

Encuesta Jurídica. Febrero 2011

Autores: Coordinador José González Olleros

SP/DOCT/13926

**Si el Secretario admite la preparación de una apelación y el Juez estima que procedía la inadmisión, ¿qué puede hacerse?**

**Solo puede esperarse a que la parte lo alegue en la oposición y se resuelva por el superior**

**Baena Ruiz, Eduardo**

***Presidente de la Audiencia Provincial de Córdoba***

Entiendo que la parte puede acudir a la solución que le ofrece el mismo artículo alegando la inadmisibilidad de la apelación en el trámite de oposición al recurso, y luego resolverá el Tribunal superior competente para conocer de la apelación.

**Carreras Maraña, Juan Miguel**

***Presidente de la Audiencia Provincial de Burgos***

Al igual que ocurre con la admisión de la demanda del art. 404 LEC, y de manera poco compatible con la función jurisdiccional de juzgar, en el recurso de apelación (art. 457 LEC) se diferencia entre los supuestos de admisión o de inadmisión; ello supone que sobre un mismo acto procesal (admitir una demanda o admitir un recurso de apelación) se divide en su continenencia y en función de su resultado (admitir o inadmitir) se atribuye la competencia al Secretario o al Juez. En estos casos en la admisión indebida de la demanda o del recurso por el Secretario, se plantea el problema de la actuación del Juez en el supuesto de discrepancia con esta resolución del Secretario. La solución no es fácil, ya que no está prevista en la reforma operada por la Ley 13/2009 la revisión de oficio por el Juez de las resoluciones procesales del Secretario (diligencias de ordenación o decretos) y, por lo tanto, deberá el Juez en su caso actuar a instancia de parte legítima y por los cauces procesales previstos.

En el caso de la admisión de la demanda, la parte demandada, además de tener que contestar en tiempo y forma a la demanda, si considera que la demanda está mal admitida podrá personarse y plantear recurso de reposición contra el decreto de admisión de la demanda, conforme al art. 451 LEC. En el caso de que el Secretario mantenga la admisión de la demanda, contra el decreto resolutorio de la reposición no será admisible recurso alguno, aunque podría volver a plantear la cuestión de la indebida admisión de la demanda, por ejemplo, a los efectos del art. 764.2 o del art. 767.1 LEC, en la contestación a la demanda y debería de resolverse esta cuestión por el Juez en la audiencia previa.

En el caso de la admisión indebida de un recurso de apelación por el Secretario, por ejemplo, por no haber analizado con corrección los requisitos de procedibilidad del art. 449 LEC no es admisible contra la diligencia de ordenación de admisión recurso alguno, tal y como se deriva del art. 457.5 LEC. Por ello, y vedada la revisión de oficio de las actuaciones del Secretario, la única posibilidad de la parte recurrida, que considere indebidamente admitido el recurso, se contrae a plantear como cuestión previa en su escrito de oposición del recurso de apelación un incidente de inadmisibilidad del recurso interpuesto y ya admitido y plantear conforme al art. 461 LEC la necesidad de que el Tribunal de apelación se pronuncie previamente sobre la indebida admisión del recurso de apelación y en particular sobre la aplicación de las causas de procedibilidad del art. 449 LEC. Ello supone que esta cuestión previa se analizará antes de los distintos motivos de impugnación de la parte apelante y si se considera indebidamente admitido el recurso de apelación, la causa de inadmisión se convertirá en la segunda instancia en causa de desestimación de un recurso de apelación inadecuadamente admitido por diligencia de ordenación del Secretario.

**Cremades Morant. Joan**

***Presidente de la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona***

La previsión es consecuencia de las funciones de impulso procesal que se asignan al Secretario Judicial en el art. 456 LOPJ; es decir, todas las actuaciones procesales o de dirección procesal como responsable último de la ordenación procesal, salvo que una toma de decisión afecte a la función estrictamente jurisdiccional (art. 179 LEC, que funciona a manera de cláusula de cierre).

