

Procesal y Arbitraje

Un caso peculiar de incongruencia en segunda instancia

Se analiza si la pretensión resolutoria del contrato ejercida por el actor (que fue estimada) y la de cumplimiento formulada por el demandado vía reconvención (que fue desestimada) son incompatibles cuando el pronunciamiento sobre ambas fue recurrido en apelación; y, en consecuencia, si, al pronunciarse sobre la pretensión reconvencional de cumplimiento, la Audiencia debe hacerlo también sobre la pretensión resolutoria.

FAUSTINO JAVIER CORDÓN MORENO

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. En el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo 617/2021, de 21 de septiembre (RJ 2021\4433) son relevantes los siguientes hechos:

1.º Formalizado un contrato privado de compraventa y pagada una parte del precio, el comprador interpuso demanda en la que solicitaba: a) con carácter principal, la condena del vendedor al cumplimiento del contrato, pero no en los términos en que inicialmente fue pactado, sino en los resultantes de una novación en cuanto al precio (consistente en su limitación a la cantidad ya pagada a cuenta) que afirmaba haberse

producido, y b) subsidiariamente, para el caso de desestimarse tal pretensión o resultar su cumplimiento imposible, la resolución del contrato por incumplimiento del vendedor demandado, con resarcimiento de los daños causados y condena a la restitución del importe entregado a cuenta del precio más la cantidad pactada en concepto de cláusula penal por incumplimiento.

2.º El vendedor demandado, por su parte: a) se opuso a la demanda negando la novación del precio y el incumplimiento contractual que habían sido afirmados por la parte actora, y b) formuló una

reconvencción en la que solicitaba que se declarase la vigencia del contrato y la condena del actor a su cumplimiento en los términos inicialmente convenidos.

- 3.º La sentencia de primera instancia, por un lado, declaró no probada la novación del precio, pero sí acreditado el incumplimiento por el vendedor demandado, por lo que desestimó la pretensión principal y acogió la ejercida con carácter subsidiario; y, por otro lado, desestimó la demanda reconvenccional.
- 4.º Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada reconviniendo, con base, entre otros motivos, en la alegación de error en la apreciación de la prueba sobre el incumplimiento del demandado, fue estimado por la Audiencia, que revocó la sentencia del juzgado y, en su lugar, procedió como sigue: a) estimó parcialmente la pretensión principal (declarando la consumación de la compraventa, aunque en los términos pactados inicialmente y, por tanto, con un precio distinto del solicitado en la demanda); b) estimó totalmente la demanda reconvenccional, declarando la vigencia del contrato inicial de compraventa (sin la pretendida novación en cuanto al precio) y condenando a las partes, en ejecución de aquél, al otorgamiento de la escritura pública en el plazo de un mes desde la firmeza de la sentencia, previo pago de las cantidades pendientes a cargo del comprador, y c) no se pronunció sobre la pretensión de resolución contractual que, estimada en primera instancia, había sido también objeto del recurso de apelación al entender que era

incompatible con la declaración de vigencia del contrato y la condena a su cumplimiento.

- 5.º El comprador demandante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, fundamentando el primero de ellos en la incongruencia de la sentencia de apelación. Este recurso extraordinario fue estimado por la sentencia del Tribunal Supremo, que acogió los motivos invocados por el recurrente en los que denunciaba dicho vicio (incongruencia de la sentencia) y, en consecuencia, dejó imprejuizado el recurso de casación. Dice la sentencia: a) por un lado, «[s]i se coteja el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia de apelación, se observa que lo pedido (condena al cumplimiento del contrato en los términos resultantes de la novación del precio alegada y, subsidiariamente, para el caso de que ello no fuera posible, resolución del contrato por incumplimiento de las demandadas) y lo concedido (condena al cumplimiento del contrato en su redacción inicial, sin modificación del precio inicial) es distinto» y, en consecuencia, «la sentencia de apelación incurre en incongruencia al estimar parcialmente la pretensión principal de la demandante, porque lo concedido no es parte de lo solicitado, sino algo sustancialmente distinto: la consumación de una compraventa con un precio distinto», y b) por otro, «la pretensión de cumplimiento del contrato formulada por la demandante había sido previamente desestimada por la sentencia de primera instancia, pronunciando al que se aquietó la demandante y que la apelante tampoco combatió en su recurso, al basar

éste sustancialmente en la alegación de error en la valoración sobre la prueba en cuanto a los hechos en que la sentencia de primera instancia fundó su conclusión sobre el incumplimiento contractual de la vendedora».

