



Universitat de Girona

# PARTES, INTERVINIENTES Y TERCEROS EN EL RECURSO DE APELACIÓN CIVIL

**Susanna OROMÍ VALL-LLOVERA**

**ISBN: 978-84-692-8797-2**

**Dipòsit legal: GI-I 139-2009**

<http://hdl.handle.net/10803/7692>

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

**WARNING.** Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

Universitat de Girona  
Departament de Dret Públic

# **PARTES, INTERVINIENTES Y TERCEROS EN EL RECURSO DE APELACIÓN CIVIL**



Universitat de Girona  
Biblioteca

09 FEB. 2000

TESIS DOCTORAL

Presentada por Susana Oromí i Vall-llovera en la Universitat de Girona.  
Dirigida por la Doctora Teresa Armenta Deu, Catedrática de Derecho  
Procesal de la Universitat de Girona.

GIRONA, Noviembre 1999.



Tesis Doctoral que presenta la Lda. Dña. Susana Oromí Vall-llovera, para la obtención del grado de Doctor, bajo la dirección de la Prfra. Dra. Dña. Teresa Armenta Deu.\*

\* La realización de este trabajo de investigación ha sido posible gracias a la Beca FI, concedida por el Comissionat per a Universitats i Recerca de la Generalitat de Catalunya.

# ÍNDICE

# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS .....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO: NOTAS PRELIMINARES .....</b>	<b>9</b>
<b>I. EL DERECHO A LOS RECURSOS: DOCTRINA CONSTITUCIONAL. ....</b>	<b>9</b>
1. CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LOS RECURSOS. ....	10
2. RELACIÓN DEL DERECHO A LOS RECURSOS CON EL “PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS PROCESALES” Y EL “PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN”. ....	23
<b>II. FUNDAMENTO DE LOS RECURSOS.....</b>	<b>24</b>
<b>III. RECURSO DE APELACIÓN: CONCEPTO Y BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA DE SU CONFIGURACIÓN. ....</b>	<b>27</b>
1. CONCEPTO.....	27
2. BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA CONFIGURACIÓN DE LA APELACIÓN. ....	35
<b>IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE APELACIÓN.....</b>	<b>39</b>
1. LA APELACIÓN ES UN PROCESO ESPECIAL O UNA FASE DEL PROCESO. ....	39
2. APELACIÓN PLENA O APELACIÓN LIMITADA. ....	42
2.1. Principales caracteres de ambos sistemas de apelación. Ventajas e inconvenientes.....	46
2.2. Apelación plena o limitada en la regulación procesal española.....	52
<b>V. EL RECURSO DE APELACIÓN COMO SEGUNDA INSTANCIA Y FRENTE A RESOLUCIONES INTERLOCUTORIAS. EL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN.....</b>	<b>58</b>
1. SEGUNDA INSTANCIA Y RESOLUCIONES INTERLOCUTORIAS.....	58
2. EL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN. ....	63
<b>CAPÍTULO SEGUNDO: PRESUPUESTOS NECESARIOS RELACIONADOS CON LOS SUJETOS QUE PUEDEN INTERVENIR EN APELACIÓN.....</b>	<b>69</b>
<b>I. CAPACIDAD PARA SER PARTE, CAPACIDAD PROCESAL Y SUCESIÓN PROCESAL. ....</b>	<b>69</b>
1. CAPACIDAD PARA SER PARTE Y CAPACIDAD PROCESAL EN EL RECURSO DE APELACIÓN.....	69
2. SUCESIÓN PROCESAL EN EL RECURSO DE APELACIÓN. ....	71

<b>II. LEGITIMACIÓN Y GRAVAMEN.....</b>	<b>73</b>
1. LEGITIMACIÓN PARA APELAR.....	74
1.1. Concepto y naturaleza.....	74
1.1.A. Legitimación y gravamen: ¿son dos presupuestos o uno sólo?.....	76
1.1.B. La legitimación de los terceros para intervenir en apelación.....	81
1.2. Legitimación activa y pasiva.....	86
1.3. Legitimación en primera instancia y legitimación para apelar: aspectos que las distinguen.....	89
2. EL INTERÉS PARA APELAR: GRAVAMEN O PERJUICIO.....	90
2.1. Concepto de gravamen.....	92
2.1.A. Perjuicio y gravamen.....	99
2.1.B. Interés para apelar y gravamen.....	99
2.1.C. Vencimiento y gravamen.....	101
2.1.D. Consideraciones finales.....	103
2.2. Funciones del gravamen.....	105
2.2.A. Elemento determinante del objeto de la apelación.....	105
2.2.B. Elemento que sirve para determinar la legitimación para recurrir en apelación.....	108
2.3. Tipos de gravamen.....	109
2.3.A. Gravamen total y gravamen parcial.....	109
2.3.B. Gravamen de derecho material y gravamen procesal o formal.....	110
2.3.B.1. <i>Gravamen de derecho material</i> .....	111
2.3.B.2. <i>Gravamen procesal o formal</i> .....	117
2.4. Ubicación del gravamen en la estructura formal de la resolución judicial y clases de pronunciamientos capaces de producirlo.....	120
2.4.A. Ubicación del gravamen en la estructura formal de la resolución judicial que se pretende apelar.....	120
2.4.B. Pronunciamientos de la resolución judicial capaces de producir gravamen.....	126
3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGITIMACIÓN Y EL GRAVAMEN.....	134
3.1. De carácter sustantivo o procesal.....	134
3.2. De admisión o de fundamentación.....	136
4. ¿QUIÉNES ESTÁN LEGITIMADOS PARA INTERVENIR EN APELACIÓN?..	140
4.1. Legitimación activa.....	141
4.2. Legitimación pasiva.....	142
5. LEGITIMACIÓN Y GRAVAMEN EN LA NUEVA L.E.C.....	143
<b>III. POSTULACIÓN Y ASISTENCIA LETRADA.....</b>	<b>145</b>
1. POSTULACIÓN.....	147
2. ASISTENCIA LETRADA.....	150
<b>CAPÍTULO TERCERO: POSIBLES COMPORTAMIENTOS PROCESALES DE LOS SUJETOS DE LA APELACIÓN.....</b>	<b>157</b>
<b>I. APELANTE.....</b>	<b>157</b>
1. TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL JUEZ <i>A QUO</i> ...	158
1.1. Interposición del recurso de apelación.....	158

1.2. Admisión del recurso de apelación. ....	163
2. TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL JUEZ O TRIBUNAL <i>AD QUEM</i> . ....	169
2.1. Personación o comparecencia del apelante ante el Tribunal superior. ....	169
2.1.A. Solicitud del apelante de admitir en dos efectos la apelación admitida en uno sólo. ....	171
2.1.B. El beneficio de justicia gratuita del apelante. ....	173
2.2. Falta de personación del apelante ante el Tribunal <i>ad quem</i> . ....	176
2.3. Instrucción del apelante. ....	185
2.4. La vista oral. ....	188
2.4.A. Incomparecencia voluntaria del apelante al acto de la vista del recurso de apelación. ....	190
2.4.B. Incomparecencia justificada del apelante al acto de la vista del recurso de apelación. ....	197
2.4.C. Sustitución de la vista del recurso de apelación por un escrito de alegaciones. ....	203
3. COMPORTAMIENTOS PROCESALES DEL APELANTE SEGÚN LA NUEVA L.E.C. ....	204

## **II. APELADO. ....208**

1. TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL JUEZ <i>A QUO</i> . ....	209
2. TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL JUEZ O TRIBUNAL <i>AD QUEM</i> . ....	211
2.1. Personación o comparecencia del apelado ante el Tribunal superior. ....	211
2.1.A. Solicitud del apelado de admitir en un efecto la apelación admitida en ambos efectos. ....	211
2.1.B. Solicitud del beneficio de justicia gratuita. ....	214
2.2. Falta de personación del apelado ante el Tribunal <i>ad quem</i> . ....	214
2.3. Instrucción del apelado. ....	220
2.4. La vista oral. ....	222
2.4.A. Incomparecencia del apelado al acto de la vista de la apelación. ....	223
2.4.B. Actuación del apelado ante la incomparecencia voluntaria del apelante al acto de la vista de la apelación. ....	225
2.5. La adhesión a la apelación. ....	226
2.5.A. Naturaleza de la adhesión a la apelación: distinción de otras figuras. ....	230
2.5.B. Contenido de la adhesión a la apelación: problemática terminológica y límites. ....	233
2.5.C. Principales efectos de la apelación adhesiva. ....	239
2.5.C.1. <i>El efecto devolutivo de la adhesión a la apelación</i> . ....	239
2.5.C.2. <i>Conversión del apelado adherido en apelante</i> . ....	240
2.5.C.3. <i>Aumento de los poderes de decisión y cognitio del órgano de apelación</i> . ....	241
2.5.C.4. <i>Levantamiento de la prohibición de reformatio in peius en perjuicio del otro apelante</i> . ....	241
2.5.C.5. <i>Impedir la firmeza de la resolución de primera instancia</i> . ....	243
2.5.C.6. <i>Adhesión y efecto suspensivo</i> . ....	245
2.5.D. Aspectos procedimentales. ....	246

2.5.D.1. Competencia.....	246
2.5.D.2. Sujetos.....	246
2.5.D.3. Momento procesal oportuno para adherirse a la apelación. .....	251
2.5.D.4. Escrito de interposición de la apelación adhesiva.....	254
2.5.D.5. Consignación necesaria para adherirse.....	255
2.5.D.6. Oposición a la separación del apelante.....	257
3. COMPORTAMIENTO PROCESAL DEL APELADO SEGÚN LA NUEVA L.E.C. .....	259

### **III. AMBAS PARTES INTERPONEN SU PROPIO RECURSO EN EL MOMENTO PROCESAL LEGALMENTE PREVISTO PARA PRESENTAR APELACIÓN.....262**

1. INTERPOSICIÓN DE VARIAS APELACIONES EN EL MOMENTO PROCESAL OPORTUNO EN LA NUEVA L.E.C. ....	264
--	-----

### **IV. ACTUACIONES DEL APELANTE Y DEL APELADO QUE PRODUCEN LA TERMINACIÓN ANORMAL DEL RECURSO DE APELACIÓN.....265**

1. DESISTIMIENTO.....	265
1.1. El desistimiento de los arts.409 y 410 de la L.E.C. ....	266
1.2. El desistimiento o separación de los arts.846 a 849 de la L.E.C.....	271
2. LA RENUNCIA EN APELACIÓN. ....	280
3. ALLANAMIENTO. ....	281
4. TRANSACCIÓN.....	283
4.1. Transacción judicial. ....	284
4.2. Transacción extrajudicial. ....	285
5. CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.....	287
6. LAS CITADAS ACTUACIONES EN LA NUEVA L.E.C.....	290

### **V. PLURALIDAD DE PARTES EN CUALQUIERA DE LAS POSICIONES PROCESALES. ....295**

### **VI. SITUACIONES ESPECÍFICAS.....313**

1. LA REBELDÍA. ....	313
1.1 Configuración de este supuesto por la nueva L.E.C. ....	321
2. EL MINISTERIO FISCAL. ....	321
3. LA ADMINISTRACIÓN.....	324
4. INTERVENCIÓN PROCESAL.....	325
4.1. Clases de intervención.....	326
4.2. Intervención procesal y recurso de apelación. ....	336
4.2.A. Intervención procesal en primera instancia: consecuencias en el recurso de apelación. ....	338
4.2.A.1. Intervención principal. ....	338
4.2.A.2. Intervención adhesiva.....	338
4.2.A.3. Intervención provocada. ....	344
4.2.B. Intervención procesal iniciada en apelación. ....	345
4.2.B.1. Intervención adhesiva.....	345

4.2.B.2. <i>Intervención provocada</i> .....	358
4.3. La intervención procesal según la nueva L.E.C. ....	358

**CAPÍTULO CUARTO: OTROS COMPORTAMIENTOS DE LOS SUJETOS DE LA APELACIÓN. EN ESPECIAL LAS FACULTADES ALEGATORIAS Y PROBATORIAS. ....365**

**I. LAS FACULTADES ALEGATORIAS EN RELACIÓN CON LA MÁXIMA *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM*. ....366**

1. INCIDENCIA DE LA MÁXIMA <i>TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM</i> EN LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN. ....	366
1.1. Su regulación en la nueva L.E.C. ....	377
2. ASPECTOS INHERENTES A LA REGLA <i>TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM</i> . ....	379
2.1. Firmeza de las cuestiones no apeladas (art.408 de la L.E.C.).....	379
2.2. La prohibición de <i>reformatio in peius</i> .....	383
2.3. Prohibición de introducir nuevas pretensiones en apelación. ....	395
2.4. Facultades del Tribunal <i>ad quem</i> ante la devolución. ....	403
2.5. Los citados aspectos en la nueva L.E.C. ....	412

**II. FACULTADES ALEGATORIAS Y PROBATORIAS DELIMITADORAS DEL ÁMBITO DE LA APELACIÓN. ....415**

1. EXCEPCIONES. ....	416
1.1. Excepciones no planteadas en primera instancia. ....	417
1.2. Excepciones planteadas en primera instancia. ....	421
1.2.A. Alegadas en apelación por el apelante o por el apelado. ....	422
1.2.B. Excepciones no alegadas en el recurso de apelación. ....	424
2. LA PRUEBA EN APELACIÓN. ....	429
2.1. Características de las facultades probatorias de los litigantes en segunda instancia. ....	430
2.2. Supuestos de prueba en segunda instancia. ....	434
2.2.A. Alegación y prueba sobre hechos sin necesidad de recibir el pleito a prueba (art.863 de la L.E.C.), y solicitud de recepción del pleito a prueba (art.862 de la L.E.C.). ....	436
2.2.B. Los supuestos de prueba en segunda instancia en la nueva L.E.C. ....	444
2.2.C. Facultades probatorias en segunda instancia del declarado rebelde en la primera. ....	447
2.2.D. El art.865 de la L.E.C. ....	453
2.3. Las diligencias para mejor proveer en el recurso de apelación. ....	454
3. INTERESES, FRUTOS, ACCESORIOS VENCIDOS Y DAÑOS SUFRIDOS DESPUÉS DE LA RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA. ....	455
4. PETICIONES DE LOS TERCEROS INTERVINIENTES ....	457
4.1. Su regulación en la nueva L.E.C. ....	460

<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>463</b>
<b>JURISPRUDENCIA: TABLA CRONOLÓGICA POR MATERIAS .....</b>	<b>479</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>541</b>



# **ABREVIATURAS**



## ABREVIATURAS

<b>AC</b>	Actualidad Civil
<b>AAP</b>	Auto Audiencia Provincial
<b>AAPP</b>	Audiencias Provinciales
<b>art.</b>	Artículo
<b>ATC</b>	Auto Tribunal Constitucional
<b>ATS</b>	Auto Tribunal Supremo
<b>BOC</b>	Boletín Oficial del Congreso
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CE</b>	Constitución Española 1978
<b>CGPJ</b>	Consejo General del Poder Judicial
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>LECr</b>	Ley de Enjuiciamiento Criminal
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica del Poder Judicial
<b>RJ</b>	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
<b>RAC</b>	Revista Aranzadi Civil
<b>RDP</b>	Revista de Derecho Procesal
<b>RGD</b>	Revista General de Derecho
<b>RGLJ</b>	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
<b>RJC</b>	Revista Jurídica de Cataluña
<b>SAP</b>	Sentencia Audiencia Provincial
<b>SAT</b>	Sentencia Audiencia Territorial
<b>STC</b>	Sentencia Tribunal Constitucional
<b>STS</b>	Sentencia Tribunal Supremo
<b>STSJ</b>	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>ZPO</b>	Zivil Prozeßordnung



# **CAPÍTULO PRIMERO: NOTAS PRELIMINARES**



# CAPÍTULO PRIMERO: NOTAS PRELIMINARES

## I. EL DERECHO A LOS RECURSOS: DOCTRINA CONSTITUCIONAL.

Siempre que se hace referencia al derecho a los recursos, se parte de la premisa de no estar expresamente reconocido como derecho fundamental en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I de nuestra Constitución. Efectivamente, el art.24 de la C.E., apartado primero, establece el derecho a la tutela judicial efectiva, y en su apartado segundo se enumeran una serie de derechos entre los que no se encuentra el que ahora nos interesa. Ante la duda de si es o no un derecho fundamental, con todo lo que implica respecto al recurso de amparo, ha sido precisamente el T.C. quien ha dado una respuesta.

Así, por ejemplo, la S.T.C. 128/1996, de 9 de julio, sintetiza:

*“Constituye, a este respecto, doctrina consolidada de este Tribunal que el acceso a los recursos previstos por la Ley integra el contenido propio del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art.24.1 C.E.”<sup>1</sup>.*

Esta doctrina constitucional ha sido acogida en la práctica judicial<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> En el mismo sentido las S.S.T.C.: 170/1996, de 29 de octubre; 46/1995, de 14 de febrero; 58/1995, de 10 de marzo; 179/1995, de 11 de diciembre; 75/1994, de 14 de marzo; 77/1994, de 14 de marzo; 83/1994, de 14 de marzo; 91/1994, de 21 de marzo; 96/1993, de 22 de marzo; 274/1993, de 20 de septiembre; 31/1992, de 18 de marzo; 64/1992, de 29 de abril; 87/1992, de 8 de junio; 20/1991, de 31 de enero; 133/1991, de 17 de junio; 177/1991, de 19 de septiembre; 239/1991, de 12 de diciembre; 116/1990, de 21 de junio; 213/1990, de 20 de diciembre; 36/1989, de 14 de febrero; 80/1989, de 8 de mayo; 95/1989, de 24 de mayo; 105/1989, de 8 de junio; 165/1989, de 16 de octubre; 212/1989, de 19 de diciembre; 37/1988, de 3 de marzo; 59/1988, de 5 de abril; 95/1988, de 25 de mayo; 100/1988, de 7 de junio; 175/1988, de 3 de octubre; 185/1988, de 14 de octubre; 199/1988, de 25 de octubre; 3/1987, de 21 de enero; 15/1987, de 11 de febrero; 28/1987, de 5 de marzo; 69/1987, de 22 de mayo; 130/1987, de 17 de julio; 132/1987, de 21 de julio; 140/1987, de 23 de julio; 154/1987, de 14 de octubre; 19/1986, de 7 de febrero; 36/1986, de 12 de marzo; 87/1986, de 27 de junio; 117/1986, de 13 de octubre; 145/1986, de 24 de noviembre; 17/1985, de 9 de febrero; 41/1985, de 14 de marzo; 60/1985, de 6 de mayo; 110/1985, de 8 de octubre; 139/1985, de 18 de octubre; 140/1985, de 21 de octubre; 54/1984, de 4 de mayo; 70/1984, de 11 de junio; 93/1984, de 16 de octubre; 115/1984, de 3 de diciembre; 3/1983, de 25 de enero; 9/1983, de 9 de febrero; 19/1983, de 14 de marzo; 61/1983, de 11 de julio; 68/1983, de 26 de julio; 90/1983, de 7 de noviembre.

<sup>2</sup> S.T.S.J. de Navarra, de 27 de junio de 1992 (R.J.10650); A.A.P. de Alicante, de 11 de mayo de 1995 (R.A.C.1658); S.A.P. de Alava, de 3 de julio de 1992 (R.A.C.1054); S.A.P. de Sevilla, de 31 de agosto de 1992 (R.A.C.1150).

Observamos que uno de los contenidos integrantes del derecho a la tutela judicial efectiva es el acceso a los recursos, tanto ordinarios como extraordinarios, reconociéndose por la doctrina constitucional como un derecho fundamental susceptible de ser invocado en el recurso de amparo, al estar implícitamente establecido en la Constitución.

*“Se integra dentro del derecho a la tutela judicial efectiva con su contenido normal propio consistente en obtener una decisión sobre el fondo del asunto” (S.T.C. 169/1996, de 29 de octubre).*

Ya en sus primeras sentencias, el T.C. sostuvo que el art.24.1 de la Constitución reconoce el derecho de todos los ciudadanos a la jurisdicción, siempre que se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas, para obtener una resolución motivada y fundada en derecho, a ser posible sobre el fondo. Una de estas vías oportunas es, sin duda, la de los recursos. Sin embargo, el art.24.1 de la C.E. no exige que dicha tutela se configure de una forma determinada, sino que admite cualquier forma de ordenación de la jurisdicción y el proceso, así como de las diversas instancias y recursos, siempre que se respete el contenido esencial de este derecho<sup>3</sup>. La tutela judicial efectiva aparece, pues, como un derecho fundamental de contenido complejo, cuyo concepto se desglosa en otros derechos: a una resolución judicial, si es posible sobre el fondo, fundada en derecho; a una sentencia congruente y motivada; a la ejecución de la misma; y a los recursos<sup>4</sup>.

## 1. CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LOS RECURSOS.

Procede ahora analizar el contenido constitucional del derecho a los recursos, destacando sobre todo que:

a) Se trata de un derecho fundamental de configuración legal.

---

<sup>3</sup> S.S.T.C. 55/1995, de 6 de marzo; 231/1991, de 10 de diciembre; 46/1989, de 21 de febrero; 62/1989, de 3 de abril; 191/1988, de 17 de octubre y 17/1985, de 9 de febrero.

<sup>4</sup> ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, en «Revista General de Derecho», Julio - Agosto de 1994, pág.8106. DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derecho básicos*, ed. Bosch, Barcelona, 1980. CORDÓN MORENO, F.: *Proceso civil de declaración*, ed. Aranzadi, 1996, págs.313 y ss.. GONZÁLEZ POVEDA, P.: *El derecho a los recursos en el proceso civil*, en «Cuadernos de Derecho Judicial (principios constitucionales)», XXII, pág.242.



- b) No existe una exigencia constitucional a la existencia necesaria del derecho a una doble instancia judicial en el proceso civil. El legislador puede prever una sola instancia.
- c) La inadmisión o declaración de improcedencia de un recurso fundada en una causa legal y con base en una interpretación de las normas conforme a la Constitución, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a los recursos.

En el proceso civil, a diferencia del penal, es necesario realizar, como indica el T.C., una precisión. Así, en la S.T.C. 209/1996, de 17 de diciembre, se expone:

*“El derecho a los recursos no se integra en la tutela judicial efectiva del art.24 C.E. - excepto en materia penal -, de modo que el legislador no viene obligado a diseñar un sistema determinado de recursos. Pero una vez que la ley ha establecido el pertinente sistema, el derecho al recurso, en los términos y con los requisitos establecidos legalmente, pasa a integrar, en principio, el derecho a la tutela judicial efectiva”.*

Asimismo, la S.T.C. 293/1994, de 27 de octubre, también ha afirmado:

*“El art.24 C.E. no consagra un derecho de la parte vencedora en la instancia a que no sea admitido un recurso (ni siquiera amparando la pretensión en la invocada intangibilidad de la resolución judicial de instancia) cuando ese recurso legalmente está establecido, pues en la dinámica de oposición propia del proceso de alegaciones, como las que la parte hace, equivaldrían a reducir a la nada la efectividad de las reglas legales que ordenan los procesos de impugnación”<sup>5</sup>.*

---

<sup>5</sup> Debemos destacar también las siguientes S.S.T.C.: 93/1997, de 8 de mayo; 132/1997, de 15 de julio; 37/1995, de 7 de febrero; 81/1995, de 5 de junio; 100/1995, de 20 de junio; 110/1995, de 4 de julio; 138/1995, de 25 de septiembre; 172/1995, de 21 de noviembre; 28/1994, de 27 de enero; 255/1994, de 26 de septiembre; 256/1994, de 26 de septiembre; 293/1994, de 27 de octubre; 315/1994, de 28 de noviembre; 126/1993, de 19 de abril; 255/1993, de 20 de julio; 294/1993, de 18 de octubre; 374/1993, de 13 de diciembre; 108/1992, de 14 de septiembre; 139/1991, de 20 de junio; 50/1990, de 26 de marzo; 115/1990, de 21 de junio; 6/1989, de 19 de enero; 7/1989, de 19 de enero; 20/1989, de 31 de enero; 36/1989, de 14 de febrero; 59/1989, de 16 de marzo; 62/1989, de 3 de abril; 187/1989, de 13 de noviembre; 26/1988, de 23 de febrero; 37/1988, de 3 de marzo; 106/1988, de 8 de junio; 113/1988, de 9 de junio; 168/1988, de 28 de septiembre; 174/1988, de 3 de octubre; 222/1988, de 24 de noviembre; 10/1987, de 29 de enero; 16/1987, de 12 de febrero; 69/1987, de 22 de mayo; 112/1987, de 2 de julio; 124/1987, de 15 de julio; 130/1987, de 17 de julio; 143/1987, de 23 de septiembre; 180/1987, de 12 de noviembre; 185/1987, de 18 de noviembre; 81/1986, de 20 de junio; 122/1986, de 22 de octubre; 124/1986, de 22 de octubre; 127/1986, de 23 de octubre; 128/1986, de 23 de octubre; 129/1986, de 28 de octubre; 132/1986, de 29 de octubre; 139/1986, de 10 de noviembre; 142/1986, de 13 de noviembre; 143/1986, de 19 de noviembre; 144/1986, de 21 de noviembre; 154/1986, de 4 de diciembre; 155/1986, de 5 de diciembre; 157/1986, de 10 de diciembre; 161/1986, de 17 de diciembre; 140/1985, de 21 de octubre; 46/1984, de 28 de marzo; 54/1984, de 4 de mayo; 3/1983, de 25 de enero; 9/1983, de 9 de

De todas estas sentencias deducimos que el acceso a los recursos civiles (así como en el ámbito laboral y contencioso - administrativo) sólo se configura como derecho constitucionalmente reconocido si está establecido en una ley, y únicamente en los términos fijados en la misma. Es un derecho de configuración legal. Sin embargo, no puede predicarse lo mismo en el proceso penal<sup>6</sup>.

Los recursos en el proceso civil son creación del legislador quien los establece con plena libertad, tanto para determinar los casos en que sean procedentes, como los plazos y demás requisitos, siempre en garantía de los derechos e intereses de quienes intervienen en el proceso. Sólo en este caso se insertan en el contenido propio del derecho consagrado en el art.24.1 de la C.E.. Se permite también al legislador modificar estos requisitos una vez establecidos, si no se vulnera con ello el derecho a un proceso con todas las garantías. Así, la interpretación y aplicación al caso concreto de los supuestos legales en que procede la interposición de los recursos y de los requisitos de admisibilidad de los mismos, es una cuestión de legalidad ordinaria sin relevancia constitucional. Por eso, el T.C. sólo puede entrar a analizar una vulneración del derecho a los recursos cuando su denegación sea inmotivada, se base en un error o en interpretaciones totalmente arbitrarias, y nunca puede corregir las otras interpretaciones hechas por los Jueces y Tribunales que conocen del caso, ya que a ellos compete esta

---

febrero; 123/1983, de 16 de diciembre, entre otras muchas. En el mismo sentido la S.A.P. de Vizcaya, de 22 de marzo de 1994 (A.C. @1199 - 1994).

<sup>6</sup> Esta configuración legal del derecho a los recursos no puede aplicarse al proceso penal, como ha manifestado en reiteradas ocasiones el T.C.. En el orden penal se ha concedido al condenado un derecho constitucional a recurrir la resolución recaída, entendiéndose que este derecho, previsto en el art.14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, es parte integrante de nuestro orden constitucional en virtud de lo establecido en el art.10.2 de la C.E.. Pero este reconocimiento constitucional no da derecho a utilizar recursos legalmente inexistentes, aunque obliga a considerar que entre las garantías derivadas del art.24 de la Constitución se encuentra la del recurso ante Tribunal superior.

Así lo afirman las siguientes Sentencias del T.C.: 37/1988, de 3 de marzo; 106/1988, de 8 de junio; 154/1987, de 14 de octubre; 81/1986, de 20 de junio; 123/1986, de 22 de octubre; 115/1984, de 3 de diciembre; 42/1982, de 5 de julio; 76/1982, de 14 de diciembre.

En el mismo sentido, CALDERON CUADRADO, M<sup>a</sup>.P.: *La doctrina constitucional sobre el derecho al recurso en el proceso penal, el doble grado de jurisdicción y la instancia única (En relación al sistema de impugnación de la Ley Orgánica 7/1988)*, en «Revista General de Derecho», abril 1997, pág.3876.

Sin embargo, en el voto particular de la S.T.C. 76/1982, de 14 de diciembre, se pronunció en contra el Magistrado AROZAMENA SIERRA, para el cual el art.14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no produce "(...) la inconstitucionalidad de aquellas regulaciones procesales que atribuyendo en única instancia el enjuiciamiento penal, no arbitran el acceso a una Tribunal superior (...)" y "(...) no incorpora, desde su integración en el ordenamiento español, un sistema de recursos que, mediante la mención en el artículo 24.2 del derecho a un proceso público con todas las garantías, acarree la inconstitucionalidad".

tarea atribuida en exclusiva por el art.117.3 de la C.E.<sup>7</sup>. Es, pues, en los códigos procesales donde se articula el peculiar sistema de recursos civiles, con una doble función: como garantía del ciudadano y como instrumento de control interno de los órganos judiciales. Se produce, de esta forma, una denegación de acceso a la jurisdicción en materia de recursos cuando se prive, de forma injustificada o arbitraria, alguno de los legalmente previstos.

Por lo tanto, no existe una exigencia constitucional que obligue al legislador a establecer recursos en materia civil, siendo posible su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. A este respecto, conviene señalar una consolidada doctrina del T.C.: el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, salvo en el ámbito penal, en principio no garantiza la existencia necesaria del derecho a una doble instancia judicial. El legislador puede prever una sola instancia sin atentar contra el art.24.1 de la C.E., siempre que no se infrinja el derecho a un proceso con todas las garantías. No obstante, también debemos tener presente que si el legislador establece el acceso a los recursos en un ámbito determinado, los litigantes tienen derecho a los mismos en estos casos, derecho que pasa a integrar el contenido propio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>8</sup>. Siendo esto así, el art.24.1 de la C.E.

---

<sup>7</sup> Cabe señalar las siguientes S.S.T.C.: 19/1998, de 27 de enero; 9/1997, de 14 de enero; 76/1997, de 21 de abril; 142/1996, de 16 de septiembre; 170/1996, de 29 de octubre; 34/1995, de 6 de febrero; 55/1995, de 6 de marzo; 129/1995, de 11 de septiembre; 138/1995, de 25 de septiembre; 179/1995, de 11 de diciembre; 21/1994, de 27 de enero; 50/1994, de 16 de febrero; 77/1994, de 14 de marzo; 112/1994, de 11 de abril; 188/1994, de 20 de junio; 199/1994, de 4 de julio; 255/1994, de 26 de septiembre; 291/1994, de 27 de octubre; 312/1994, de 21 de noviembre; 93/1993, de 22 de marzo; 239/1993, de 12 de julio; 274/1993, de 20 de septiembre; 294/1993, de 18 de octubre; 374/1993, de 13 de diciembre; 23/1992, de 14 de febrero; 41/1992, de 30 de marzo; 132/1992, de 28 de septiembre; 139/1991, de 20 de junio; 50/1990, de 26 de marzo; 115/1990, de 21 de junio; 6/1989, de 19 de enero; 20/1989, de 31 de enero; 46/1989, de 21 de febrero; 157/1989, de 5 de octubre; 165/1989, de 16 de octubre; 37/1988, de 3 de marzo; 64/1988, de 12 de abril; 175/1988, de 3 de octubre; 247/1988, de 19 de diciembre; 109/1987, de 29 de junio; 124/1987, de 15 de julio; 185/1987, de 18 de noviembre; 54/1984, de 4 de mayo; 70/1984, de 11 de junio; 102/1984, de 12 de noviembre; 90/1983, de 7 de noviembre; 14/1982, de 21 de abril. También: S.T.S.J. de Navarra, de 27 de junio de 1992 (R.J.10650); S.A.P. de Valladolid, de 11 de septiembre de 1995 (R.A.C.1554); A.A.P. de Alicante, de 9 de noviembre de 1992 (R.A.C.1593).

<sup>8</sup> S.S.T.C.: 169/1996, de 29 de octubre; 37/1995, de 7 de febrero; 58/1995, de 10 de marzo; 172/1995, de 21 de noviembre; 28/1994, de 27 de enero; 199/1994, de 4 de julio; 160/1993, de 17 de mayo; 322/1993, de 8 de noviembre; 342/1993, de 22 de noviembre; 374/1993, de 13 de diciembre; 376/1993, de 20 de diciembre; 171/1991, de 16 de septiembre; 73/1990, de 23 de abril; 157/1989, de 5 de octubre; 165/1989, de 16 de octubre; 37/1988, de 3 de marzo; 168/1988, de 28 de septiembre; 175/1988, de 3 de octubre; 28/1987, de 5 de marzo; 58/1987, de 19 de mayo; 69/1987, de 22 de mayo; 109/1987, de 29 de junio; 143/1987, de 23 de septiembre; 36/1986, de 12 de marzo; 116/1986, de 8 de octubre; 140/1985, de 21 de octubre; 172/1985, de 16 de diciembre; 46/1984, de 28 de marzo; 59/1984, de 10 de mayo; 102/1984, de

garantiza a todos el derecho a la tutela judicial efectiva mediante el acceso al proceso y a los recursos previstos en la ley, de forma que sólo puede limitarse por el juego de otro derecho o libertad fundamental constitucionalmente protegido.

