecto de Nueva Oficina Judicial: ¿hacia un nuevo proceso administrativizado?", *Diario La Ley*, nº 7251, 2009, (citado desde versión electrónica disponible en www.laley.net).

"El nuevo depósito para recurrir", *Diario La Ley*, nº 7228, 2009, (citado desde versión electrónica disponible en www.laley.net).

BANACLOCHE PALAO, J.; y GASCÓN INCHAUSTI, F., "El tratamiento de las cuestiones procesales en la audiencia previa al juicio" en BANACLOCHE PALAO, J., et al, *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de enjuiciamiento civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 217.

BANACLOCHE PALAO, J., "Artículo 415. Intento de conciliación o transacción. Sobreseimiento por desistimiento bilateral. Homologación y eficacia del acuerdo" en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, et al, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, p. 697.

"Artículo 513. Depósito" en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, et al, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, p. 869.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona Navarra, 1992.

BARBOSA MOREIRA,J.C., "Saneamiento del proceso y audiencia preliminar" en *Revista de Derecho Procesal*, v. I y II, 1986, p. 7.

BARRIOS, E., "Convalidación de la nulidad en el acto procesal" en MORELLO, A.M., *Estudios de nulidades procesales*, Hammurabi, Buenos Aires, 1980.

BECENÑA GONZÁLEZ,F., "El valor jurídico de la demanda" en *Revista de Derecho Privado*, nº 7, 1920, p. 45.

BEDAQUE, J.d.S., *Efectividad del proceso y técnica procesal*, Communitas, Lima, 2010. Traducción de Juan José Monroy Palacios y Christian Delgado Suárez.

BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "El principio de igualdad y la actuación de los tribunales" en *Aranzadi Civil*, v. 3, 2008, p. 2175.

BERIZONCE, R.O., *La nulidad en el proceso*, Editora Platense, La Plata, 1967.

BINDER, A.M., *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2000.

BLASCO SOTO, M.C." en "La nueva estructura (o desestructura) del proceso. La admisión de la demanda en el proceso civil (Ley 13/2009 de 13 de noviembre)", *Diario La Ley*, nº 7325, 2010, (citado desde versión electrónica disponible en www.laley.net).

BOBBIO, N., "Sanzione" en *Novissimo Digesto Italiano*, v. XVI, 1957, p. 530.

BONET NAVARRO, Á., *Los recursos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000.

"El nuevo régimen de la declaración de la nulidad de actuaciones" en *Economist & Jurist*, v. 6, 1998, p. 97.

"Sentencia de 20 de octubre de 1995" en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 40, 1996, p. 313.

"Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil" en AA.VV., *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 345.

"Rasgos de la forma y formalismo en el proceso (en defensa de la forma)" en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, v. 2-3, 1977, p. 451.

BORRAJO INIESTA, I., "El derecho a la tutela sin indefensión (art. 24.1 CE): guión de cuestiones" en *Cuadernos de Derecho Público*, 2000, p. 39.

"El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y a un proceso público" en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 10, 2000, p. 133.

"La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial" en *Justicia*, v. 1-2, 1993, p. 81.

BORRAJO INIESTA, I.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Cívitas, Madrid, 1995.

CACHÓN CADENAS,M., "La nova oficina judicial (I): Inconstitucionalitat d'una part del contingut de la llei 13/2009" en *Món Jurídic*, nº 244, 2010, p. 22.

"La buena fe en el proceso civil" en *Justicia*, v. 1-2, 2005, p. 7.

"Jurisdicción, partes y actos procesales" en BARBANCHO TOVILLAS, F., *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 337.

El sobreseimiento, Bellaterra (Barcelona), 1993 (inédito).

CACHÓN CADENAS,M.; FRANCO ARIAS,J. y RAMOS ROMEU,F., "Los recursos en el proceso civil" en *Justicia*, v. 1-2, 2010, p. 113.

CALAMANDREI, P., *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código*, I, El Foro, Buenos Aires, 1996. Traducción de Santiago Sentís Melendo.

La casación civil, tomos I y II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945. Traducción de Santiago Sentís Melendo.

CALDERÓN CUADRADO,M.P., "El derecho a un proceso con todas las garantías" en *Cuadernos de Derecho Público*, 2000, p. 153.

CALVO SÁNCHEZ, M.d.C., *La revisión civil*, Montecorvo, Madrid, 1977.

CANO MATA, A., *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional: artículo 24 de la Constitución*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984.

CARNELUTTI, F., *Lecciones sobre el proceso penal*, El Foro, Buenos Aires, 1999. Traducción de Santiago Sentís Melendo.

Instituciones del proceso civil, I, Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1959. Traducción de Santiago Sentís Melendo.

Sistema de derecho procesal civil, tomos I y III, UTEHA, Buenos Aires, 1944. Traducción de Nicelo Alcalá-Zamora y Castillo y de Santiago Sentís Melendo.

CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.

CARRASCO DURÁN,M., "Novedades sobre la interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva" en *Poder Judicial*, nº 76, 2004, p. 203.