Con ello, en la Nueva "Oficina Judicial" se separan: 1.º la gestión del proceso (que el proceso discorra correctamente, dirigiendo los actos procesales que lo garanticen, lo cual se atribuye a dicha "Oficina Judicial", dirigida por el Secretario Judicial) y 2.º la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado del art. 117.3 CE, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal supervisen el proceso, en aras de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

Por ello, al igual que para la admisión de la demanda, se distribuyen las funciones en virtud de las cuales los Jueces y Tribunales conservan la facultad de decisión sobre la puesta en marcha del recurso, mediante la admisión de la preparación, que se configura como una actuación reglada, otorgándose al Secretario Judicial la misión de comprobar materialmente el cumplimiento de los requisitos formales exigibles al escrito preparador del recurso (falta de depósito para recurrir, no designación de los pronunciamientos que se impugnan, si es una resolución recurrible, si se preparó en el plazo establecido en la Ley, omisión del traslado de copias ex art. 276...), la facultad de requerir la subsanación de los defectos procesales subsanables detectados en el mismo,

a manera de primer filtro, sin perjuicio del posterior examen por el Juez o el Tribunal (control de oficio en cualquier momento del procedimiento) o de la alegación de irrecurribilidad por el recurrido: en caso de que tales defectos sean insubsanables o no se subsanen en el plazo otorgado al efecto, el Secretario debe dar traslado al Tribunal para que este sea el que acuerde la inadmisión de la preparación del recurso,

Ya el art. 179, en su nueva redacción, atribuye al Secretario el impulso de oficio del proceso, dictando al efecto las resoluciones necesarias (del art. 206), "*salvo que la ley disponga otra cosa*", aunque la resolución en este caso es la "*diligencia de ordenación*" (art. 457.5 LEC).

Se trata de una mera comprobación material (en relación con el art. 457.3), sobre el tipo de resolución (ha de ser apelable) y la presentación de la preparación en plazo, sin perjuicio (1) de que los posibles errores en la admisión de la preparación por parte del Secretario pueden corregirse bien a través del escrito de oposición a la apelación ex art. 461 LEC por la otra parte (que no puede recurrir la admisión), alegando la inadmisibilidad de la preparación del recurso, bien por el control de oficio por el Tribunal *ad quem* ex art. 465.3 LEC, de oficio o por las alegaciones de la apelada (en definitiva, es cuestión "jurisdiccional", pero el Juez de instancia no puede "hacer nada", aunque constate que se ha equivocado, ex art. 462), bien por la aceptación del la parte "recurrente" de la causa de inadmisibilidad de la preparación propuesta por la recurrida y (2) de dar cuenta al Juez o Tribunal, conforme al art. 457.4 LEC, si considera que no procede la preparación. De ahí que carecen de competencia para la "inadmisión" de la preparación, porque el derecho de acceso a los recursos forma parte del Derecho constitucional fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por lo que pertenece al ámbito estrictamente jurisdiccional. La cuestión se resuelve prácticamente como "hasta ahora", salvo la sustitución de la "providencia" del Juez por una diligencia de ordenación del Secretario.

### **Puede apreciarse de oficio o a instancia de parte una nulidad de actuaciones**

**Ferrer Gutiérrez, Antonio**

#### ***Presidente de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Valencia***

Realmente tal como se estructura el proceso creo que bien poco podrá hacer el Juez de instancia, dado que, por la fragmentación del "juzgado" y la creación de esa multitud de oficinas independientes, dudo que incluso llegue a su conocimiento la admisión a trámite del recurso, por la sencilla razón de que al ser una resolución irrecurrible, sencillamente se dará apertura a una serie de trámites a los que es ajeno y que culminarán con la elevación de los autos a la Audiencia, máxime cuando en esta tarea, por el propio carácter y naturaleza del recurso de apelación, no se requiere una especial labor valorativa por su parte a la hora de admitirlo.

Por lo que será fundamentalmente la parte que se considere perjudicada a quien le corresponderá impugnar esa decisión, a través del propio mecanismo que previene la Ley, que no es otro que hacer constar las causas que le llevan a sostener la inadmisibilidad del recurso al impugnarlo, posibilitando así que sea objeto de valoración por el Tribunal al que le corresponda conocer de la apelación.

