

# Una precisión sobre la congruencia de la sentencia de segunda instancia

## Faustino Javier Cordón Moreno

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

---

*Se expone la doctrina jurisprudencial sobre la exigencia de que el recurrido impugne la sentencia para que una cuestión forme parte del debate en apelación.*

1. En el supuesto resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo 127/2017, de 24 de febrero (RJ 2017\660), la sentencia de primera instancia contenía dos pronunciamientos desestimatorios: rechazaba la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la parte demandada y, a continuación, desestimaba también la demanda por carecer la actora de legitimación activa. Interpuesto un recurso de apelación, la Audiencia revocó el segundo de los pronunciamientos y, considerando que la actora estaba legitimada, condenó a la demandada al pago de una cantidad al considerar que el pronunciamiento desestimatorio de su falta de legitimación pasiva había devenido firme porque, a pesar de haber razonado sobre dicha falta en la oposición a la apelación, no había impugnado la sentencia en este extremo ni había interpuesto frente a tal pronunciamiento recurso de apelación independiente.

Planteada la falta de legitimación pasiva como motivo de casación, el Tribunal Supremo lo rechaza aplicando la doctrina de la inadmisibilidad en casación de cuestiones nuevas, «entendiéndose por tales tanto las que no fueron suscitadas por la parte recurrente en primera instancia como las que sí lo fueron, pero no integraron el objeto del debate en apelación».

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

## 2. Pero ¿era realmente la falta de legitimación pasiva una cuestión nueva en apelación?

La sentencia aquí reseñada entiende que sí, porque no integró el objeto del debate en dicho recurso, que hubiera exigido, bien la apelación independiente del pronunciamiento desestimatorio en primera instancia de la excepción (de falta de legitimación pasiva), bien la impugnación posterior de la sentencia en este extremo. Y, al razonar así, sigue la doctrina jurisprudencial establecida: «La Sentencia 331/2016, de 19 de mayo, recurso 452/2015, distingue, respecto de la congruencia en la apelación, que en primera instancia se haya omitido entrar a conocer de una pretensión o excepción, o por el contrario, que se haya entrado a conocer y se haya desestimado la pretensión o excepción alternativa a aquella que se ha estimado».

- a) En el primer caso, «al no haber sido examinada y resuelta la pretensión o excepción por la sentencia de primera instancia, no hay un pronunciamiento desestimatorio desfavorable que legitimara al demandado para impugnar y que quede fuera del debate de la segunda instancia ante la falta de impugnación (sentencias núm. 87/2009, de 19 de febrero; 432/2010, de 29 de julio, 370/2010, de 4 de octubre)». Es lo que ocurre cuando en la demanda se acumulan eventualmente una pretensión principal y otra subsidiaria y el juez de primera instancia estima la primera: si la Audiencia revoca tal pronunciamiento, puede entrar a decidir la pretensión subsidiaria, aunque el actor no haya impugnado la sentencia.
- b) Por el contrario, en el segundo caso, que es el que aquí se plantea, la sentencia de primera instancia entró a conocer y desestimó expresamente la excepción opuesta, y «tiene sentado la Sala, cuando ello sucede, que es necesaria la impugnación de la sentencia por quien vio desestimada su excepción, aunque se hubiera estimado otra de las excepciones formuladas —falta de legitimación activa— cuando la parte contraria apela la sentencia». No basta, pues, con que el recurrido en apelación introdujera en su escrito de oposición el debate sobre la cuestión reiterando su falta de legitimación pasiva.

La posible objeción a esta solución fundada en la falta de gravamen del demandado para recurrir en apelación, al haber sido la sentencia desestimatoria, resulta superada cuando el demandante formula un recurso y el demandado puede verse afectado desfavorablemente por la desestimación de su excepción en primera instancia si el tribunal de apelación considera fundado el recurso del actor. La formulación del recurso por el demandante que vio desestimada su demanda hace surgir el gravamen del demandado que vio rechazada su excepción (la Sentencia del Tribunal Supremo 108/2007, de 13 de febrero, RJ 2007\1483, habla de la existencia en tal caso de un «gravamen eventual») y lo legitima para formular la impugnación del pronunciamiento desestimatorio de la excepción.

## 3. La cuestión que podemos plantear es si en realidad no es suficiente que el recurrido en apelación haya introducido en su escrito de oposición el debate sobre la cuestión relativa a su falta de legitimación pasiva. La respuesta negativa en todo caso es la que prima en la jurisprudencia: «No es suficiente para enervar esta apreciación que la parte demandada

formulara en la oposición [al recurso de apelación] alegaciones sobre la prescripción [o sobre la excepción de fondo de que se trate; en el caso, la falta de legitimación pasiva]. Para trasladar el examen de esta cuestión al tribunal de apelación era necesario que hubiese apelado la sentencia o la hubiera impugnado, combatiendo los extremos en los que le resultaba desfavorable, a raíz del recurso interpuesto por la contraparte [...]. De no exigir la impugnación por el recurrido del pronunciamiento desestimatorio de la excepción que formuló, se estaría privando a la parte favorecida por el pronunciamiento de la posibilidad de rebatir estos argumentos impugnatorios, o se le obligaría a realizar en su recurso de apelación, por adelantado, unas alegaciones en defensa de ese pronunciamiento, sin conocer siquiera si va a ser cuestionado por la parte que vio desestimada la excepción que formuló o, de serlo, cuáles pudieran ser los argumentos impugnatorios, y se afectaría seriamente su derecho a la tutela judicial efectiva, en las garantías de contradicción e interdicción de la indefensión, pues podría ver desestimado su recurso con base en alegaciones impugnatorias a las que no habría podido replicar dialécticamente».

En mi opinión, sin embargo, la respuesta dependerá de cómo se haya planteado el debate en ese escrito de oposición y, en concreto, de si la alegación sobre la falta de legitimación pasiva formulada tenía o no la consideración de «alegación fundamental». Si así fuera, me parece que sería aplicable la doctrina constitucional de que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva «no sólo se vulnera cuando la pretensión no recibe respuesta, sino también cuando el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes [también por la demandada o recurrida]» (Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2009, de 23 de marzo). Cuando así sucede, la alegación concreta formará parte del debate procesal que ha de resolver el órgano judicial, «porque —dice la sentencia del Tribunal Constitucional— ha(ya) sido expresamente reiterada o planteada *ex novo* por alguna de las partes en la fase de apelación», sin que se exija que lo haya sido expresamente por el recurrido en un escrito de impugnación. En tales casos, si no existiera pronunciamiento sobre la alegación, nos encontraríamos ante un supuesto en el que, según la sentencia del Tribunal Supremo analizada, «por una excesiva rigidez formal un escrito del recurrido en el que impugna el pronunciamiento desestimatorio de la excepción recib[e] el tratamiento de escrito de oposición al recurso y no de impugnación a la sentencia [...], en el que el Tribunal Constitucional —en la sentencia antes vista— ha otorgado amparo por vulneración del artículo 24 de la Constitución». Aunque —concluye— no es esto lo que ocurre en el recurso que resuelve.