CARRASCO PERERA,Á., "El juicio de "razonabilidad" en la justicia constitucional" en *Revista española de derecho constitucional*, 1984, p. 39.

CARRERAS DEL RINCÓN, J., *Comentarios a la doctrina procesal civil del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo: el artículo 24 de la Constitución Española. Los derechos fundamentales del justiciable*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

CASAS BAAMONDE, M.E., "La nueva regulación de los incidentes de nulidad de actuaciones y de subsanación y complemento de sentencias" en *Relaciones Laborales*, nº 5, 2004, p. 1-13.

CASTILLO RODRÍGUEZ, L., "El nuevo incidente de nulidad de actuaciones" en *Actualidad Civil*, v. I, 2008, p. 761.

CHAMORRO BERNAL, F., "El eterno formalismo: inadmisión de una apelación por no entregar previamente copia del escrito de preparación (STC 107/2005 de 9 de mayo)" en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, v. 3, 2006, p. 1846.

El artículo 24 de la Constitución, 1. El Derecho de libre acceso a los tribunales, Iura, Barcelona, 2005.

"La subsanación de los defectos procesales: diez preguntas básicas contestadas con la Doctrina del Tribunal Constitucional" en *Economist & Jurist*, v. 14, 2005, p. 42.

La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24 de la Constitución, Bosch, Barcelona, 1994.

CHIOVENDA, G., "Las formas en la defensa judicial del derecho" en CHIOVENDA, G., *Ensayos de derecho procesal*, II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1949. Traducción de Santiago Sentís Melendo.

Principios de derecho procesal civil, tomos I y II, Reus, Madrid, 1922 y 1925. Traducción de José Casáis y Santaló.

CIACCIA CAVALLARI, B., *La rinnovazione nel processo di cognizione*, Giuffrè, Milano, 1981.

CIERCO SEIRA, C., *La inadmisión en el procedimiento administrativo: estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, Iustel, Madrid, 2009.

CIPRIANI, F., "El proceso civil entre libertad y autoridad (El Reglamento de Klein)" en ALVARADO VELLOSO, A.; y ZORZOLI, Ó.A., *El debido proceso*, Ediar. Sociedad Anonima Editora, Buenos Aires, 2006, p. 153.

CLARIÁ OLMEDO, J.A., *Derecho procesal*, tomos I y II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.

COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

COMOGLIO, L.P.; FERRI, C. y TARUFFO, M., *Lezioni sul processo civile*, I, 4ª, Il Mulino, Bologna, 2006.

CONSO, G., *Il concetto e le specie d'invalidità: introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, A. Giuffrè, Milano, 1955.

CORDÓN MORENO, F., *Ley de enjuiciamiento civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

El proceso contencioso administrativo, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2001.

Las garantías constitucionales del proceso penal, Aranzadi, Elcano Navarra, 1999.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "La audiencia previa en el juicio declarativo" en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., *Exposición de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 211.

CORTES GENERALES, *Ley de Enjuiciamiento Civil: Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 2001.

Ley orgánica del poder judicial: Trabajos parlamentarios. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, Secretaría General, 1986.

COUTURE, E.J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4ª ed., B de F, Montevideo, 2002.

"Las garantías constitucionales del proceso civil" en COUTURE, E.J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, I, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 19.

CREUS, C., *Invalidez de los actos procesales penales*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995.

CUADRADO SALINAS, C., "La apreciación de la falta de presupuestos procesales en la audiencia previa" en *Práctica de Tribunales*, nº 64, 2009, p. 14.

CUBILLO LÓPEZ, I., *La comunicación procesal en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Edersa, Madrid, 2001.

La regulación de las actuaciones del juicio, Edersa, Madrid, 2001.

CUCARELLA GALIANA, L., "Aspectos relativos al depósito para recurrir previsto en la disposición adicional décimo quinta de la Ley Orgánica 2/2009, de 3 de noviembre" en BONET NAVARRO, J., *El recurso de casación civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 473.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, "Génesis de la audiencia previa en el juicio ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000" en BANACLOCHE PALAO, J., et al, *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de enjuiciamiento civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 23.

Derecho procesal. Introducción, 3ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

"Artículo 231. Subsanación" en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, et al, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, p. 431.

Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional: la persona ante la administración de justicia: derechos básicos, Bosch, Barcelona, 1980.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, et al., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 3ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; y FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A., *Lecciones de derecho procesal, II*, 2ª ed., Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984.

DE LAMO RUBIO, J., "El "remozado" incidente de nulidad de actuaciones" en *Revista General de Derecho*, nº 658-659, julio-agosto 1999, p. 8951.

Nulidad de actuaciones judiciales: régimen jurídico actual y perspectivas, Revista General de Derecho, Valencia, 1998.

DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel, "Consideraciones relativas al principio de inmediación en la LEC/2000" en *Poder Judicial*, nº 65, 2002, p. 169.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., "El reinstaurado depósito para recurrir en casación civil" en BONET NAVARRO, J., *El recurso de casación civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 487.