Insistiendo en el análisis del mismo derecho, el T.C. ha afirmado también que la inadmisión o declaración de improcedencia de un recurso por incumplimiento de los presupuestos y requisitos procesales previstos legalmente, no supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a los recursos, siempre que tenga su fundamento en una aplicación e interpretación correcta de las normas a cuyo cumplimiento se condiciona el ejercicio del medio de impugnación. El contenido principal del derecho a la tutela judicial efectiva es el de obtener una resolución de fondo motivada, y este derecho queda satisfecho cuando la resolución es de inadmisión, fundada en una causa legal y en base a una interpretación de las normas conforme a la Constitución. Pero se debe tener presente que cualquier irregularidad procesal no puede paralizar un proceso. Por eso, la posible infracción de un requisito de admisibilidad de los recursos, debe interpretarse conforme a la razón y finalidad que inspira la existencia de las normas que lo regulan. Habrá que ponderar si dicho requisito es una exigencia esencial para la substanciación del recurso o un simple requisito formal (como ha hecho nuestro T.C. en sus numerosas sentencias referentes a la consignación para recurrir en materia de arrendamientos urbanos). No cabe, sin embargo, confundir la interpretación formalista con la debida observancia de los requisitos procesales establecidos legalmente. A tal fin, es necesario ponderar las circunstancias concretas de cada caso en relación con la exigencia legal, la buena fe, la diligencia de la parte, el respeto a los derechos fundamentales y la posición que ocupen en el proceso las demás partes. En este sentido, la S.T.C. 170/1996, de 29 de octubre, indica que:

*“(...) la interpretación y aplicación de las reglas que regulan el acceso a los recursos legalmente establecidos es, pues, en principio, una cuestión de legalidad ordinaria cuyo conocimiento compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial (art.117.3 C.E.), a quienes corresponde precisar el alcance de las normas procesales y, más en concreto, la concurrencia de los presupuestos que condicionan la admisión de los recursos. Únicamente cuando se deniegue el acceso al*

---

12 de noviembre; A.T.C. 710/1984, de 21 de noviembre; 3/1983, de 25 de abril; 9/1983, de 9 de febrero; 19/1983, de 14 de marzo; 61/1983, de 11 de julio; 90/1983, de 7 de noviembre.

*recurso de forma inmotivada, manifiestamente arbitraria, o sea consecuencia de un error patente, existe una lesión constitucionalmente relevante del citado derecho fundamental, siendo sólo entonces posible la revisión de la decisión judicial en esta sede”<sup>9</sup>.*

La misma idea se ha reiterado en el ejercicio judicial<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Toda esta doctrina se observa también en las siguientes S.S.T.C.: 93/1997, de 8 de mayo; 101/1997, de 20 de mayo; 125/1997, de 1 de julio; 128/1996, de 9 de julio; 160/1996, de 15 de octubre; 209/1996, de 17 de diciembre; 37/1995, de 7 de febrero; 55/1995, de 6 de marzo; 100/1995, de 20 de junio; 179/1995, de 11 de diciembre; 21/1994, de 27 de enero; 28/1994, de 27 de enero; 83/1994, de 14 de marzo; 91/1994, de 21 de marzo; 119/1994, de 25 de abril; 188/1994, de 20 de junio; 199/1994, de 4 de julio; 255/1994, de 26 de septiembre; 256/1994, de 26 de septiembre; 312/1994, de 21 de noviembre; 326/1994, de 12 de diciembre; 58/1993, de 15 de febrero; 77/1993, de 1 de marzo; 96/1993, de 22 de marzo; 126/1993, de 19 de abril; 163/1993, de 18 de mayo; 193/1993, de 14 de junio; 214/1993, de 28 de junio; 255/1993, de 20 de julio; 274/1993, de 20 de septiembre; 294/1993, de 18 de octubre; 299/1993, de 18 de octubre; 342/1993, de 22 de noviembre; 344/1993, de 22 de noviembre; 346/1993, de 22 de noviembre; 370/1993, de 13 de diciembre; 374/1993, de 13 de diciembre; 376/1993, de 20 de diciembre; A.T.C. 185/1993, de 14 de junio; 23/1992, de 14 de febrero; 31/1992, de 18 de marzo; 64/1992, de 29 de abril; 87/1992, de 8 de junio; 108/1992, de 14 de septiembre; 110/1992, de 14 de septiembre; 115/1992, de 14 de septiembre; 154/1992, de 19 de octubre; 20/1991, de 31 de enero; 93/1991, de 6 de mayo; 164/1991, de 18 de julio; 177/1991, de 19 de septiembre; 231/1991, de 10 de diciembre; 239/1991, de 12 de diciembre; 247/1991, de 19 de diciembre; 73/1990, de 23 de abril; 99/1990, de 24 de mayo; 115/1990, de 21 de junio; 116/1990, de 21 de junio; 213/1990, de 20 de diciembre; 2/1989, de 18 de enero; 6/1989, de 19 de enero; 7/1989, de 19 de enero; 20/1989, de 31 de enero; 21/1989, de 31 de enero; 36/1989, de 14 de febrero; 46/1989, de 21 de febrero; 49/1989, de 21 de febrero; 59/1989, de 16 de marzo; 62/1989, de 3 de abril; 80/1989, de 8 de mayo; 95/1989, de 24 de mayo; 105/1989, de 8 de junio; 157/1989, de 5 de octubre; 165/1989, de 16 de octubre; 187/1989, de 13 de noviembre; 202/1989, de 30 de noviembre; 26/1988, de 23 de febrero; 37/1988, de 3 de marzo; 57/1988, de 5 de abril; 59/1988, de 5 de abril; 95/1988, de 25 de mayo; 100/1988, de 7 de junio; 113/1988, de 9 de junio; 168/1988, de 28 de septiembre; 174/1988, de 3 de octubre; 175/1988, de 3 de octubre; 185/1988, de 14 de octubre; 199/1988, de 25 de octubre; 214/1988, de 14 de noviembre; 3/1987, de 21 de enero; 10/1987, de 29 de enero; 16/1987, de 12 de febrero; 28/1987, de 5 de marzo; 58/1987, de 19 de mayo; 109/1987, de 29 de junio; 124/1987, de 15 de julio; 130/1987, de 17 de julio; 132/1987, de 21 de julio; 140/1987, de 23 de julio; 180/1987, de 12 de noviembre; 36/1986, de 12 de marzo; 81/1986, de 20 de junio; 87/1986, de 27 de junio; 90/1986, de 2 de julio; 117/1986, de 13 de octubre; 122/1986, de 22 de octubre; 123/1986, de 22 de octubre; 124/1986, de 22 de octubre; 127/1986, de 23 de octubre; 128/1986, de 23 de octubre; 129/1986, de 28 de octubre; 132/1986, de 29 de octubre; 139/1986, de 10 de noviembre; 142/1986, de 13 de noviembre; 143/1986, de 19 de noviembre; 144/1986, de 21 de noviembre; 154/1986, de 4 de diciembre; 155/1986, de 5 de diciembre; 157/1986, de 10 de diciembre; 161/1986, de 17 de diciembre; 14/1985, de 1 de febrero; 17/1985, de 9 de febrero; 60/1985, de 6 de mayo; 110/1985, de 8 de octubre; 139/1985, de 18 de octubre; 46/1984, de 28 de marzo; 54/1984, de 4 de mayo; 57/1984, de 8 de mayo; 59/1984, de 10 de mayo; 69/1984, de 11 de junio; 93/1984, de 16 de octubre; 102/1984, de 12 de noviembre; 104/1984, de 14 de noviembre; 3/1983, de 25 de enero; 19/1983, de 14 de marzo; 68/1983, de 26 de julio; 90/1983, de 7 de noviembre; 123/1983, de 16 de diciembre; 11/1982, de 29 de marzo; 14/1982, de 21 de abril; 37/1982, de 16 de junio.

<sup>10</sup> S.T.S.J. de Cataluña, de 22 de septiembre de 1994 (R.J.4223/1995); S.A.P. de Cuenca, de 21 de marzo de 1994 (R.A.C.1683); S.A.P. de Alicante, de 7 de diciembre de 1994 (R.A.C.2351); S.A.P. de Granada, de 3 de marzo de 1992 (R.A.C.409); S.A.P. de Palma de Mallorca, de 22 de abril de 1993 (A.C. @1267 - 1993); S.A.P. de Granada, de 10 de mayo de 1993 (R.A.C.917); A.A.P. de Granada, de 30 de junio de 1993 (R.A.C.1340); S.A.P. de Vizcaya, de 22 de marzo de 1994 (A.C. @1199 - 1994); S.A.P. de Jaén, de 5 de diciembre de 1994 (R.A.C.2547); A.A.P. de Córdoba, de 7 de abril de 1995 (R.A.C.665); S.A.P. de Baleares, de 8 de abril de 1997 (R.A.C.983).

Por otro lado, la inadmisión de los recursos no se configura como una sanción a la parte que incurre en defectos procesales, sino que se trata de una garantía de la integridad objetiva del proceso. Por ello, antes de rechazar un recurso defectuosamente interpuesto, se debe dar la oportunidad de subsanar los defectos advertidos, siempre que no deriven de una actitud negligente o maliciosa del interesado y no dañen la regularidad del proceso, ni los derechos de las otras partes. Se debe evitar, pues, cualquier interpretación formalista de los presupuestos procesales que niegue el acceso a los recursos<sup>11</sup>. El trámite de subsanación, aunque no esté expresamente previsto, puede operar en virtud del art.11.3 de la L.O.P.J., donde sólo se permite a los Jueces y Tribunales desestimar por motivos formales las pretensiones formuladas, cuando el defecto sea insubsanable o no se subsane por el procedimiento legalmente establecido<sup>12</sup>. Como señala la S.T.C. 132/1987, de 21 de julio,

*“(...) de la doctrina expuesta no se deriva que el art.24.1 de la C.E. imponga necesariamente un trámite de subsanación; lo que de ella cabe deducir, más bien, es que el derecho a la tutela*

---

<sup>11</sup> Es indicativa al respecto la S.T.C. 43/1995, de 13 de febrero. La cuestión planteada versa sobre la indicación errónea de recursos por parte del órgano judicial de primera instancia, impidiendo el acceso a los mismos, al establecer como correcto un recurso de reposición improcedente, ya que el legalmente previsto era el de apelación. En estos casos deberán analizarse las circunstancias concretas que concurren para concluir si el error inducido a la parte litigante es excusable o no, cogiendo como base si hubo o no negligencia por parte de ésta. Debe distinguirse este supuesto del de la omisión judicial de cualquier indicación, ya que se entiende que al estar asistida la parte por un profesional en derecho, éste ya debe saber cual es el recurso procedente. En cambio, si existe alguna indicación, dada la autoridad que merece la decisión judicial, puede inducir a error. En el mismo sentido, la S.T.C. 267/1994, de 3 de octubre y 36/1989, de 14 de febrero, entre otras.

<sup>12</sup> La nueva L.E.C. sí que prevé un trámite de subsanación de infracciones procesales que originen la nulidad radical de las actuaciones. El art.465.3.II del Proyecto de L.E.C. presentado al Senado tras su aprobación por el Congreso de los Diputados, establece: “No se declarará la nulidad de actuaciones, si el vicio o defecto procesal pudiere ser subsanado en la segunda instancia, para lo que el tribunal concederá un plazo no superior a diez días, salvo que el vicio se pusiere de manifiesto en la vista y fuere subsanable en el acto. Producida la subsanación y, en su caso, oídas las partes y practicada la prueba admisible, el tribunal de apelación dictará sentencia sobre la cuestión o cuestiones objeto del pleito”.

Surge la necesidad de indicar que ante la próxima aprobación de la nueva L.E.C., en el presente trabajo se ha procedido al estudio de los diversos textos legislativos que han surgido en la tramitación parlamentaria de la Ley. Cualquier indicación de los mismos se refiere al último Proyecto en relación con la fecha de depósito de esta tesis, o sea, el Proyecto tramitado por el Senado tras su aprobación en el Congreso (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado de 5 de octubre de 1999, nº154). De todas formas, si en la tramitación parlamentaria se ha producido alguna modificación en la regulación de la apelación, también se indica qué se establecía en un inicio y cuál es el sentido de dicha modificación (lo que preveía el primer texto, el cambio de redacción, la enmienda que lo ha motivado...). Asimismo, se debe tener en cuenta que a la fecha de depósito de esta tesis aún no ha sido aprobado el Proyecto de L.E.C. por nuestro Parlamento.

Se ha creído necesario, pues, poner en nota el texto completo de los artículos que son objeto de estudio, y así facilitar su lectura al no existir un texto definitivo por no estar aprobada la nueva L.E.C., aunque en breve se espera su aprobación. En todo caso, esta redacción de los artículos es la del Proyecto ya mencionado (el que el Congreso, tras su aprobación, remitió al Senado).

*judicial efectiva impide la clausura de un procedimiento por defectos que puedan subsanarse sin perjuicio para otros derechos o intereses igualmente legítimos”<sup>13</sup>.*

De esta forma, con base en las exigencias del carácter bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva, el T.C. no sólo ha reconocido que la inadmisión irrazonable o arbitraria de un recurso legalmente previsto lesiona el art.24.1 de la C.E., sino también ha afirmado que la admisión de un recurso legalmente no procedente infringe el mencionado derecho fundamental, por que el órgano judicial se excede de la competencia otorgada por el legislador en el caso concreto y lesiona el derecho de otros justiciables a la tutela judicial efectiva<sup>14</sup>.

Expuestas las líneas generales, es preciso advertir, siguiendo a varios autores<sup>15</sup>, la existencia de dos líneas jurisprudenciales divergentes que conviven en el seno de la doctrina del T.C.:

- Las primeras resoluciones del T.C. se limitan a declarar contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, la inadmisión arbitraria de los recursos legalmente previstos, pero simplemente comprueba la existencia de una resolución fundada en derecho (doctrina estricta).

- La segunda línea jurisprudencial, añade que al T.C. le corresponde, para salvaguardar el derecho a los recursos legales consagrado en el art.24.1 de la C.E., revisar si la interpretación de los requisitos de admisión de los recursos, efectuada por los Tribunales ordinarios, se ajusta a la Constitución y se realiza en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental. Se debe partir de una interpretación razonada y razonable de las causas de inadmisión de los recursos, y en caso de duda, se debe optar por la que permita la admisión del recurso (doctrina expansiva).

Estas dos jurisprudencias conviven durante un tiempo, aunque progresivamente va alcanzado un mayor predominio la segunda, sin eliminar por completo la prohibición de arbitrariedades. Esta tendencia del T.C. de favorecer el acceso a los recursos, provocó un aumento considerable de los recursos de amparo sobre esta materia. Pero, a partir de

---

<sup>13</sup> Véase nota 9 y 10.

<sup>14</sup> S.S.T.C. 187/1989, de 13 de noviembre y 116/1986, de 8 de octubre.

<sup>15</sup> BORRAJO INIESTA, I.; DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I.; FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, ed. Civitas, Madrid, 1995, págs.47 y ss.

1992, se produjo un cambio de línea jurisprudencial, revitalizándose el criterio de la arbitrariedad para controlar el acceso a los recursos no penales, sin abandonarse completamente la tendencia anterior. Esta convivencia ha llevado a que la fundamentación de las sentencias constitucionales reúna las dos líneas jurisprudenciales, aunque el fallo se centre en la doctrina estricta. La situación creada provoca numerosas contradicciones<sup>16</sup>.

Entendemos mejor la configuración estricta por varias razones. El art.24.1 de la C.E. no consagra de forma expresa el derecho a los recursos no penales, siendo el propio T.C. quien ha interpretado su rango constitucional. Pero el citado artículo también limita este derecho al sólo admitir su constitucionalidad cuando se encuentre previsto legalmente, al tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria. Así, los recursos son libremente creados por el legislador, y el conocimiento e interpretación de las normas que los regulan corresponde a los Tribunales ordinarios. Parece lógico, pues, dejar un mayor margen a estos órganos judiciales para que realicen su función. Su decisión no vulnerará el derecho a la tutela judicial efectiva, ni el derecho a los recursos, cuando se trata de una resolución fundada en derecho, sin ser necesario que sea sobre el fondo<sup>17</sup>. Las últimas resoluciones del T.C. se inclinan por esta línea. Así, la S.T.C. 211/1996, de 17 de diciembre, afirma

*“Respecto al acceso a los recursos establecidos por la Ley, el art.24 C.E. solamente veda que la vía del recurso sea cerrada «arbitrariamente o intuitu personae». Cuando existen dos interpretaciones admisibles según el tenor de las Leyes procesales vigentes, la balanza constitucional no puede inclinarse en ningún sentido para optar entre dos soluciones ambas razonables, sin interferir en el núcleo de la potestad de juzgar cuya independencia de criterio predica la Constitución. El razonamiento, fundado en el art.24 C.E., (...) del recurrente se apoya en la premisa de que el T.S. debía haber seguido la interpretación de la Ley procesal más favorable para el acceso al recurso, de entre varias posibles. Pero ese criterio ha sido revisado en nuestra jurisprudencia constitucional a partir de la S.T.C. 37/1995 (...).*

---

<sup>16</sup> S.T.C. 199/1994, de 4 de julio, S.T.C.239/1993, de 12 de julio, entre otras.

<sup>17</sup> BORRAJO INIESTA, DIEZ-PICAZO GIMENEZ y FERNANDEZ FARRERES: *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, ob. cit., págs.56 y ss: “(...) si la inadmisión de un recurso, de modo no arbitrario, respeta el artículo 24.1 de la C.E., es indudable que la existencia de otras interpretaciones posibles resulta irrelevante”



*El núcleo del derecho a la tutela judicial de quienes fueron parte en el proceso judicial previo quedó, pues, satisfecho con la Sentencia de fondo dictada en la instancia (...). El derecho al recurso que la Ley haya podido crear, (...), debe ser satisfecho cumpliendo los requisitos procesales establecidos por la norma, e interpretados de manera no arbitraria por el Tribunal competente para conocer del recurso, (...).”<sup>18</sup>.*

Sirve lo expuesto para que el T.C. haya mantenido una diferenciación entre el derecho de acceso a la justicia y el derecho a los recursos, dándoles una aplicación práctica distinta en el proceso. En principio, es necesario indicar que estos son dos elementos del contenido de la tutela judicial efectiva, ínsitos en el art.24.1 de la C.E., ya que ambos provocan la actividad jurisdiccional para desembocar en la decisión motivada de un Juez. No obstante, el derecho de acceso a la justicia tiene naturaleza constitucional, al nacer directamente de la norma suprema, por eso se califica de elemento esencial de la tutela judicial. En cambio, el derecho de acceso a los recursos civiles es de configuración legal. Por lo tanto, son diferentes al ser distinta su relevancia constitucional. Nuestra Constitución, como ya se señaló, no consagra un derecho constitucional a disponer de los medios de impugnación. Sólo después de que el legislador haya fijado los recursos, éstos se insertan en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. El establecimiento y regulación de esta materia queda, pues, en manos del legislador, el cual no está constitucionalmente obligado a fijarlos en todos los supuestos. Por contra, el derecho de acceso a la justicia, constitucionalmente reconocido, desde un principio aparece como derecho de todos los ciudadanos que ven infringidos sus intereses legítimos, de manera que debe existir en todo proceso sin necesidad de que el legislador lo establezca.

Otro criterio que utiliza el T.C. para diferenciar estos dos derechos, es el principio hermenéutico *pro actione*, cuyo funcionamiento es distinto según ante que instancia nos encontremos. En el acceso al sistema judicial este principio opera con toda su intensidad, pero, en la sucesivas instancias debe matizarse, por que el núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ha quedado garantizado en cuanto

---

<sup>18</sup> En el mismo sentido las siguientes S.S.T.C.: 37/1995, de 7 de febrero; 58/1995, de 10 de marzo; 138/1995, de 25 de septiembre; 169/1996, de 29 de octubre; 125/1997, de 1 de julio; 132/1997, de 15 de julio; 19/1998, de 27 de enero; A.T.C. 83/1998, de 30 de marzo.

ya se ha pronunciado una resolución fundada en derecho, no arbitraria ni errónea. Ahora bien, la distinción se centra, según el T.C., en que los requisitos de acceso al proceso pueden obstaculizar o eliminar el derecho de los ciudadanos a un pronunciamiento judicial ante una vulneración de sus derechos, causando, por tanto, indefensión; por contra, en los recursos, al existir una decisión judicial al respecto, tal indefensión no se produce, al estar ya satisfecho el contenido fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva. En el primer caso se eliminaría el derecho a someter el caso a un Juez y en el segundo sólo se privaría de la revisión de la decisión judicial ya pronunciada. Desde la S.T.C. 3/1983, de 25 de enero, se ha precisado:

*“(es) distinto el enjuiciamiento que pueden recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción o aquellas otras que limitan la admisibilidad de un recurso contra una sentencia anterior dictada en un proceso con todas las garantías”.*

De esta forma, el T.C. distingue entre un acceso primario (acceso a la jurisdicción) y un acceso secundario (acceso a los recursos). En el acceso primario los Jueces y Tribunales deben prestar la tutela, dictando una resolución judicial motivada, primando el principio *pro actione*, sin poner obstáculos formales o realizar interpretaciones rigoristas que impidan la protección jurídica de las pretensiones legítimas, al estar expresamente garantizado este derecho en la Constitución. Sin embargo, al ser los recursos una cuestión de legalidad ordinaria, la ley puede imponer más requisitos para su admisión o trámite, facultando a los Jueces y Tribunales a realizar interpretaciones más formalistas, impidiendo el acceso a los recursos, sin incurrir en indefensión. En otras palabras, el acceso a la primera instancia determina el acceso a la justicia, a obtener una resolución fundada en derecho. El acceso a los recursos sólo determina una revisión del fallo ya pronunciado, actuando como un mecanismo de control<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> S.S.T.C.: 19/1998, de 27 de enero; 39/1998, de 17 de febrero; A.T.C. 83/1998, de 30 de marzo; 9/1997, de 14 de enero; 76/1997, de 21 de abril; 93/1997, de 8 de mayo; 101/1997, de 20 de mayo; 176/1997, de 27 de octubre; A.T.C. 80/1997, de 14 de marzo; 142/1996, de 16 de septiembre; 160/1996, de 15 de octubre; 209/1996, de 17 de diciembre; 210/1996, de 17 de diciembre; 37/1995, de 7 de febrero; 55/1995, de 6 de marzo; 58/1995, de 10 de marzo; 1107/1995, de 4 de julio; 136/1995, de 25 de septiembre; 138/1995, de 25 de septiembre; 172/1995, de 21 de noviembre; 294/1994, 7 de noviembre; 255/1993, de 20 de julio; 274/1993, de 20 de septiembre; 294/1993, de 18 de octubre; 3/1983, de 25 de enero; 9/1983, de 9 de febrero.

El Magistrado Don CARLOS DE LA VEGA BENAYAS discrepa de esta doctrina, manifestando su parecer en el Voto Particular de la S.T.C. 37/1995, de 7 de febrero: *“Mantengo que la prestación, la respuesta judicial no permite esas distinciones, ya que desde el momento en el que hay una pretensión lícita, la respuesta judicial se ha de ajustar al mismo principio o a las mismas reglas: resolución judicial motivada y razonada, congruente, clara, con la clase de pretensión (demanda o recurso) y desprovista de*

Sin embargo, estas afirmaciones del T.C. distinguiendo el acceso a la jurisdicción del acceso a los recursos son relativamente recientes, pues arrancan de 1992. Como ya han observado algunos autores, el T.C. no ha expresado siempre con tanta claridad esta distinción<sup>20</sup>. La S.T.C. 3/1983, de 25 de enero, ya apuntada, realiza una primera declaración de principios, centrando la distinción en el diferente enjuiciamiento que merecen las normas obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción y las limitativas del acceso a los recursos, pues en estos últimos ya se ha dictado una sentencia “(...) en un proceso contradictorio, en el que las partes gozaron de todas las garantías y medios de defensa legales”. Pero en las resoluciones posteriores del T.C. se ignoró esta diferencia, dando, inexplicablemente, la misma protección constitucional al acceso a la jurisdicción y a los recursos, e, incluso, aplicando al acceso a la justicia la doctrina iniciada al referirse al acceso a los recursos<sup>21</sup>. Afortunadamente, poco a poco, el T.C. incide en la distinción, hasta llegar a la doctrina actual expuesta en las líneas anteriores.

Cabe añadir aún otra nota distintiva que demuestra la mayor importancia del acceso a la jurisdicción: el acceso a la justicia satisface los derechos e intereses legítimos de todos los litigantes, en aras a obtener una resolución judicial fundada en derecho; en el acceso a los recursos, en cambio, se satisface el derecho de quien interpone el recurso, privando al favorecido por la resolución de primera instancia de su derecho a obtener la ejecución sin dilaciones procesales. Así vemos como el T.C. considera que se debe dar más facilidades para acceder a la jurisdicción, por que en el acceso a los recursos ya se ha observado el núcleo esencial de la tutela efectiva: se ha dictado una resolución fundada en derecho.

Esta distinción sirve de argumento para matizar el juego del principio *pro actione* o interpretación de los requisitos de admisión de los recursos en el sentido más

---

*cualquier restricción derivada de su externa naturaleza. La tutela judicial no puede ser mayor o menor, cuantificada en su resultado. Toda pretensión merece el mismo respeto tuitivo, es decir, la aplicación del Derecho concreto, sin más matizaciones que las intrínsecas, las naturales del caso*”. El mismo Magistrado reitera esta opinión en el Voto Particular de la S.T.C. 255/1993, de 20 de julio.

<sup>20</sup> BORRAJO INIESTA, I.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, ob. cit., págs.26 y ss.

favorable a la efectividad del derecho fundamental. Tal extremo funciona plenamente en el acceso a la jurisdicción, no siendo así en el acceso a los recursos. Mientras los Tribunales ordinarios inadmitan los recursos de forma no arbitraria y no vulneren otros derechos fundamentales, no infringen el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a los recursos<sup>22</sup>.

Parece razonable la tendencia del T.C., iniciada en 1992, de limitar el alcance desmesurado que había alcanzado el derecho a los recursos en el proceso civil, siempre que no implique, a su vez, restringir el derecho de acceso a la justicia, como principal exponente de la tutela judicial efectiva. El T.C. debe potenciar éste último derecho, eliminando las posibles dudas que aún actualmente puedan existir.

En definitiva, la diferencia entre el acceso a la jurisdicción y el acceso a los recursos se centra en la función de control que corresponde al T.C. respecto a cada uno de estos derechos. Mientras que el análisis del derecho a dirigirse a un Juez para que proteja el propio interés lo efectúa el T.C., la decisión sobre la admisión o concurrencia de los presupuestos y requisitos a que está sujeta la revisión de la respuesta judicial, como cuestión de legalidad ordinaria, pertenece exclusivamente a los Jueces y Tribunales, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el art.117.3 de la C.E.. El T.C. sólo puede corregir dicha interpretación si la aplicación de la norma que se adopte es arbitraria, infundada o deriva de un error patente.

---

<sup>21</sup> Véase nota 9.

<sup>22</sup> Véase nota 19.

En el mismo sentido, RICHARD GONZÁLEZ, M.: *La segunda instancia en el proceso civil*, ed. Cedecs, Barcelona, 1998, pág.40, entiende acertada esta diferencia de trato del principio *pro actione*, ya que permitir la subsanación de cualquier presupuesto o requisito procesal "(...) ha conducido, en otras ocasiones, a una cierta laxitud en la aplicación de los requisitos de acceso a los recursos que ha redundado en una deficiente tramitación de la segunda instancia".

## 2. RELACIÓN DEL DERECHO A LOS RECURSOS CON EL “PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS PROCESALES” Y EL “PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN”.

El derecho a los recursos debe ponerse en relación con el “principio de igualdad de armas procesales”, de manera que una de las partes no puede quedar en mejor situación que la otra, salvo que exista una justificación estricta y excepcional. En un sentido estricto, este principio se refiere a las armas que las partes pueden utilizar en el proceso. Pero, en un sentido amplio, al considerar el proceso como un todo, el T.C. entiende que también entra dentro del ámbito de este principio el derecho a los recursos, como modalidades secundarias de acceso. Sentado lo anterior, el T.C. ha declarado que

*“(…) la prohibición de discriminaciones injustificadas, desproporcionadas e irrazonables se extiende también a los recursos que, según hemos destacado en numerosas resoluciones, dimana del art.24.1 de la C.E.” (S.T.C. 125/1995, de 24 de julio)<sup>23</sup>.*

De esta forma, el T.C. limita la facultad de establecer los recursos como el legislador estime conveniente, fijando los requisitos y presupuestos a que resta sujeto su ejercicio, ya que esta facultad siempre debe tener en cuenta las restricciones que impone el principio de igualdad en el proceso, que no puede quedar desvirtuado por un sistema de recursos que prima irrazonablemente una parte sobre la otra<sup>24</sup>.

Por otra parte, en relación al “principio de contradicción”, también es importante destacar que el derecho a utilizar los recursos comprende el derecho a que se produzca un pronunciamiento revisorio del proceso, tras oír a las partes contradictoriamente, para que éstas puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos. No puede existir una decisión judicial *inaudita parte*, excepto en los casos de incomparecencia voluntaria o negligente de la parte. Tener derecho a una doble instancia supone disponer de todas las

---

<sup>23</sup> S.T.C. 125/1995, de 24 de julio, en el marco del proceso laboral, S.T.C. 245/1988, de 19 de diciembre y S.T.C. 76/1982, de 14 de diciembre, refiriéndose al proceso penal. También se considera así en el proceso civil: S.T.C. 77/1997, de 21 de abril.

<sup>24</sup> ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8108.

garantías constitucionales del proceso en cada una de las instancias: derecho a ser oído y poder defenderse en ambas<sup>25</sup>.

Debe quedar claro que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando a un ciudadano se le cierra la posibilidad de interponer el recurso pertinente, debido a un error del órgano judicial competente, por denegación injustificada o con obstáculos indebidos, ya que el derecho a los recursos dimana del art.24.1 de la C.E.. Así, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende no sólo el libre acceso del ciudadano a la fase declarativa del proceso, sino también a la de todas y cada una de las instancias preestablecidas. Por eso, el contenido del derecho a los recursos no se agota en el acceso a los mismos, sino que además comprende el derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada.

## II. FUNDAMENTO DE LOS RECURSOS.

¿Por qué después de haberse dictado una resolución fundada en derecho en un proceso declarativo, se permite una revisión de la misma?. Esta pregunta se ha planteado sobre todo respecto al recurso de apelación, ya que se suscita continuamente el problema de hasta qué punto debe mantenerse o suprimirse la segunda instancia de los procesos civiles. Todos estos fundamentos son razones de política legislativa que justifican el establecimiento de recursos por parte de nuestro legislador.

El principal fundamento de la existencia de recursos en el sistema procesal civil actual, admitido pacíficamente, se centra en la condición humana del Juez, que al estar sujeto a las limitaciones impuestas por la naturaleza, puede incurrir en equivocaciones dignas de revisión<sup>26</sup>. Ante este error, debe darse la oportunidad de revisar su decisión, no

---

<sup>25</sup> En el mismo sentido las S.S.T.C.: 77/1997, de 21 de abril; 75/1994, de 14 de marzo; 192/1993, de 14 de junio; 56/1992, de 8 de abril; 78/1992, de 25 de mayo; 188/1992, de 16 de noviembre; 7/1991, de 17 de enero; 89/1991, de 25 de abril; 195/1990, de 29 de noviembre; 22/1989, de 1 de febrero; 109/1989, de 8 de junio; 212/1989, de 19 de diciembre; 66/1988, de 14 de abril; 114/1988, de 10 de junio; 222/1988, de 24 de noviembre; 245/1988, de 19 de diciembre; 112/1987, de 2 de julio; 151/1987, de 2 de octubre.

<sup>26</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal*, en «Revista de Derecho Procesal», 1949-II, págs.248 y 249. ARMENTA DEU, T.: *El derecho*

sólo en defensa de la legalidad, si no sobre todo en garantía de los derechos de los justiciables. Estos defectos pueden afectar a la aplicación e interpretación de la ley procesal (vicios *in procedendo*) o a la aplicación e interpretación de la ley material (vicios *in iudicando*). La falibilidad humana aparece, así, como fundamento de los recursos, y exige que sea dentro del mismo proceso donde se remedie el posible error judicial. Las garantías se ven aumentadas cuando es un Tribunal superior, distinto y colegiado, el que revisa la decisión anterior.

Desde la perspectiva de los sujetos participantes en el proceso, la existencia de recursos también se funda en el gravamen o perjuicio que la resolución judicial puede ocasionar a alguno de los litigantes en primera instancia. Es precisamente esta insatisfacción subjetiva lo que justifica la remisión del pronunciamiento dictado, y que dicha remisión haya de ser instada por la parte perjudicada, y no de oficio<sup>27</sup>.

El recurso de apelación se justifica en la necesidad de que se produzca un doble juicio sobre elementos del proceso de vital importancia, que la casación no permite revisar<sup>28</sup>. No se trata que lo vean jueces más experimentados y competentes, sino que se trate dos veces la misma cuestión, por personas distintas y a través de un nuevo examen. Con esta revisión se quiere garantizar las mayores probabilidades de acierto,

---

a los recursos: su configuración constitucional, ob. cit., pág.8106. MIGUEL ANGEL FERNANDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, T.II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, Madrid, págs.214 y 215. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, T.II, ed. Tirant lo Blanch, 1997, Valencia, pág.316. MORON PALOMINO, M.: *Derecho Procesal Civil (cuestiones fundamentales)*, ed. Marcial Pons, 1993, Madrid, pág.355. NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, en «Revista General de Derecho», 1962, págs.310, 311 y 312: “el nuevo examen y decisión de la cuestión por un nuevo Juez o Tribunal compuesto de personas distintas, redundan en beneficio de la justicia del fallo definitivo, al aumentarse las garantías de acierto del juzgador”. URIARTE LÓPEZ, C.: *Recurso de apelación y segunda instancia*, en «Cuadernos de Derecho Judicial (Cuestiones de Derecho Procesal Civil. Juicio de rebeldía. Terminación anormal del proceso. Recursos)», XXX, 1995, pág.39. RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, T.II, ed. Bosch, 1992, Barcelona, pág.706. RICHARD GONZÁLEZ, M.: *La segunda instancia en el proceso civil*, ob. cit., pág.28

<sup>27</sup> ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, pág.8106. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, T.II, ob. cit., pág.316. DE LA PLAZA, M.: *Derecho procesal civil español*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, V.I, pág.647. NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.312.

<sup>28</sup> BECEÑA, F.: *Sobre la instancia única o doble en materia civil*, en «Revista de Derecho Privado», Tomo XX, 1933, pág.73. Igualmente, MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios correspondientes a todos los juicios*, (Rives y Martí), ed. Reus, 4ª edición, 1919-1921, Madrid, pág.166.

consagrando una mejor Justicia. Así, la apelación surge como consecuencia de una determinada concepción de la civilización.

Como ya hemos expuesto suficientemente en el apartado anterior, en el proceso civil los recursos no tienen un fundamento constitucional. Sólo cuando el legislador los haya fijado, se integran dentro del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. En todo caso, esta facultad del legislador está sujeta a limitaciones que resultan de la misma Constitución: seguridad jurídica (art.9.3 de la C.E.), igualdad (art.14 de la C.E.), así como todos los derechos consagrados en el art.24 de la C.E.. Observamos, pues, que los recursos se establecen como salvaguarda de los intereses particulares tanto del propio Juez como de las partes.