2. A los efectos de enjuiciar estos fundamentos de la sentencia del Tribunal Supremo habrá que partir de que objeto de la segunda instancia son las pretensiones ejercidas en la primera, tanto en la demanda como en la reconvención (en apelación no se pueden introducir otras nuevas), pero dentro del límite de las pretensiones impugnatorias ejercidas en el recurso de apelación (y, en su caso, en el de impugnación de la sentencia por la parte recurrida); las no recurridas (o impugnadas) devienen firmes.

En el presente caso, a la vista del resumen de los hechos recogido en la sentencia del Tribunal Supremo y también de la sentencia de apelación recurrida (SAP Almería, Sección Primera, núm. 234/2018, de 24 abril, JUR 2018\243744), resulta: a) que el pronunciamiento desestimatorio de la pretensión principal ejercida en la demanda (condena del vendedor al cumplimiento del contrato con novación del precio) no fue recurrido por ninguna de las partes, por lo que devino firme, y b) que el recurso de apelación de la vendedora demandada se contrajo al pronunciamiento estimatorio de la pretensión subsidiaria (resolución del contrato inicialmente pactado por incumplimiento del vendedor) y al desestimatorio de la reconvención formulada; así se desprende de la delimitación del objeto del recurso de apelación realizado por la sentencia en él dictada: «[q]uien apela es la demandada reconviente quien solicita se condene a los demandantes principales, con desestimación plena de la demanda

de los mismos [por lo tanto, también de la pretensión subsidiaria de resolución], a otorgar contrato de compraventa que fue firmado por las partes en fecha de 24 de abril del 2007 [inicialmente, sin la novación del precio] y al pago de la cantidad restante [objeto de la reconvención]».

Así fijado el objeto de la segunda instancia, parece claro lo siguiente:

- a) que ambas partes han pedido el cumplimiento del contrato de compraventa con carácter principal (en la demanda y en la reconvención), aunque en la primera con un precio diferente del inicialmente pactado (en virtud de la novación afirmada);
- b) que, en la reconvención, el vendedor demandado discutió la novación del precio alegada por el actor;
- c) que el juez de primera instancia resolvió sobre este hecho controvertido sin que su decisión fuera objeto de apelación;
- d) que, aunque esa decisión fundó la desestimación de la pretensión (principal) del actor de cumplimiento por ese precio, la cuestión (sobre el cumplimiento) subsistía en apelación al haber recurrido el demandado el pronunciamiento desestimatorio de la reconvención en la que se solicitaba la condena a tal cumplimiento;
- e) que, junto con esta pretensión (de condena a cumplir), coexistía en segunda instancia el pronunciamiento sobre la pretensión subsidiaria de resolución contractual —impugnado también por el demandado—.

En consecuencia —y parece oportuno insistir en ello, aun a riesgo de ser reiterativo—, en la segunda instancia la pretensión impugnatoria del único recurrente (el vendedor demandado) incluye la solicitud de revocación del pronunciamiento de la sentencia de primera instancia tanto sobre su petición de cumplimiento del contrato en su redacción inicial (que había sido ejercida vía reconvencción) como sobre su resolución (a la que el recurrente se había opuesto en primera instancia y fue estimada). En el recurso de apelación se someten a la decisión de la Audiencia ambas pretensiones y, en lo que a la primera de ellas se refiere, entiendo que no puede verse excluida por el pronunciamiento desestimatorio del juez sobre la pretensión principal ejercida en la demanda —que devino firme por no haber sido recurrida por ninguna de las partes— porque su contenido era la petición de cumplimiento del contrato teniendo en cuenta la novación del precio que fue alegada, pero no probada. La desestimación por esta causa (falta de prueba de la novación del precio) dejaba vivo el contrato en su redacción inicial, por lo que su declaración de subsistencia podía entenderse implícita en el pronunciamiento judicial (aparte de que fue objeto de petición expresa en la reconvencción), y la petición de la condena a su cumplimiento (al solicitarse la revocación del pronunciamiento desestimatorio de la reconvencción) es lo que constituye el objeto de la pretensión impugnatoria.