DE VICENTE Y CARAVANTES, J., *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento, II*, Imprenta de Gaspar y Roig, Madrid, 1856.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "¿Sanción de invalidez?: Los conceptos de invalidez y de sanción" en DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 89.

"El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado" en *Anuario de derecho civil*, v. 58, 2006, p. 9.

DELOGU, T., *Contributo alla teoria della inammissibilità nel diritto processuale penale*, A. Giuffrè, Milano, 1938.

DENTI, V., "Invalidità" en *Enciclopedia del Diritto*, v. *Aggiornamento I*, 1997, p. 709.

"Nullità degli atti processuale civili" en *Novissimo Digesto Italiano*, v. XI, 1957, p. 467.

DEVIS ECHANDÍA, H., "Nulidad procesal por violación de garantías constitucionales" en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, v. 3, 1964, p. 99.

DI GERONIMO, P., *La nullità degli atti nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2006.

DIDIER JR.,F., "El juicio de admisibilidad en la Teoría General del Derecho" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, nº 8, 2005, p. 129.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Artículo 443. Desarrollo de la vista" en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, et al, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, p. 763.

"Artículo 559. Sustanciación y resolución de la oposición por defectos procesales" en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, et al, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, p. 964.

"Artículo 469. Motivos. Denuncia previa en la instancia." en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, et al, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, p. 809.

"Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva" en *Cuadernos de Derecho Público*, 2000, p. 13.

"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" en ARAGÓN REYES, M.; y MARTÍNEZ SIMANCAS Y SÁNCHEZ, J., *La Constitución y la práctica del Derecho*, I, Sopec, Madrid, 1998, p. 341.

"Artículo 24: Garantías procesales" en ALZAGA VILLAAMIL, Ó., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, III, Edersa, Madrid, 1996, p. 24.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I, 6ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.

Derecho de daños, Civitas, Madrid, 1999.

DINAMARCO, C.R., *La instrumentalidad del proceso*, Communitas, Lima, 2009. Traducción de Juan José Monroy Palacios.

DOIG DÍAZ,Y." en "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, 2008, (citado desde versión electrónica disponible en www.laley.net).

ETXEBERRÍA GURIDI,J.F." en "Consideraciones acerca de la audiencia previa al juicio en la nueva LEC", *Diario La ley*, nº 5378, 2001, (citado desde versión electrónica disponible en www.laley.net).

FAIRÉN GUILLÉN, V., *La audiencia previa. Condiciones teórico-prácticas (Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000)*, Civitas, Madrid, 2000.

Doctrina general del derecho procesal hacia una teoría y ley procesal generales, Librería Bosch, Barcelona, 1990.

Comentarios a la ley orgánica del poder judicial de 1 de julio de 1985, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986.

"El proyecto de la Ordenanza Procesal Civil austríaca visto por Franz Klein" en *Revista de Derecho Procesal*, v. I, 1950, p. 5.

FAZZALARI, E., *Istituzioni di diritto processuale*, 7ª ed., Cedam, Padova, 1994.

FENECH NAVARRO, M., *Derecho procesal penal*, I, 3ª ed., Labor, Barcelona, 1960.

Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo: 1 abril 1881 a 31 diciembre 1953, I, Aguilar, Madrid, 1956.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., "La reforma de la ley orgánica del tribunal constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)" en CARRILLO, M., *Hacia una nueva jurisdicción constitucional: estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 129.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, Dykinson, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ, T., *De la arbitrariedad de la administración*, 5ª ed. corregida, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2004.

FIGUERUELO BURRIEZA, Á., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990.

FONS RODRÍGUEZ, C." en "Los límites a la aclaración de las sentencias y la subsidiariedad de la acción pauliana condicionante de su ejercicio", *Diario La Ley*, nº 5727, 2003, (citado desde versión electrónica disponible en www.laley.net).

FONT SERRA, E." en "Aclaración de sentencias y rectificación de errores materiales manifiestos", *Diario La Ley*, nº 3115, 1992, (citado desde versión electrónica disponible en www.laley.net).

FONTI, R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Cedam, Padova, 2008.

FURNO, C., "Nullità e rinnovazione degli atti processuali nel XL anno del suo insegnamento" en CARNELUTTI, F., *Studi in onore di Enrico Redenti*, I, Giuffrè, Milano, 1951, p. 403.

FURQUET MONASTERIO, N., *Las comunicaciones procesales*, Atelier, Barcelona, 2005.

GALLARDO CASTILLO, M.J., "El principio pro actione y subsanación de las solicitudes" en *Actualidad Administrativa*, v. I, 2008, p. 1294.

GALLI, G., *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1968.

GANDULFO RAMÍREZ, E., "Presupuestos procesales y su decaimiento en los juicios personalísimos. La capacidad procesal en el caso 'Quezada Arias con Farías Lauri'" en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, v. 1, 2011, p. 281.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2010.

Constitución y Derecho Procesal: Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.

El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Bosch, Barcelona, 2008.