Sin perjuicio de lo cual, desde el mismo momento en que las normas procesales afectan al orden público, quizá la única manera de impugnarlo por el propio Juez de instancia sea a través del incidente de nulidad (238 y ss. LOPJ), aunque he de señalar que pese a todo es un cauce muy discutible, dado que no podemos olvidar que en su actual regulación se tiende de alguna manera a restringirlo, exigiendo, al margen de la necesaria audiencia de las partes, que se cause a cualquiera de ellas una efectiva indefensión, que en el presente caso sería difícil apreciar, desde el mismo momento en que no solamente puede alegar esa circunstancia al impugnar al recurso, sino que además ese trámite va a abrir la posibilidad de que la cuestión sea valorada por un Tribunal de orden superior. Al margen de que, tras nuestra reforma procesal, el recurso de ordinario no conlleva la inexecución de la resolución, por lo que es muy discutible que el mero hecho de que se someta la cuestión a la valoración de otro órgano haya de suponer algún tipo de perjuicio, cuando precisamente este podrá comenzar su tarea por valorar esa circunstancia, tanto de oficio, como a su instancia, con total plenitud y libertad de criterio, por incumbirle el conocimiento pleno del asunto.

**Sacristán Repesa, Guillermo**

***Magistrado de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo***

La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil por medio de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que, entre sus finalidades fundamentales, intenta implantar la Nueva Oficina Judicial con una "correlativa distribución de competencias entre Jueces y Secretarios" (según su preámbulo), en el marco del recurso de apelación (arts. 455 y ss.), dejando prácticamente los mismos textos originarios, introduce, sin embargo, la sustitución del Juez ("tribunal" decía el texto) por el Secretario Judicial.

En concreto, en la preparación del recurso, el art. 457 mantiene incólumes los dos primeros apartados y modifica los tres últimos, el 3 exclusivamente con la sustitución "el tribunal" por "el Secretario judicial"; y en el 5, fijando el tipo de resolución a dictar —"diligencia de ordenación" (para el Secretario) o "providencia" (para el Juez)—, y resolviendo en sentido negativo la recurribilidad de la que tenga por preparada la apelación que corresponde al Secretario; en tal supuesto reserva para el trámite de oposición al recurso (art. 461) por la parte apelada el alegato de la inadmisibilidad, que deberá resolver la Audiencia Provincial en la resolución que dé respuesta al propio recurso.

Un sector de la doctrina entiende que no debió introducirse esta modificación, en concreto la decisión acerca de si contra determinada resolución cabe recurso de apelación, incluida la declaración acerca de que se tiene por preparado dicho recurso — Miguel Guerra (Nota: (2010) Enjuiciamiento Civil. Comentarios a las Reformas Procesales. Ley 1/2000, de 7 de enero, reformada por las Leyes 13/2009 y 19/2009, coordinador Antonio Hernández Vergara, Madrid, sepín, pág. 777.) así lo señala—. Pero, con independencia de tal criterio, la solución adoptada no altera sustancialmente los derechos de las partes, porque la decisión del Secretario que no tiene recurso no deja indefensa a la parte contraria, que puede alegar la inadmisibilidad ante el órgano judicial que debe resolver el recurso (solución idéntica a la prevista en la redacción anterior cuando quien resolvía este aspecto era el Juez de instancia). Y en el supuesto de que entienda que no se cumplen los requisitos para la apelación, puesto que tiene que ponerlo en conocimiento del Juez para que resuelva, la decisión definitiva vuelve a residenciarse en él, luego se trata de una modificación más aparente que real.

Ahora bien, continúa señalando Miguel Guerra, como interrogante, si cabrá la posibilidad de que el Juzgado revise la resolución del Secretario a través de la invocación del art. 225.6 LEC. Sí parece tener cabida tal situación en ese apartado nuevo que entra en vigor también el 4 de mayo de 2010, pese a que esta alegación de nulidad no creo que vaya a plantearse con frecuencia, por un lado porque quien decide, es decir el Secretario, tiene formación jurídica; y por el otro, porque evidentemente ello supondrá en ocasiones que se planteen dudas sobre la recurribilidad o sobre el cumplimiento de los requisitos para admitir a trámite el recurso, y su decisión no será la admisión, sino la puesta en conocimiento del Juez para que decida.

En resumen, la falta de recurso no debe evitar la posibilidad de que, tratándose de una nulidad de pleno derecho, de oficio o a instancia de parte, así se declare.