Por ello, para examinar la congruencia de la sentencia dictada por la Audiencia, los términos que se han de comparar no son, como dice la sentencia del Tribunal Supremo, «el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia de apelación», sino ese mismo fallo con las pretensiones impugnatorias antes indicadas.

3. Desde esta perspectiva, es dudoso que sea incongruente el pronunciamiento de la Audiencia que estimó parcialmente la pretensión principal de la demanda declarando la consumación de la compraventa (con un precio distinto del solicitado). Ciertamente, al no haber sido recurrido por ninguna de las partes, debe entenderse consentido y, por eso, la Audiencia no debió pronunciarse sobre él. Pero —como antes decía— no afecta a la subsistencia del contrato en su redacción inicial la declaración de cuya vigencia podría considerarse un pronunciamiento implícito de la sentencia de primera instancia y, en todo caso, constituye el presupuesto de la pretensión reconvenccional de condena a su cumplimiento, que es una de las ejercidas en apelación. Puede entenderse que lo concedido sí es parte de lo solicitado, no en la demanda (aunque también, si se entiende que la petición de cumplimiento de un contrato con un determinado precio lleva implícita —como presupuesto de su estimación— la de declaración de subsistencia del contrato mismo), sino en la pretensión impugnatoria de la desestimación de la reconvencción. El principio de unidad del contrato me parece que se opone a una consideración separada.
4. Cuestión diferente se plantea con el pronunciamiento de la Audiencia estimatorio de la reconvencción sin entrar a decidir sobre la resolución contractual. Vengo diciendo que, en el recurso de apelación, el vendedor demandado somete a la decisión de la Audiencia dos pretensiones diferentes: la de declaración de vigencia del contrato inicialmente pactado y condena a su cumplimiento, y la de resolución de ese mismo contrato.
 - a) En esta situación, la Audiencia «[c]onsideró, en síntesis, que en el presente

caso entrar a analizar las razones del incumplimiento contractual [cuando se pide el cumplimiento] conllevaría entrar en la incompatibilidad entre el ejercicio de las acciones [de cumplimiento y resolución] que resulta del artículo 1124 CC y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta». La sentencia por ella dictada, después de recodar la jurisprudencia acerca de que «no es posible jurídicamente pretender ejercitar conjunta o separadamente la acción resolutoria y la de cumplimiento de contrato por ser contradictorias o incompatibles entre sí, aunque sí puede hacerse alternativamente o subsidiariamente, la resolutoria, después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resulta imposible», concluye así:

Desde esa jurisprudencia resultaría que si ambas partes han pretendido el cumplimiento, pero difieren en el precio de pago, la misma situación de controversia conlleva que, una vez resuelta la misma, no sea posible entrar en valorar la de incumplimiento. De otra forma, dicho cumplimiento debe llevarse a efecto conforme a lo resuelto para los elementos controvertidos que han sido resueltos definitivamente en sentencia y no discutidos. De otra forma entrar en el análisis de las razones de incumplimiento (cuando se pide el cumplimiento) nos llevaría a entrar en esa incompatibilidad que prohíbe la interpretación de nuestro alto Tribunal y se deriva del artículo 1124 Código Civil.

En definitiva, la Audiencia entiende que ambas acciones son incompatibles porque se excluyen mutuamente (art. 71.3 LEC) y, en consecuencia, no es posible una decisión simultánea (o principal) sobre ambas ni en primera instancia ni en apelación, sin que sea obstáculo para ello que una (la de resolución) haya sido ejercida por vía de acción (en la demanda) y otra por vía de reconvención: la sentencia, aunque se pronuncie sobre dos acciones, es unitaria y no puede pronunciarse sobre la resolución sin decidir previamente si el contrato está vigente; y, si decide que lo está, el examen de su resolución deberá quedar excluido.