"Una nueva extralimitación del Tribunal Constitucional en la interpretación de la legalidad ordinaria: sobre el carácter subsanable o insubsanable de la falta de traslado de copias de escritos y documentos al procurador de la parte contraria (artículos 276 y 277 LEC)" en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, v. 3, 2005, p. 1953.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota" en *Revista de Administración Pública*, nº 124, 1991, p. 211.

"La Sentencia *Factortame* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas" en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 67, 1990, p. 401.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El recurso de apelación en el proceso civil*, Colex, Madrid, 2001.

GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002.

GARNICA MARTÍN, J.F., "Artículo 225: Nulidad de pleno derecho" en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A.; RIFA SOLER, J.M. y VALLS GOMBAU, J.F., *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Iurgium, Barcelona, 2000, p. 897.

"Artículo 231: Subsanación" en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A.; RIFA SOLER, J.M. y VALLS GOMBAU, J.F., *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Iurgium, Barcelona, 2000, p. 929.

"Nulidad de actuaciones después de sentencia firme" en *Justicia*, v. 4, 1990, p. 897.

GARRIDO FALLA, F., et al., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.

GARRIGA ARIÑO, F., "La nulidad de actuaciones. Evolución de su regulación." en SERRA DOMÍNGUEZ, M.(A., *Realismo jurídico y experiencia procesal*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 537.

GASCÓN INCHAUSTI, F., "El tratamiento de las cuestiones procesales con anterioridad a la audiencia previa (I): La inadmisión de la demanda" en BANACLOCHE PALAO, J., et al, *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de enjuiciamiento civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 23.

"Nulidad de actuaciones judiciales" en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A.; RIFA SOLER, J.M. y VALLS GOMBAU, J.F., *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Iurgium, Barcelona, 2000, p. 891.

La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil, La Ley, Madrid, 2000.

GESTO ALONSO,G., "Precisiones sobre el concepto de indefensión" en *Revista de Derecho Procesal*, v. II, 1991, p. 299.

GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, Á., *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

GIMENO GAMARRA,R., "El incidente de nulidad de actuaciones" en *Revista de Derecho Procesal*, v. 3, 1949, p. 511.

GIMENO SENDRA, V., *Introducción al derecho procesal*, 5ª ed., Colex, Madrid, 2007.

"Los recursos" en GIMENO SENDRA, V., *Proceso civil práctico*, VI, La Ley, Madrid, 2005, p. 9.

Introducción al derecho procesal, 2ª ed., Colex, Madrid, 2004.

"Derecho a un proceso "administrativo" con todas las garantías" en *Justicia*, 1991, p. 15.

Fundamentos del derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso, Civitas, Madrid, 1981.

GIMENO SENDRA, V.; y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho procesal civil: I. El proceso de declaración. Parte general*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2007.

GIOVANARDI,C.A., "Sullo scopo dell'atto processuale, in relazione alla disciplina della nullità" en *Rivista di diritto civile*, v. II, 1987, p. 267.

GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*, Labor, Barcelona, 1936.

GÓMEZ DE LIAÑO,F., "Notas sobre el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva" en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, nº 0, 1988, p. 87.

GÓMEZ DE LIAÑO, F.; y HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., "La nulidad en el borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997" en *Justicia*, 1998, p. 37.

GÓMEZ DE LIAÑO, R." en "Estructura y organización de la nueva oficina judicial", *Diario La Ley*, nº 7016, 2008, (citado desde versión electrónica disponible en www.laley.net).

GÓMEZ MONTORO, Á., "Los derechos procesales del art. 24.2 CE" en VIVER PI-SUNYER, C., *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 167.

GÓMEZ ORBANEJA, E.; y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil, I*, 8ª ed., S.N., Madrid, 1976.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

GONZÁLEZ GRANDA, P., "Artículo 62" en LORCA NAVARRETE, A.M., *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2003.

Derecho procesal administrativo, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

GOZAÍNI, O.A., *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.

Derecho procesal civil, II, Ediar, Buenos Aires, 1992.

GUASP, J., *Derecho procesal civil*, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

GUASP, J.; y ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho procesal civil*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 2002.

GUERRA SAN MARTÍN, J., *Lecciones de derecho procesal: Proceso civil 1 (Parte General)*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.

GUI MORI, T. "La modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Profunda reforma del recurso de amparo y de la nulidad de actuaciones", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 2007, .

"La intercambiabilidad de las técnicas jurídicas: los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación como emanación del de tutela activa" en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, v. 3, 1988, p. 946.

GUTIÉRREZ BERLINCHES, Á., "El tratamiento de las cuestiones procesales en el juicio verbal" en BANACLOCHE PALAO, J., et al, *El tratamiento de las cuestiones procesales y la*

audiencia previa al juicio en la Ley de enjuiciamiento civil, 2, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 453.

GUTIÉRREZ ZAPATA, I.C., "Análisis de los cánones de enjuiciamiento de las sentencias 214/1999 y 258/2000 del Tribunal Constitucional español (Razonabilidad, arbitrariedad y error material patente)" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 7, 2007, p. 279.

HART, H., *El concepto de derecho*, 2ª ed. (reimp.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992. Traducción de Genaro R. Carrió.

HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, Forum, Oviedo, 1995.

HERNÁNDEZ RAMOS, M., *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Reus, Madrid, 2009.

HERRERA ABIÁN, R., *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Comares, Granada, 2006.

JAPIOT, R., *Des nullités en matière d'actes juridiques: essai d'une théorie nouvelle*, Arthur Rousseau, Paris, 1909.

JIMÉNEZ CONDE, F., *Ley de enjuiciamiento civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, Sepin, Pozuelo de Alarcón Madrid, 2002.

KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, 2ª ed., 5ª reimp. (1995), Universidad Nacional Autónoma, México, 1958. Traducción de Eduardo García Máynez.

LIEBMAN, E.T., *Manuale di diritto processuale civile: principi*, 6ª ed. / a cargo de Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci, A. Giuffrè, Milano, 2002.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

El interés casacional, Civitas, Madrid, 2002.

LORCA NAVARRETE, A.M., *Tratado de derecho procesal civil parte general: el nuevo proceso civil*, Dykinson, Madrid, 2000.

"La fase intermedia de audiencia de las partes del juicio ordinario que regula la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil" en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, v. 1, 2000, p. 1735.

LOREDO COLUNGA, M., *La casación civil: doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

LOURIDO RICO, A.M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, 2ª ed., Comares, Granada, 2003.

La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal (2002), 1ª ed., Comares, Granada, 2002.

LOZANO-HIGUERO PINTO, M., "La buena fe procesal: consideraciones legales y jurisdiccionales" en GUTIÉRREZ ALVIZ CONRADI, F., *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, p. 41.

"La preclusión de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2.000" en *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, v. 12, 2000, p. 299.

"Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales" en *Justicia*, v. 4, 1986, p. 845.

LUISO, F.P., *Diritto processuale civile*, I, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 2007.

MAGRO SERVET, V., "Determinación de la fecha que debe tenerse en cuenta en los supuestos de subsanación de defectos procesales" en *Práctica de Tribunales*, nº 64, 2009, .

"La subsanación de defectos procesales (Art. 231 LEC)" en *Práctica de Tribunales*, nº 46, 2008, .

MAIER, J.B.J., *Función normativa de la nulidad*, Depalma, Buenos Aires, 1980.

MÁLAGA DIÉGUEZ, F., "Las actuaciones judiciales" en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, I, Economist&Jurist, Barcelona, 2000, p. 545.

MANCINELLI, R., "Nullità degli atti processuale penali" en *Novissimo Digesto Italiano*, v. XI, 1957, p. 486.

MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, I, 16ª ed., G. Giappichelli, Torino, 2004.

MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, III, 4ª ed., Reus, Madrid, 1919.

MARELLI, F., *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Cedam, Padova, 2000.

MARINONI, L.G.; PÉREZ RAGONE, Á. y NÚÑEZ OJEDA, R., *Fundamentos del proceso civil: hacia una teoría de la adjudicación*, Abeledo-Perrot, Santiago, 2010.

MARINONI, L.G., *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Palestra, Lima, 2007. Traducción de Aldo Zela Villegas.

MÁRQUEZ CABALLERO, J., "Nulidad y subsanación "ex officio" en el proceso civil" en *Revista de Derecho Procesal*, v. 1, 1945, p. 15.

MARTÍN DE LA LEONA, José María, "Artículo 231. Subsanción" en GIMENO SENDRA, V., *Proceso civil práctico*, III, La Ley, Madrid, 2005, p. 601.

La nulidad de las actuaciones en el proceso civil, 2ª ed., Colex, Madrid, 1996.

MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, Servicios de Publicaciones, Almería, 2000.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Materiales para una Constitución (los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*, Akal, Madrid, 1984.

MAURINO, A.L., *Nulidades procesales*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2001.

MEGINO FERNÁNDEZ, D., *El incidente de nulidad de actuaciones*, Jurua, Lisboa, 2010.

MICHELI, G.A., *Curso de derecho procesal civil, I*, Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1970. Traducción de Santiago Sentís Melendo.

MIQUEL, J., *Historia del derecho romano*, 2ª ed., PPU, Barcelona, 1995.

MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed, Reppertor, Barcelona, 2008.

MONTERO AROCA, J., "Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal" en MONTERO AROCA, J., *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 293.

Los principios políticos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

El proceso no tiene naturaleza jurídica en MONTERO AROCA, J., *Ensayos de derecho procesal*, José María Bosch, Barcelona, 1996, p. 145.

"Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley 34/1984, de 6 de agosto)" en MONTERO AROCA, J., *Trabajos de derecho procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1988.

"Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución" en *Justicia*, v. 4, 1982, p. 7.

Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario, Civitas, Madrid, 1981.

Los Tribunales de Trabajo (1908-1938). Jurisdicciones especiales y movimiento obrero, Universidad de Valencia, Valencia, 1976.