En la actualidad, el recurso de apelación es necesario por muchas razones: permite enmendar los agravios y corregir los errores que pueden existir en las resoluciones de los órganos judiciales inferiores; contribuye a un mejor estudio de los casos por parte de los jueces que conocen en un inicio, ante el peligro que sean descubiertos sus posibles errores por otros jueces; los litigantes tienen la oportunidad de clarificar su controversia, determinando con mayor exactitud los verdaderos puntos de la misma. Sin embargo, en los últimos tiempos, para solucionar los problemas que comporta la dilación de los procesos y la sobrecarga de trabajo de algunos juzgadores, ha surgido la idea de reforzar la primera fase del proceso y reducir la eficacia del recurso de apelación. Pero, no se puede olvidar que el órgano judicial que dicta la primera resolución, puede incurrir en errores o causar perjuicios a alguno de los litigantes que merecen algún tipo de revisión o cambio, en aras a obtener la mejor Justicia<sup>29</sup>. Por lo tanto, es necesario conjugar ambas necesidades: la no dilación y la enmienda de posibles errores o perjuicios. Esta es la tendencia de la nueva L.E.C., ya que elimina el efecto suspensivo de la apelación, con lo que toda resolución de primera instancia es ejecutable provisionalmente como prueba de confianza hacia dicha resolución judicial, pero

---

<sup>29</sup> En este sentido, CALDERON CUADRADO (*La doctrina constitucional sobre el derecho al recurso en el proceso penal...*, ob. cit., págs.3872 y 3873) afirma: "Si el fundamento de los medios de impugnación en sentido estricto, además unánimemente aceptado, no es otro que la posibilidad de errores en la aplicación de las norma procesales y materiales y en los juicios de hecho que el juzgador debe realizar, la sobrecarga de trabajo de un determinado órgano jurisdiccional si bien justificaría una limitación en el



mantiene el recurso de apelación haciéndolo más efectivo. La solución para acabar con los interminables procesos no es eliminar el recurso de apelación pues con ello se limitaría la tutela efectiva, sino reforzarlo para que sea más operativo.

### III. RECURSO DE APELACIÓN: CONCEPTO Y BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA DE SU CONFIGURACIÓN.

#### 1. CONCEPTO.

Un concepto de recurso de apelación que pretendiera ser absoluto resultaría demasiado amplio y general, ya que este recurso entraña multitud de aspectos. Por eso hemos optado por ir señalando sus rasgos principales, para encontrar, finalmente, un concepto de recurso de apelación que contribuya a clarificar esta figura tan rica en matices.

Desde un punto de vista etimológico, apelación proviene del latín *appellatio*, que significa llamamiento o reclamación. Nuestros antecedentes históricos han dado a la apelación otro nombre, el de alzada, en el sentido de reclamación ante un superior. Los primeros textos legales que regulaban el recurso de apelación siempre se referían a la alzada y el término apelación no apareció hasta las Ordenanzas Reales de Castilla.

La apelación es, en primer lugar, un recurso. Se define el recurso como “el acto procesal de la parte que frente a una resolución judicial impugnada y perjudicial (porque no le otorga la tutela jurídica, o no se la otorga suficientemente) pide la actuación de la ley en su favor”, para añadir, “sirve a la vez para designar el procedimiento establecido para conocer de ella”<sup>30</sup>. Al hablar de “acto procesal de parte”,

---

número de recursos posibles, no puede, creemos, convertirse en criterio rector de la configuración de un concreto régimen de impugnación”.

<sup>30</sup> GOMEZ ORBANEJA (con Herce Quemada): *Derecho Procesal Civil*, vol. primero, Madrid, 1979, pág.460. En el mismo sentido, WACH, A.: *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, (trad. Ernesto Krotoschin), ed. Jurídicas Europa-América, 1958, Buenos Aires, pág.267.

sólo se pretende indicar que la apelación nunca se puede iniciar a instancia del órgano judicial competente, por lo tanto con dicha calificación no se obstaculiza la interposición de un recurso de tercero<sup>31</sup>. Pero el concepto de recurso se puede ver desde diferentes puntos de vista. Así, centrándonos en la cosa juzgada, aparece como una actividad procesal consistente en evitar que una resolución judicial alcance firmeza poniendo fin a un proceso, pretendiendo, por lo tanto, un nuevo examen de la cuestión litigiosa, ya sea porque se ha ocasionado algún perjuicio o porque el proceso se ha substanciado de modo incorrecto, favoreciéndose, así, la rectificación de la decisión judicial. Designa, pues, “tanto la facultad de impugnar, como la petición de que se revoque una determinada resolución, como el procedimiento conforme al que debe substanciarse”<sup>32</sup>. De esta forma, con los recursos se busca “una actividad depuradora que, si bien retrase y demore el proceso de fondo, sirva para mejorar y aquilatar sus resultados”<sup>33</sup>.

Las premisas anteriores engloban un concepto abstracto, ya que cada derecho positivo establecerá sus tipos concretos de recursos, con sus propias peculiaridades. Pero, por encima de estos tipos particulares debe existir una noción general que englobe a todos los recursos.

Nuestra doctrina y jurisprudencia actual e, incluso, la L.E.C. de 1881, califican de recurso algunas instituciones que no se encuadran exactamente en su concepto, al ser medios de impugnación autónomos. La audiencia del condenado en rebeldía (arts.733 y ss. L.E.C.), el llamado recurso de revisión (arts.1976 y ss. L.E.C.) y la oposición de terceros a la cosa juzgada, no son propiamente recursos en el sentido que hemos expuesto, al estar dirigidos a atacar una resolución firme. Estas figuras pretenden “rescindir un efecto jurídico ya producido”. Con los recursos se pretende evitar que un

---

<sup>31</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1948, T.I, pág.1011.

<sup>32</sup> MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.214.

<sup>33</sup> GUASP: *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, 2º edición, 1961, Madrid, pág.1322. Pero GUASP habla de procesos de impugnación, para calificarlos de procesos especiales, aunque finalmente admite que la naturaleza de los recursos es de revisión de la instancia anterior. En epígrafes posteriores trataremos con mayor precisión este punto. En el mismo sentido, ROSENBERG ((Trad. Romero Vera): *Derecho Procesal Civil*, II, Buenos Aires, 1955, pág.349) afirma: “todo recurso es una petición de otorgamiento de tutela jurídica contra una resolución que no la ha otorgado en todo o en parte”.

“efecto aún no producido se cree”<sup>34</sup>. Tampoco son recursos las acciones para exigir la responsabilidad civil contra jueces y magistrados (arts.903 y ss. L.E.C.), ni las tercerías (arts.1532 y ss. L.E.C.), ya que deben substanciarse conforme al juicio ordinario. El mal llamado en la práctica recurso de aclaración (art.363 L.E.C.), sólo pretende rectificar o corregir los posibles errores de la resolución quedando ésta subsistente, mientras que los recursos pretenden sustituir una resolución impugnada por otra. En ocasiones, las normas procesales también utilizan de forma inapropiada el término impugnación, llevando a confusión al entender que se trata de algún tipo de recurso. No son impugnaciones los actos realizados de oficio por los órganos jurisdiccionales que declaran la nulidad de determinados actos por ciertas causas, ni los actos de parte destinados a oponerse o contradecir otros actos de parte<sup>35</sup>.

Se podría entender que el recurso es equiparable a la demanda, porque introduce peticiones para salvaguardar un interés. Pero el principal aspecto que hace que sean totalmente diferentes radica en que la demanda inicia el proceso, en cambio, el recurso lo continúa, abriendo una nueva fase o instancia<sup>36</sup>. Al ser una mera continuación, el objeto del recurso queda supeditado a lo planteado en un inicio en la demanda<sup>37</sup>.

Desde un punto de vista procesal, podemos extraer diferentes rasgos que integran el concepto de recurso de apelación:

1.- El recurso de apelación es el recurso ordinario tipo, es decir, se admite ante la denuncia de cualquier vicio de la resolución recurrida, sin que la ley prevea unos motivos determinados cuya inexistencia produciría la inadmisión. En apelación pueden alegarse tanto los vicios formales en que haya incurrido la sentencia recurrida (vicios *in procedendo*), como los vicios cometidos en el análisis de fondo de la cuestión litigiosa

---

<sup>34</sup> GÓMEZ ORBANEJA (con Herce Quemada): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.461.

<sup>35</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca y otros): *Derecho Jurisdiccional*, T.II, ob. cit., pág.315 y 316. En contra de esta postura se encuentra GUASP (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1323), considerando estos actos de oposición de parte que aparecen en un mismo proceso como impugnaciones.

<sup>36</sup> GÓMEZ ORBANEJA (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.461) califica el recurso de “acto procesal que incorpora una pretensión”.

<sup>37</sup> Pero GUASP (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1359), califica la interposición del recurso apelación de auténtica demanda, al ser un acto de iniciación procesal, y además habla de demanda “pura y simple”, “porque el escrito de interposición del recurso contiene la simple petición de que el proceso de

(vicios *in iudicando*)<sup>38</sup>. Esta es la distinción básica respecto a los llamados recursos extraordinarios. Incluso en la interposición de la apelación de los juicios de mayor y menor cuantía no se exige alegación de motivo alguno. De este aspecto resulta que el Tribunal de apelación tiene los mismos poderes y facultades para enjuiciar el recurso que tuvo, en su momento, el Juez de primera instancia. No creemos que tras la reforma operada por la Ley 10/92, se deba matizar este carácter ordinario de la apelación en los juicios verbales y de cognición, porque se exija en el escrito de interposición del recurso la alegación de los motivos en que se fundamenta la impugnación. La alegación de estos motivos responde a la finalidad de dar mayores garantías de defensa a la parte apelada, y no a que el órgano competente pueda inadmitir el recurso por faltar los motivos establecidos legalmente.

2.- El conocimiento de la cuestión objeto de la resolución impugnada, corresponde a un Tribunal superior al competente en la fase inicial del proceso, quien resolverá el recurso. En nuestro ordenamiento jurídico este Tribunal superior es la Audiencia Provincial, excepto si se trata de resoluciones dictadas por un Juez de Paz que será el Juzgado de Primera Instancia. Por eso se dice que la apelación es un recurso devolutivo, efecto consustancial a dicho recurso, y el Tribunal funcionalmente competente para conocer de la misma se denomina *ad quem*, y es a quien el Juez *a quo* - que ha dictado la resolución que se pretende recurrir en apelación - le ha devuelto la jurisdicción. Por otro lado, la naturaleza devolutiva de la apelación no impide que el recurso se interponga ante el mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución recurrida (Juez *a quo*), y sea resuelto después por el órgano judicial superior inmediato (Tribunal *ad quem*). Pero, debemos tener presente que por el sólo hecho de interponer un recurso de apelación el Tribunal *ad quem* no es competente para resolverlo. Para que dicho Tribunal tenga esta facultad, el recurso debe ser admitido por el Juez *a quo*. No siendo así, sólo puede entrar a conocer del asunto mediante la interposición del recurso

---

apelación dé comienzo y no encierra la pretensión procesal de fondo". Con la regulación actual de los juicios verbales y de cognición, esta concepción no es posible.

<sup>38</sup> FAIREN GUILLEM, V.: *El razonamiento de los Tribunales de apelación*, en «Pensamientos Jurídicos», ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, págs.41 y 42. ROBLES GRAZÓN: *Apelación y segunda instancia. Juicio de mayor cuantía*, Málaga, 1986. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ed. Bosch, 1993, Barcelona, pág.12.

de queja correspondiente<sup>39</sup>. El efecto devolutivo no sólo comprende el traslado de la *cognitio* al superior, sino que también se refiere al alcance de la apelación (*tantum devolutum quantum appellatum*). En efecto, por regla general, este órgano judicial debe apoyarse en el mismo material presente en primera instancia, y sólo excepcionalmente y en los casos previstos en la ley, se pueden introducir nuevos hechos y nuevas pruebas. Tiene las mismas funciones y competencia que el inferior, pero limitado a los términos en que se le haya planteado el recurso. De esta forma, el carácter jerárquico de la apelación no debe entenderse como aplicación de una jerarquía administrativa estricta, sino como un criterio de competencia funcional. Cuando los jueces superiores entienden de las apelaciones no juzgan lo hecho por los inferiores, sino los derechos y deberes de las partes del proceso, para declararlos o negarlos. El efecto devolutivo es un criterio unánimemente aceptado por la doctrina, aunque la L.E.C. de 1881 sólo se refiere al mismo de forma implícita, cuando habla de admitir la apelación en uno (devolutivo) o en ambos efectos (devolutivo y suspensivo)<sup>40</sup>.

3.- El efecto suspensivo, por su parte, impide que la sentencia recurrida alcance firmeza. Así, se deduce del art.369.IV de la L.E.C., cuando define sentencia firme como aquella contra la que no cabe recurso alguno, ya sea por su naturaleza, ya sea por haber sido consentida por las partes. También debemos tener en cuenta el art.408 de la L.E.C., que establece que una resolución judicial queda de derecho consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada formal, cuando han transcurrido “los términos señalados para preparar, interponer o mejorar cualquier recurso sin haberlo utilizado”. A *sensu contrario*, si se realizan estas actuaciones, la resolución de que se trate no es firme. La necesaria falta de firmeza de la resolución contra la que se dirige el recurso, es lo que distingue los recursos de otros medios de impugnación, como ya se ha señalado. No es

---

<sup>39</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1070 y T.II, pág.887, donde considera que este procedimiento en dos fases es un criterio imperfecto de la Ley. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, vol. 1º, ed. Tecnos, 1974, Madrid, pág.248. ROBLES GARZÓN: *Apelación y segunda ...*, ob cit, pág.101. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.33. Esta devolución del asunto del juez inferior al superior también la postula el T.C.: S.T.C. 37/1995, de 7 de febrero, S.T.C. 176/1995, de 11 de diciembre y S.T.C. 272/1994, de 17 de octubre.

<sup>40</sup> Arts.383, 384 y 397 de la L.E.C.

Según MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ LÓPEZ (con otros): *Derecho Procesal Práctico*, T.IV, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pág.413, hablar de apelación en uno o ambos efectos es una concepción arcaica, ya que el efecto devolutivo es constante en todo recurso. No tiene sentido hablar de dos efectos cuando uno de ellos es innato a la apelación.

la admisión del recurso lo que ocasiona la suspensión, sino que por la simple pendencia de la posibilidad de recurrir (o de adherirse a la apelación) se produce este efecto<sup>41</sup>.

4.- También se llama suspensivo al efecto consistente en suspender la ejecución de la sentencia o auto apelados, cosa que lo distingue del anterior. Pero sólo es un efecto posible, ya que puede enervarse por el juego de la ejecución provisional, y se circunscribe a determinados recursos, como es el caso de la apelación. De esta forma, para evitar la interposición de apelaciones “frívolas” o sin causa y contribuir a la celeridad de la Administración de Justicia, se plantea la posibilidad de admitirla en “un solo efecto”, esto es únicamente el devolutivo. Además, tal consecuencia también implica la suspensión de todas las facultades de conocimiento y decisión del Juez *a quo*, aunque el art.390 de la L.E.C. establece las cuestiones sobre las que este Juez podrá seguir conociendo.’

5.- Sirve para impugnar sentencias desfavorables: el apelante debe resultar perjudicado por la resolución judicial que pretende impugnar, cosa que determina su interés. Esta es su principal función, aunque en algunos casos también se utiliza la apelación para pedir y conseguir la nulidad de actuaciones, (por eso la nueva LEC, que pretende sustituir la actual, establece, en un precepto separado, la apelación por infracción de normas o garantías procesales, que puede ocasionar, si se aprecia y se cumplen las condiciones exigidas, la nulidad de actuaciones).

6.- En apelación se pide que se revoque, reforme, modifique o anule la resolución recurrida, pero siempre en los términos solicitados por el ‘apelante, dictándose una nueva en su lugar. Así el objeto del recurso de apelación son las resoluciones judiciales dictadas por el Juez *a quo*<sup>42</sup>. Básicamente, lo que se pretende con la apelación es eliminar una resolución judicial perjudicial y sustituirla por otra.

---

<sup>41</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.248. GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., págs.1071 a 1073 y 1085 a 1088. ROBLES GARZÓN: *Apelación y segunda...*, ob cit, págs.101 y ss..

<sup>42</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, en «Revista General de Derecho», julio-agosto, 1995, pág.8668.

7.- La revocación, reforma, modificación o anulación pretendida con la apelación, no puede comportar un empeoramiento de la situación que para el apelante establece la sentencia de primera instancia. Es la llamada prohibición de *reformatio in peius*, opción de política legislativa que caracteriza nuestra apelación, aunque la L.E.C. no la establezca expresamente y esté introducida por vía jurisprudencial<sup>43</sup>. Este límite a la apelación no opera cuando el apelado interpone su propio recurso de apelación o se adhiere al ya formulado.

Todos estos extremos configuran la apelación como el recurso ordinario tipo, devolutivo, por medio del cual se pretende: a) que un Juez superior decida sobre la revocación, reforma, modificación o anulación de la resolución dictada por un órgano judicial inferior, siempre en los términos delimitados por el apelante que obedecen a su interés (gravamen) y sin infringir la prohibición de *reformatio in peius*; b) impedir que la resolución recurrida alcance firmeza; c) y, en ciertas ocasiones, suspender la ejecución de la sentencia o auto apelados.

Asimismo, el T.C. cuando precisa el concepto de recurso de apelación parte de los mismos caracteres. En este sentido, la S.T.C. 103/1995, de 3 de julio, afirma:

*“(...) la apelación consiste en un recurso ordinario, sin motivos de impugnación tasados o tipificados, que da lugar a un nuevo juicio, con posibilidad de revisar tanto sus componentes de hecho como los jurídicos”.*

Por su parte, la S.T.C. 199/1988, de 25 de octubre, precisa:

*“(...) el acceso al recurso de apelación, en los términos establecidos por la ley, constituye un instrumento procesal del que pueden servirse las partes para obtener la resolución judicial definitiva que garantiza el art.24.1 de la C.E.”.*

Un sector de la doctrina, para definir el recurso de apelación distingue los medios de impugnación de los medios de gravamen, situando la apelación en estos últimos<sup>44</sup>. Tal afirmación se basa en los siguientes criterios distintivos:

---

<sup>43</sup> La nueva L.E.C. prevé expresamente esta prohibición de *reformatio in peius*. El art.465.4 *in fine* del Proyecto de L.E.C. remitido al Senado tras su aprobación en el Congreso, establece: “(...) La sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado”.

<sup>44</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con Gimeno Sendra y Moreno Catena): *Derecho Procesal Civil*, ed. Colex, 1996, pág.335 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *La prueba en segunda instancia*, en

- a) La impugnación se produce contra una resolución judicial que implica alguna actividad contraria a la ley, pidiéndose la declaración de su inexistencia o anulación. El medio de gravamen surge frente una resolución que atribuye a la ley una voluntad distinta a la que realmente tiene, y pretende impedir que el error judicial dé lugar a una sentencia equivocada y perjudicial;
- b) Con el primero se pretende la nulidad de la resolución por la existencia de una concreta causa que la motiva. Con el segundo se quiere obtener una nueva sentencia por ser la anterior gravosa. Así, el juez de la impugnación se limita a declarar si existe o no el motivo de nulidad, mientras que el juez del medio de gravamen conoce de nuevo y dicta una segunda resolución sobre lo que ha decidido el juez inferior;
- c) Las sentencias sometidas a un medio de gravamen no tienen eficacia hasta que decae la posibilidad de interponer recurso (están sujetas a condición suspensiva). Las sentencias sometidas a impugnación despliegan todos sus efectos hasta el momento de la impugnación (opera una condición resolutoria).

Pero esta distinción es más teórica que real y de poca utilidad práctica, ya que actualmente el recurso de apelación también sirve para declarar la nulidad de la resolución impugnada y retrotraer las actuaciones al momento donde se ha cometido la falta<sup>45</sup>. Además, aunque sea en un momento posterior (en el acto de la vista o en el escrito de alegaciones que sustituye a la misma), en el recurso de apelación también deben exponerse los motivos en que se basa la impugnación, sin estar expresamente tasados en la ley (tras la reforma de la L.E.C. mediante la Ley 10 /1992, en lo juicios verbales y de cognición estos motivos deben alegarse inicialmente, en el escrito de

---

«Cuadernos de Derecho Judicial» (La prueba en el proceso civil), XXXIV, 1993, págs.255-256. SOLÉ RIERA, J.: Véase nota 36, págs.12 a 14.

<sup>45</sup> En el juicio de menor cuantía, el art.710.I de la L.E.C. señala que la sentencia que se dicte en apelación, además de revocar o confirmar la sentencia apelada, también podrá resolver lo que proceda sobre la nulidad y demás cuestiones. Para el juicio verbal ( y el de cognición, por remisión del art.62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952), el art.733.I de la L.E.C. establece que en el escrito de interposición del recurso, donde se exponen las alegaciones en las que se base la impugnación, se puede pedir “la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales”. Dicha infracción debe causar indefensión al recurrente, expresando las normas que se consideran infringidas y las razones de aquella, y no ha de poderse subsanar en la segunda instancia. Se debe acreditar la petición de subsanación en primera instancia, excepto cuando se haya producido en un momento en que sea imposible su reclamación. Si el recurso de apelación se estima por este motivo, se regirá por los arts.238 a 243 de la L.O.P.J. sobre nulidad de actos judiciales.

En materia de nulidad de actuaciones debemos tener presente las S.S.T.C.: 22/1989, de 1 de febrero y 191/1988, de 17 de octubre.



interposición del recurso). Finalmente, al permitirse la ejecución provisional de las resoluciones apeladas, no se puede hablar en todos los casos del carácter suspensivo de los medios de gravamen.

De esta forma, el concepto de recurso de apelación tiene que basarse, en todo caso, en los caracteres mencionados. Además, en materia de apelación y de los recursos en general, se deben intentar conjugar dos aspectos de gran importancia: la necesidad de establecer un sistema que no dilate excesivamente los procesos y que, al mismo tiempo, salvaguarde la garantía procesal de revisión de las resoluciones judiciales. Estos objetivos se ven en cierta forma obstaculizados por la regulación actual, a causa de su carácter fragmentario y disperso y su falta de sistemática. No obstante, cabe afirmar que la nueva regulación de la L.E.C. tiende a la consecución de estos objetivos.

## 2. BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA CONFIGURACIÓN DE LA APELACIÓN<sup>46</sup>.

Para comprender mejor la razón de la existencia de cualquier instituto y, concretamente, para lo que ahora nos interesa, del recurso de apelación, siempre es interesante hacer una pequeña aproximación a lo que ha sido su historia. En cada uno de los apartados objeto de la presente tesis trazaremos una perspectiva histórica, pero siempre con la máxima brevedad por no constituir este apartado núcleo esencial de este trabajo.

Desde las fuentes más antiguas, el concepto de recurso de apelación engloba dos elementos esenciales que aún se mantienen en la actualidad: la impugnación de una sentencia gravosa y el conocimiento de la misma por parte de un órgano judicial

---

Siguiendo esta doctrina constitucional: S.A.P. de Sevilla, de 7 de octubre de 1995 (R.A.C.1842); S.A.P. de Valencia, de 20 de noviembre de 1995 (R.A.C.2090); S.A.P. de Alicante, de 7 de diciembre de 1994 (R.A.C.2351).

<sup>46</sup> Vamos a seguir principalmente: AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en el derecho castellano*, ed. Reus, 1982, Madrid. GISBERT POMATA, M.: *Tratado de la apelación civil (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios)*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, Madrid, págs.51 a 109. ALVAREZ ABUNDANCIA, R.: *La apelación civil plena y la apelación limitada en los derechos histórico y comparado y en el vigente ordenamiento procesal español*, en «La Ley», 1984-4, págs.1163 y ss. BECEÑA, F.: *Sobre la instancia única o doble en materia civil*, ob. cit., págs.65 y ss.

superior<sup>47</sup>. Una vez transcurridos los plazos para apelar sin haber interpuesto el recurso, la parte perdía el derecho a impugnar la sentencia, que devenía en la autoridad de *res iudicata* y ejecutable.

En el Derecho Romano el recurso de apelación, como medio ordinario para impugnar una sentencia ante una instancia superior, aparece en la etapa post-clásica con el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*. Este procedimiento suponía una superación del primitivo *ordo iudiciorum privatorum*, porque el juzgador no era un *iudex privatus* libremente escogido por las partes, las cuales debían aceptar plenamente su sentencia, sino un representante del emperador investido de *auctoritas*, lo que permitía la impugnación de su decisión ante un órgano superior. Como se puede observar, la *appellatio* surgió tardíamente en la época romana. No existió en el procedimiento de las *legis actiones*, ni en el procedimiento formulario, ya que cualquier conducta que pusiera en duda la validez de la decisión judicial significaba quebrantar el contrato de *litis contestatio*. A diferencia de la regulación actual, se permitía la *reformatio in peius*, es decir, la resolución de segunda instancia podía ser más desfavorable para el apelante que la dictada por el juez inferior, incluso cuando el apelado no hubiera interpuesto su propio recurso o no se hubiera adherido a la apelación.

La descomposición del Imperio Romano lleva consigo la desaparición de las instancias jerárquicas y, por lo tanto, de la apelación. Sin embargo, durante el feudalismo aparecen dos formas de apelación: la “denegación de justicia” (un juez se ha negado a juzgar y se pide la reparación al superior) y el “falso juicio” (apelación de una sentencia por injusta o falsa). La primera no se puede calificar de apelación en sentido estricto, porque se dirige contra el juez y no frente a su resolución.

El Derecho Canónico ejerció una profunda influencia en el proceso civil y, en particular, en la institución de la apelación. Recogiendo los principios procesales

---

<sup>47</sup> Las Partidas, en el siglo XIII, establecieron, por primera vez, el concepto de alzada, introduciendo estos dos elementos: “Alzada es querella que alguna de las partes face de juicio que fuese dado contra ella, llamando y recorriéndose a enmienda de mayor juez” (Partidas 3, 23, 1). En el mismo sentido el Espéculo, texto previo a las Partidas, que prácticamente tienen la misma regulación.

romanos, el recurso de apelación en el Derecho Canónico se caracteriza por las siguientes notas: a) apelación *ante diffinitivam sententiam* (incluidas las sentencias interlocutorias, a diferencia del Derecho Romano que sólo lo admitía excepcionalmente), y extrajudicial; b) existencia de jurisdicción delegada por el Papa, aplicándose la apelación del delegado al delegante e, incluso, la apelación al Papa; c) la apelación canónica es un nuevo juicio, una verdadera nueva instancia frente a la anterior, permitiéndose la introducción del *ius novorum*. De esta forma, la apelación romano-canónica se insertó en el mundo feudal, contribuyendo a sustituir la jurisdicción del señor por la del rey, aunque, durante un tiempo, concentró en sus manos la administración de justicia en todo el mundo católico. En cualquier caso, coexistieron, durante esta época, los sistemas procesales feudal y romano-canónico, creándose un sistema de impugnación mixto, tendente a fortalecer el poder real frente al feudal, quebrando la inmunidad jurisdiccional de los señoríos e, incluso, con la pretensión de limitar y reducir la jurisdicción eclesiástica. Fue la apelación al Rey una de las armas más efectivas en el fortalecimiento del poder real.

En la Edad Media, la apelación se encuadra progresivamente en un orden procesal jerarquizado, de forma piramidal, cuya suprema instancia es el Rey y su finalidad es lograr la seguridad jurídica<sup>48</sup>. Al Rey corresponde el deber y el derecho de administrar la justicia en su reino y, por medio de la delegación de jurisdicción, se nombran una serie de delegados judiciales que le sustituyen en sus funciones. Esto se va formando paulatinamente durante el medioevo, y desde la Baja Edad Media el aparato judicial crece, multiplicándose sus órganos, creándose órganos jurisdiccionales superiores, ampliándose, pues, el sistema piramidal. Alrededor de esta estructura jerárquica se va configurando el efecto devolutivo del recurso de apelación.

Otro rasgo que también impera en la Edad Media es el carácter ordinario del recurso de apelación, en el sentido de que no está limitado a unas causas determinadas y fijadas legalmente. Este carácter supone también que el órgano competente debe estar dotado de jurisdicción ordinaria. Se separa, pues, del concepto estricto de apelación ordinaria, la apelabilidad en el ámbito de jurisdicciones delegadas especiales, que se

permitió en dicho periodo histórico. La apelación se inserta como institución estrictamente procesal entendida conforme al concepto de “defensa”<sup>49</sup>.

De esta forma, la apelación judicial del medioevo: a) se interpone contra una sentencia; b) en una causa ya comenzada; c) se excluye del nuevo enjuiciamiento toda innovación; d) la resuelve el Juez superior en grado respecto del *a quo*; e) para su interposición se requiere un agravio presente o pretérito, procedente de una causa verdadera y legítima; f) y suspende el curso del proceso ante el Juez inferior<sup>50</sup>. Como se puede observar, todos estos rasgos perviven en la regulación actual. Pero se diferencia de la vigente apelación, como veremos más adelante, por no ser una segunda instancia sino un procedimiento revisor.

En sus orígenes, el recurso de apelación siempre comportaba la presencia de ambos efectos: el de devolución y suspensión de la jurisdicción del órgano *a quo*. A consecuencia del aumento de las apelaciones en la etapa medieval y con la intención de evitar las dilaciones maliciosas causadas por los apelantes gracias al juego del efecto suspensivo, surge la necesidad de separar estos efectos. Así, se restringió el suspensivo en las causas que por su carácter urgente o grave no admitían dilación en su ejecución.

Este es el sistema de apelación que pervivió durante los siglos posteriores. Posteriormente, es obligado señalar la importancia que ha tenido la Constitución de Cádiz en el establecimiento del recurso de apelación, ya que contribuyó de forma significativa a simplificar su estructura. Implantó en España la separación de poderes, creando el tercer poder del Estado, el Judicial. Esta independencia absoluta de la judicatura obligó a crear órganos judiciales que conocieran de la apelación. A grandes rasgos, esta forma de concebir la apelación se ha mantenido hasta nuestros días, primero en la L.E.C. de 1855 y, después, en la L.E.C. vigente de 1881, aunque con pequeñas variaciones.

---

<sup>48</sup> Esta estructura se va formando lentamente, comenzando en el siglo XIII, para desembocar en el Estado Absoluto. Aparece ya en el Fuero Juzgo o Libro de los Jueces, en el Fuero Real y en las Leyes de Estilo.

<sup>49</sup> De esta forma, se distingue de otros recursos de la época, como es el de suplicación, fundado en la concesión, más o menos graciosa, del príncipe.

<sup>50</sup> AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., págs.39 a 41.

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE APELACIÓN.

##### 1. LA APELACIÓN ES UN PROCESO ESPECIAL O UNA FASE DEL PROCESO.

Nuestra doctrina, de forma casi unánime, entiende que el recurso de apelación es una fase de un proceso previamente iniciado<sup>51</sup>. El argumento principal que da sustento a esta afirmación radica en que la apelación no cambia el objeto litigioso, de manera que, con este recurso se pretende, simplemente, impedir la producción de la cosa juzgada formal y material. Se presenta como una fase potestativa que complementa el juicio iniciado.

En este sentido, no compartimos las consideraciones que configuran la apelación, y todos los medios de impugnación en general, como “proceso especial por razones jurídico-materiales”, con carácter autónomo e indudable substantividad. Estos autores afirman que “(...) es un proceso independiente con su régimen jurídico peculiar, es decir, con sus requisitos, procedimiento y efectos distintos de las correspondientes categorías del proceso a que se refiere, lo cual no quiere decir que, aunque sea un proceso autónomo, no guarde conexión con el principal, antes al contrario”<sup>52</sup>. De esta

---

<sup>51</sup> GÓMEZ ORBANEJA: *Derecho procesal Civil*, ob. cit., pág.460. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho procesal Civil*, ob. cit., pág.247. FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Los medios de impugnación*, en «Doctrina general del derecho procesal. Teoría y Ley procesal general», ed. Bosch, Barcelona, 1990; y también véase nota 23, págs.270 y 271. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho jurisdiccional*, ob. cit., pág.326. ROBLES GARZÓN: *Apelación y segunda...*, ob. cit., págs.105 y ss.. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.214, 495 y 497. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ LÓPEZ (con otros): *Derecho Procesal Práctico*, ob. cit., pág.212. CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup>.P.: *Breves consideraciones sobre el recurso de apelación y el criterio de doble grado de jurisdicción*, en «Revista de Derecho Procesal», 1996-3, págs.560 a 562, 569 y 572. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.98. GISBERT POMATA, M.: *Tratado de la apelación civil...*, ob. cit., pág.152. En el mismo sentido, CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, T.II, (trad. Casais y Santaló), 1977, Madrid, págs.502 y 503

<sup>52</sup> GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.1323 y 1343. Igualmente, GARBERÍ LLOBREGAT, J. (con Gimeno Sendra, Asencio Mellado, González-Cuellar Serrano y Martín de la Leona): *Los recursos en el proceso civil*, ed. Tirant lo Blanc, 1995, Valencia, pág.316. ALVAREZ ABUNDANCIA, R.: *La apelación civil plena y la apelación limitada...*, ob. cit., pág.1173. GONZALEZ POVEDA, P.: *El derecho a los recursos en el proceso civil*, ob. cit., pág.241. Pero, el mismo GUASP, en los *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (ob. cit., pág.1069), parece que matiza su postura al hablar de “la apertura

forma, no se configura la apelación como una continuación del litigio primitivo, sino como un proceso autónomo e independiente, ya que el régimen jurídico de las dos instancias es muy diferente y el objeto litigioso en ambas es dispar (en el proceso de impugnación se reclama la eliminación y sustitución de la resolución impugnada y no de la pretensión inicial).

Por su parte, otro sector doctrinal distingue los medios de impugnación interpuestos frente a resoluciones procesales (“(...) declaraciones de voluntad que se refieren al proceso mismo”), de los medios de impugnación presentados frente a resoluciones materiales (“(...) en ella se procede a aplicar normas materiales, las que sirven para decidir sobre el objeto del proceso, sobre la estimación o desestimación de la pretensión”). Esta distinción se utiliza para afirmar que los primeros no pueden tener la consideración de fase de un mismo proceso, ya que al no haber existido un pronunciamiento sobre el fondo todo el debate doctrinal de si son un nuevo proceso o una nueva fase del preexistente carece de sentido<sup>53</sup>. Sin embargo, algunas de estas resoluciones procesales ponen fin a la primera instancia y, aunque no se pronuncien sobre el fondo, hacen imposible su continuación. Si, en estos casos, se interpone un recurso, estaremos ante un nuevo procedimiento con una tramitación distinta y, por tanto, ante una nueva fase del mismo proceso. Además, si no se presenta el mencionado recurso, el proceso llega a su fin.