- b) Sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza el razonamiento del tribunal de apelación y llega a la conclusión opuesta, aunque, como a continuación diré, sin entrar en la razón de fondo. A su juicio, la aplicación al caso de la jurisprudencia invocada por la Audiencia no es procedente «porque esa misma jurisprudencia admite expresamente que la acción resolutoria pueda formularse alternativa o subsidiariamente, después de haberse optado por el cumplimiento, cuando éste resulta imposible [en caso de que la pretensión no fuera estimada], que es la situación que se ha producido en el presente caso». Además, según reiterada jurisprudencia, la incompatibilidad entre la petición de cumplimiento y la de resolución en los contratos bilaterales surge cuando se solicitan ambas cosas al mismo tiempo, pero no es obstáculo para que se formule una petición alternativa o subsidiaria, ya que entonces no existe contradicción, y el mismo precepto autoriza para pedir la resolución aun

después de haber optado por el cumplimiento. Y concluye lo siguiente:

Al haber desestimado la demanda por razones ajenas al fondo de la cuestión controvertida (por considerar incompatible la acción de resolución ejercitada, como subsidiaria, con la de cumplimiento, en caso de no prosperar ésta) la Audiencia no ha realizado la valoración [sic] de la prueba sobre el fondo de la cuestión litigiosa que se le solicitaba en el recurso y, lógicamente, tampoco la ha enjuiciado en derecho. Por tanto, falta en la resolución impugnada, y de un modo absoluto, el juicio de hecho y de derecho sobre la materia objeto del proceso, por lo que el pronunciamiento de esta sala debe limitarse a anular la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto de la apelación, las resuelva en sentencia.

Pero, si bien se observa, esta respuesta —que se apoya en la misma jurisprudencia que ya había invocado la Audiencia— no se pronuncia sobre el problema de fondo: la razón por la que, en el caso, no existe la incompatibilidad entre las pretensiones que había sido apreciada por la Audiencia y, en consecuencia, este tribunal debía entrar a enjuiciar si se había producido o no el incumplimiento determinante de la resolución contractual declarada en primera instancia.

En mi opinión, la cuestión adquiere una dimensión diferente a la de la incongruencia tal y como fue apreciada por la sentencia del Tribunal Supremo. Los datos que se han de tener en cuenta son los siguientes:

- a) Aunque el actor no impugnó el recurso del demandado frente a la desestimación de la pretensión reconvencional haciendo valer el incumplimiento de éste (del demandado) determinante de la resolución contractual (y, en consecuencia, la Audiencia no podía entrar a enjuiciarlo al decidir sobre la pretensión reconvencional), tal cuestión (el hecho del incumplimiento) había sido sometida también a la Audiencia por el mismo demandado al recurrir el pronunciamiento estimatorio sobre la pretensión de resolución ejercida con carácter subsidiario.
- b) En esta tesitura, cabe entender, o bien que ambas pretensiones impugnatorias no se comunican entre sí (son independientes), en cuyo caso —y ésta fue la tesis de la Audiencia— el pronunciamiento sobre la principal (cumplimiento) excluye la decisión sobre la subsidiaria (resolución), o bien que el problema que se somete a la decisión de la Audiencia es unitario. En mi opinión, el principio de unidad del contrato requería un pronunciamiento también unitario y, por tanto, que el examen sobre su vigencia se hiciera considerando todos los elementos de aquél planteados en segunda instancia, incluido el incumplimiento del contrato determinante de su resolución. La Audiencia, al enjuiciar la pretensión reconvencional, debió tener en cuenta este hecho que obraba en autos; con más razón si —como es previsible;

del texto de la sentencia no se deduce— el actor apelado lo alegó en su escrito de oposición al recurso. Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2009, de 23 de marzo, el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva se vulnera también «cuando el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes [...], sin que se exija que lo haya sido expresamente por el recurrido en un escrito de impugnación». Y, como digo, no me parece que sea obstáculo que esa alegación (el incumplimiento) sea el fundamento de otra pretensión (de resolución del contrato) en principio incompatible con la reconvencional en la que se pretende la declaración de vigencia del contrato y la condena a su cumplimiento; más que de pretensiones incompatibles, hay que hablar en el caso de una (declaración de vigencia del contrato) que constituye

fundamento de las otras dos (condena a cumplir o resolución).

- c) En todo caso, podría entenderse salvado el pronunciamiento de la Audiencia considerando que la estimación de la pretensión reconvencional implica una desestimación tácita (o implícita) de la pretensión resolutoria. La doctrina del Tribunal Constitucional es clara cuando dice que ello sólo cabe cuando «queda interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita» (STC 25/2012, de 27 febrero), y este tribunal ha considerado que una respuesta tácita a una cuestión recae constitucionalmente suficiente cuando «del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución puede deducirse razonablemente que el órgano judicial la ha valorado y, además, es posible identificar los motivos de la decisión». Y, a la vista de la sentencia de apelación, parece que es esto lo que ha sucedido en el caso.