MONTERO AROCA, J., et al., *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Derecho jurisdiccional (2002), I. Parte general, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MONTERO AROCA, J.; y FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación civil: casación e infracción procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Tratado de juicio verbal, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

Los recursos en el proceso civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MONTESANO, L.; y ARIETA, G., *Diritto processuale civile, I*, 2ª ed, Giappichelli, Torino, 1997.

MONTESQUIEU, C.L.d.S., *Del espíritu de las leyes, IV*, Imprenta de Villapando, Madrid, 1821. Traducción de M.V.M.

MONTOYA MARTÍN, E., *El recurso de casación contencioso-administrativo: en especial las causas de inadmisibilidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

MORENO CATENA, V., "Sobre el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva" en *Poder Judicial*, nº 10 (Primera época), Marzo 1984, p. 41.

MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, 4ª ed., Colex, Madrid, 2003.

MORENO MONTERO, J.M., "Nulidad de actuaciones y proceso civil" en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, v. 2, 1995, p. 754.

MORENO SÁNCHEZ, G., *La Nulidad procesal*, Oxford University Press, México, D.F., 2000.

MORESO I MATEOS, J.J., *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, UOC, Barcelona, 2006.

MORÓN PALOMINO, M. en "Precisiones y significación constitucional del recurso de casación", *Diario La Ley*, nº 6129, 2004, (citado desde versión electrónica disponible en www.laley.net).

La nulidad en el proceso civil español, Ahr, Barcelona, 1957.

NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000.

NIEVA FENOLL, J., *Enjuiciamiento prima facie: aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, Atelier, Barcelona, 2007.

"¿Es siempre imprescindible la celebración de la audiencia previa? Posible recuperación de los escritos de réplica y dúplica" en *Justicia*, v. 3-4, 2007, p. 110.

NINO, C.S., *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.

ORTELLS RAMOS, M., "Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil" en *Revista Ius et Praxis*, 2010, p. 395.

"La casación en España: selección de recursos y carga de trabajo del Tribunal Supremo" en BONET NAVARRO, J., *El recurso de casación civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 31.

"Origen histórico del deber de motivar las sentencias" en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, v. 4, 1977, p. 899.

ORTELLS RAMOS, M.; et al., *Derecho procesal civil*, 10ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

Introducción al derecho procesal, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

PALACIO, L.E., *Manual de derecho procesal civil*, I, 10ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

PASTOR LÓPEZ, M., "La Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil" en *Revista de Derecho Procesal*, v. I, 1985, p. 121.

PEDRAZ PENALVA, E., "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil" en VALLS GOMBAU, J.F., *Las Medidas cautelares y los recursos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 21.

PÉREZ DAUDÍ, V., "La revisión de los decretos del secretario por el tribunal" en *Justicia*, v. 3-4, 2010, p. 119.

PÉREZ GORDO, A., *Los actos defectuosos y su subsanación en el proceso constitucional*, Librería Bosch, Barcelona, 1989.

"La admisibilidad de los actos procesales" en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, v. I, 1980, p. 199.

PÉREZ RAGONE, Á., "¿Presupuestos procesales? Admisibilidad y fundabilidad en la dogmática procesal alemana: revisión contemporánea" en *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito do Universidade Federal da Bahia*, v. I, 2010, p. 183.

PÉREZ TRIVIÑO, J.L., "Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la Teoría del Derecho y la dogmática jurídica" en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 22, 1999, p. 263.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., "De la nulidad de las actuaciones judiciales" en LORCA NAVARRETE, A.M., *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

PEYRON, C., "Inammissibilità" en *Enciclopedia del Diritto*, v. XXII, 1958, p. 612.

PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2003.

"Los requisitos constitucionales del emplazamiento edictal y la nueva ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil" en *Revista Jurídica de Catalunya*, v. 3, 2000, p. 85.

La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación, J.M Bosch Editor, Barcelona, 1998.

Garantías constitucionales del proceso, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

PLAZA, M.d.l., *Derecho procesal civil español*, I, 2ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.

PODETTI, J.R., *Derecho procesal civil, comercial y laboral*, II, Ediar, Buenos Aires, 1955.

POLI, R., "Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali" en *Rivista di Diritto Processuale*, v. 2, 1995, p. 472.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho procesal civil*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1988.

Derecho de tribunales: organización, funcionamiento, gobierno, Aranzadi, Pamplona, 1986.

"Tutela jurisdiccional" en AA.VV., *Jornadas de derecho procesal*, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1984, p. 11.

"Oralidad y escritura" en PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Trabajos y orientaciones de derecho procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 917.

"Requisitos formales de los actos. Firma de letrado en recurso. Subsanación de la falta" en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Reus, Madrid, 1950.

Cuestiones de derecho procesal, Reus, Madrid, 1947.

Derecho procesal civil, I, Librería General, Zaragoza, 1946.

PROFESORES UNIVERSITARIOS DE DERECHO PROCESAL, "Por la unidad y la independencia en la Administración de la Justicia y por las garantías procesales de los ciudadanos. Sobre el Proyecto de ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial", 2009. Disponible en <http://www.magistratura.es/component/content/article/165-declaracion-de-profesores-universitarios-procesalistas>. Última visita: 31 de enero de 2012.

PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, 2a ed., Jovene, Napoli, 1996.

RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español (2010)*, I, 8ª ed., Atelier, Barcelona, 2010.

Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles, tomos I y II, Atelier, Barcelona, 2008.

"La concepción del proceso civil fuera de Francia: el caso español" en *Justicia*, v. 3-4, 2006, p. 27.

El sistema procesal español (2005), 7ª ed., Atelier, Barcelona, 2005.

Guía para una transición ordenada a la ley de enjuiciamiento civil, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000.

El sistema procesal español (1995), 2ª ed., J.M. Bosch Editor,, Barcelona, 1995.

El sistema procesal español (1992), 1ª ed., J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.

"La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil" en *Justicia*, v. 1, 1983, p. 9.

"Eficacia del proceso" en *Justicia*, v. 2, 1982, p. 97.

Derecho procesal civil, Bosch, Barcelona, 1980.

Derecho y proceso, Librería Bosch, Barcelona, 1979.

RAMOS ROMEU, F., *Las medidas cautelares civiles: un análisis jurídico-económico*, Atelier, Barcelona, 2006.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., Madrid, 2001.

RECASÉNS SICHES, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*, Fondo de Cultura Económica : Universidad Nacional Autónoma, México D.F., 1971.

REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, I, 3ª ed., Giuffrè, , 1980.

"Atti processuali civili" en AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Italia, 1958, p. 105.

REIGOSA REIGOSA, Á., "De la nulidad de los actos judiciales" en Presidencia del Tribunal Supremo, *Terceras jornadas de Derecho Judicial*, II, Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 789.

REYNAL QUEROL,N., "La oposición procesal a la ejecución" en *Justicia*, v. 1-2, 2008, p. 315.

RIBA TREPAT, C., *La eficacia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones*, Bosch, Barcelona, 1997.

RICCIO, G., "Contributo allo studio dell'inammissibilità nel processo penale" en AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, II, Giuffrè, Milano, 1984, p. 1301.

RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

RIVES SEVA, J.M., *Los medios de impugnación de las resoluciones judiciales y el sistema de recursos en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2004.

RODRÍGUEZ ESPEJO, J., "En torno a la teoría general de la eficacia o nulidad de los actos procesales" en *Revista de Derecho Privado*, nº LX, 1976, p. 671.

RUIZ DE LA FUENTE, María Consuelo, "El derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes" en CACHÓN CADENAS, M.; y PICÓ I JUNOY, J., *La ejecución civil: problemas actuales*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 487.

SÁEZ LARA, C., *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

SALAS VIVALDI, J.E., *Los incidentes: y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral*, 7ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago Chile, 2000.

SAMANES ARA, C., "Artículo 499. Comparecencia posterior del demandado" en CORDÓN MORENO, F., et al, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, Elcano Navarra, 2001, p. 1682.

Las partes en el proceso civil, La Ley, Madrid, 2000.

SÁNCHEZ BARRIOS, M.I., "La acción como derecho a la tutela judicial efectiva" en *Justicia*, v. 1-2, 2010, p. 167.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos: contribución a una teoría de la ineficacia en derecho público*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972.

SANZ HERMITA, Á.M., "De nuevo sobre la necesaria reforma del recurso extraordinario por infracción procesal" en BONET NAVARRO, J., *El recurso de casación civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 325.

SATTA, S.; y PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, 12ª ed., Cedam, Padova, 1996.

SATTA, S., "Il formalismo nel processo" en SATTA, S., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam, Padova, 1968, p. 45.

SEGURA MUNGUÍA, S., *Diccionario por raíces del latín y de las voces*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.

"La reforma de la nulidad de actuaciones analizada a través de tres resoluciones judiciales" en *Justicia*, v. 4, 1984, p. 825.

"Observaciones críticas sobre el Proyecto de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil" en *Justicia*, v. 4, 1983, p. 801.

"El incidente de nulidad de actuaciones" en *Justicia*, v. 1, 1981, p. 43.

"Actos procesales ineficaces" en SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 459.

"Actos procesales irregulares" en SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 468.

"Incongruencia civil y penal" en SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 393.

SERRANO HOYO, G., "Flexibilización de las formas procesales y tutela judicial efectiva" en *Revista General de Derecho*, nº 595, Abril 1994, p. 3589.

La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso, Comares, Granada, 1997.

SIGÜENZA LÓPEZ, J., *La revisión de sentencias firmes en el proceso civil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

El sobreesimiento libre, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

SILVA MELERO, V., "Actos procesales" en AA.VV., *Nueva enciclopedia jurídica*, II, Seix, Barcelona, 1983, p. 339.

SOLER PASCUAL, L.A., "La intervención judicial en la admisión e inadmisión de las demandas. La subsanación de defectos procesales" en *Práctica de Tribunales*, 2010, .

"Contenido y efectos del artículo 231 LEC. Presupuestos de la subsanación de los defectos procesales" en *Práctica de Tribunales*, nº 64, 2009, .