En el mismo sentido que la doctrina mayoritaria, el T.C., en la mayoría de sus resoluciones, admite que el recurso de apelación es una fase de un proceso ya iniciado<sup>54</sup>. Esta consideración es seguida por el T.S.<sup>55</sup> y las Audiencias Provinciales<sup>56</sup>.

---

de un nuevo procedimiento, dentro del mismo proceso en que se dictó la resolución impugnada, efecto común normal de todos los recursos”.

<sup>53</sup> MONTERO AROCA, J.: *Ámbito devolutivo del recurso de apelación*, Texto base de la intervención oral realizada en Barcelona, el día 30 de septiembre de 1998, en el curso sobre “El proceso civil”, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya, pág.4.

<sup>54</sup> Así, la S.T.C. 195/1990, de 29 de noviembre afirma: “(...) las garantías constitucionales del proceso como exigibles en todas y cada una de las fases del mismo, porque tener derecho a una doble instancia supone tener derecho a ser oído y poder defenderse en ambas (...)”. En el mismo sentido, S.T.C. 112/1987, de 2 de julio y S.T.C. 151/1987, de 2 de octubre, entre otras.

<sup>55</sup> S.T.S. de 21 de junio de 1943 (R.J.838); S.T.S. de 26 de febrero de 1962 (R.J.1139); S.T.S. de 5 de mayo de 1980 (R.J.2774); S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650); S.T.S. de 7 de junio de 1996 (R.J.4828); S.T.S. de 24 de enero de 1997 (R.J.18); S.T.S. de 5 de mayo de 1997 (R.J.3669); S.T.S. de 25 de noviembre de 1997 (R.J.8400), afirma que “(...) la segunda instancia es una fase procesal que

Ello no obstante, en alguna de sus resoluciones, el T.C. parece inclinarse por la configuración de la apelación como un proceso especial. Se trata de la S.T.C. 90/1986<sup>57</sup>. Esta interpretación sólo se observa en la sentencia transcrita

Una reciente resolución del T.S., aunque sigue considerando el recurso de apelación como continuación de un proceso ya iniciado, le da un nuevo enfoque. Mantiene que el recurso de apelación es un nuevo proceso o *novum iudicium*, pues su procedimiento tiene sustantividad propia, pero en el sentido de nuevo examen o enjuiciamiento al revisar la resolución impugnada, con lo que se presupone su naturaleza continuadora<sup>58</sup>.

A mi juicio, es cierto que el recurso de apelación tiene unos requisitos, procedimiento, efectos e, incluso, pretensiones impugnatorias distintos de la fase inicial del proceso, pero esta no es diferencia suficiente para calificarlo de proceso especial. Mantiene una conexión muy importante con el proceso declarativo que corresponda según el caso concreto: por una parte, el objeto litigioso es el mismo, por que nuestro derecho no permite que en apelación se modifique o amplíe el objeto del proceso; por otra, incluso lo que se pide en este recurso está íntimamente conectado con la resolución recaída anteriormente, ya que el apelante persigue: a) la estimación de sus peticiones si fueron denegadas por la decisión del Juez *a quo*; b) la desestimación de las del contrario si fueron atendidas en la resolución impugnada; c) o la declaración de nulidad o

---

*permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa y una revisión de la sentencia dictada; la apelación se extiende a todo el objeto de la primera instancia (...)*"; S.T.S. de 31 de marzo de 1998 (R.J.2038); S.T.S. de 15 de julio de 1998 (R.J.5549), entre otras muchas.

<sup>56</sup> S.A.P. de Huesca, de 14 de julio de 1993 (A.C. @1423-1993); S.A.P. de Sevilla, de 6 de octubre de 1994 (R.A.C.1875); S.A.P. de Vizcaya, de 4 de mayo de 1998 (R.A.C.5368).

<sup>57</sup> de 2 de julio, cuando expone: "*Se ataca normalmente la sentencia de la primera instancia mediante un proceso distinto que lleva a la depuración de aquélla, a través de un nuevo juicio, con finalidad revisora, que incluye dentro de su pretensión impugnatoria, al ser proceso distinto, el conocimiento, no sólo de la pretensión principal, sino también de aquellos presupuestos necesarios para dicho juicio. Esta función revisora supone que no se limiten los poderes del Juez para conocer la totalidad de la actividad del órgano judicial inferior, y entre ellos las decisiones, aun posteriores a la sentencia, sobre la existencia de los requisitos procesales que la Ley exige para la viabilidad del proceso impugnatorio y que determinan la admisión del propio proceso de apelación*".

<sup>58</sup> En este sentido, la S.T.S. de 19 de mayo de 1998 (R.J.3797) afirma: "*Sobre todo, además, teniendo en cuenta que la segunda instancia o apelación en nuestro derecho puede ser perfectamente concebida como un «novum iudicium» o nuevo proceso, pues es muy frecuente la corriente científica doctrinal que*

anulabilidad si en la instancia anterior se ha cometido un error *in procedendo*. Precisamente lo que se pide es la revisión de una resolución que no es firme por ser dictada en un proceso pendiente. De todo esto se deduce que el recurso de apelación se configura, a nuestro entender, como una fase procesal, como una continuación del proceso.

## 2. APELACIÓN PLENA O APELACIÓN LIMITADA.

Para determinar la naturaleza jurídica del recurso de apelación en el ordenamiento procesal español haremos, en primer lugar, una exposición sobre los dos sistemas antitéticos que la doctrina ha ido configurando, para determinar, finalmente, cuál es el imperante en nuestra regulación de la apelación. Determinar qué sistema impera en un ordenamiento procesal es importante, porque según el que se adopte los sujetos que intervienen en el recurso de apelación tendrán más o menos facultades. Se trata de analizar el ámbito de la segunda instancia, que no sólo obedece a criterios técnico-procesales, sino también a motivos jurídico-políticos e incluso sociológicos.

En primer término, debemos tener presente que sólo tiene sentido hablar de apelación plena, ilimitada o *novum iudicium* y de apelación limitada o *revisio prioris instantiae*, respecto de la apelación que abre una segunda instancia y no respecto de la interpuesta frente a resoluciones interlocutorias, ya que en estos recursos, aunque la resolución es revisable por el Tribunal superior, no se plantea ningún problema de ampliación o modificación del objeto del proceso ni de los materiales de la primera instancia<sup>59</sup>.

---

determina que el procedimiento de apelación tiene sustantividad propia aunque sea continuación del de primera instancia - *aweite erstinstanz* - según la moderna doctrina procesal alemana".

<sup>59</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.327.



Los sistemas de apelación plena y limitada se han ido alternando a lo largo de las diferentes etapas históricas, con mayor o menor amplitud<sup>60</sup>. Esto demuestra que nunca se ha tenido claro cual de los dos sistemas es el más adecuado, en el sentido de garantizar la justicia y, por eso, se han ido ensayando una serie de opciones según la situación social, política, jurídica y económica.

El derecho romano clásico (apelación reformadora imperial) configuró la *appellatio* como un *novum iudicium*, permitiendo al apelante innovar por medio de la introducción de nuevos hechos, nuevas pruebas y nuevas excepciones, y admitiendo que el recurso concluyera con una nueva sentencia y no con una simple confirmación o anulación del juicio anterior. Existía una libertad absoluta en cuanto a los medios que el apelante podía utilizar para defender su derecho ante el Juez superior<sup>61</sup>. La época constantiniana (*appellatio more consultationis*) significó el establecimiento de una regulación más restrictiva, introduciéndose el sistema de apelación limitada, al prohibirse la formulación de nuevas demandas y la práctica de nuevas pruebas en grado de apelación<sup>62</sup>. La primera instancia debe llevarse diligentemente de manera que se agote, en lo posible, la materia litigiosa. Posteriormente, la legislación justiniana fue favorable a la admisión del *ius novorum* en apelación, permitiendo al apelante introducir nuevas alegaciones, nuevas excepciones y producir nuevas pruebas para hechos ya alegados<sup>63</sup>.

Los glosadores se preguntaron cuál tenía que ser el límite del cambio de demanda en apelación, para que quedara armonizada la libertad del apelante con la premisa de que el Tribunal *ad quem* debía conocer de la misma causa que el Juez *a quo*. Durante siglos en la Escuela de los glosadores perduró la idea de que los litigantes podían formular nuevas alegaciones e incluso cambiar la acción presentada en primera instancia, siempre que no se

---

<sup>60</sup> LINARES PINEDA, J. L.: *Persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit (apelación plena y apelación limitada en el proceso civil romano)*, en «Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Hernández-Tejero», págs.343 y ss. AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., págs.42, 51, 54 y 197 a 212. ALVAREZ ABUNDANCIA, R: *La apelación civil plena y la apelación limitada...*, ob. cit., págs.1168 y 1169.

<sup>61</sup> *Persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit*, como nos indica el mismo título de LINARES PINEDA, J. L. (*Persequique provocationem suam...*, ob. cit., pág.348), que se extrae de un texto de ULPIANO (D. 49, 1, 3, 3) y, posteriormente, en un edicto general de Diocleciano, suscitando ya el problema de si el derecho a innovar debe tener algún tipo de limitación.

<sup>62</sup> Como expone LINARES PINEDA, J. L. (*Persequique provocationem suam...*, ob. cit., pág.345), aparece en una Constitución de Constantino (año 321), otra de Valentiniano II, Teodosio I y Arcadio (año 393). Este autor también nos hace observar la importancia del establecimiento de un procedimiento escrito en relación a prohibir el derecho de innovar en segunda instancia: “Cosa distinta es que la prohibición de innovar en la segunda instancia haya de apoyarse - por razones técnicas - en un procedimiento escrito y que la oralidad cree, por contra, un ambiente propicio a los *nova* en apelación”.

alterara el objeto principal de la controversia. El cambio de acción comportaba, así, una *causa petendi* y un *petitum* diferentes. Pero, en el siglo XIII algunos glosadores llegaron a la conclusión que no se podía ejercitar en segunda instancia una acción distinta a la ejercitada en la demanda originaria, si bien se admitía la presentación de nuevas pruebas. Consideraban la primera instancia y la apelación como dos fases del mismo proceso que versaba sobre una misma causa litigiosa.

El derecho canónico tendió, en un principio, hacia la apelación plena, aceptando sin reparos el *ius novorum*. Concebía la apelación como un proceso autónomo e independiente, ya que su objeto no estaba totalmente limitado por el primer juicio, pero admitía que no tenía razón de ser la repetición de lo ya acontecido en primera instancia.

A partir del siglo XIII, la apelación se caracteriza por ser un procedimiento revisor, no permitiéndose nuevas acciones, ni volver a presentar las alegaciones y pruebas introducidas en primera instancia. Las Partidas, de forma imprecisa, configuran el recurso de apelación como continuación de la primera instancia, aunque se admite la aportación de nuevos testigos, así como los elementos conocidos después del primer juicio, siempre que el apelante jurase que no lo hacía por engaño o malicia. El Espéculo y las Leyes de Estilo aceptan la aportación de nuevas alegaciones y excepciones perentorias. No obstante, la corriente de la glosa va en otra dirección, abogando por restringir los medios de posible utilización por el apelante en la segunda fase del proceso, prohibiendo las pruebas testimoniales en apelación. Esta prohibición se introduce en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, perviviendo durante mucho tiempo a través de las Recopilaciones. Se instaura, de esta forma, la exclusión del *ius novorum* al no poderse mudar el juicio establecido en la anterior instancia. Pero, la prohibición de producir nuevas pruebas testimoniales en la alzada tenía algunas excepciones.

La legislación del siglo XIX mantiene esta actitud restrictiva en cuanto a la admisión de pruebas en segunda instancia. En este sentido, la apelación limitada española se hallaba ya en la L.E.C. de 1855 (arts.869 y ss.), recogándose el espíritu de la legislación anterior<sup>64</sup>. Esta Ley sólo permite la prueba en segunda instancia en unos supuestos determinados: confesión judicial sobre hechos no confesados en primera

---

<sup>63</sup> Constitución de Justino (año 520) y dos Constituciones de Justiniano (años 529 y 530) (LINARES PINEDA, J. L.: *Persequique provocationem suam...*, ob. cit., pág.345).

<sup>64</sup> Incluso mucho antes que KLEIN la introdujera en la ZPO austríaca de 1895, considerada como el prototipo mundial del sistema de apelación limitada.

instancia, documentos de nueva noticia, prueba no practicada en la instancia anterior por causa no imputable a la parte que la propuso, hechos sobrevenidos y hechos de nuevo conocimiento. La L.E.C. de 1881, vigente en la actualidad, asume estas reglas ampliando los casos en que se admite prueba en segunda instancia: prueba rechazada en primera instancia y admitida en la segunda, rebelde comparecido después de la práctica de prueba en primera instancia y la conformidad de las partes sobre la conveniencia de recibir el pleito a prueba sin más trámites. En resumen, las fuentes legislativas españolas han ido evolucionando paulatinamente, tendiendo cada vez más a establecer un sistema limitado de apelación, hasta llegar a la situación actual donde se mantiene.

Cuando se habla de *novum iudicium* y de *revisio prioris instantiae* se pretende indicar la manera como se concibe la apelación. Normalmente se utilizan los vocablos anteriores con diferentes sentidos. Al hablar de apelación plena y limitada se tiende a señalar el material que se puede aportar en dicho recurso.

El recurso de apelación puede concebirse en dos sentidos: a) como *novum iudicium*, como una renovación o repetición de todos los trámites del proceso antiguo hasta llegar a una nueva resolución; y b) como *revisio prioris instantiae*, una revisión del proceso, con su propio procedimiento y requisitos, sin reiteración de los trámites del proceso principal, donde lo importante es comprobar la exactitud o inexactitud de los resultados obtenidos en el proceso originario. La diferencia entre estas concepciones se observa principalmente en materia de prueba. Para la apelación como renovación del proceso la prueba debe admitirse casi sin limitaciones, igual que en la primera instancia, en cambio, la prueba para la apelación como revisión no es admisible salvo excepciones expresamente establecidas, ya que en la misma sólo se pretende vigilar el acierto o error del enjuiciamiento anterior<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> GALÁN URBANO, P.: *La prueba en segunda instancia*, en «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», nº1255, 1981, pág.4. GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1344 y *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., T.II, pág.895. Ya hemos indicado que este autor configura el recursos de apelación como un proceso especial, pero también nos dice que es una *revisio prioris instantiae*, por lo que concibe la apelación como un proceso revisorio. A la misma conclusión llega ALVAREZ ABUNDANCIA, R.: *La apelación civil plena y la apelación limitada...*, ob. cit., pág.1173.

La principal objeción que puede dirigirse contra la concepción de la apelación como renovación procesal, se centra en la necesidad de repetir todos los trámites cosa que dilata excesivamente el litigio. No se entiende porque deben repetirse cuando han llevado a un resultado que se supone inexacto. Esta crítica no puede extenderse a la apelación entendida como *revisio prioris instantiae*, ya que en este sistema el recurso de apelación mejora los resultados de la primera instancia, precisamente porque viene después de ella y tiene su propio método, evitándose la repetición innecesaria de trámites procesales ya realizados y perfectamente válidos<sup>66</sup>.

## 2.1. Principales caracteres de ambos sistemas de apelación. Ventajas e inconvenientes.

Respecto al material fáctico que se puede aportar en apelación existen dos modelos a seguir: la apelación plena y la apelación limitada. La primera consiste, partiendo de lo efectuado en primera instancia, en aportar ante el Tribunal *ad quem* materiales nuevos, e incluso completar las acciones ejercitadas en la misma o ejercitar otras. La apelación limitada sólo admite revisar la resolución impugnada con base en el mismo material utilizado en primera instancia y únicamente, como excepción a la preclusión, se permite introducir algunos materiales nuevos.

Generalmente, la doctrina y la jurisprudencia dominante equiparan el *novum iudicium* a la apelación plena y la *revisio prioris instantiae* a la apelación limitada, llegándose a utilizar indistintamente estos términos.

Los caracteres principales de la apelación plena o *novum iudicium* son:

- Es un nuevo juicio con substantividad propia, pero que implica una continuación del iniciado en primera instancia al estar relacionado con las cuestiones ya debatidas y decididas en la misma. Esta autonomía de la apelación hace que no sólo comprenda el análisis de la sentencia apelada, sino que también se realiza un nuevo enjuiciamiento de la relación jurídico-material controvertida. En base a este aspecto, un sector de la doctrina afirma que sólo en este sistema la

---

<sup>66</sup> GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1346.

apelación es una verdadera segunda instancia, por que es el único que permite una nueva cognición del conflicto ante un órgano superior<sup>67</sup>.

- El material instructorio se admite ilimitadamente, tanto el conjunto de las alegaciones esgrimidas en primera instancia, como nuevos hechos y pruebas no aportados ni practicadas en la instancia precedente, ya sea por que se producen con posterioridad (*nova producta*), por que se conocen posteriormente (*nova reperta*) o no han sido voluntariamente utilizados en esa instancia (*nova allegata*). Lo que se prohíbe en el sistema pleno es la introducción de nuevas pretensiones que no guarden ninguna conexión con el objeto procesal principal y rompan la identidad de dicho objeto en ambas instancias. A pesar de ello, se autoriza alegar pretensiones accesorias a la principal, la compensación y el cambio de calificación jurídica, cosa que implica alterar el objeto del proceso. Asimismo, se pueden introducir nuevos materiales y completar los existentes, incluso si ya se tenían antes de precluir el trámite de su introducción en primera instancia.

- Los poderes y facultades del órgano competente en apelación varían según ante qué material se encuentra. Con relación al objeto debatido en primera instancia tiene la misma condición que el Juez *a quo*; pero respecto a los nuevos materiales introducidos tiene una posición distinta, desvinculada de la del primer órgano. De esta forma, se puede llegar a un pronunciamiento distinto del dictado en la primera instancia, ya que decide *ex novo* sobre el objeto del proceso sin realizar ningún tipo de retroacción procedimental, e independientemente de que la resolución del Juez anterior sea o no errónea.

Por su parte, las notas más características del sistema de apelación limitada en su estado puro son las siguientes:

- La segunda instancia está vinculada a la primera, complementándola. Implica una continuación de la misma, es una *revisio prioris instantiae*. Por lo tanto, al

---

<sup>67</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.251. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (y otros): *Los recursos en el proceso civil*, ob. cit., pág.317. GARBERÍ LLOBREGAT, J. y GÓNZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *Apelación y casación en el proceso civil*, ed. Colex, 1994, Madrid, pág.29. Sitúan la apelación en el sistema limitado de simple alzada.

interponer recurso de apelación sólo se pretende analizar la validez o ilegalidad de la resolución apelada.

- El material instructorio debe ser idéntico al de primera instancia. Si el órgano competente sólo tiene que revisar la sentencia impugnada, para que no entre en un nuevo enjuiciamiento ha de existir una identidad fáctica, jurídica y probatoria con la instancia anterior. Opera un rígido sistema de preclusión, de manera que en segunda instancia no se pueden deducir nuevos medios de ataque o de defensa, prohibiéndose de forma absoluta la alegación de nuevas pretensiones que alteren, en algún aspecto, el objeto del proceso.

- El órgano de apelación debe pronunciarse sobre la corrección o incorrección de la resolución impugnada. Si el Tribunal *ad quem* entiende que la resolución apelada no se ajusta a derecho, no puede entrar en el fondo del asunto y debe dejarla imprejuzgada, ya que sólo realiza un control de legalidad de la misma. A diferencia de la posibilidad que el Tribunal superior se pronuncie sobre el fondo, característica de la apelación ilimitada o plena, en el sistema de apelación limitada este Tribunal únicamente puede valorar y examinar los materiales de la primera instancia encontrándose, por lo tanto, en idéntica situación que el Juez *a quo* cuando tiene que enfrentarse a la decisión.

En definitiva, la principal diferencia entre estos dos sistemas radica en que mientras uno, el de apelación plena, se conoce *ex novo*, como si fuera la primera vez, sobre todo el material discutido en la primera instancia y el introducido en la segunda; el otro, el de apelación limitada, se revisa la decisión del primer Juez, cosa que implica un nuevo examen del conflicto pero teniendo siempre como base lo resuelto en primera instancia. En ambos sistemas se produce un nuevo enjuiciamiento en apelación, pero en uno como si fuera por primera vez, *ex novo*, y en el otro para revisar lo ya decidido.

Los dos sistemas presentan una serie de ventajas e inconvenientes que debemos analizar, teniendo en cuenta que la nota positiva atribuida a uno implica una desventaja para el otro y viceversa. Pasemos, pues, a señalar las desventajas de la apelación plena que, al mismo tiempo, son ventajas para la apelación limitada:

a) Una de las desventajas de la apelación plena viene dada por la amplitud que otorga, ya que las partes pueden permitirse el lujo de no presentar todos sus medios de ataque y de defensa en primera instancia, reservándolos para la segunda. El verdadero debate se produciría, pues, en esta última instancia, con las dilaciones y costes que ello implica. Así, se reservarían las armas más poderosas para la segunda instancia, convirtiendo la primera en un mero trámite (“*Flucht in die Berufung*”)<sup>68</sup>. Además, aunque la primera sentencia fuera legal y justa, cualquier nueva alegación permitiría su modificación, con lo que se fomenta la desidia o la no asunción de las responsabilidades de los Jueces de Primera Instancia.

Por contra, la apelación limitada, al implicar un mero control de legalidad de la resolución apelada, tiene la ventaja de imponer la preclusión y obliga, indirectamente, a los litigantes a exponer con claridad todas sus alegaciones y argumentos en la primera fase del proceso, al saber que en un futuro no podrán esgrimir aquellas cuestiones que han omitido voluntariamente. De esta forma, se evitan trámites innecesarios ya que, en algunas ocasiones, con una sola instancia basta. La necesidad que impone la preclusión de aportar todo el material en primera instancia, favorece la celeridad procedimental.

b) La apelación plena también presenta el inconveniente de que si admite la introducción de nuevos materiales en segunda instancia que pudieron ser utilizados en la primera, hace surgir la posibilidad de que la decisión del Tribunal *ad quem* sea totalmente distinta a la pronunciada por el Juez *a quo*. Con ello, se trasladan a dicha instancia todos los problemas que se achacan a la primera, acerca de los posibles errores en que puede incurrir el órgano competente al resolver por primera vez una cuestión. Este inconveniente se ve aumentado porque el único medio para subsanar dichos errores es un hipotético y restrictivo recurso de casación, que nunca puede convertirse en una tercera

---

<sup>68</sup> OTHMAR JAUERNIG (*Zivilprozessrecht*, Juristische Kurz-Lehrbücher Verlag C.H. Beck, 24.Auflege, págs.266 y 267), critica el sistema de apelación plena alemán en este sentido: a pesar de que en el plazo judicial establecido en primera instancia no se haya formulado una determinada alegación, se permite que ésta se realice en apelación (§528 de la ZPO). Es decir, si en primera instancia se ha formulado la alegación y en base a derecho ha sido rechazada, no se puede poner en consideración en apelación. Por lo tanto, quien en primera instancia ha hablado, aunque haya sido tardíamente, se ha colocado en peor situación que aquel que ha callado y en segunda instancia ha hablado. Sorprendente. En el mismo sentido, STEFAN LEIBLE: *Proceso civil alemán*, Biblioteca Jurídica Dike, págs.402 a 404.

instancia. De esta forma, los litigantes pierden un grado jurisdiccional ya que el Juez de apelación decide por primera vez. Se quiebra el sistema de doble instancia; se desnaturaliza la primera, convirtiéndola en un mero ensaño de la segunda<sup>69</sup>.

La apelación limitada, en cambio, tiene la ventaja de que el objeto procesal queda perfectamente delimitado en primera instancia, de manera que el órgano competente en apelación únicamente revisa la resolución apelada.

c) Otra nota negativa de la apelación plena, que favorece la implantación de la limitada, se centra en no estar regida por los principios procedimentales más avanzados de celeridad, concentración, inmediación, eficacia ... Al propiciar un segundo pronunciamiento completo del objeto del proceso, provoca multitud de dilaciones<sup>70</sup>.

La mayoría de las reformas introducidas en los ordenamientos procesales donde se estableció el sistema de apelación plena están dirigidas a eliminar estos problemas, acogiendo rasgos del sistema limitado.

Las ventajas del sistema de apelación plena que, a su vez, aparecen como desventajas del sistema limitado de apelación, son:

a) Al permitir que se introduzcan nuevas pretensiones, nuevos materiales y nuevas pruebas, aumentan las posibilidades de llegar a la verdad y se incrementan las garantías de justicia;

b) Las partes pueden corregir los errores cometidos en la instancia anterior.

No obstante, la primera de estas ventajas cae por su propio peso: ¿cómo puede ser más justo un sistema que al admitir nuevas alegaciones en segunda instancia, provoca que el Tribunal decida en la misma por primera vez, de manera que los litigantes pierdan un grado jurisdiccional?

La doctrina mayoritaria, tanto si defiende la apelación plena como la apelación limitada, consideran el recurso de apelación como una fase del proceso ya que la

---

<sup>69</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V. (*El proyecto de Ordenanza Procesal Civil austríaco*, en «Revista de Derecho Procesal», 1950, pág.311), donde pone de manifiesto la afirmación de KLEIN: “Aunque la sentencia dictada en primera instancia sea buena y justa, una nueva alegación la hace inútil”.

<sup>70</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El proyecto de Ordenanza Procesal Civil austríaco*, ob. cit., pág.310 y 311. GARBERI LLOBREGAT, J. y GÓNZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *Apelación y casación en el proceso civil*, ob. cit., pág.45.



continuidad está siempre presente. Pero esto no parece tan claro en el sistema de apelación plena, cuando se permite ejercer nuevas acciones, completar las ya interpuestas o introducir material nuevo, por que con esto se puede llegar a modificar el objeto del juicio y estar frente un nuevo proceso. Incluso en estos casos, sin embargo, el recurso es una fase procesal, pues la apelación reanuda el proceso en la condición en que se encontraba antes de quedar definitivamente consolidado el objeto del mismo.

En los últimos tiempos, las legislaciones procesales han incorporado caracteres de ambos sistemas, produciéndose tal acercamiento que es difícil encontrar las notas que los separan. Por eso, inicialmente se han indicado las características esenciales y las ventajas e inconvenientes de cada uno de ellos en su estado puro, para ir concretando después las peculiaridades introducidas en la práctica.

El derecho procesal europeo, por su parte, ha adoptado uno u otro sistema. La principal representante del sistema de apelación plena es la Z.P.O alemana de 1877, inclinándose también por este modelo Francia e Italia. El sistema de apelación limitada, por su parte, tiene su máximo exponente en la Z.P.O. austríaca de 1895. Finalmente, el ordenamiento procesal español ha ido acogiendo este segundo modelo. De esta manera, lo único que se puede afirmar es que el recurso de apelación de un determinado país se decanta más por uno de estos sistemas que por el otro, ya que ninguno de ellos existe en su estado puro.

Observando el conjunto de Ordenamientos Jurídicos y a la hora de concluir, cabe afirmar que el sistema pleno de apelación ha entrado en una profunda decadencia, al no estar establecido en una norma jurídica en su estado puro<sup>71</sup>. Ninguno de los dos sistemas puede alcanzar su máxima pureza en la práctica, pero hay una clara tendencia hacia el modelo limitado. Incluso el derecho procesal alemán, primer representante de la apelación plena, ha introducido rasgos de la apelación limitada, si bien este sistema tampoco da respuesta a todos los problemas, aunque implique menos desventajas<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> GALÁN URBANO, P.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., pág.6. GARBERÍ LLOBREGAT, J. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *Apelación y casación en el proceso civil*, ob. cit., pág.36.

<sup>72</sup> En Alemania se han producido varias modificaciones de la ZPO (Leyes 13 de febrero de 1924, 27 de noviembre de 1933 y de 3 de diciembre de 1976) que excluyen parcialmente las nuevas alegaciones en apelación.

Parece, pues, que el derecho comparado intenta llegar a un equilibrio entre los dos sistemas, a un termino medio que compense las desventajas de uno con las ventajas del otro. El punto de partida es distinto, pero cuando se aplica la legislación vigente en cada uno de estos sistemas se llegan a situaciones afines. Dar primacía a uno de estos modelos es una opción de política legislativa, por ser el sistema de recursos civiles de configuración legal.

Las líneas anteriores sirven de mera introducción para que el lector se vaya formando una idea de las materias que se pretenden analizar en este trabajo. Determinar qué sistema opera en un concreto ordenamiento tiene su importancia, ya que los sujetos que pueden intervenir en el recurso de apelación tendrán más o menos facultades en la segunda instancia según cual sea el sistema que se adopte. Precisamente, cuando se analicen dichas facultades deduciremos cual es el sistema aplicado en el ordenamiento procesal español.

## 2.2. Apelación plena o limitada en la regulación procesal española.

Partiendo de la idea ya expuesta, conforme a la cual, la elección de uno u otro sistema de apelación es una opción de política legislativa<sup>73</sup>, y de que el proceso es un instrumento al servicio de la sociedad, de forma que el legislador debe optar por el sistema más aceptable desde un punto de vista social, económico y político, el legislador español ha establecido un sistema intermedio entre la apelación plena y la apelación limitada, inclinándose por esta última<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> MIGUEL ANGEL FERNANDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.498. ALVAREZ ABUNDANCIA, R.: *La apelación civil plena y la apelación limitada...*, ob. cit., pág.1164.

<sup>74</sup> Pero, también hay quien potencia la apelación plena aunque sin olvidar la limitada: PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ (*Limitaciones de la apelación*, en «Trabajos y orientaciones de derecho procesal», ed. Edersa, 1964, Madrid, págs.351 y ss.) defiende “una segunda instancia plena con tal que sea compatible con una primera que no deje de tener un importante contenido vinculante y definitivo, o favorable a una apelación limitada, pero con muy amplias concesiones al *beneficium novorum*, pues de ambas maneras es susceptible de presentarse la cuestión”. Así, sin modificar el objeto del proceso fijado en primera instancia, postula la ampliación de los materiales nuevos aportados posteriormente en apelación.

Siguiendo el mismo esquema utilizado para delimitar los caracteres de los dos modelos de apelación, a continuación se exponen los rasgos principales del sistema español:

- La apelación, en nuestro derecho, implica una revisión de la instancia anterior. El objeto del recurso de apelación es el mismo que en primera instancia y de ahí que no quepa hablar de un nuevo proceso. Todas las preclusiones que se han producido en primera instancia se mantienen en la segunda. Está comúnmente admitido, pues, que la apelación es una continuación del primer juicio<sup>75</sup>. Así lo afirma también el T.C., por poner un ejemplo, en la S.T.C. 75/1994, de 14 de marzo:

*“El recurso constituye así una prosecución del proceso, una revisión del mismo por un órgano superior que ha de decidir conforme a lo alegado por las partes, oídas contradictoriamente”*<sup>76</sup>.

El T.S., por su parte, considera igualmente que el recurso de apelación tiene una naturaleza revisora<sup>77</sup>. En idéntico sentido se pronuncian las Audiencias Provinciales<sup>78</sup>. De esta forma, observamos que el recurso de apelación acoge los principales rasgos del sistema limitado. Pero no se trata de revisar la actuación del juez *a quo*, sino de volver a enjuiciar la misma cuestión litigiosa incidiendo en la relación jurídico-material. Cabe concluir, pues, que la apelación civil en el Ordenamiento español no sólo tiene rasgos típicos del modelo limitado, sino también presenta tendencias del sistema pleno, sin llegar a ser una repetición de la primera instancia.

---

<sup>75</sup> GÓMEZ ORBANEJA: *Derecho procesal Civil*, ob. cit., pág.472. GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1347. MIGUEL ANGEL FERNANDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho procesal civil*, ob. cit., pág.496. URIARTE LÓPEZ, C.: *Recurso de apelación y segunda instancia*, ob. cit., pág.43.

<sup>76</sup> S.T.C. 9/1998, de 13 de enero “(...) en nuestra sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades, en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (arts.862 y 863 L.E.C.), como una revisio *prioris instantiae* (...)”; S.T.C. 19/1998, de 27 de enero: “(...) segunda instancia revisora de una primera decisión judicial(...)”, entre otras.

<sup>77</sup> En idéntico sentido, S.T.S. de 26 de noviembre de 1982 (R.J.6932); S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650); S.T.S.J. de Cataluña, de 9 de mayo de 1994 (R.J.6991): “(...) si se tiene en cuenta la naturaleza de la apelación, concebida en nuestro derecho como juicio revisorio (“revisio *prioris instantia*”) y no como sistema de apelación plena (...)”, por poner algunos ejemplos.

<sup>78</sup> S.A.P. de Málaga, de 9 de julio de 1997 (R.A.C.1471); S.A.P. de Segovia, de 27 de febrero de 1998 (R.A.C.4460); S.A.P. de Madrid, de 24 de marzo de 1998 (R.A.C.4845); S.A.P. de Vizcaya, de 4 de mayo de 1998 (R.A.C.5368); S.A.P. de La Rioja, de 6 de diciembre de 1998 (R.A.C.2545), entre otras.

- Los litigantes se encuentran limitados a la hora de aportar nuevos materiales en segunda instancia<sup>79</sup>. En este punto también se observan rasgos de los dos sistemas, pero siempre con mayor predominio del limitado. Se deben utilizar los mismos materiales introducidos en la primera instancia, ya que nuestra L.E.C. no permite la alegación de nuevos hechos ni la utilización de nuevas pruebas u otros medios de ataque y de defensa, salvo en los supuestos excepcionalmente tasados en los arts.862, 863 y 865 de la L.E.C., que aparecen como una concesión al sistema pleno<sup>80</sup>. Pero estas excepciones a la preclusión responden a las necesidades de la realidad, ya que si no se admitieran el propio proceso se vaciaría de contenido, al tratarse de elementos que no ha sido posible aportar y que no dañan ni debilitan la primera instancia<sup>81</sup>. Además, el alcance del recurso de apelación se encuentra siempre delimitado por la pretensión impugnatoria.

- El Juez competente para conocer en apelación se encuentra en la misma posición y con idéntica plenitud de conocimiento que el Juez *a quo*, tanto en la cuestión de hecho como en la de derecho. No se limita a revisar la resolución impugnada sino que dicta una nueva decisión en el proceso, pero siempre en concordancia con lo pedido por el apelante y sin hacer más gravosa su situación (prohibición de *reformatio in peius*), salvo si el apelado se ha adherido a la apelación o ha formulado su propio recurso. Por añadidura, el Tribunal de apelación, incluso de oficio, puede corregir la actividad procesal de la primera instancia depurando los posibles vicios que hayan causado indefensión. Hasta puede llegar a abstenerse de conocer y reenviar los autos al Juez *a quo* “para que subsane la falta y reproduzca el proceso a partir de ese momento”<sup>82</sup>. Pero, normalmente, el Tribunal superior emite un nuevo juicio sobre lo ya pedido y decidido en primera instancia. En consecuencia, como nos recuerda el T.C., es

---

<sup>79</sup> Como dice GOMEZ ORBANEJA (*Derecho procesal Civil*, ob. cit., pág.472), “No puede pedirse que se reforme la sentencia dictada invocando pretensiones o excepciones nuevas, sino sólo por las mismas aducidas oportunamente ante el primer juez, en los límites de la pretensión impugnatoria”.

<sup>80</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.251. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.327. MIGUEL ANGEL FERNANDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.498. GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1345. FAIREN GUILLEM, V.: *El razonamiento de los Tribunales de apelación*, ob. cit., pág.31. GALÁN URBANO, P.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., pág.8. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (otros): *Los recursos en el proceso civil*, ob. cit., pág.324.

<sup>81</sup> CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup>. P.: *Breves consideraciones sobre el recurso de apelación y...*, ob. cit., pág.581.

<sup>82</sup> MIGUEL ANGEL FERNANDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal civil*, ob. cit., pág.498.

frecuente que exista una disparidad de criterio entre el Juez *a quo* y el Tribunal *ad quem*, y por propia lógica se da prevalencia a la decisión del órgano judicial que resuelve el recurso de apelación<sup>83</sup>. Aquí también observamos el juego de los dos sistemas: el Tribunal emite un segundo pronunciamiento (pleno), pero con base en el mismo material introducido en primera instancia, sin modificar el objeto del proceso (limitado).

En este contexto, la S.T.C. 3/1996, de 15 de enero, señala:

*“En nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades, en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (arts.862 y 863 L.E.C.), como una revisio prioris instantiae, en la que el Tribunal superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicable al caso”*<sup>84</sup>.

El T.S. también atribuye esta naturaleza compartida (pleno-limitado) al recurso de apelación<sup>85</sup>. De forma semejante lo entienden las Audiencias Provinciales<sup>86</sup>.

A pesar de que no es posible calificar nuestra apelación como un nuevo juicio o *novum iudicium*, la mayoría de la doctrina utiliza estos términos para determinar la naturaleza jurídica del recurso de apelación<sup>87</sup>. No obstante, se habla de nuevo juicio en

---

<sup>83</sup> S.S.T.C.: 120/1994, de 25 de abril y 272/1994, de 17 de octubre.

<sup>84</sup> En el mismo sentido: S.T.C. 90/1986, de 2 de julio; S.T.C 94/1990, de 29 de noviembre; S.T.C. 323/1993, de 8 de noviembre; S.T.C. 272/1994, de 17 de octubre; S.T.C. 103/1995, de 3 de julio; S.T.C. 176/1995, de 11 de diciembre.

<sup>85</sup> S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650); S.T.S.J. de Cataluña, de 9 de mayo de 1994 (R.J.6991); S.T.S. de 21 de marzo de 1998 (R.J.1511); S.T.S. de 31 de marzo de 1998 (R.J.2038); S.T.S. de 15 de julio de 1998 (R.J.5549): “(...) al asumir la instancia el órgano ad quem revisa el proceso y corrige todo error, omisión, defecto o desviación tanto fáctica como jurídica”, entre otras.

<sup>86</sup> S.A.T. de Barcelona, de 23 de abril de 1986 (La Ley nº6732 1986-4); S.A.P. de Madrid, de 28 de septiembre de 1993 (A.C. @121- 1994); S.A.P. de Palma de Mallorca, de 3 de octubre de 1991 (R.A.C.373); S.A.P. de Málaga, de 22 de septiembre de 1992 (R.A.C.1311); S.A.P. de Toledo, de 26 de enero de 1993 (R.A.C.7); S.A.P. de Toledo, de 4 mayo de 1993 (R.A.C.1830); S.A.P. de Murcia, de 24 de febrero de 1994 (R.A.C.348); S.A.P. de Cantabria, de 5 de julio de 1994 (R.A.C.1214); S.A.P. de Ciudad Real, de 31 de octubre de 1995 (R.A.C.1833); S.A.P. de Sevilla, de 28 de noviembre de 1995 (R.A.C.2080), entre otras muchas.

<sup>87</sup> GÓMEZ ORBANEJA (con Herce Quemada): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.472, “(...) el juez de la apelación no comprueba un resultado como se comprueba una operación matemática, sino que la hace otra vez con los mismos datos”. MONTERO AROCA, J.: *Ámbito devolutivo del recurso de apelación*, ob. cit., pág.10. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.327. MIGUEL ANGEL FERNANDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.495. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.251. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (otros): *Los recursos en el proceso civil*, ob. cit., pág.322.

el sentido, no de nuevo proceso, ya que como se ha expuesto, nuestro derecho no admite modificar o ampliar el objeto del proceso fijado en primera instancia, sino en el sentido de nuevo enjuiciamiento o examen de las mismas cuestiones que han sido objeto de la primera instancia. De esta forma, cuando la doctrina se refiere a la apelación como *novum iudicium*, no se debe concluir que nuestro sistema de apelación responde al pleno o ilimitado. Únicamente se pretende poner de manifiesto que se admite un nuevo enjuiciamiento en apelación, pero sujeto a las restricciones impuestas por el sistema de apelación limitada. En virtud del principio *pendente appellatione nihil innovetur*, el recurso de apelación no es un nuevo proceso ni puede resolver cuestiones distintas de las planteadas en la primera fase del juicio. Asimismo, el T.C. también emplea la palabra nuevo juicio para indicar el nuevo examen que se realiza por medio del recurso de apelación, pero, en ningún caso, pretende situar nuestro sistema de apelación civil dentro del pleno o ilimitado<sup>88</sup>. El T.S., por su parte, ha sido reacio a utilizar esta terminología pero ha acabado asumiéndola: la S.T.S. de 25 de noviembre de 1997 (R.J.8400), afirma:

*“(...) la segunda instancia es una fase procesal que permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa y una revisión de la sentencia dictada; la apelación se extiende a todo el objeto de la primera instancia (...)”*<sup>89</sup>.

En idéntico sentido usan esta terminología las Audiencias Provinciales<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Así lo apuntan las siguientes resoluciones del T.C.: 23/1985, de 15 de febrero; 54/1985, de 18 de abril; 90/1986, de 2 de julio; 134/1986, de 29 de octubre; 145/1987, de 23 de septiembre; 202/1988, de 31 de octubre; 194/1990, de 29 de noviembre; 19/1992, de 14 de febrero; 323/1993, de 8 de noviembre; 120/1994, de 25 de abril; 272/1994, de 17 de octubre; 37/1995, de 7 de febrero; 103/1995, de 3 de julio; 176/1995, de 11 de diciembre; 3/1996, de 15 de enero y 59/1997, de 18 de marzo.

<sup>89</sup> Igualmente, S.T.S. de 7 de junio de 1996 (R.J.4828); S.T.S. de 24 de enero de 1997 (R.J.18); S.T.S. de 5 de mayo de 1997 (R.J.3669); S.T.S. de 21 de marzo de 1998 (R.J.1511); S.T.S. de 31 de marzo de 1998 (R.J.2038); S.T.S. de 15 de julio de 1998 (R.J.5549).

<sup>90</sup> S.A.P. de Cuenca, de 5 de noviembre de 1985 (La Ley, nº6118, 1986-1); S.A.P. de Cuenca, de 23 de diciembre de 1987 (La Ley, nº8521, 1988-2); S.A.P. de Madrid, de 14 de julio de 1992 (R.A.C.1147); S.A.P. de Huesca, de 14 de julio de 1993 (A.C. @1423- 1993); S.A.P. de Madrid, de 26 de abril de 1994 (R.A.C.870); A.A.P. de Cuenca, de 31 de julio de 1995 (A.C. @407- 1996); S.A.P. de Málaga, de 9 de julio de 1997 (R.A.C.1471); A.A.P. de Las Palmas, de 9 de enero de 1998 (R.A.C.2879); S.A.P. de Toledo, de 3 de febrero de 1998 (R.A.C.3724); S.A.P. de Segovia, de 28 de abril de 1998 (R.A.C.4452); S.A.P. de Vizcaya, de 4 de mayo de 1998 (R.A.C.5368): “*El recurso de apelación es una fase procesal que da lugar a un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa, como una revisión prioris instantiae (...)*”; S.A.P. de Málaga, de 7 de octubre de 1998 (R.A.C.7418); A.A.P. de León, de 22 de mayo de 1998 (R.A.C.6113); S.A.P. de Las Palmas, de 21 de diciembre de 1998 (R.A.C.2457); S.A.P. de La Coruña, de 3 de febrero de 1999 (R.A.C.192).

La nueva L.E.C., que será aprobada en breve, reafirma la naturaleza revisora de la apelación e impide la formulación de pretensiones nuevas, así como la alegación de toda clase de hechos o argumentos. Al determinar el ámbito de la apelación (art.456 del Proyecto de L.E.C., remitido al Senado por el Congreso de los Diputados), se extrae esta configuración de la apelación como una revisión de la anterior instancia: *“En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación”*.

Con tal configuración, el Tribunal competente para resolver la apelación siempre deberá partir de las alegaciones de hecho y de derecho y de las pretensiones formuladas en primera instancia. Este precepto señala la necesidad de realizar un nuevo examen, pero en el sentido que se ha indicado anteriormente, o sea, no como un nuevo juicio o proceso, sino como un nuevo enjuiciamiento de las cuestiones planteadas en la primera fase del juicio. Se deduce, pues, que la configuración y naturaleza revisora del recurso de apelación se mantiene intacta en la futura nueva Ley.

En síntesis, cabe señalar que nuestro ordenamiento procesal concibe el recurso de apelación como:

- Una revisión del proceso seguido en primera instancia.
- Un nuevo examen íntegro de la cuestión litigiosa cuya finalidad es censurar los resultados ya obtenidos.
- Una decisión sobre la base del mismo material fáctico y jurídico utilizado en primera instancia.

De ahí, en conclusión, que el Juzgador de la alzada se encuentra frente a la cuestión litigiosa con la plenitud de conocimientos y en la misma posición del Juez *a quo*, aunque nunca puede agravar la situación del apelante.

## V. EL RECURSO DE APELACIÓN COMO SEGUNDA INSTANCIA Y FRENTE A RESOLUCIONES INTERLOCUTORIAS. EL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN.

### 1. SEGUNDA INSTANCIA Y RESOLUCIONES INTERLOCUTORIAS.

La legislación vigente no da el mismo tratamiento a la apelación que se interpone frente a una resolución interlocutoria<sup>91</sup>, que a la presentada frente a una resolución definitiva que abre la segunda instancia<sup>92</sup>. En ambos casos se trata de un recurso de apelación, pero su configuración y procedimiento son distintos. A los efectos ya señalados, ante el concreto estudio de nuestra investigación, no perjudica, sin embargo, un breve análisis de estas dos formas de apelación incidiendo en sus diferencias.

En todo proceso existen dos actos del órgano jurisdiccional que contribuyen a la efectividad del mismo: la resolución de la controversia planteada por las partes (resolución definitiva) y los actos procesales tendentes a impulsar y ordenar el proceso (resoluciones interlocutorias). En ambos casos la Ley establece un sistema de recursos<sup>93</sup>.

La apelación interpuesta frente a una decisión definitiva, como su propio nombre indica, implica el cierre de una instancia (la primera) y la apertura de otra (la segunda). En estos casos, se dice que la apelación es una segunda instancia. Esta premisa centra la distinción, pues la apelación frente a resoluciones interlocutorias se produce durante la substanciación de la primera fase del proceso. Al tratarse de resoluciones dirigidas a la

---

<sup>91</sup> Se trata de resoluciones que si bien en la mayoría de las ocasiones son de mera tramitación, en algunos casos encierran verdaderos juicios de valor efectuados por el órgano jurisdiccional con la finalidad de dirigir el proceso. Frente a éstas el legislador también ha establecido un sistema de recursos. Serán, pues, interlocutorias: a) diligencias de ordenación dictadas por el Secretario Judicial; b) providencias y autos simples dictados por el Juez; c) autos resolutorios de incidentes, recursos, etc., dictados en exclusiva por el Juez; d) sentencias interlocutorias (que resuelven incidentes, estableciéndose en la Ley).

<sup>92</sup> Son aquellas que ponen fin al proceso en su primera instancia (autos o sentencias).

<sup>93</sup> GUTIERREZ GONZÁLEZ, L.: *Las resoluciones interlocutorias en el proceso civil. Sistema de recursos*, ed. La Ley, 1991, Madrid, pág.8.



simple dirección y ordenación procesal, no se puede hablar de apelación como una segunda instancia porque aún no ha finalizado la primera.

En los orígenes romanos, el recurso de apelación frente a resoluciones interlocutorias no podía tener un carácter independiente sino que se acumulaba a la apelación de la resolución definitiva. Se estableció una excepción cuando el perjuicio que se producía a las partes podía llegar a ser irreparable si se resolvía el recurso juntamente con la apelación de la sentencia definitiva. El Derecho Canónico, por su parte, no distinguía estas resoluciones permitiendo la apelación frente a cualquier decisión de una controversia. Nuestros antecedentes legislativos dan un tratamiento distinto a las apelaciones contra resoluciones interlocutorias. El Fuero Real (Ley I) admite la apelación en estos supuestos. No obstante, las Partidas no permitían la alzada contra resoluciones interlocutorias, aunque las excepciones a esta regla eran numerosas cuando aquellas resoluciones causaran un perjuicio irreparable. Siguiendo la regulación de las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá tampoco permitía esta apelación por que alargaba mucho los pleitos, pero estableció excepciones a esta prohibición (posibilitó apelar resoluciones interlocutorias relativas a excepciones perentorias o dilatorias y sobre declinatorias e inhibitorias). La L.E.C. de 1855 introdujo la apelación frente a resoluciones interlocutorias estableciendo un procedimiento más breve que el de las apelaciones frente a resoluciones definitivas<sup>94</sup>. Así se ha llegado hasta la regulación actual, donde existe una diversidad de planteamientos del recurso de apelación en función de la resolución que se dicte: apelación frente a decisión que cierra la instancia (definitiva) y apelación frente a resoluciones de carácter interlocutorio. A diferencia de la Ley anterior, la L.E.C. vigente establece para todas las apelaciones los mismos trámites, introduciendo ciertas variaciones en función del proceso que se ventile y teniendo en cuenta la menor importancia de las cuestiones tratadas en las apelaciones dirigidas frente a resoluciones interlocutorias.

La segunda instancia es, pues, “una nueva fase del proceso de declaración que se realiza ante un órgano jurisdiccional de grado superior y que se abre mediante el recurso de apelación contra la sentencia final de la primera instancia o resolución a ella equiparable”<sup>95</sup>. No hay ningún inconveniente en que se hable de recurso de apelación

---

<sup>94</sup> GISBERT POMATA, M.: *Tratado de la apelación civil...*, ob. cit., págs.53, 56, 59, 60, 67 y 71. AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., págs.77 a 83. MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.130.

<sup>95</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.326. Igualmente, ROBLES GARZÓN: *Apelación y segunda...*, ob. cit.

indistintamente para cualquiera de las dos formas ahora estudiadas, aunque no se puede decir lo mismo de la segunda instancia. Este término sólo se podrá utilizar cuando el recurso de apelación se dirija frente a resoluciones que pongan fin a la primera fase del proceso. No obstante, la apelación es el único recurso que abre la segunda instancia, ya que ésta, por su estructura, confiere al órgano judicial las facultades necesarias para que realice un nuevo enjuiciamiento del inicial objeto del proceso.

Como es obvio, para que se pueda abrir una segunda instancia es necesario que haya finalizado la anterior. Un sector doctrinal sostiene que esto sólo se produce si el Juez ha dictado una sentencia definitiva sobre el fondo<sup>96</sup>. Así, las sentencias absolutorias de la instancia, por faltar algún requisito de carácter procesal, no agotan la primera instancia y si se interpone recurso de apelación de manera que la Audiencia estime que debe pronunciarse por primera vez sobre el fondo, por haber desaparecido el defecto o óbice procesal apreciado por el Juez *a quo*, se considera que aquélla actúa como Juez de primera instancia con la falta de garantías procesales que ello implica. La mencionada doctrina entiende que en estos casos no se abre una segunda instancia, ya que estas sentencias no se pronuncian sobre la acción, sino que el Juez declara existente un óbice procesal que impide dictar un pronunciamiento de fondo. Lo más conveniente en estos supuestos parece ser la devolución del conocimiento de la cuestión al órgano que dictó la resolución recurrida<sup>97</sup>.

---

págs.98 y ss.. MIGUEL ANGEL FERNANDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.231.

<sup>96</sup> MIGUEL ANGEL FERNANDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.232 y 496. CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup>.P.: *Breves consideraciones sobre el recurso de apelación y...*, ob. cit., págs.569, 572, 573 y 578.

<sup>97</sup> MONTERO AROCA, J.: *Ámbito devolutivo del recurso de apelación*, ob. cit., págs.25 y 26: "Cuando la sentencia de primera instancia es meramente procesal, por estimarse en ella una excepción de esta naturaleza opuesta por el demandado, y cuando se interpone por el actor recurso de apelación, la estimación de este recurso por el juez de la apelación debería conducir a una sentencia también meramente procesal, de desestimación de la excepción, reponiendo las actuaciones para que el juez de primera instancia tuviera la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto. El que no se haga así lleva a la conclusión de que el proceso correspondiente no existen dos pronunciamientos de instancia sobre el fondo del asunto, sino uno solo, el del juez de la apelación, con lo que queda desvirtuado el derecho al recurso. Estamos, otra vez, ante consideraciones prácticas que se imponen a la concepción teórica". Según CALDERÓN CUADRADO (*Breves consideraciones sobre el recurso de apelación y...*, ob. cit., pág.572), "estando justificado por el derecho a una segunda instancia las dilaciones que ello produciría". BARRON DE BENITO, J.L.: *El recurso de apelación en el juicio verbal civil de tráfico*, ed. Dykinson, Madrid, 1995, págs.78 a 80.

En contra, otro sector doctrinal defiende que la configuración de la segunda instancia no queda supeditada al hecho de que la resolución apelada se haya pronunciado sobre el fondo<sup>98</sup>. De la misma manera que se permite el ejercicio ulterior de igual pretensión en un nuevo proceso cuando haya desaparecido el óbice, también debe admitirse que el órgano de apelación se pronuncie sobre el fondo si entiende que ya no existe aquél<sup>99</sup>. Se argumenta que si la Audiencia, una vez desaparecidos los errores *in procedendo*, resuelve sobre el fondo, obedece a razones de rapidez y economía procesal.

En este último sentido se configura una abundante y lineal doctrina del T.S.<sup>100</sup>. También las Audiencias Provinciales adoptan esta postura<sup>101</sup>.

Se afirma en consecuencia que la mera absolución en la instancia efectuada por el Juez *a quo* tiene el mismo valor resolutorio que si se hubiera decidido sobre el fondo del litigio, implicando una primera instancia. De esta forma, si en la segunda instancia el Tribunal *ad quem* entiende que el óbice procesal no existe, puede entrar a conocer sobre el fondo del asunto y no es necesario que reenvíe dicho conocimiento al Juez *a quo*, ya

---

<sup>98</sup> ORTELLS RAMOS, M (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.326. GARBERÍ LLOBREGAT, J. y CONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: *Apelación y casación en el proceso civil*, ob. cit., págs.25 y 26. GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, L.: *Las resoluciones interlocutorias en el proceso civil. Sistema de recursos*, ob. cit., pág.127. NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.416.

<sup>99</sup> GÓMEZ ORBANEJA: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.199.

<sup>100</sup> En este sentido, la S.T.S. 22 de junio de 1983 (R.J.3650) afirma: "(...) se ha de entender que en el supuesto de haber estimado el iudex *a quo* una excepción, absteniéndose de entrar en el fondo de la controversia, si la sentencia recaída en la apelación interpuesta - obviamente - por el actor revoca la del primer grado, desestimando la excepción acogida por el inferior, el Tribunal no reenvía las actuaciones al órgano de procedencia para que decida sobre la cuestión sustantiva, sino que en virtud de lo indicado y por indeclinables atenciones de economía procesal la resolución a pronunciar en la alzada abarcará toda la materia debatida, lo que implica, en palabras de la doctrina, que el Juez *ad quem* pasa a ejercer la jurisdicción negativa y positiva y que tras el pronunciamiento rescindente dicta el rescisorio, solución acomodada a lo que constituye el objeto de la apelación, cifrado en dejar sin efecto la resolución recurrida, sustituyéndola por otra dimanante del organismo jurisdiccional superior en el orden jerárquico, y sin que pueda argüirse que con ello se quebranta el sistema de la doble instancia, que ha de ser entendido como mera posibilidad de que toda contienda entre partes es susceptible de pasar, antes de alcanzar firmeza, por dos grados jurisdiccionales, pero no que los jueces de uno y otro tengan que decidir sobre la totalidad de los puntos inicialmente planteados en el litigio". En el mismo sentido, S.T.S. de 15 de marzo de 1988 (R.J.1970); S.T.S. de 12 de junio de 1989 (R.J.4423); S.T.S. de 23 de enero de 1992 (R.J.201); S.T.S. de 13 de mayo de 1992 (R.J.3922); S.T.S. de 4 de febrero de 1993 (R.J.827); S.T.S. de 15 de marzo de 1993 (R.J.2280); S.T.S. de 4 de junio de 1993 (R.J.4479); S.T.S. de 27 de septiembre de 1993 (R.J.6744); S.T.S. de 16 de noviembre de 1993 (R.J.9099); S.T.S. de 29 de enero de 1994 (R.J.636); S.T.S. de 14 de octubre de 1996 (R.J.8587); S.T.S. de 5 de diciembre de 1996 (R.J.8786); S.T.S. de 27 de octubre de 1997 (R.J.7617); S.T.S. de 9 de diciembre de 1997 (R.J.8967).

que en nuestro ordenamiento, el recurso de apelación se concibe como una revisión del proceso seguido en primera instancia, que tiene por finalidad censurar los resultados ya obtenidos, examinando íntegramente la cuestión litigiosa y decidiendo sobre la base del mismo material, de forma que el Tribunal de apelación ostenta plenitud de conocimientos y se encuentra en la misma posición que tuvo el Juez *a quo*.

Al realizar estas afirmaciones, no obstante, el T.S. no tiene en cuenta la situación del demandado. Éste no interpone recurso de apelación, ya que al resultar absuelto, no tiene gravamen. Sin embargo, si posteriormente es la Audiencia quién se pronuncia sobre el fondo y resulta condenado, pierde una instancia ya que si la misma resolución se hubiera dictado en primera instancia hubiera podido presentar apelación. Más adelante profundizaremos sobre esta cuestión.

Cabe citar otros fenómenos que pueden considerarse como quiebras de la esencia de la segunda instancia: a) supuestos donde la resolución de primera instancia omite algún pronunciamiento solicitado en la demanda o la reconvención; b) cuando el órgano *ad quem* resuelve peticiones subordinadas al desestimarse la principal; c) casos, legalmente tasados, en que se permite la introducción de cuestiones nuevas en apelación. En estos supuestos, el Tribunal competente para conocer del recurso de apelación dicta por primera vez un pronunciamiento. A pesar de ello se admite la apelación como una segunda instancia, ya que se trata de situaciones excepcionales perfectamente justificadas.

En el nuevo texto legislativo que pretende sustituir la L.E.C. de 1881, desaparece la distinción entre el recurso de apelación como segunda instancia y el recurso de apelación frente a resoluciones interlocutorias. Esto como consecuencia de la práctica desaparición de las apelaciones frente a resoluciones interlocutorias, pues contra el auto que resuelve el recurso de reposición frente a las resoluciones que no pongan fin al proceso, no cabe interponer recurso de apelación, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuere procedente, la sentencia definitiva (art.454

---

<sup>101</sup> S.A.P. de Palencia, de 20 de abril de 1988 (La Ley, 1988-3, 8781); S.A.P. de Valladolid, de 22 de noviembre de 1994 (R.A.C.2460); S.A.P. de Lugo, de 15 de diciembre de 1997 (R.A.C.2582), entre otras.

del Proyecto de L.E.C., remitido al Senado tras su aprobación en el Congreso de los Diputados). Como señala la Exposición de Motivos de la nueva L.E.C., se pretende que este nuevo régimen de recursos sea de aplicación lo más pronto posible, objetivo logrado con la Disposición Transitoria Primera: *“A las resoluciones interlocutorias o no definitivas que se dicten en toda clase de procesos e instancias tras la entrada en vigor de esta Ley les será de aplicación el régimen de recursos ordinarios que en ella se establece”*.

## 2. EL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN.

Es importante diferenciar la segunda instancia del llamado doble grado de jurisdicción o doble instancia, ya que son términos que pueden llevar a confusión. La segunda instancia implica la apertura de una nueva fase del proceso, que se produce sólo cuando la apelación se dirige frente a resoluciones definitivas que ponen fin a la primera instancia. El doble grado de jurisdicción supone que toda controversia, salvo los casos exceptuados por ley, puede pasar por dos grados jurisdiccionales, por dos sucesivas decisiones, que corresponden a distintos órganos judiciales, antes de convertirse en firmes, independientemente que con el recurso se abra o no una segunda instancia. El litigio será enjuiciado y resuelto en dos instancias diferentes. Así, el doble grado de jurisdicción también opera en la apelación de resoluciones interlocutorias. Esta doble instancia se consigue sólo con el recurso de apelación y tiene su fundamento en la necesidad de que el ciudadano, ante una decisión judicial que le perjudica, tenga la oportunidad de pedir la revisión de su litigio. En virtud del principio dispositivo, el doble enjuiciamiento sólo existirá si alguna de las partes lo solicita<sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup> En la época romana post-clásica se prohibía apelar tres veces en una misma causa. Los glosadores recogieron esta limitación pero en relación a cada una de las partes: podía haber hasta cuatro apelaciones en un litigio, dos por cada parte. Lo mismo estableció el Derecho Canónico y se extendió a la fuentes bajo-medievales. Sin embargo, las Leyes de Estilo (Ley CLXII) permitieron cuantas alzadas fueran necesarias para llegar hasta el Rey. Con las Partidas no se admitían más de dos alzadas pero con una excepción: “a no ser que tras la segunda alzada, el Juez dictase sentencia contraria a las dos anteriores, en cuyo caso el nuevo perjudicado podía a su vez alzarse contra la misma”. Por su parte, el art.285 de la Constitución de Cádiz de 1812 establecía un máximo de tres instancias en todos los pleitos civiles. No obstante, tenemos que esperar hasta la Ley de Bases de la L.E.C. de 1855 para que no se permita la existencia de más de dos instancias en un mismo proceso (base sexta).

El doble grado de jurisdicción representa una garantía para los ciudadanos en tres aspectos: el juicio reiterado hace posible la corrección de errores, al atribuirse los juicios a órganos distintos y al ser el segundo de ellos superior. Las resoluciones del Tribunal superior ofrecen mayores garantías de unidad y sirven de punto de referencia para los jueces inferiores de cara a conflictos futuros que se les planteen. Es cierto que estas segundas decisiones también pueden caer en el error, pero parece claro que reducen las posibilidades de su producción, aumentan la seguridad jurídica y propician una mejor justicia<sup>103</sup>.

Estas ventajas han dado pie a una serie de propuestas que no parecen haber sido acogidas ni por la doctrina ni por la jurisprudencia: a) si dos juicios ofrecen mayores garantías de acierto, ¿por qué no realizar tres o más instancias?; b) si la decisión del órgano superior ofrece mayores garantías de acierto, ¿por qué no atribuirle desde un inicio el conocimiento del proceso?.

La primera propuesta no es aceptable al crear inseguridad jurídica tanto para las partes como para el Estado. Es necesario saber con una razonable certeza cuándo terminará el proceso y producirá sus efectos jurídicos (cosa juzgada formal y material). Por otro lado, el aumento de las instancias traería con sí el agobio económico tanto para las partes (incremento de las costas y gastos procesales), como para el Estado (mantenimiento de mayor número de Tribunales).

Con la segunda propuesta se olvida que los miembros de los órganos jurisdiccionales superiores adquieren su experiencia pasando precisamente por los

---

Ver: AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., págs.46 a 50 y 62; y GISBERT POMATA, M.: *Tratado de la apelación civil...*, ob. cit., págs.54, 58, 65 y 66.

<sup>103</sup> La doctrina, de forma mayoritaria, está convencida de las ventajas que introduce en nuestro sistema procesal el doble grado de jurisdicción. Entre otros, GÓMEZ ORBANEJA: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.469 y 470 (para realizar estas afirmaciones se basa en Chioyenda). CHIOYENDA (trad. Casais y Santaló): *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., págs.519 y 520. BECENA, F.: *Sobre la instancia única o doble en materia civil*, pág.66. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con Gimeno Sendra y Moreno Catena): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág. 337. URIARTE LÓPEZ, C.: *Recurso de apelación y segunda instancia*, ob. cit., pág.40. STEFAN LEIBLE: *Proceso civil alemán*, ob. cit., págs.380 y 381.

grados inferiores, ya que la única diferencia entre unos y otros se atribuye a esta circunstancia y al funcionamiento colegiado de los Tribunales.

El doble grado de jurisdicción también tiene inconvenientes. Sus detractores aducen el aumento de gastos procesales, el retraso en la resolución de los asuntos y la quiebra del principio de inmediación. Estas críticas son reales, pero se ven superadas por las ventajas, sobre todo si tenemos en cuenta que no siempre lo más rápido es lo mejor.

Recientes tendencias legislativas han conducido a excepcionar la regla de la doble instancia creando supuestos de única instancia. Esta línea surge a raíz de la preocupación por dotar a la justicia civil de un procedimiento breve, simple y económico. En efecto, el art.732.I de la L.E.C., introducido por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, no permite que se interponga recurso de apelación contra las sentencias dictadas en juicios verbales cuyo interés no exceda de 80.000 pesetas y que resuelvan sobre acciones personales basadas en derechos de crédito. Un sector de la doctrina considera acertada la supresión de la segunda instancia en estos supuestos de ínfima cuantía<sup>104</sup>. Sin embargo, diversos autores han criticado la regulación dada por el art.732.I de la L.E.C., al considerar que crea inseguridad jurídica aunque se trate de procedimientos de cuantía no significativa, ya que los riesgos de la falibilidad humana están presentes en cualquier juicio<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> LEGIDO LÓPEZ, E.: *El objeto del proceso civil y los recursos: especial consideración de la apelación no escrita*, en «Cuadernos de Derecho Judicial», 1996, XXIII, págs.392 a 394. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.487, considera acertada la supresión de este recurso cuando la resolución ha sido dictada por un Juez de Primera Instancia, pero no cuando la ha dictado un Juez de Paz por ser “(...) Jueces no técnicos, elegidos por el Ayuntamiento de la localidad, y no parece razonable que las sentencias que dicten, aun de pequeña cuantía, queden sin la posibilidad de ser revisadas”.

<sup>105</sup> MUERZA ESPARZA, J.J. (con Montero Aroca (Coord.) y otros): *La reforma de los procesos civiles (comentario a la Ley 10/92 de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)*, ed. Civitas, 1992, Madrid, págs.91 y 92. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., pág.244. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con Gimeno Sendra y Moreno Catena): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.350. RICHARD GONZÁLEZ, M.: *La segunda instancia en el proceso civil*, ob. cit., págs.84 a 87. BARRON DE BENITO, J.L.: *El recurso de apelación en el juicio verbal civil de tráfico*, ob. cit., pág.25: “(...) supone la supresión de una garantía procesal en los juicios verbales ordinarios, que, pese a su escasa cuantía litigiosa, objetivamente considerada, en la realidad subjetiva del concreto del litigante puede no ser tan ínfima, y, desde luego, su interés, en todo caso, merecedor de la íntegra tutela judicial”. Como señala BECEÑA (*Sobre la instancia única o doble en materia civil*, ob. cit., pág.69) “(...) un doble grado significa un aumento de probabilidades de justicia que ningún legislador debe desdeñar, que a nadie

Según la doctrina de nuestro T.C. esta regulación no vulnera la Constitución (art.24.1), ya que ha afirmado reiteradamente, como ya hemos expuesto, que el establecimiento de un sistema de recursos en el proceso civil corresponde al legislador quien puede prever una sola instancia, siempre que no se vulnere el derecho a un proceso con todas las garantías<sup>106</sup>. Esta doctrina del T.C. ha sido aplicada en numerosas resoluciones de las Audiencias Provinciales<sup>107</sup>.

No podemos negar que las ventajas de brevedad, simplicidad y economía existen con el establecimiento de una única instancia, pero con ello se sacrifican las necesarias y mínimas garantías que el proceso debe ofrecer a los ciudadanos. Surge, pues, la necesidad de encontrar un equilibrio entre estas premisas. Por otro lado, al no admitirse la interposición del recurso de apelación en estos supuestos, se rompe con el sistema tradicionalmente establecido en nuestro proceso civil de permitir en todo caso una segunda instancia frente a resoluciones definitivas.

La nueva L.E.C. acoge nuestros argumentos, y permite interponer recurso de apelación cualquiera que sea la cuantía del litigio, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para preparar e interponer dicho recurso. De esta forma, se eliminarán los supuestos de única instancia.

---

obliga y que, en definitiva, representa mayores ventajas que inconvenientes, sin estar totalmente libre de éstos”.