SOTO NIETO, F. en "Aclaración de las Resoluciones Judiciales. Sus límites", *Diario La Ley*, nº 6569, 2006, (citado desde versión electrónica disponible en www.laley.net).

TAPIA FERNÁNDEZ, I., "Artículo 225. Nulidad de pleno derecho" en CORDÓN MORENO, F., et al, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, Elcano Navarra, 2001, p. 826.

"Artículo 231. Subsanación" en CORDÓN MORENO, F., et al, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, Elcano Navarra, 2001, p. 853.

"Artículo 424. Actividad y resolución en caso de demanda defectuosa" en CORDÓN MORENO, F., et al, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, Elcano Navarra, 2001, p. 1434.

"Artículo 403. Admisión y casos excepcionales de inadmisión de la demanda" en CORDÓN MORENO, F., et al, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, Elcano Navarra, 2001, p. 1340.

TARELLO, G., *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, II Mulino, Bologna, 1989.

TARUFFO, M., "La fisionomia della sentenza in Italia" en AA.VV., *La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile*, Cedam, Padova, 1988, p. 180.

La motivazione della sentenza civile, Cedam, Padova, 1975.

TAVOLARI OLIVEROS, R., "Reflexiones actuales sobre la nulidad procesal" en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, nº XCI, 1994, p. 1.

TOMMASEO, F., *Lezioni di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 2002.

TORRES LÓPEZ, A., "De la nulidad de las actuaciones judiciales" en XIOL RÍOS, J.A., *Enjuiciamiento civil: comentarios y jurisprudencia, Ley 1/2000 de 7 de enero*, Sepín, Madrid, 2008.

TORRES, S.G., *Nulidades en el proceso penal*, 2ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

TOVAR MORAIS, A., *El recurso de casación civil y el contencioso-administrativo comentarios, jurisprudencia, formularios*, Aranzadi, Pamplona, 1993.

VACAS GARCÍA-ALÓS, L.; y MARTÍN MARTÍN, G., *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, I, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

VALDÉS DAL-RÉ, F., "Tutela judicial efectiva y acceso al proceso laboral" en AA.VV., *El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 907.

"Sobre las consecuencias del incumplimiento de los requisitos procesales en la Jurisprudencia constitucional: la doctrina de la subsanación" en *Relaciones laborales*, v. 1, 1992, p. 3.

VALLESPÍN PÉREZ, D., *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, Cims, Sabadell, 2009.

El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil: conexión entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías, Atelier, Barcelona, 2002.

Revisión de la sentencia firme en el proceso civil, Atelier, Barcelona, 2002.

Las garantías constitucionales en el proceso civil, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1996.

VALLINES GARCÍA, E., "El acto de celebración de la audiencia previa al juicio" en BANACLOCHE PALAO, J., et al, *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de enjuiciamiento civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 345.

VARELA CASTRO, L., "Inmediación judicial: agonía de una fundamental garantía" en *Justicia*, v. 1, 1987, p. 95.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Dijusa, Madrid, 2000.

VÁZQUEZ SOTELO, J.L., "Instituciones saneadoras del proceso civil español: "excepciones dilatorias" y "comparecencia previa"" en *Justicia*, v. 1, 1987, p. 19.

"Rasgos definidores de la casación civil española" en *Revista de Derecho Procesal*, v. 4, 1974, p. 859.

VERDE, G., *Profili del processo civile: parte generale*, 2ª ed., Jovene, Napoli, 1989.

VERGÉ GRAU, J., "La rebeldía" en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, II, Economist&Jurist, Barcelona, 2000, p. 93.

La nulidad de actuaciones, 2ª ed., Libería Bosch, Barcelona, 1987.

VÉSCOVI, E., *Teoría general del proceso*, 2ª ed. (reimpresión), Temis, Bogotá, 2006.

VILLAR Y ROMERO, J.M., "Irregularidad y nulidad de los actos procesales administrativos" en *Revista de Derecho Procesal*, v. 3, 1954, p. 317.

VIVER PI-SUNYER, C.; y BOFILL LÓPEZ, H., "Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión" en VIVER PI-SUNYER, C., *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 19.

VIVER PI-SUNYER, C., "Diagnóstico para una reforma" en PÉREZ TREMP, P., *La reforma del recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 17.

WACH, A., *Manual derecho procesal civil*, 4ª ed., Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977.

WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette, I*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1930.

YÉLAMOS BAYARRI, E., "El incidente del actual 241 LOPJ no es un amparo ordinario, pero ¿cabe una interpretación extensiva?" en SERRA DOMÍNGUEZ, M.(A.), *Realismo jurídico y experiencia procesal*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 1079.

"¿Dos regulaciones de la nulidad de actuaciones? Arts. 225 y ss. LEC (que pretende ser ley procesal común) y arts. 238 y ss. LOPJ, reformada a finales de 2003" en *Justicia*, v. 3-4, 2007, p. 48.

Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas, Atelier, Barcelona, 2006.

ZARZALEJOS NIETO, J., "La subsanación de los defectos procesales" en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 29, 1987, p. 145-157.