<sup>106</sup> El legislador es libre para configurar el sistema de recursos civiles que estime conveniente, tanto para determinar los casos en que se considere procedente establecerlos, cuanto en lo relativo a los requisitos procesales para su interposición y admisión. En este sentido, la S.T.C. 169/1996, de 29 de octubre, afirma: “(...) de acuerdo con una reiterada doctrina de este Tribunal, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no garantiza en principio el derecho a una doble instancia judicial salvo en al ámbito penal (...). Así pues, siempre que no se infrinja el derecho a un proceso con todas las garantías, el legislador puede prever en este campo una sola instancia de revisión judicial sin atentar por ello contra el derecho a la tutela judicial efectiva.”. En el mismo sentido las S.S.T.C. 19/1983, de 14 de marzo; 90/1983, de 7 de noviembre; 140/1985, de 21 de octubre; 37/1988, de 3 de marzo; 374/1993, de 13 de diciembre; 28/1994, de 27 de enero; 37/1995, de 7 de febrero; 142/1996, de 16 de septiembre; 209/1996, de 17 de diciembre; A.T.C. 148/1997, de 19 de mayo.

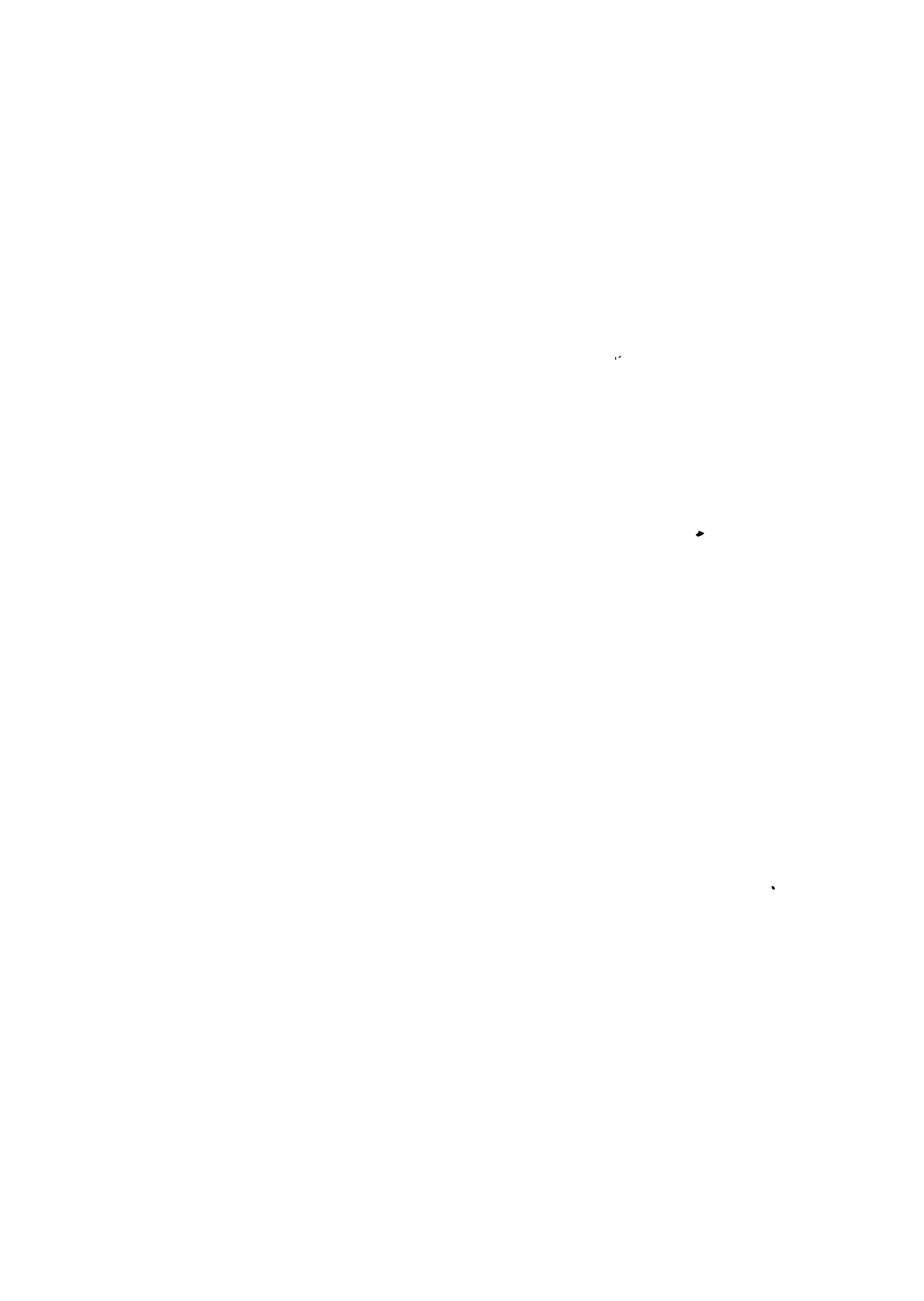
<sup>107</sup> Entre las que cabe destacar: S.A.P. de Lleida, de 23 de julio de 1992 (R.A.C.1122); S.A.P. de Sevilla, de 31 de agosto de 1992 (R.A.C.1150); S.A.P. de Madrid, de 26 de marzo de 1993 (R.A.C.401); S.A.P. de Málaga, de 2 de febrero de 1994 (A.C. @1006 - 1994); S.A.P. de Vizcaya, de 22 de marzo de 1994 (A.C. @1199 - 1994); A.A.P. de Córdoba, de 7 de abril de 1995 (R.A.C.665) y S.A.P. de Toledo, de 23 de abril de 1996 (A.C. @1109 - 1996).



Finalmente, cabe recordar que todo lo expuesto se hace a puro título introductorio, para asentar los conceptos y otras cuestiones que más adelante, al analizar la situación de los sujetos legitimados para intervenir en el recurso de apelación civil, nos pueden ayudar a su mejor comprensión.



**CAPÍTULO SEGUNDO:  
PRESUPUESTOS NECESARIOS  
RELACIONADOS CON LOS SUJETOS  
QUE PUEDEN INTERVENIR  
EN APELACIÓN**



## **CAPÍTULO SEGUNDO: PRESUPUESTOS NECESARIOS RELACIONADOS CON LOS SUJETOS QUE PUEDEN INTERVENIR EN APELACIÓN.**

### **I. CAPACIDAD PARA SER PARTE, CAPACIDAD PROCESAL Y SUCESIÓN PROCESAL.**

#### **1. CAPACIDAD PARA SER PARTE Y CAPACIDAD PROCESAL EN EL RECURSO DE APELACIÓN.**

Quien pretenda actuar en apelación, como apelante o apelado, debe tener capacidad: capacidad para ser parte y capacidad procesal. Como se sabe, capacidad para ser parte es la aptitud general para pedir la tutela jurisdiccional, ser titular de todos los derechos procesales y resultar afectado por la resolución judicial, considerado de forma abstracta, para toda clase de procesos (personas físicas y jurídicas). Se entiende por capacidad procesal, la aptitud de un sujeto de realizar todos los actos válidos en el proceso o de que se le dirijan los mismos (art.2 L.E.C.: “los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”)<sup>108</sup>.

En principio, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal vendrán determinadas por la existente en primera instancia. Es decir, se requiere en segunda instancia la misma capacidad que se exigiría en la primera. Podrán ejercitar la apelación las personas físicas y jurídicas por sí mismas, siempre que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y, en caso contrario, por sus representantes legítimos o por quienes hayan de suplir su incapacidad según la Ley. Pero no podemos olvidar las

---

<sup>108</sup> ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS (con Miguel Ángel Fernández): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., T.I, págs.423 y ss.

hipótesis de que el capaz en la primera instancia no lo sea en la segunda, o a la inversa, que el incapaz en la primera adquiera plena capacidad en la segunda fase del proceso<sup>109</sup>.

En efecto, en relación a la capacidad procesal, cuando se deba acudir a la representación legal o a la necesaria, será el representante quien tendrá la facultad de conducir el proceso e interponer los recursos que la Ley conceda contra la resolución gravosa. Si se trata de personas físicas se pueden dar distintos supuestos cuyos efectos también son diferentes:

- Pérdida de la capacidad procesal de alguno de los litigantes. Piénsese en el caso, por ejemplo, del capaz en primera instancia que al llegar a la segunda es declarado judicialmente incapaz y precisa de un representante que supla su incapacidad sobrevenida. Si el representante no se persona en apelación, también debe distinguirse entre: si es el del apelante, se entiende desistido el recurso y queda firme la resolución impugnada; si es el del apelado, continúa el recurso sin otras consecuencias.
- Recuperación de la capacidad procesal del anterior incapaz. A modo de ejemplo, el menor de edad que mientras se sustancia un proceso llega a la mayoría<sup>110</sup>, o, el declarado judicialmente incapaz al que un nuevo pronunciamiento restituye su capacidad o modifica el alcance de su incapacidad, lo que permite su intervención sin representación en un proceso pendiente. Así, el recurso de apelación se tramitará sin necesidad que un representante supla la falta de capacidad procesal.

La capacidad para ser parte en un proceso viene determinada por la personalidad, que en las personas físicas coincide con el nacimiento y en las personas jurídicas con su adecuada constitución con arreglo a derecho. La pérdida de la capacidad para ser parte se produce por muerte, si se trata de personas físicas, o por extinción, si son personas

---

<sup>109</sup> GUASP (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1353), afirma: “estas cuestiones deben resolverse de acuerdo con las normas sobre crisis procesal”. En el mismo sentido, GISBERT POMATA, M.: *Tratado de la apelación civil...*, ob. cit., págs.182 a 185.

<sup>110</sup> S.T.S. de 26 de junio de 1986 (R.J.4781).

jurídicas. Entonces entra en juego la institución de la sucesión procesal<sup>111</sup>. Por otro lado, el Procurador ha de cesar en su representación cuando termina la personalidad con que litigaba su poderdante (art.9.5 de la L.E.C.).

## 2. SUCESIÓN PROCESAL EN EL RECURSO DE APELACIÓN.

La sucesión producida en un procedimiento pendiente es irrelevante a los fines del proceso; sin embargo, ocasiona una modificación en la litis, al no ser ya parte quien originariamente ostentaba esta condición sino el sucesor. Si la sucesión se ha verificado en primera instancia y el sucesor ha asumido la calidad de parte, no hay duda de que está legitimado para impugnar la sentencia. Si este cambio se produce en apelación, tampoco hay duda de que todas las actuaciones deben entenderse con la parte sucesora. Si el heredero, por ejemplo, entra sustituyendo al difunto, tomará el puesto de quien en un inicio fue parte, continuando el proceso en fase de apelación. De esta forma, se entiende que el sucesor procesal está legitimado para recurrir o ser apelado, por cuanto asume la misma posición de la parte desaparecida. No es necesario decir que para poder apelar deben concurrir los mismo presupuestos que se exigen a la parte<sup>112</sup>.

Por el contrario, es posible que alguna de las partes transmita los derechos sobre la cosa litigiosa sin ponerlo de manifiesto en el proceso, conservando su legitimación incluso para impugnar. En estos casos podrá recurrir el enajenante, pero también podrá hacerlo el adquirente de los derechos litigiosos. Éste último tendrá, sin embargo, que solicitar previamente su sucesión en el proceso, que se discutirá como cuestión previa<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> GUASP (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.153) define la sucesión como “la sustitución de una parte por otra dentro de un mismo proceso, el hecho de que un litigante desaparezca como tal y en su lugar se coloque otra persona distinta”.

<sup>112</sup> CARNELUTTI: *Instituciones del proceso civil*, vol.II, ed. Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1989, págs.188 a 190. TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., pág. 8676. RAMOS MÉNDEZ, F.: *La sucesión procesal. Estudio de los cambios de parte en el proceso*, 1974, Barcelona, págs.358 y ss.

<sup>113</sup> MONTERO AROCA, J.: *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, en «Estudios de Derecho Procesal», ed. Civitas, Madrid, 1994, págs.26 a 28. Para MONTERO AROCA “la legitimación no puede entenderse referida ni a la representación ni a la sucesión”. Añade que la sucesión forma parte de la cuestión de fondo, y el documento que sirve para acreditarla es un documento material.

Los efectos que produce la no personación del sucesor en fase de apelación cuando se produce este cambio, deben ser analizados distinguiendo si el sucesor es el recurrente o el recurrido. Si el sucesor no personado es el apelante, se declarará desierto el recurso, adquiriendo firmeza la resolución recurrida (art.840 de la L.E.C.). Si es el apelado, el recurso continuará su substanciación (art.843 de la L.E.C.).

La jurisprudencia, a este respecto, ofrece un interesante abanico de casos en la siguientes sentencias. La S.T.S. de 23 de octubre de 1995, nos presenta un caso de pérdida de la personalidad jurídica de la parte apelada (persona jurídica) por fusión de sociedades, antes de la vista del recurso de apelación. Esta circunstancia, que podía influir en la *ratio decidendi* de la sentencia a dictar y era desconocida por la apelante, fue ocultada a la Audiencia por el Procurador del apelado, por lo que, no obstante su extinción, continuó personado en apelación. El T.S. sostiene que la extinción de la sociedad anónima apelada en virtud de su absorción por otra, constituye un caso claro de terminación de la personalidad jurídica, y de ahí que la no manifestación de esta circunstancia por su Procurador, “(...) causó una evidente indefensión a la entidad apelante, pues si la Audiencia hubiera conocido la desaparición o extinción (...), tal vez habría podido dictar una resolución de distinto sentido(...)”. De esta forma, el T.S. estima el motivo y manda reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta, y concede un plazo para que la entidad absorbente de la sociedad anónima mencionada (sucesor), pueda personarse en el recurso de apelación si lo considera conveniente a sus intereses, sustituyendo al inicial litigante<sup>114</sup>.

También pueden darse supuestos de sucesión procesal de personas físicas. En la S.T.S. de 18 de febrero de 1994, se observa una personación deficiente de los herederos en apelación, provocada por el fallecimiento durante la fase de apelación de la dueña de la finca objeto de pronunciamiento, sin que su hija cesara en la representación que ostentaba de su madre al haberse extinguido el poder, y haciendo constar que comparecía en nombre propio y como heredera (representando al mismo tiempo a su padre). La Audiencia desconoce esta defectuosa personación y dicta sentencia como si el fallecimiento no se hubiera producido y sin poner de manifiesto la sucesión procesal.

---

<sup>114</sup> S.T.S. de 23 de octubre de 1995 (R.J.7102).



Según el T.S. estas anomalías afectan al orden público procesal, viciando el procedimiento y pueden llegar a producir indefensión en la parte, y en tal sentido decreta la nulidad de la sentencia y la retroacción de todas las actuaciones a partir de la personación de los herederos<sup>115</sup>.

Por citar un último ejemplo, la S.T.S. de 2 de febrero de 1988 afirma,

*“De acuerdo con lo preceptuado en el número 7, artículo 9 L.E.C., en el supuesto de muerte del poderdante estará obligado el Procurador a poner el hecho en conocimiento del Tribunal acreditando en forma el fallecimiento, y solamente en el caso de que no presentase nuevo poder de los herederos o causahabientes acordará el Tribunal que se les cite, para que en el plazo que se les fije se personen en los autos, y en el que nos ocupa, producido el fallecimiento de la actora durante la tramitación del recurso de apelación interpuesto por ella ante la A.T., y habiendo comparecido ante ella su Procuradora acreditando tal hecho mediante certificación de defunción a la vez que acompañaba copia auténtica del testamento en que se declaraba heredero a su hijo, de quien presentaba el correspondiente poder, es obvio que la Sala de apelación no tenía otra alternativa que la seguida, es decir, la de proveer en el sentido de tener a la citada Procuradora como comparecida en nombre y representación del heredero de la apelante fallecida, sin posibilidad alguna como pretende el recurrente, de citar a los herederos, que ya habían comparecido con nuevo poder”<sup>116</sup>.*

## II. LEGITIMACIÓN Y GRAVAMEN.

Uno de los criterios informadores del proceso civil español es el principio dispositivo: son los sujetos procesales los que inician la actividad jurisdiccional, propugnan su continuación y deciden cuándo debe terminar. Este principio se manifiesta

---

<sup>115</sup> S.T.S. de 18 de febrero de 1994 (R.J.1099). También, el A.T.S. de 22 de junio de 1995 (R.J.10040), se produce sucesión procesal por fallecimiento del apelante (actor). Se persona como apelado su sucesor por cesión de créditos litigiosos, aportando un documento acreditativo de dicha sucesión. Se dicta sentencia en apelación estimando la demanda y revocando la anterior. En recurso de casación se declara nulidad de actuaciones por no tener por parte al sucesor, al haberse dictado en otro juicio la falsedad del documento aportado para acreditar la sucesión y, el T.S. procede a emplazar a los herederos o causahabientes del primer actor para que comparezcan ante la Audiencia, retro trayendo las actuaciones. Ante la Audiencia no comparecen herederos o causahabientes, pero si el sucesor alegando ser causahabiente y sucesor en base a otro documento. La Audiencia no lo admite por ser el documento de la misma naturaleza del que el T.S. basó su salida del proceso anteriormente. La S.T.S. de 29 de enero de 1994 (R.J.577), deja claro que deben ser los herederos o causahabientes del primer actor los sucesores procesales.

<sup>116</sup> S.T.S. de 2 de febrero de 1988 (R.J.584).

a lo largo de todo el proceso, aunque sufre algunas matizaciones<sup>117</sup>. Los recursos no pretenden ser una excepción a esta regla. De esta forma, la apelación no es una fase que necesariamente deba realizarse, ya que son los sujetos que pueden intervenir en el ámbito de los recursos los que valoran la conveniencia de acudir al órgano jurisdiccional superior, funcionalmente competente, para revisar lo decidido en primera instancia.

Pero esta facultad de interponer recursos no comporta la admisión de los mismos *ipso facto*, sin ninguna otra exigencia. En nuestro Ordenamiento Jurídico la admisión de un recurso, concretamente el de apelación, y su posterior tramitación hasta llegar a una segunda resolución sobre el objeto procesal, está sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos o presupuestos procesales cuya observancia es necesaria para recurrir. Entre estos se encuentran la legitimación y el gravamen que, al mismo tiempo, sirven para determinar quienes pueden intervenir en el recurso de apelación.

Son, pues, requisitos necesarios para recurrir en apelación, cuya falta produce la inadmisión o desestimación automática del recurso. Esto no implica una quiebra del carácter ordinario de la apelación, ya que la legitimación y el gravamen no son motivos de inadmisión similares a los de la casación. Sin ellos, simplemente, la apelación pierde su razón de ser: no sería un recurso dirigido a revisar una resolución desfavorable, pues al no exigirse el requisito del gravamen tal situación desfavorable sería irrelevante.

## 1. LEGITIMACIÓN PARA APELAR.

### 1.1. Concepto y naturaleza.

Tradicionalmente, la legitimación ha sido una de las instituciones de derecho procesal que ha ocasionado más confusiones a nuestros ilustres pensadores. Puede parecer que la problemática aumenta cuando hablamos de legitimación para recurrir, pues siempre debe partirse de la fijada en primera instancia y, si no está clara su configuración, ¿cómo puede delimitarse en el ámbito de los recursos?. Pero este

---

<sup>117</sup> BERZOSA FRANCOS, V.: *Principios del proceso*, en «Justicia», 1992, págs.575 y ss.

problema en realidad no existe, ya que, siguiendo a cualquiera de las posturas sobre la legitimación, la existente en primera instancia ya está perfectamente determinada cuando se interpone la apelación al haber dictado el Juez *a quo* su decisión.

En efecto, estará legitimado para recurrir en apelación quien ha estado legitimado para intervenir en primera instancia. Como veremos, la doctrina y la jurisprudencia lo reconocen de forma unánime<sup>118</sup>. Sin embargo, en materia de recursos, es frecuente referirse a la legitimación como situación de gravamen: estará legitimado el afectado por la resolución de primera instancia. Con ello, el gravamen producido por la resolución que se pretende impugnar pasa a tener importancia a la hora de delimitar la legitimación para recurrir.

Como ha manifestado el T.C.:

*“(...) los derechos al proceso debido y a la defensa dentro de él exigen, entre otras manifestaciones, la de tener que llamar como parte en cualquier procedimiento a toda persona legitimada para ello, por poseer derechos o intereses legalmente otorgados para constituirse en parte procesal y poder oponerse constitucionalmente a las peticiones adversas”<sup>119</sup>.*

Planteada así la cuestión, debemos analizar si el gravamen define la legitimación para apelar de manera que se configura como un sólo requisito, o si se trata de dos presupuestos independientes. Configurar la legitimación en uno u otro sentido es importante en aras a determinar si los terceros (que no han intervenido en primera instancia, pero están afectados por su decisión), pueden intervenir en apelación. En este sentido, la L.E.C. de 1881 no especifica en ningún momento las personas que pueden apelar, debiendo acudir a la legitimación y el gravamen en apelación para saber quienes son dichas personas. La inexistencia de disposiciones legales que regulen la legitimación y el gravamen, dificulta la elaboración de una teoría general en materia de recursos.

---

<sup>118</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.327. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.245.

<sup>119</sup> S.T.C. 115/1988, de 10 de junio y S.T.C. 195/1990, de 29 de noviembre, entre otras.

### 1.1.A. Legitimación y gravamen: ¿son dos presupuestos o uno sólo?

La doctrina española se encuentra dividida en dos grupos que defienden posturas diferentes, aunque en algunas ocasiones matizan sus postulados para adaptarlos a las necesidades prácticas, produciéndose un cierto acercamiento, que sin admitir plenamente la postura contraria, crea opiniones intermedias. Esta diversidad de criterios hace difícil el análisis de estos institutos.

Antes de entrar a analizar las opiniones doctrinales, es necesario acudir, para la correcta comprensión de esta materia, a nuestros antecedentes históricos más importantes:

En la época romana ya se entendía que cualquiera que tuviera un interés propio y directo en un litigio podía intervenir en él, incluso cuando dicha intervención se iniciaba en apelación. Las Partidas establecían “Alzar se puede todo ome libre de juicio que fuese dado contra él si se sintiere por agraviado”. Es decir, se utiliza el gravamen como el único criterio para fijar la legitimación para apelar. Así, podían presentar recurso no sólo las partes en primera instancia, sino también cualquier tercero que alegase un perjuicio derivado de la resolución dictada. Esta manera de entender la legitimación para apelar se mantuvo posteriormente: en el siglo XIX aún se acudía a las Partidas para determinar quienes estaban legitimados. Pero esta forma de configurar la legitimación para recurrir en apelación no llegó a las Leyes de Enjuiciamiento Civil. Éstas, incluida la vigente actualmente, no regulan esta materia, dando por sentado que apelante y apelado serán las partes que intervinieron en primera instancia por estar automáticamente legitimadas<sup>120</sup>.

Volviendo a nuestros días, una parte de la doctrina, cuando trata los recursos en general, plantea la legitimación y el gravamen como dos requisitos autónomos, ambos necesarios para recurrir<sup>121</sup>. Así la legitimación se determina con base en la condición

---

<sup>120</sup> AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., págs.102, 107, 111 y 112. GISBERT POMATA, M.: *Tratado de la apelación civil...*, ob. cit., págs.56 y 66.

<sup>121</sup> GUASP: (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1353) define la legitimación para apelar en base a la condición de parte, partiendo, sin embargo, de “la titularidad de las relaciones jurídicas a que la apelación afecta”. CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.526: califica la legitimación y el gravamen de “condiciones del derecho de apelar”. TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., págs.8667 y ss. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.318.

procesal de parte: sólo los sujetos que tengan la condición de parte están legitimados para recurrir, los extraños al proceso no. El gravamen, por su parte, se presenta como la insatisfacción que produce la resolución que se pretende impugnar, ocasionando una diferencia entre lo pedido y lo concedido a las partes por la resolución del Juez *a quo*, que les perjudica. Se configuran así como dos requisitos con independencia sustantiva. El gravamen, según estos autores, no es un elemento de la propia legitimación para recurrir. Éste “constituye un presupuesto o elemento de la acción impugnativa *per se*”. Para fundar su postura, también nos dicen que la legitimación la tienen las partes, en cambio el interés en impugnar sólo la parte vencida o perjudicada<sup>122</sup>. Pero, los defensores de esta postura, admiten excepcionalmente, como veremos, la intervención de los terceros en apelación, matizando sus propios postulados y admitiendo que, en cierta forma, el gravamen incide en la determinación de la legitimación para recurrir.

Al analizar los requisitos necesarios para interponer recurso de apelación, sin embargo, la perspectiva cambia. El mismo autor que presenta la legitimación y el gravamen como requisitos independientes cuando habla de los medios de impugnación en general, en el ámbito del recurso de apelación determina la legitimación tomando como punto de partida el gravamen, separándose de su afirmación inicial: “En cuanto a la legitimación para la apelación rige la regla general, no expresa en la L.E.C., de que la parte apelante debe haber sufrido gravamen a consecuencia de la resolución que impugna. En defecto de gravamen sólo puede personarse en el recurso en calidad de parte apelada o recurrida”<sup>123</sup>. De esta forma, el legitimado es el gravado por la resolución del Juez *a quo*. En apelación la relación conceptual entre legitimación y gravamen es incluso contemplada por la parte de la doctrina que postula la independencia sustantiva entre estos requisitos. La contradicción parece evidente. •

---

GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C.: *Las resoluciones interlocutorias en el proceso civil. Sistema de recursos*, ob. cit., pág.33. RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.711.

<sup>122</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., pág.8667.

<sup>123</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág. 327. En el mismo sentido, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.245.

Otro sector doctrinal, tanto si tratan los recursos en general como el de apelación en particular, afirma que sólo se puede recurrir si existe gravamen o interés<sup>124</sup>. Las diferentes interpretaciones radican, en definitiva, en el grado de flexibilización que debe tener este requisito, cuestión que trataremos en su momento. Lo que nos interesa ahora es que sólo se tendrá legitimación en materia de recursos, si la resolución del juez en primera instancia ocasiona consecuencias desfavorables a quien pretende interponer el recurso. Si se presenta el gravamen como un presupuesto de todo recurso, imprescindible para acceder a la fase de impugnación, indirectamente nos están mostrando que sólo aquellos sujetos que lo padecen pueden intervenir en la misma y, por lo tanto, estarán legitimados para realizar las actividades propias de esta fase procesal. Existen otras interpretaciones parecidas a las anteriores, aunque diferentes en algún aspecto. En atención a la mismas dos son los requisitos necesarios para estar legitimado en apelación, que quien pretenda intervenir ostente la condición de parte y que haya sido perjudicado por la resolución. Si no se es parte y perjudicado, no se puede apelar. Posteriormente se matiza esta postura, siguiendo la jurisprudencia del T.S., y se admite la intervención de quien no era necesario que fuera parte (tercero)<sup>125</sup>.

Nuestros Jueces y Tribunales entienden, de forma prácticamente unánime, que sólo estará legitimado para recurrir quien sufra un gravamen derivado de la resolución judicial que se pretenda impugnar. Así lo ha señalado el T.C. en la Sentencia 184/1995:

---

<sup>124</sup> FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ed. Aguilar, 1956, Madrid, págs.3521 y 3522. MANRESA (*Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.167), ya decía que nuestra L.E.C. “parte del supuesto de que cualquiera de los litigantes, o de los que son parte en el juicio, puede alzarse de la sentencia, auto o providencia apelable, que le cause perjuicio, y en cuanto se tenga por agraviado”. FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Doctrina general de los medios de impugnación...*, ob. cit., pág.282. DE LA PLAZA, M.: *Derecho procesal civil español*, ob. cit., V.I., pág.646 y V.II, págs.748 y 753. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.214 y 216, pero este autor considera que no toda persona agraviada puede interponer apelación, sino únicamente quien ha sido admitido como parte. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., pág.245 y ss.: “El gravamen es la condición legitimante del derecho al recurso”. GONZÁLEZ POVEDA, P.: *El derecho a los recursos en el proceso civil*, ob. cit., pág.259. MORÓN PALOMINO, M.: *Derecho Procesal Civil...*, ob. cit., pág.353. LEGIDO LÓPEZ, E.: *El objeto del proceso civil y los recursos...*, ob. cit., págs.354 y 359. RICHARD GONZÁLEZ, M.: *la segunda instancia en el proceso civil*, ob. cit., pág.116. BARRON DE BENITO, J.L.: *El recurso de apelación en el juicio verbal civil de tráfico*, ob. cit., pág.55. ARMENTA DEU, T.: (*El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8113) “(...) la legitimación es un presupuesto conexo al interés. En efecto, si el gravamen se predica de unos sujetos sí y otros no, estarán legitimados los primeros pero no los segundos”

<sup>125</sup> CORDÓN MORENO, F.: *Proceso civil de declaración*, ed. Aranzadi, 1996, pág.317. En el mismo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J. (con otros): *Los recursos en el proceso civil*, ob. cit., págs.151 a 154; GISBERT POMATA, M.: *Tratado de la apelación civil...*, ob. cit., pág.186 y 187.

*“Por ello, no siendo imaginable que impugne una sentencia la parte a quien da la razón, por faltarle el gravamen cuya concurrencia legitima el recurso (...)”*<sup>126</sup>.

Asimismo, la jurisprudencia del T.S. ha afirmado en reiteradas ocasiones que sin gravamen no se tiene legitimación para recurrir. En este sentido, la S.T.S. de 10 de noviembre de 1981, afirma:

*“(...) la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución, corresponde únicamente a quien ocupe la posición de parte agraviada (...), por lo que es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir”*.

En igual sentido, la S.T.S. de 14 de marzo de 1995, confirma:

*“(...) el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que haya sido consentido por la parte a quien perjudique (única que estaría legitimada para recurrirlo)”*<sup>127</sup>.

Las Audiencias Provinciales realizan la misma afirmación<sup>128</sup>. Sin embargo, también aparece alguna resolución de las Audiencias Provinciales que consideran los dos requisitos por separado: la S.A.P. de Asturias, de 2 de mayo de 1995, afirma que están

---

<sup>126</sup> S.T.C. 184/1995, de 12 de diciembre. En idéntico sentido, la S.T.C. 81/1995, de 5 de junio: *“(...) y quien en este caso preparó el recurso había sufrido un gravamen que le legitimaba para ello”*.

<sup>127</sup> S.T.S. de 10 de noviembre de 1981 (R.J.4471) y S.T.S. de 14 de marzo de 1995 (R.J.2429). También, las S.S.T.S. de: 16 de abril de 1930 (R.J.869), 7 de febrero de 1941 (R.J.141), 21 de junio de 1943 (R.J.838), 28 de octubre de 1971 (R.J.4160), 18 de abril de 1975 (R.J.1721), 5 de octubre de 1978 (R.J.3051), 7 de julio de 1983 (R.J.4074), 5 de noviembre de 1983 (R.J.5958), 10 de noviembre de 1983 (R.J.6074), 15 de octubre de 1984 (R.J.4860) señala que el recurrente está privado de legitimación para recurrir, *“(...) ya se conceptúe el gravamen como presupuesto procesal o bien elemento sustantivo del derecho sustancial o condición de la acción, pues la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien a título personal experimente un positivo gravamen. Que obviamente no cabe residenciar en pronunciamiento como el combatido que, al igual que las reservas de acciones y otros de igual naturaleza, no contienen interés alguno que justifique el que la parte, no perjudicada ni gravada, acusa a los medios de impugnación”*, 25 de noviembre de 1988 (R.J.8707), 1 de febrero de 1990 (R.J.649), 29 de octubre de 1990 (R.J.8261), 20 de marzo de 1991 (R.J.2422), 10 de junio de 1991 (R.J.4434), 11 de mayo de 1992 (R.J.3896), 28 de julio de 1992 (R.J.6464), 21 de abril de 1993 (R.J.3111), 30 de enero de 1996 (R.J.539).

<sup>128</sup> S.A.P. de Tarragona, de 16 de septiembre de 1991 (La Ley, 1992-1, 413); S.A.P. de Baleares, de 3 de octubre de 1991 (R.A.C.373); A.A.P. de Madrid, de 29 de junio de 1992 (R.A.C.875); S.A.P. de Madrid, de 1 de octubre de 1992 (R.A.C.1473); S.A.P. de Valencia, de 14 de octubre de 1992 (R.A.C.1342); S.A.P. de Valencia, de 16 de octubre de 1992 (R.A.C.1344); S.A.P. de Castellón, de 10 de febrero de 1993 (R.A.C.2569); S.A.P. de Barcelona, de 30 de abril de 1993 (R.A.C.541); S.A.P. de Barcelona, de 21 de mayo de 1993 (R.A.C.1177); S.A.P. de Madrid, de 15 de noviembre de 1993 (R.A.C.2596); S.A.P. de Tarragona, de 6 de julio de 1994 (R.A.C.1271); S.A.P. de Segovia, de 6 de julio de 1995 (R.A.C.1322); A.A.P. de Madrid, de 31 de octubre de 1995 (R.A.C.2097); S.A.P. de Pontevedra, de 11 de enero de 1997 (R.A.C.738), afirma que la admisibilidad de los recursos en general *“(...) supone la contemplación de dos requisitos: la calidad de parte del que lo interpone, que corresponde a quienes han participado en la litis a título de demandantes o demandados y el gravamen, en cuanto no es suficiente la calidad de parte o legitimado para intervenir, sino que debe añadirse además que el recurrente haya sido perjudicado o gravado por la resolución susceptible de impugnación”*; S.A.P. de Cáceres, de 12 de marzo de 1998 (R.A.C.658); S.A.P. de Cuenca, de 30 de abril de 1998 (R.A.C.4564); S.A.P. de Córdoba, de 6 de julio de 1998 (R.A.C.1362).

únicamente legitimados en apelación quién reúna el doble requisito de ser parte en el proceso y estar perjudicado por la resolución que se pretende impugnar<sup>129</sup>.

Podría pensarse que el hecho de que legitimación y gravamen sean uno o dos presupuestos no tiene ninguna trascendencia práctica, ya que si no se es parte no se dará el requisito de la legitimación, y si la resolución no perjudica a quien interpone el recurso, no se dará el presupuesto del gravamen, finalizando, en cualquier caso, la apelación. De esta manera, al ser necesaria la concurrencia de ambos es indiferente que sean uno o dos requisitos.

La distinción alcanza importancia a raíz de la jurisprudencia del T.S. que admite, en algunos casos, que los terceros no litigantes en primera instancia intervengan en el recurso de apelación cuando la resolución les afecte de una forma determinada. Es el llamado efecto reflejo o indirecto. En tal sentido, si entendemos que legitimación y gravamen son dos presupuestos independientes, y determinamos la legitimación en función de quien ha sido parte en la instancia anterior, estos terceros no podrían intervenir en el recurso, al no darse el requisito de la legitimación para apelar, aunque se diera el presupuesto del gravamen en virtud del mencionado efecto reflejo o indirecto. Si, en cambio, consideramos que sólo está legitimado quien resulte perjudicado por la resolución del Juez *a quo*, podrán intervenir en el recurso dichos terceros. Y aún cabe otra posibilidad: entendiendo que legitimación y gravamen son presupuestos independientes y, sólo excepcionalmente, cuando los Tribunales estimen que se produce el efecto reflejo o indirecto, puedan intervenir en apelación los terceros afectados de esa particular forma.

A nuestro juicio existe algún tipo de relación entre estos elementos, ya que la condición de parte, por si sola, no determina quien puede intervenir en apelación, siendo necesario acudir al concepto de gravamen o perjuicio: la parte en primera instancia, no perjudicada por la resolución dictada, no puede apelar; por contra, sólo el litigante gravado por la mencionada decisión puede presentar el recurso. Por tanto, se trata del mismo presupuesto necesario para intervenir en apelación.

---

<sup>129</sup> S.A.P. de Asturias, de 2 de mayo de 1995 (R.A.C.943).



### 1.1.B. La legitimación de los terceros para intervenir en apelación.

Es incuestionable que la parte agraviada por la resolución de primera instancia puede apelar. Lo que no está tan claro es si el tercero, sin ser parte en el juicio, puede intervenir en apelación.

Nuestro derecho histórico lo acepta: en el derecho romano imperaba la norma de que tenía legitimación quien tuviera interés en la causa, incluidos los terceros, existiendo una serie de casos donde se permitía su intervención en apelación<sup>130</sup>; la Ley 4ª, Título 23 de la Partida 3ª afirma “Tomar pueden el alzada no tan solamente los que son señores de los pleytos o sus procuradores (...) más aún todos los otros a quien pertenesiese la pro et el daño que veniese de aquel juyzio”. “La pro et el daño” es, pues, el interés necesario para que el tercero pueda intervenir en el proceso en el que hasta ahora no había participado<sup>131</sup>.

Un sector doctrinal sostiene que sólo están facultados para recurrir quienes hayan sido admitidos como parte en primera instancia, ya sea como actor, demandado o interviniente<sup>132</sup>. En ningún caso admiten que los terceros puedan apelar, tanto por su condición de tercero como porque el derecho establece otros mecanismos que pueden utilizar para impugnar las resoluciones dictadas en un proceso que perjudiquen o puedan perjudicar sus intereses, aunque no se especifique cuáles son estos otros medios de impugnación.

---

<sup>130</sup> Como nos indica GÓMEZ ORBANEJA (*Derecho procesal Civil*, ob. cit., pág.135), “Empecemos por advertir que ni el concepto ni la palabra pertenecen al derecho romano. El término neolatino *legitimare*, equivale en el derecho intermedio, en un comienzo, a «justificarse», y sirve para designar la prueba de la facultad o titularidad para realizar un determinado acto. Por extensión, pasa a comprender no sólo esa actividad sino la titularidad o la facultad mostrada”.

<sup>131</sup> MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.168. AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., pág.107.

<sup>132</sup> MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.214. RICHARD GONZÁLEZ, M.: *La segunda instancia en el proceso civil*, ob. cit., pág.118: “No obstante, estamos de acuerdo con ALMAGRO que, en puridad de principios, la sentencia sólo tiene eficacia ínter partes y es ese el principio que conviene reforzar y no el de extensión a terceros de efectos de la cosa juzgada”.

Otra parte de la doctrina considera que los terceros pueden recurrir, y concretamente en apelación, siempre que hubieran sufrido un gravamen<sup>133</sup>. Siguiendo esta postura se podría concluir que el gravamen determina quien está legitimado para apelar. Pero estos mismos autores, cuando profundizan en el análisis de este aspecto, entienden la intervención del tercero en apelación como excepcional, o implícitamente admiten que es necesario alguna otra exigencia. Concretamente, tras considerar plausible la intervención en apelación del tercero gravado, se añade la exigencia de que su personación sea admisible<sup>134</sup>; o bien, se afirma que el tercero sólo está legitimado activamente para apelar, cuando le puede venir provecho o daño jurídico por la resolución de que quiere recurrir, presentando dicha facultad sujeta a una interpretación limitada y rigurosa<sup>135</sup>; o también se exige que el tercero haya podido ser parte en el proceso donde se dictó la resolución que se pretende apelar, actuando como interventor o sustituto procesal<sup>136</sup>. Curiosamente, los partidarios de esta postura son los que, en un principio, sólo consideran legitimados para apelar a los sujetos que estuvieron legitimados para actuar como partes en la primera instancia.

Además, el gravamen no es el único elemento determinante para que el tercero, no litigante en primera instancia, pueda recurrir en apelación, sino que también es necesario que la resolución dictada por el Juez *a quo* tenga fuerza de cosa juzgada para el tercero y le afecte en alguna medida<sup>137</sup>. Así, los terceros podrán apelar en la medida

---

<sup>133</sup> GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1353. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., págs.327 y 328. TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., pág.8676. GUTIÉRREZ CONZÁLEZ, C.: *Las resoluciones interlocutorias en el proceso civil. Sistema de recursos*, ob. cit., pág.33: plantea los supuestos de intervención de terceros como una excepción a la teoría general de que sólo puede recurrir quien ha sido parte. MORÓN PALOMINO, M.: *Derecho Procesal Civil...*, ob. cit., pág.353.

<sup>134</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.327.

<sup>135</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, ob. cit., pág.1353.

<sup>136</sup> CARNELUTTI (trad. Alcalá-Zamora y Sentís Melendo): *Sistemas de Derecho Procesal Civil*, T.III, Buenos Aires, 1944, pág.640.

<sup>137</sup> MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.168. RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.711. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.52 y 53. GISBERT POMATA, M.: *Tratado de la apelación civil...*, ob. cit., pág.186 y 187. LEGIDO LÓPEZ, E.: *El objeto del proceso civil y los recursos...*, ob. cit., pág.372. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.245) expone, "Únicamente están legitimados para interponer recursos quienes en primera instancia hayan tenido la consideración de parte y, por tanto, hayan sido afectados por la resolución impugnada. Se exceptúa, en el de apelación, el caso de las personas que hubieran podido y debido intervenir en la primera instancia, por experimentar en todo caso los efectos de la cosa juzgada (por ejemplo, el vendedor en caso de evicción)"

que se vean afectados por la cosa juzgada de la resolución. Ahora bien, dicha afección también está relacionada con el gravamen, ya que a quienes no les afecta la cosa juzgada no padecen, en ningún caso, gravamen<sup>138</sup>. Por lo tanto, dicha afección también existe, como es evidente, para quienes hayan sido parte. Como señala otro autor, no obstante, el término de cosa juzgada no designa “todos los efectos ligados, de cualquier modo, a los juicios jurisdiccionales” porque “se convertiría en un instrumento poco menos que inservible e inútil en su propio ámbito, el jurídico”<sup>139</sup>. Por eso, sería más correcto decir que para que los terceros tengan legitimación para apelar es necesario que los efectos de la resolución dictada por el Juez *a quo* les alcancen de forma perjudicial.

Estos efectos de la resolución judicial que se pretende impugnar que alcanzan de forma perjudicial a terceros y los legitima para recurrir, pueden surgir de una afección directa, o bien, de una afección indirecta o refleja. Para que le alcancen estos efectos reflejos, tiene que ser titular de una relación jurídica dependiente de la deducida en el proceso<sup>140</sup>. Y para poder intervenir en apelación, dichos efectos le han de causar gravamen.

El T.C. también lo entiende de esta forma. La S.T.C. 171/1991 afirma:

*“Es constitucionalmente posible que una decisión judicial pueda tener efectos en sujetos que no han participado en el proceso, ni figuren como condenados en la Sentencia, pero que sean titulares de una situación jurídica dependiente o condicionada por un derecho ajeno sobre la que incide el contenido de la Sentencia, lo que ocurre cuando la Ley establezca inequívocamente una necesaria conexión e interdependencia entre la situación jurídica creada por la primera Sentencia y la que se debate en el segundo proceso”<sup>141</sup>.*

---

<sup>138</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El gravamen como presupuesto de los recursos*, en «Revista de Derecho Procesal», 1969-2, pág.370.

<sup>139</sup> ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS: *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso - administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, págs.35 y 36.

<sup>140</sup> MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso*, Editorial Hispano Europea, Barcelona, 1972, págs.190 y ss. Este autor señala que el origen de esta doctrina sobre el efecto reflejo se encuentra en IHERING, quien, en relación con el derecho material, afirmó que los actos producen efectos directos y otros efectos indirectos o reflejos que pueden afectar a terceras personas unidas por nexos de dependencia con las primeras. En el mismo sentido, CEDEÑO HERNÁN, M.: *La tutela de los terceros frente al fraude procesal*, ed. Comares, Granada, 1997, págs.25 y ss.

Por su parte, en un inicio, la jurisprudencia del T.S. no permitía al tercero interponer recurso ni participar en él, por no ser parte en el juicio. La S.T.S. de 26 de diciembre de 1932, declaraba:

*“Que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene precepto alguno que autorice la intervención como parte en los juicios de otra persona que no sea actor o demandado: y como el procedimiento es de orden público y de obligatoria observancia, no cabe restringir sus disposiciones rechazando a quien tenga derecho a intervenir, ni ampliarlas a cosas o personas no autorizadas por la ley”<sup>142</sup>.*

Sin embargo, el T.S. fue progresivamente cambiando de opinión hasta admitir la intervención de terceros en los recursos. La S.T.S. de 11 de julio de 1950, aunque refiriéndose al proceso en general, lo afirma claramente:

*“Que es doctrina reiterada de esta Sala, proclamada entre otras en las sentencias de 21 de marzo de 1911 y 6 de marzo de 1946, que si bien es norma corriente de nuestro derecho procesal admitir en concepto de parte demandada exclusivamente a quien ha sido llamado a juicio por el demandante, esta norma no es absoluta, y sí compatible con situaciones excepcionales que tienen su apoyo en la naturaleza del derecho material puesto en ejercicio, que, si afecta a diferentes personas, puede impedir que se constituya válidamente la relación procesal si no se da entrada a todas ellas en la contienda, determinando la extensión de los efectos de la cosa juzgada a quienes por no haber sido convocados a juicio no han podido ser oídos, con la grave consecuencia además de que se produzca el fraude procesal (...)”.*

La S.T.S. de 10 de noviembre de 1981, también lo señala:

*“(...) la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución, corresponde únicamente a quien ocupe la posición de parte agraviada o siendo tercero le alcancen los efectos de la cosa juzgada (...)”*

La S.T.S. de 10 de junio de 1996, realiza las mismas afirmaciones, en un caso donde se interpone una demanda, en juicio declarativo ordinario, sobre declaración de dominio de enclaves privados en zona marítimo - terrestre contra la Administración del Estado, que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia y estimada por la Audiencia Provincial. El Ayuntamiento de S.B.T., que no fue parte demandada en el pleito, accede al mismo en el trámite del recurso de apelación alegando derechos e intereses por el uso de las zonas en conflicto. El T.S. manifiesta que:

---

<sup>141</sup> S.T.C. 171/1991, de 16 de septiembre. En igual sentido, la S.T.C. 58/1988, de 6 de abril; S.T.C. 207/1989, de 16 de diciembre; A.T.C. 394/1990, de 7 de noviembre.

<sup>142</sup> S.T.S. de 26 de diciembre de 1932 (R.J.1383).

*“(…) se presenta así como una especie de intervención procesal adhesiva simple, en razón a los intereses del Ayuntamiento que pudiesen resultar afectados en forma indirecta o refleja por la sentencia que se pronuncie”<sup>143</sup>.*

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales también admite la intervención del tercero en apelación. La S.A.P. de Navarra, de 28 de abril de 1995, en un recurso de queja, afirma:

*“A la hora de inadmitir esa apelación, materia propia de esta queja, el Juzgado de instancia ha ofrecido tres razones que, ciertamente, no son convincentes. Así, en lo que concierne a la catalogación de parte, es verdad que la recurrente no ostenta la consideración de parte ejecutada stricto sensu; pero no lo es menos que sus derechos e intereses están seriamente entredicho desde el momento en que se ordena el embargo de sus bienes de conquista - luego llevado a cabo -: tan es así que el propio Juzgado notificó su decisión a la señora A (...) En definitiva, no resulta muy congruente notificar una resolución para a renglón seguido vedar su impugnación, generando así una patente indefensión”<sup>144</sup>.*

Se permite, pues la intervención de quien no ha participado en primera instancia (tercero) por el gravamen que le ha causado la resolución dictada, ya sea directo o indirecto (reflejo).

No faltan, empero, algunas resoluciones judiciales en segunda instancia que no admiten la intervención de los terceros. La S.A.P. de Asturias, de 2 de mayo de 1995, en un juicio de desahucio por falta de pago de la renta interpuesto por Doña A. contra Don G., aparece un tercero que dice tener embargado el derecho de traspaso del arrendamiento del local de negocio, e interpone recurso de apelación por su condición de interesado. La Audiencia desestima el recurso diciendo:

---

<sup>143</sup> S.T.S. de 11 de julio de 1950 (R.J.1197). S.T.S. de 10 de noviembre de 1981 (R.J.4471). S.T.S. de 10 de junio de 1996 (R.J.4752). En idéntico sentido: la S.T.S. de 6 de marzo de 1946 (R.J.260); la S.T.S. de 17 de febrero de 1951 (R.J.589); la S.T.S. de 29 de septiembre de 1961 (R.J.3270); la S.T.S. de 17 de octubre de 1961 (R.J.3604) que afirma, *“(…) cuando los terceros no demandados tienen un interés legítimo en la cuestión litigiosa es admisible su intervención en el proceso (...)”*; la S.T.S. de 25 de febrero de 1976 (R.J.883); la S.T.S. de 5 de noviembre de 1983 (R.J.5958); la S.T.S. 10 de noviembre de 1983 (R.J.6074); la S.T.S. de 29 de octubre de 1990 (R.J.8261); la S.T.S. de 9 de octubre de 1993 (R.J.8175); la S.T.S. de 7 de marzo de 1996 (R.J.1942), entre otras.

<sup>144</sup> S.A.P. de Navarra, de 28 de abril de 1995 (R.A.C.738). En el mismo sentido, S.A.T. de Pamplona, de 17 de noviembre de 1987 (La Ley, 1988-1, 8246), en un incidente sobre intervención de terceros en juicio declarativo de menor cuantía, se plantea el supuesto de que en el proceso se pretende la inexistencia de un contrato de arrendamiento, y los trabajadores del local respecto al que se discute su posesión piden intervenir, basando su interés en que el desalojo del local implicaría la extinción de la relación laboral. La Audiencia admite su intervención al poderles afectar la resolución de modo reflejo, indirecto o mediato.

*“Al estar únicamente legitimado para interponer el recurso de apelación quien reúne el doble requisito de ser parte en el proceso y resultar perjudicado por la resolución que se pretende impugnar, es evidente que no debió ser admitido a trámite el recurso por quien no pasa de ser un tercero”<sup>145</sup>.*

Antes de concluir, conviene señalar que ahora sólo interesa poner de manifiesto que la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria admiten la intervención de los terceros en el recurso de apelación. El alcance de esta intervención y las posibles actitudes y facultades de estos terceros será analizado más adelante.

De lo dicho se extrae que el hecho de ser parte en primera instancia no delimita la legitimación para apelar, admitiéndose la posible participación del tercero en esta fase procesal, aunque sujeta a ciertas limitaciones. El tercero perjudicado por la resolución de primera instancia puede apelar, aunque son necesarias otras exigencias: a) que le afecte alguno de los efectos de la resolución impugnada, entre los que se encuentra la cosa juzgada; y b) que hubiera podido ser parte en el proceso donde se dictó la resolución impugnada. En otro caso, el perjuicio que le supone puede repararlo por otras vías que concede la Ley.

Así, entre legitimación y gravamen existe una conexión: sólo los sujetos gravados por la resolución que se pretende impugnar estarán legitimados para recurrir. Se trata de un único presupuesto para intervenir en apelación.

## 1.2. Legitimación activa y pasiva.

En el recurso de apelación, la legitimación activa la posee el apelante o recurrente, en la medida en que es titular del derecho de impugnación, y la pasiva el apelado o recurrido, frente a quien se interpone el recurso y que va a sufrir los efectos perjudiciales en el caso de que se modifique la resolución de primera instancia.

---

<sup>145</sup> S.A.P. de Asturias, de 2 de mayo de 1995 (R.A.C.943). En idéntico sentido, el A.A.T. de Barcelona, de 28 de febrero de 1983 (R.J.C., 1983-II, pág.380).

La legitimación activa y pasiva en el recurso de apelación no coincide con la existente en la primera fase del proceso. En primera instancia, el demandante o actor tiene legitimación activa y el demandado legitimación pasiva. Sin embargo, en apelación no existe esta identidad: tanto el demandante como el demandado pueden estar legitimados activa y pasivamente para apelar. Como se ha señalado, “La posibilidad de utilizar la impugnación es independiente de la posición que en el litigio hayan ocupado las partes”<sup>146</sup>. De esta forma, puede apelar no sólo el demandante, sino también el demandado, y puede ser apelado no sólo el demandado, sino también el demandante. Lo importante es la actitud que tomen ante la resolución dictada por el Juez *a quo*.

Es evidente que legitimado activamente para apelar lo está cualquiera a quien le perjudique la resolución de primera instancia. El apelado será, pues, aquel frente a quien se interponga el recurso, pudiendo estar o no gravado por dicha resolución. No es necesario que el apelado o recurrido resulte afectado por la decisión de primera instancia, salvo si se adhiere a la apelación o interpone su propio recurso, convirtiéndose, así, también en apelante. En todo caso debe tratarse de posiciones contrarias o contrapuestas.

En definitiva, el gravamen o perjuicio determina la legitimación activa. Pero, la legitimación pasiva también depende de este extremo, ya que el apelado será aquél a quien beneficia el pronunciamiento impugnado o, simplemente, acepta sus consecuencias.

En resumen, la legitimación activa y pasiva en el recurso de apelación puede presentar diferentes situaciones:

- que sólo uno de los litigantes resulte gravado por la resolución de primera instancia, siendo el único que tiene legitimación activa. La parte contraria estará legitimada pasivamente.

---

<sup>146</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil español*, ob. cit., pág.646. En el mismo sentido, GUASP (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1353) cuando afirma que la legitimación en el recurso de apelación “se atribuye a las partes sin referencia a la posición en que, como tales partes, se situaron en el proceso de primera instancia”.

-. Tanto demandante como demandado resulten gravados. Debido al carácter potestativo de la apelación, se pueden dar distintos supuestos:

- \* ninguno de ellos interpone apelación;
- \* sólo uno de los afectados interpone el recurso;
- \* presentan apelación las dos posiciones;
- \* uno de ellos interpone recurso y el otro se adhiere al mismo;

En los dos últimos supuestos las dos posiciones procesales actúan, a la vez, como apelante y apelado.

La cuestión se complica, como veremos, cuando hay una pluralidad de demandantes o de demandados que pretenden interponer recurso de apelación o frente a ellos se dirige el recurso. Luego la legitimación activa y pasiva en apelación variará según cual sea el caso concreto.

También es posible, en algunos supuestos, que un tercero, que no ha sido parte en primera instancia pero que resulte gravado por la resolución dictada, se le permita interponer apelación. Lo dudoso, que será analizado más adelante, es si este tercero puede estar activamente legitimado en todo caso, y si puede estar pasivamente legitimado.

Lo dicho en este apartado, pone de manifiesto la posibilidad de que la resolución judicial sea impugnada por todas las partes del proceso, ante la falta de admisión de alguna de sus pretensiones. No hay una regla general sobre quien tenga legitimación activa y pasiva en apelación. Será necesario valorar cada caso concreto para determinarlo e incluso es posible que una misma persona, en la misma apelación, esté legitimada activa y pasivamente.

Desde un punto de vista doctrinal, legitimación activa y pasiva son conceptos relativos en el ámbito de las impugnaciones. Se afirma que si la legitimación activa consiste en hacer valer en el proceso un derecho, y legitimación pasiva la tiene el sujeto obligado por la resolución controvertida a quien afectará la concesión de la tutela, estos conceptos no pueden trasladarse al hablar de los recursos, dado que, al ser la base de la impugnación una decisión judicial, los litigantes tienen que luchar también contra esta



resolución y, por lo tanto, contra el Juez que la ha dictado: “se trata de juzgar el juicio del Juez”<sup>147</sup>. Así, el verdadero adversario no es la otra parte, sino el Juez *a quo*.

No podemos estar de acuerdo con esta postura, ya que como se ha dicho, el recurso de apelación “no es, por tanto, un juicio sobre lo hecho por el primer Juez, sino directamente sobre los mismos derechos y pretensiones deducidos oportunamente por los litigantes”<sup>148</sup>. Lo que se revisa en segunda instancia es el material, pretensiones y pruebas introducidos por las partes en la instancia anterior (aunque, excepcionalmente, se pueden introducir otros elementos), cuya alegación se reitera en apelación, y no la actuación del Juez *a quo*. Si fuera así, se debería dar a este Juez la oportunidad de intervenir en el recurso para defender su postura, cosa que no está prevista en la L.E.C., ni en ningún otro ordenamiento de nuestro entorno.

1.3. Legitimación en primera instancia y legitimación para apelar: aspectos que las distinguen.

Al pretender realizar esta distinción se nos plantea un primer problema: la L.E.C. vigente no establece un concepto de legitimación, ni siquiera utiliza este término<sup>149</sup>. Este problema se solventa en la nueva L.E.C., que pretende sustituir la L.E.C. de 1881, al establecer el concepto de parte legítima<sup>150</sup>.

La principal diferencia se centra en que lo que se impugna en el recurso de apelación es una resolución judicial, de la cual se parte para delimitar la legitimación en

---

<sup>147</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., págs.8675 y 8676, siguiendo a CARNELUTTI: *Derecho y proceso*, en «Derecho Procesal Civil y Penal», (Trad. Sentís), 1971, págs.261 y 262.

<sup>148</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.469.

<sup>149</sup> Como nos indica MONTERO AROCA, J.: *La legitimación en el proceso civil...*, ob. cit., pág.15: “aunque sí alguna derivada, como “parte legítima”, en los arts.160 y 191, por ejemplo”.

<sup>150</sup> El art.10 del Proyecto de L.E.C. remitido al Senado por el Congreso, establece la condición de parte procesal legítima: “Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular”. Algunas de estas excepciones se encuentran reguladas en los artículos siguientes: art.11 del mencionado Proyecto, donde se establece la legitimación para la defensa de derecho

apelación: estará legitimado aquel a quien perjudique la resolución que se pretende impugnar. En cambio, en la fase inicial del proceso, al no existir ninguna decisión judicial previa, la legitimación deriva de la relación que tienen los litigantes con la materia en litigio. Al tratarse de un mismo proceso, la legitimación para apelar siempre tomará como referencia la fijada en primera instancia, pero el elemento determinante para su existencia es el gravamen que produce la decisión judicial. Por lo tanto, son institutos distintos porque parten de elementos distintos.

Otra nota distintiva es que la legitimación para accionar se refiere, en general, a la totalidad del proceso, sin embargo, la legitimación para apelar se centra en un acto procesal concreto, como es recurrir.

Lo que está claro es que el legitimado durante la primera instancia podrá interponer recurso de apelación, pero para que su intervención sea admitida es necesario un elemento más: que la resolución dictada por el Juez *a quo* le cause algún gravamen.

## 2. EL INTERÉS PARA APELAR: GRAVAMEN O PERJUICIO.

Está pacíficamente admitido que el recurso de apelación debe servir para enmendar el perjuicio causado al apelante. Es necesario, pues, que de la resolución impugnada derive algún perjuicio, gravamen, interés, agravio, situación desfavorable (la terminología no es clara), como presupuesto imprescindible para apelar. Se convierte, así, en una exigencia inherente a la naturaleza de los recursos. El concepto y alcance de este presupuesto es lo que pretenden aclarar la siguientes líneas.

Antes de acometer dicha tarea, debemos destacar que el gravamen es una razón de política legislativa que fundamenta la regulación legal de los medios de impugnación. Éstos, y entre ellos sobre todo el recurso de apelación, persiguen corregir,

---

e intereses de consumidores y usuarios; y el art.13 del mismo texto, que prevé la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados.

cuando sea posible, la insatisfacción del que se ha visto perjudicado por la resolución judicial<sup>151</sup>.

---

<sup>151</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.316.

## 2.1. Concepto de gravamen.

Cuando se intenta llegar a un concepto genérico de recurso de apelación aparece siempre, en un momento u otro, la noción de gravamen, perjuicio, situación desfavorable..., bien para indicar quien puede apelar o lo que se puede impugnar a través de la apelación. En este sentido, se afirma: “(...) se da el nombre de apelación, al recurso que concede la ley a todo el que se siente *agraviado* por sentencia, auto o providencia del juez o tribunal inferior para ante el superior inmediato, a fin de que la enmiende o revoque, dictando la resolución que considere más justa”<sup>152</sup>. Otro autor, por su parte, expone: “El recurso es el acto procesal de la parte que frente a una resolución impugnada y *perjudicial* (*porque no le otorga la tutela jurídica, o no se la otorga suficientemente*) pide la actuación de la ley a su favor”<sup>153</sup>. También se define: “Apelación es el recurso devolutivo ordinario típico. Como todo recurso, sirve para impugnar una *resolución desfavorable*, pero la petición de que la decisión impugnada se revoque se dirige ahora al Juez que es superior jerárquico de aquél que la dictó”<sup>154</sup>. En términos parecidos, se reitera: “siendo el recurso acción concedida a los que se estimen *agraviados*, para poder acudir al mismo o a otro Juez o Tribunal en solicitud *de que sea enmendado el agravio*”<sup>155</sup>. Por su parte, se define los recursos de acuerdo con la ZPO, como “únicamente aquellos auxilios jurídicos con los cuales una de las partes, prosiguiendo la controversia, trata de anular por vía de examen, mediante un tribunal superior, *la resolución que le es desfavorable* y todavía no firme”<sup>156</sup>.

En efecto, siempre se acude al gravamen para definir la apelación, por lo tanto, es un presupuesto de primer orden en la regulación de este medio de impugnación que, como se ha tratado, fundamenta su existencia: la razón que justifica la existencia del recurso de apelación es el interés jurídico de la persona que, con su actividad, pretende alcanzar unos fines. La conclusión, pues, es clara: el gravamen es un presupuesto

---

<sup>152</sup> MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.166.

<sup>153</sup> GOMEZ ORBANEJA: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.460.

<sup>154</sup> MIGUEL ANGEL FERNANDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.231.

<sup>155</sup> FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3521.

<sup>156</sup> ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.349.

consustancial a los recursos, de necesaria observancia para acceder al recurso de apelación<sup>157</sup>.

Esta regla, indiscutible en el ordenamiento procesal civil, también sirve de argumento para defender la unidad del proceso a través de las diferentes fases del procedimiento. El proceso es uno con diversas fases y el gravamen denota esta continuidad: sólo el perjudicado o gravado por la resolución de primera instancia puede utilizar los recursos que la Ley concede, con el fin de revocar o reformar dicha resolución. Nuestros Tribunales, y concretamente el T.S., han ido recogiendo la exigencia de gravamen para recurrir, tanto para el recurso de apelación como para el de casación<sup>158</sup>. Así también el T.C.<sup>159</sup>. Y lo mismo recoge la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales<sup>160</sup>.

Sin embargo, este gravamen pone de manifiesto que el recurso de apelación no es automático: si la parte a quien afecta desfavorablemente la resolución de primera instancia, no la recurre, esta deviene firme y los pronunciamientos desfavorables pasan en autoridad de cosa juzgada. La primera instancia está establecida de manera que sea la única, y si la resolución dictada en la misma perjudica a alguno de los litigantes, son estos perjudicados quienes deben impugnarla. Pero esto no significa que quien pretenda

---

<sup>157</sup> FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3521. ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8111. TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., pág.8668. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (con otros): *Los recursos en el proceso civil*, ob. cit., pág.148. NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.503.

<sup>158</sup> El T.S. ya en sus fallos más antiguos reproduce esta jurisprudencia: S.S.T.S. de 12 de julio de 1889, de 1 de junio de 1918, de 1 de marzo de 1921, de 7 de julio de 1921 y 2 de octubre de 1944 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.3525 y 3526).

Asimismo en las siguientes S.S.T.S.: de 16 de abril de 1930 (R.J.869), de 14 de noviembre de 1930 (R.J.1257), de 7 de febrero de 1941 (R.J.141), de 21 de junio de 1943 (R.J.838), de 4 de noviembre de 1957 (R.J.3032), de 30 de noviembre de 1964 (R.J.5634), de 5 de noviembre de 1966 (R.J.5273), de 8 de noviembre de 1976 (R.J.4769), de 31 de mayo de 1982 (R.J.2611), de 13 de junio de 1989 (R.J.4631), de 7 de diciembre de 1989 (R.J.8812), de 1 de febrero de 1990 (R.J.649), de 12 de marzo de 1990 (R.J.1687), de 29 de octubre de 1990 (R.J.8261), de 20 de marzo de 1991 (R.J.2422), de 23 de enero de 1992 (R.J.201), entre otras muchas.

<sup>159</sup> S.T.C. 123/1989, de 6 de julio.

<sup>160</sup> A.A.T. de Barcelona, 5 de octubre de 1983 (R.J.C., 1984, pág.124); S.A.P. de Valencia, de 16 de octubre de 1992 (R.A.C.1344); S.A.P. de Lleida, de 2 de enero de 1993 (La Ley, 1993-1, 501); A.A.P. de Huesca, de 14 de diciembre de 1993 (AC., 15 de abril de 1994, @452); S.A.P. de Huesca, de 27 de septiembre de 1994 (R.A.C.1439); A.A.P. de Cuenca, de 31 de julio de 1995 (A.C., 31 de marzo de 1996, @407); S.A.P. de Cáceres, de 12 de marzo de 1998 (R.A.C.658); A.A.P. de Cuenca, de 30 de abril de 1998 (R.A.C.4564); S.A.P. de Valencia, de 13 de julio de 1998 (R.A.C.1358); S.A.P. de Las Palmas, de 16 de julio de 1998 (R.A.C.6864).

interponer un recurso tenga una carga de recurrir. De esta forma, no es suficiente con la existencia de un gravamen para iniciar la tramitación del recurso de apelación, sino que también es necesario que el perjudicado por la resolución que se pretende impugnar tenga voluntad de apelar y presente el recurso<sup>161</sup>. También lo entiende así el T.C. en la Sentencia 41/1998:

*“No puede alegar privación del derecho a un recurso quien ni siquiera intenta interponerlo. Si el justiciable no ha recibido tutela judicial, ello se debe a su propia inactividad, no a ningún acto achacable a los Tribunales. Si quien toma parte en un proceso cree que le asiste el derecho a recurrir la Sentencia, debe intentarlo, interponiéndolo o anunciándolo en tiempo y forma oportunos”<sup>162</sup>.*

En idéntico sentido lo ha señalado el T.S.<sup>163</sup>.

Nuestros antecedentes históricos siempre muestran el gravamen como una causa necesaria para apelar, cuyo fin es enmendar la injusticia e impericia de los jueces<sup>164</sup>. Desde el texto Ulpiano del Digesto aparece esta idea. Pero, en un principio, se personaliza el gravamen, achacándolo al error del Juez: es éste el causante del gravamen y quien debe enmendarlo es su superior. Más adelante, sobre todo a partir del siglo XVIII, se tiende a una postura más objetiva. Las Partidas ya establecen este criterio objetivo, apreciando únicamente el gravamen que se produce entre la sentencia objeto del recurso y el sujeto recurrente.<sup>165</sup>

Parece extraño que la L.E.C. vigente, igual que la anterior, carezca de una norma expresa donde se contenga esta exigencia como elemento necesario para apelar. Sin embargo, en la regulación actual existen algunos preceptos de los que se puede extraer la necesaria existencia de cierto perjuicio para poder apelar, aunque nunca se exige en la interposición de la apelación. Es posible deducirlo al examinar cuatro artículos:

---

<sup>161</sup> CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.486: donde habla de “aquietencia”. Utiliza el mismo vocablo, CARNELUTTI: *Sistemas de derecho procesal civil*, ob. cit., págs.639, 643 y 644, sitúa la carga de la impugnación dentro de una de las cargas de las partes.

<sup>162</sup> S.T.C. 41/1998, de 24 de febrero.

<sup>163</sup> S.T.S. de 30 de marzo de 1989 (R.J.2283); el perjudicado consiente unos pronunciamientos de la resolución de primera instancia que le son desfavorables y, por tanto, no son materia de apelación; S.T.S. de 25 de marzo de 1994 (R.J.2533), entre otras muchas.

<sup>164</sup> Respecto a la perspectiva histórica del gravamen, véase la nota 46 del capítulo primero.

<sup>165</sup> Partida Tercera, Título 23, Leyes 2ª y 4ª: “Alzarse puede todo ome libre de juyzio que fuesse dado contra él, si se tuviere por agraviado”, sin ser necesario probar el agravio (en GISBERT POMATA, M.: *Tratado de la apelación civil...*, ob. cit., pág.205). MANRESA (*Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.167), también nos muestra que en la Ley 1ª, Título 20, Libro 11 de la

- Art.381.II de la L.E.C.: para ser admitida la apelación en ambos efectos contra los autos resolutorios de los recursos de reposición, esta resolución recurrida debe causar un perjuicio irreparable al apelante.

- Art.705 de la L.E.C.: en el juicio de menor cuantía, se establece la adhesión a la apelación del apelado sólo "(...) sobre los puntos en que crea perjudicial la sentencia (...)".

- Art.858 de la L.E.C.: en sede del juicio de mayor cuantía, se vuelve a prescribir la adhesión del apelado en los puntos de la sentencia que crea que le son perjudiciales.

- Art.892 de la L.E.C.: en los supuestos de apelación de las sentencias o autos dictados en incidentes y en los juicios que no sean de mayor y menor cuantía, el apelado se adhiere a la apelación sobre los extremos perjudiciales de la sentencia o auto de que se trate.

Se trata de supuestos muy específicos, pensados para situaciones determinadas, que se reiteran excesivamente en la adhesión, faltando una previsión general del presupuesto. Así, la necesidad de perjuicio o gravamen para recurrir, comúnmente aceptada, resulta de una interpretación analógica de estos preceptos pero no de la existencia de una norma que expresamente lo establezca.

No obstante esta falta de regulación legal, se ha llegado a un concepto, unánimemente aceptado, de gravamen<sup>166</sup>. Es la diferencia entre lo pretendido o reconocido previamente por los litigantes y lo concedido por la resolución, que resulta perjudicial para alguno de ellos. Nuestro ordenamiento procesal no ha establecido

---

Novísima Recopilación, establece el mismo principio, ya sean sobre lo principal del pleito, ya sobre cualquier incidente del mismo.

<sup>166</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.246. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.319. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ LÓPEZ (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., pág.371. GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1357. FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El gravamen como presupuesto de los recursos*, ob. cit., pág.369. ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8111. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., pág.245. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con otros): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.337. MORON PALOMINO, M.: *Derecho Procesal Civil...*, ob. cit., pág.354. GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C.: *Las resoluciones interlocutorias en el proceso civil. Sistema de recursos*, ob. cit., pág.37. RAMOS MENDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.712. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., págs.12 y 54.

ninguna limitación formal ni material. Cualquier discrepancia entre la resolución recurrida y la pretensión del recurrente justifica la existencia de la apelación, y no se establecen límites cuantitativos o cualitativos (*summa gravaminis*).

La jurisprudencia, por su parte, ha ido delimitando un poco más el concepto. La S.T.S. de 20 de marzo de 1991, afirma:

*“(...) gravamen para esa parte que resulta de la desestimación de las pretensiones por ella formuladas, de ahí que tal legitimación para recurrir sólo se dé en quien aparece como perjudicado por la resolución precisamente por la inadmisión de su pretensión oportunamente deducida (...)”*<sup>167</sup>.

Se entiende, pues, por resolución desfavorable y, por tanto, recurrible: para el demandante, cuando no se estima toda la demanda; para el demandado, cuando no se desestima íntegramente la demanda; si la estimación o desestimación es parcial, sólo es posible el recurso en los aspectos cuyo pronunciamiento ha sido desestimado en el primer caso y estimado en el segundo. De esta forma, no cabe el recurso interpuesto por el favorecido con un pronunciamiento absolutorio sobre el fondo. Nuestro T.C. lo ha manifestado en algunas ocasiones. La S.T.C.184/1995, expone:

*“Por ello, no siendo imaginable que impugne una Sentencia la parte a quien da la razón, por faltarle el gravamen cuya concurrencia legitima el recurso, ni exigible que comparezca en apelación (...)”*<sup>168</sup>.

El T.S. también ha interpretado que no cabe el recurso de un favorecido por la resolución de primera instancia<sup>169</sup>. Asimismo, las Audiencias Provinciales se han pronunciado en igual sentido<sup>170</sup>.

---

<sup>167</sup> S.T.S. de 20 de marzo de 1991 (R.J.2422).

<sup>168</sup> S.T.C. 184/1995, de 12 de diciembre. En el mismo sentido, la S.T.C. 61/1990, de 29 de marzo, manifiesta: *“(...) obtuvo Sentencia favorable y ya no le era exigible otra conducta, sino la de esperar la firmeza de aquella resolución”*. La S.T.C. 120/1995, de 17 de julio, dice que el efecto principal del ejercicio del recurso es *“(...) eliminar o aminorar el gravamen impuesto por la resolución objeto de impugnación (...)”*.

<sup>169</sup> S.T.S. de 21 de junio de 1943 (R.J.838), S.T.S. de 4 de noviembre de 1957 (R.J.3032), S.T.S. de 9 de marzo de 1961 (R.J.944), S.T.S. de 18 de abril de 1975 (R.J.1721), S.T.S. de 7 de julio de 1983 (R.J.4074), S.T.S. de 7 de diciembre de 1989 (R.J.8812), S.T.S. de 1 de febrero de 1990 (R.J.649), S.T.S. de 11 de noviembre de 1993 (R.J.8759) y S.T.S. de 7 de febrero de 1994 (R.J.919).

<sup>170</sup> S.A.T. de Las Palmas, de 20 de marzo de 1982 (La Ley 1982-4, 3223-R); S.A.P. de Asturias, de 18 de enero de 1992 (R.A.C.28); S.A.P. de Huesca, de 13 de febrero de 1992 (R.A.C.297): se impugna una sentencia que fue favorable a los demandados por desestimar íntegramente la demanda; S.A.P. de Madrid, de 1 de octubre de 1992 (R.A.C.1473): carece de legitimación para recurrir la parte no perjudicada cuando la resolución impugnada estima todas sus pretensiones; S.A.P. de Valencia, de 16 de octubre de 1992 (R.A.C.1344); S.A.P. de Lleida, de 2 de enero de 1993 (La Ley, 1993-1, 501); S.A.P. de Palma de Mallorca, de 25 de enero de 1993 (La Ley, 1993-1, 705); S.A.P. de Castellón, de 10 de febrero de 1993 (R.A.C.2569); S.A.P. de Barcelona, de 21 de mayo de 1993 (R.A.C.1177); S.A.P. de Madrid, de



De esta forma, el gravamen o perjuicio viene definido por los siguientes caracteres:

- Personal: sólo está legitimado para interponer el recurso de apelación quien resulte agraviado por la decisión del Juez de primera instancia, lo que no impide que pueda ostentarse por vía de representación o sustitución. El proceso civil está pensado para que una persona pueda defender sus derechos e intereses legítimos cuando se vean infringidos de alguna forma, y en este aspecto se basa la exigencia de gravamen para apelar, de manera que un sujeto no puede erigirse en defensor de los intereses legítimos de otro<sup>171</sup>.

- Objetivo: es necesario que el gravamen sea el resultado de los efectos producidos por la resolución de primera instancia en la esfera de derechos e intereses legítimos de un individuo.

- Legítimo: en la medida que se justifica en un error judicial, en la infracción de un precepto legal o en la vulneración de un contrato privado.

- Actual: debe existir en el momento de interponer el recurso, no puede ser futuro.

Con lo expuesto, es posible afirmar que la resolución judicial apelable puede ser perfectamente justa y legal ya que lo único que se precisa para poder impugnarla es que cause gravamen a alguno de los litigantes<sup>172</sup>. Pero, para que la resolución que se pretenda recurrir irroque algún gravamen a estas personas, es necesario también que las mismas se vean afectadas por la cosa juzgada de dicha resolución, o de forma más amplia, por los efectos que produce la resolución impugnada<sup>173</sup>.

---

15 de noviembre de 1993 (R.A.C.2596); S.A.P. de Pontevedra, de 11 de enero de 1997 (R.A.C.738): "(...) consistente en la diferencia entre lo pedido por aquél y lo declarado en la sentencia que combate (...)"; A.A.P. de Cuenca, de 30 de abril de 1998 (R.A.C.4564).

<sup>171</sup> Así lo expone el T.S. en las siguientes sentencias: de 27 de octubre de 1933 (R.J.426), de 8 de febrero de 1941 (R.J.144), de 14 de marzo de 1958 (R.J.1432), de 12 de febrero de 1970 (R.J.839), de 28 de octubre de 1971 (R.J.4160), de 12 de noviembre de 1973 (R.J.4164), de 24 de enero de 1975 (R.J.94), de 18 de abril de 1975 (R.J.1721), de 10 de noviembre de 1981 (R.J.4471), de 5 de noviembre de 1983 (R.J.5958), de 10 de noviembre de 1983 (R.J.6074), de 29 de octubre de 1990 (R.J.8261), de 31 de enero de 1997 (R.J.477).

<sup>172</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., pág.245.

<sup>173</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El gravamen como presupuesto de los recursos*, ob. cit., pág.370.

La exigencia de gravamen se impone asimismo en la prohibición de *reformatio in peius*. El apelante recurre por que se siente agraviado, en cambio, el apelado no apela por que cree que la resolución dictada en primera instancia no le produce gravamen, de lo que se infiere que para el recurrido en apelación la resolución es correcta y no puede verse beneficiado por su inactividad procesal. Por lo tanto, la resolución de segunda instancia no puede gravar más al apelante y favorecer al apelado, concediéndole más de lo que le dio la resolución recurrida ya que ni uno ni el otro lo han pedido. De esta forma, se introduce la prohibición de reforma peyorativa en apelación, en el sentido de que no cabe empeorar la situación del apelante si éste es el único que ha interpuesto recurso<sup>174</sup>. La S.T.C. 115/1986, de 6 de octubre manifiesta,

*“(...) la idea misma de tutela jurisdiccional efectiva de derechos e intereses de la medida en que constituyendo el interés de la impugnación uno de los presupuestos de admisibilidad misma, la apelación única del condenado no puede conducir a unos resultados que estén en contraste o en contradicción con dicho interés”<sup>175</sup>.*

Por su parte, el T.S. lo afirma en la Sentencia de 16 de marzo de 1988 (R.J.1973):

*“(...) constante doctrina jurisprudencial, según la cual el principio prohibitivo de la reformatio in peius impide que una resolución judicial sea reformada en contra del recurrente, si no se formula por la otra parte una pretensión en este sentido, y se funda precisamente en que las atribuciones del Tribunal ad quem se derivan de la pretensión de la parte recurrente y los límites de ellos son los límites de aquellas atribuciones, habiéndose llegado a declarar que existe reformatio in peius cuando una resolución judicial es revocada, no concediendo o negando lo que pedía la recurrente, sino agravando la resolución en su perjuicio sin que esto sea pedido por otro recurrente, o adherido al recurso (...), se ha declarado que existe una dimensión constitucional de la reformatio in peius que deriva de la idea misma de la tutela jurisdiccional de derechos e intereses en la medida que constituyendo el interés de la impugnación uno de los presupuestos de la admisibilidad misma, la apelación única del condenado no puede conducir a unos resultados que estén en contraste o contradicción con dicho interés”<sup>176</sup>.*

Dificultad añadida a la hora de establecer un concepto adecuado de gravamen es la utilización de muy diferente terminología. Para referirse al mismo se habla

---

<sup>174</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Doctrina general de los medios de impugnación...*, ob. cit., pág.280. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.322. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., págs.247 y 248. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con otros): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.250.

<sup>175</sup> S.T.C. 54/1985, de 18 de abril; S.T.C. 84/1985, de 8 de julio; 120/1995, de 17 de julio, entre otras.

indistintamente de gravamen, interés, perjuicio, vencimiento, agravio, situación desfavorable. Parece conveniente, pues, analizar, siquiera sea brevemente, estas formas de expresar el mismo presupuesto, siempre cogiendo como base el término gravamen ya que se considera el más acertado.

#### 2.1.A. Perjuicio y gravamen.

Generalmente, cuando se habla de perjuicio se tiende a pensar en un daño de tipo económico<sup>177</sup>. En cambio, el gravamen es un vocablo más genérico que se refiere a cualquier tipo de daño (formal, de fondo, económico, jurídico...). En este aspecto debemos situar la diferenciación. Por eso, al tener un significado más amplio, consideramos más acertado utilizar la palabra gravamen, ya que engloba más supuestos de apelación que surgen en la práctica.

#### 2.1.B. Interés para apelar y gravamen.

El gravamen marca el interés necesario para poder interponer un recurso. El recurso de apelación, debido a su carácter ordinario, no tiene establecidos unos motivos específicos. Pero, la apelación precisa de algún fundamento que determine su existencia. Este fundamento es el interés objetivo y personal de quien recurre. Indudablemente, el interés de la apelación nace del gravamen que causa la resolución contra la que se recurre. Como señala la doctrina, “Sin gravamen no hay interés, y sin interés nada cabe solicitar de la Administración de Justicia”<sup>178</sup>. Si la resolución de primera instancia

---

<sup>176</sup> En el mismo sentido, las S.S.T.S.: 25 de febrero de 1944 (R.J.524); 14 de abril de 1961 (R.J.126Í); 31 de mayo de 1967 (R.J.2844) y 24 de octubre de 1978 (R.J.3283).

<sup>177</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1074.

<sup>178</sup> MIGUEL ANGEL FERNANDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.216. En el mismo sentido, GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1356; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.246. FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3525 y 3526, nos muestra unas S.S.T.S. relativamente antiguas (de 7 de febrero de 1941, de 21 de junio de 1943, de 2 de octubre de 1944), donde el T.S. ya entendía que el interés para recurrir nace del gravamen. FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Doctrina general de los medios de impugnación...*, ob. cit., pág.282. CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.526. DE LA PLAZA, M.: *Derecho procesal civil español*, ob. cit., V.I., pág.646. ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8111. TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., pág.8683. GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C.: *Las resoluciones interlocutorias en el proceso civil. Sistema de recursos*, ob. cit., pág.36. GISBERT POMATA, M.: *Tratado de la apelación civil...* ob. cit., pág.160 y 205.

favorece plenamente al litigante, éste no tiene interés en recurrir por que no le es desfavorable dicha resolución, por lo que su gravamen en apelación determina el interés en apelar. El gravamen se configura así como una limitación a los recursos que interesa tanto a las partes como al Estado: a las partes, ya que da una cierta seguridad de que el proceso finalizará en algún momento, evitando una dilapidación de tiempo y dinero; y al Estado porque la extensión ilimitada de un recurso provocaría un exceso de trabajo para los Tribunales. En aras a la seguridad jurídica la controversia debe tener fin.

Esta tesis también ha sido proclamada por la jurisprudencia. La S.T.S. de 28 de octubre de 1971 señala,

*“(...) solamente estará legitimado para interponerlos, la parte que resulte o pueda resultar perjudicada, es decir, la que tenga interés legítimo en atacar dicha resolución”.*

La S.T.S. de 7 de julio de 1983 realiza una afirmación parecida:

*“Que el interés legítimo en el obrar, causa común de los actos procesales, cuando de la interposición de los recursos se trata se traduce en la necesidad de un presupuesto - ligado con la legitimación - consistente en la existencia de un gravamen o perjuicio sufrido por el recurrente (...)”<sup>179</sup>.*

Por su parte, el T.C., en la Sentencia 112/1987, de 2 de julio, también lo considera en idéntico sentido:

*“(...) la tutela judicial efectiva que garantiza el art.24.1 de la C.E. se extiende al derecho al recurso o recursos que las leyes establecen contra las resoluciones judiciales, a favor de la parte o partes que, con interés legítimo y entendiendo que su derecho ha sido desconocido o limitado, las impugnen en forma”<sup>180</sup>.*

Las Audiencias Provinciales han venido realizando la misma afirmación<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> S.T.S. de 28 de octubre de 1971 (R.J.4160) y S.T.S. de 7 de julio de 1983 (R.J.4074). Por su parte, también lo exponen así las S.S.T.S. de 7 de febrero de 1941 (R.J.141); de 21 de junio de 1943 (R.J.838); de 4 de noviembre de 1957 (R.J.3032); de 5 de noviembre de 1966 (R.J.5273); de 18 de abril de 1975 (R.J.1721); de 8 de noviembre de 1976 (R.J.4769); de 5 de noviembre de 1983 (R.J.5958); de 10 de noviembre de 1983 (R.J.6074); de 1 de febrero de 1990 (R.J.649); de 20 de marzo de 1991 (R.J.2422); de 10 de junio de 1991 (R.J.4434); de 11 de mayo de 1992 (R.J.3896); de 28 de julio de 1992 (R.J.6464).

<sup>180</sup> S.T.C. 84/1985, de 8 de julio, S.T.C. 115/1986, de 6 de octubre, S.T.C. 79/1987, de 27 de mayo.

<sup>181</sup> S.A.P. de Tarragona, de 16 de septiembre de 1991 (La Ley, 1992-1, 413); S.A.P. de Baleares, de 3 de octubre de 1991 (R.A.C.373); A.A.P. de Madrid, de 29 de junio de 1992 (R.A.C.875); S.A.P. de Madrid, de 1 de octubre de 1992 (R.A.C.1473); S.A.P. de Palma de Mallorca, de 25 de enero de 1993 (La Ley, 1993-1, 705); S.A.P. de Castellón, de 10 de febrero de 1993 (R.A.C.2569); S.A.P. de Asturias, de 19 de junio de 1995 (R.A.C.1101); A.A.P. de Madrid, de 31 de octubre de 1995 (R.A.C.2097); S.A.P. de Pontevedra, de 11 de enero de 1997 (R.A.C.738).

## 2.1.C. Vencimiento y gravamen.

No podemos equiparar gravamen y vencimiento, entendido éste último como el hecho de que la decisión judicial no se corresponde, total o parcialmente, con lo pedido por la parte. El vencido en juicio no es el único que puede interponer el recurso de apelación. El vencedor también está facultado para presentar la apelación cuando no se le otorgue todo lo que ha pedido, o cuando no se haya condenado expresamente en costas al contrario, y sufra por ello algún gravamen. En estos casos, la resolución que se pretende impugnar no sólo afecta desfavorablemente al vencido, sino también puede resultar desfavorable al vencedor. Como se indica acertadamente, para este último supuesto la L.E.C. concede la posibilidad de adherirse a la apelación, según veremos en su momento<sup>182</sup>.

Existen ciertas hipótesis, como expone otra autora, “(...) en las que el derecho a impugnar no deriva ni del rechazo ni del acogimiento de la demanda”: cuando la sentencia declara la extinción del proceso; en acumulación de acciones, cuando se rechaza la acción principal acogiendo la subordinada; cuando la sentencia aprecie una excepción procesal de oficio; u otros supuestos de los que se derive algún gravamen para la parte victoriosa<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.167.

En el mismo sentido, DE LA PLAZA, M.: *Derecho procesal civil español*, ob. cit., V.II, pág.754. CARNELUTTI: *Sistemas de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.642, afirma: “(...) si vencimiento quisiera indicar esencialmente la situación determinada a la parte por la desestimación de la demanda, el contumaz no podría impugnar la sentencia pronunciada en contra suya. Por tanto, vencido frente al proveimiento es la parte *cui nocet*”. ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8113.

Por contra, GUASP (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1356) equipara el vencimiento al gravamen, e incluso considera a ambos determinantes del interés para apelar: “la condición que determina la causa de la apelación es el vencimiento en la primera instancia del litigio, puesto que ese vencimiento determina un perjuicio o gravamen para la parte que justifica su recurso en función del simple interés”. Según GUASP, el vencido siempre podrá apelar en base a su interés, en cambio, el vencedor nunca podrá hacerlo por carecer de perjuicio.

<sup>183</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., pág.8683. También manifiesta, siguiendo a la jurisprudencia italiana, “carece de interés en impugnar la parte victoriosa para pedir sólo el cambio de motivación (porque la sentencia se basó en razones de hecho o de derecho diversas de las que sustentaba la demanda); y carece asimismo de interés las reservas de derecho o de acciones reconocidas en sentencia favorable a una parte, porque no tiene valor jurídico *per se* y porque el gravamen se refiere a fines concretos y actuales y no a fines meramente hipotéticos”.

Nuestras primeras fuentes tampoco diferencian y consideran que no sólo el perdedor (*victus*) puede interponer la apelación, sino también puede hacerlo el vencedor (*victor*) cuando, a pesar de ganar la causa, no estime satisfechas todas sus pretensiones procesales. Las Partidas, el Doctrinal y el Espéculo, en el siglo XIII, así como la doctrina de los siglos siguientes, fijan expresamente la posibilidad de apelar del vencedor en la primera instancia, pero únicamente en la parte de su pretensión que el Juez había desestimado, por suponerle un gravamen<sup>184</sup>.

El T.S., finalmente, también cree que el vencedor está legitimado para intervenir en los recursos. La Sentencia de 5 de octubre de 1978, indica:

*“(...) está legitimado para promover el recurso quien sufra agravio por la resolución impugnada - demandante o demandado -; de donde claramente se infiere que tiene derecho a recurrir tanto el vencido, como el vencedor, si a éste no se le hubiera otorgado todo lo que pidió y en la forma en que fue pedido, pretensión que puede formalizar en dos momentos perfectamente diferenciados, uno, interponiendo en tiempo y forma, apelación contra los extremos que conceptúe no atendidos y otro mediante la adhesión al recurso(...)”<sup>185</sup>.*

Las Audiencias Provinciales también admiten la apelación del vencedor<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., págs.102 y 103. Como señala esta autora, en la escuela de la glosa hubieron distintas opiniones sobre la posibilidad de apelar del *victor*, y algunos glosadores no la aceptaban. Progresivamente se aceptó de forma general, pero los comentaristas introdujeron una limitación: el vencedor sólo podía apelar si el vencido no lo había hecho, ya que una sola apelación bastaba, al poder el vencedor enmendar su perjuicio a través de la adhesión a la apelación. Así se mantiene en los siglos XV y XVI.

<sup>185</sup> S.T.S. de 5 de octubre de 1978 (R.J.3051). En idéntico sentido, la S.T.S. de 13 de junio de 1989 (R.J.4631); S.T.S. de 28 de julio de 1992 (R.J.6464): *“(...) como quiera que los tres únicos pronunciamientos absolutorios que hace la sentencia recurrida se refieren exclusivamente a la demanda C. (...), podría pensarse que la codemandada A. (...) al no referirse a ella ninguno de los tres expresados pronunciamientos condenatorios carece de legitimación para interponer su recurso. No obstante ello, como uno de dichos pronunciamientos (...) podría afectarle directa o indirectamente, al privarle de poder seguir desarrollando su función social y asociativa en los dos referidos sótanos en la forma en que en la actualidad vienen configurados arquitectónicamente, sólo bajo esa perspectiva jurídica puede considerársele legitimada para la interposición del recurso”*.

Pero en resoluciones antiguas el T.S. sólo permitía la apelación del vencido: en la S.T.S. 25 de febrero de 1944 (R.J.524) se afirma, *“(...) sólo son éstos recurribles por el litigante vencido en todas o en parte de las pretensiones que haya mantenido en el pleito”*.

<sup>186</sup> S.A.T. de Las Palmas, de 20 de marzo de 1982 (La Ley, 1982-4, 3223-R).

#### 2.1.D. Consideraciones finales.

Admitido que el gravamen determina el interés en impugnar y que no se puede equiparar al vencimiento, no es del todo correcta la definición de gravamen expuesta en el apartado anterior. Si decimos que el gravamen es la diferencia en perjuicio entre lo pedido y lo concedido, sólo se están abarcando los casos donde hay un vencido y un vencedor. Pero, como ha puesto de manifiesto alguna autora, en la práctica se dan otros supuestos donde no se produce la diferencia mencionada y, sin embargo, se ocasiona un gravamen<sup>187</sup>. Por poner un ejemplo, los supuestos donde el Juez *a quo*, erróneamente o por alguna otra razón, no dicta una condena en costas estando previsto. En la demanda no se ha pedido la condena en costas, y, en cambio, es obligatorio concederla por estar establecido legalmente. Si el Juez de primera instancia no la dicta, la parte, aunque se le hayan concedido todos sus pedimentos, puede interponer recurso de apelación al perjudicarle la falta o el establecimiento erróneo de las costas. Otro supuesto que denota la inexactitud del concepto dado son los casos de rebeldía, en los que el rebelde nada ha pedido y, en cambio, le puede perjudicar la resolución que se dicte en primera instancia.

Es necesario, por tanto, precisar el concepto de gravamen. Hay gravamen cuando la resolución del Juez *a quo* produce una situación desfavorable para alguno de los litigantes que incide en su esfera de derechos e intereses legítimos discutidos en el pleito. La esencia del concepto de gravamen se centra así en esta incidencia desfavorable en los derechos e intereses legítimos de una persona. Lo que queda por determinar, y que intentaremos precisar en los siguientes apartados, es el alcance de este gravamen: ¿hasta donde llega lo desfavorable?; ¿qué aspectos de la resolución judicial de primera instancia son susceptibles de producir gravamen?

En cuanto el término perjuicio, si bien tiende a tener un significado más económico, consideramos que se pueden utilizar indistintamente los vocablos perjuicio, gravamen y desfavorable; ya que, en definitiva, identifican la misma idea: la

---

<sup>187</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., pág.8683, aunque acaba definiendo el gravamen en base al interés en impugnar, cosa que consideramos poco explicativa ya que tendrá interés en impugnar quien tenga gravamen.

consecuencia que resulta de la resolución apelada. Sin embargo, la terminología acuñada de forma mayoritaria actualmente es la de gravamen<sup>188</sup>.

No obstante lo dicho, se podría argumentar que la exigencia de gravamen es indiferente e, incluso, inútil, ya que quien acude a un recurso lo hace siempre para defenderse de alguna consecuencia o situación que no le satisface plenamente. En caso contrario, no entraría en la dinámica costosa, tanto personal como económica, inherente a los recursos. Al ser un requisito presente en todas las impugnaciones, deja de ser tal para aparecer como un elemento normal y concurrente. Siguiendo el razonamiento de que quien interpone recurso siempre lo hace porque la resolución le causa alguna situación perturbadora, convirtiéndose este camino en el único existente para restablecer su esfera patrimonial o personal, la exigencia de gravamen en el ámbito de los recursos pierde todo su contenido, al darse de forma natural en la interposición de cualquiera de ellos. Pero, no podemos olvidar aquellos casos donde los recursos obedecen solamente a la intención consciente de dilatar el proceso o causar un mayor daño e incomodidad a la parte contraria, y no a restablecer el propio interés. En estos supuestos es donde la necesidad de apreciar la existencia de gravamen alcanza su máxima importancia, como requisito cuya observancia práctica es indispensable para que el sistema de recursos funcione correctamente. Apoya esta afirmación la doctrina actual de nuestros Tribunales, donde abundan los pronunciamientos en que se pone fin a un recurso por no existir gravamen para quien lo interpone, al responder su pretensión impugnatoria a otros motivos<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El gravamen como presupuesto de los recursos*, ob. cit., pág.369. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., págs.319 y 327. ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8111. TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., pág.8681. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *la prueba en segunda instancia*, ob. cit., pág.245.

<sup>189</sup> S.A.P. de Baleares, de 3 de octubre de 1991 (R.A.C.373); S.A.P. de Barcelona, de 10 de febrero de 1992 (La Ley 93-1, 379); S.A.P. de Huesca, de 13 de febrero de 1992 (R.A.C.297); A.A.P. de Madrid, de 29 de junio de 1992 (R.A.C.875); S.A.P. de Madrid, de 1 de octubre de 1992 (R.A.C.1473); S.A.P. de Valencia, de 14 de octubre de 1992 (R.A.C.1342); S.A.P. de Valencia, de 16 de octubre de 1992 (R.A.C.1344); S.A.P. de Castellón, de 10 de febrero de 1993 (R.A.C.2469); S.A.P. de Barcelona, de 21 de mayo de 1993 (R.A.C.1177); A.A.P. de Madrid, de 31 de octubre de 1995 (R.A.C.2097); A.A.P. de Madrid, de 12 de diciembre de 1995 (La Ley 96-2, 2666); S.A.P. de Pontevedra, de 11 de enero de 1997 (R.A.C.738); S.A.P. de Cáceres, de 12 de marzo de 1998 (R.A.C.658); A.A.P. de Cuenca, de 30 de abril de 1998 (R.A.C.4564).



## 2.2. Funciones del gravamen.

### 2.2.A. Elemento determinante del objeto de la apelación.

La apelación debe centrarse en aquellos pronunciamientos de la resolución dictada en primera instancia que sean desfavorables para quien interponga el recurso. De esta forma, queda fijado el objeto sobre el que versará el recurso de apelación. Los pronunciamientos beneficiosos no pueden ser impugnados por la persona a quien favorecen, ya que, en estos casos, no se entiende cual debe ser el objeto de la reforma, fin último de la apelación. Observamos, pues, que el gravamen delimita las cuestiones que deben tratarse y resolverse en el recurso de apelación.

No obstante, nuestra L.E.C. configura la apelación como un recurso ordinario, por lo tanto sin establecer unas causas tasadas necesarias para su admisión, al ser suficiente la manifestación de voluntad del perjudicado de interponer el recurso alegando genéricamente el gravamen que sufre, sin entrar en más detalles. El razonamiento de la parte apelante así como la respuesta de la apelada, según nuestro sistema procedimental, se producen tardíamente, en la vista del recurso. Sólo tras la última reforma de la L.E.C., de 1992, en los juicios verbales y de cognición se exige especificar en el escrito de interposición del recurso los motivos que fundamentan la presentación de la apelación. Pero, incluso en estos supuestos, los actos posteriores que integran el recurso únicamente podrán referirse a cuestiones de la resolución impugnada que sean desfavorables para el apelante o adherido a la apelación. Debemos tener

---

La S.A.P. de Valencia, de 13 de julio de 1998 (R.A.C.1358) afirma: “(...) no cabe apelar en aquellos casos en que no haya perjuicio para el recurrente causado por la resolución impugnada, y no existirá cuando la cuestión haya sido resuelta de conformidad con el suplico”.

Sentencias del T.S. de: 7 de febrero de 1941 (R.J.141), 21 de junio de 1943 (R.J.838), 9 de marzo de 1961 (R.J.944), 29 de marzo de 1963 (R.J.1938), 5 de noviembre de 1966 (R.J.5273), 28 de octubre de 1971 (R.J.4160), 25 de octubre de 1982 (R.J.5573), 7 de julio de 1983 (R.J.4074), 5 de noviembre de 1983 (R.J.5958), 15 de octubre de 1984 (La Ley, 1985-1, 6076-R), 11 de diciembre de 1985 (R.J.6434), 12 de marzo de 1990 (R.J.1687), 29 de octubre de 1990 (R.J.8261), 28 de julio de 1992 (R.J.6464) y 27 de julio de 1996 (R.J.6405), entre otras.

La S.T.S. de 2 de octubre de 1944 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3526), lo expone así: “Desestimada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Pamplona la demanda deducida por A, B y C, y absueltos de ella todos los demandados, con resolución beneficiosa para los mismos, entre los que se encuentra D, de las cuestiones discutidas en el pleito, carece esta

presente, también, que no se exige al apelante la determinación del objeto de la apelación, de manera que, cuando se limite a apelar la sentencia definitiva sin más concreciones, el Tribunal *ad quem* puede extender su conocimiento a cualquier pronunciamiento de la resolución que sea desfavorable para el apelante. El objeto de este recurso quedará fijado con base en el gravamen producido por la resolución judicial que se pretende apelar<sup>190</sup>. En el mismo sentido se ha pronunciado el T.S.<sup>191</sup> y las Audiencias Provinciales<sup>192</sup>.

Está pacíficamente admitido que el recurso de apelación sólo puede versar sobre los extremos de la resolución de primera instancia desfavorables para quien lo interponga o se adhiera a la apelación, delimitándose así el objeto de la misma<sup>193</sup>. Además, las personas legitimadas para apelar deben conformarse con los pronunciamientos favorables de la resolución impugnada. De esta forma, las resoluciones dictadas en apelación se dirigen a determinar si ha tenido lugar la consecuencia desfavorable resultante de la resolución recurrida. Así lo interpreta nuestro T.S. en la Sentencia de 14 de marzo de 1995:

*“(...) el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que haya sido consentido por la parte a quien perjudique (única que estaría legitimada para recurrir), al deber ser tenido por firme y con autoridad de cosa juzgada (artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), no puede volver a ser considerado y resuelto por la sentencia de apelación (...)”.*

En el mismo sentido, la S.T.S. de 21 de abril de 1993:

*“(...) ha de entenderse, lógicamente, referida tan sólo a la parte del expresado pronunciamiento que le perjudica (condena al pago de la*

---

*recurrente de interés que legitime y haga admisible su recurso contra un fallo que no la causa lesión reparable por medio de aquél”.*

<sup>190</sup> CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.529. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca y Gómez Colomer): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., vol. II -1º, pág.388; MIGUEL ANGEL FERNANDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.499; MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ LÓPEZ (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., pág.215. DE LA PLAZA, M.: *Derecho procesal civil español*, ob. cit., V.II, pág.750.

<sup>191</sup> La S.T.S. de 6 de julio de 1962 (R.J.3119), la S.T.S. de 30 de noviembre de 1964 (R.J.5634), la S.T.S. de 17 de enero de 1984 (R.J.348) y la S.T.S. de 13 de mayo de 1992 (R.J.3922).

<sup>192</sup> S.A.P. de Barcelona, de 21 de mayo de 1993 (R.A.C.1177); S.A.P. de Madrid, de 28 de septiembre de 1993 (A.C., 31 de enero de 1994, @121); S.A.P. de Huesca, de 14 de diciembre de 1993 (A.C., 15 de abril de 1994, @452); S.A.P. de Murcia, de 24 de febrero de 1994 (R.A.C.348); S.A.P. de Huesca, de 27 de septiembre de 1994 (R.A.C.1439); S.A.P. de Valencia, de 19 de enero de 1995 (R.A.C.840).

<sup>193</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1081; MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág. 167; FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.3345, 3369 y 3528.

*expresada cantidad a los actores), pero no a la parte del mismo que le beneficia (...)*<sup>194</sup>.

Igualmente lo consideran las Audiencias Provinciales<sup>195</sup>.

Sería recomendable que la ley procesal exigiera al apelante, en el escrito de interposición del recurso, la indicación de los puntos de la resolución que se pretenden impugnar como causa de algún tipo de gravamen, así como los motivos en los que funda la apelación<sup>196</sup>. De esta forma, el Juez competente podría ya de inicio, analizar si dichos puntos son o no desfavorables y desechar, total o parcialmente, aquellas apelaciones meramente dilatorias cuyo fin no es eliminar el gravamen que infiere la resolución a alguno de los justiciables<sup>197</sup>. Pero para que esto sea posible y no caer en la arbitrariedad judicial de manera que unos jueces estimen desfavorable lo que otros entienden favorable, es necesario delimitar legalmente el concepto de gravamen, en qué casos opera y qué extremos de la resolución judicial pueden causarlo.

---

<sup>194</sup> S.T.S. de 14 de marzo de 1995 (R.J.2429) y S.T.S. de 21 de abril de 1993 (R.J.3111). También, S.T.S. de 30 de noviembre de 1964 (R.J.5634), S.T.S. de 21 de octubre de 1974 (R.J.3897), S.T.S. de 25 de noviembre de 1988 (R.J.8707), S.T.S. de 2 de diciembre de 1991 (R.J.8905), S.T.S. de 7 de febrero de 1994 (R.J.919).

<sup>195</sup> S.A.P. de Barcelona, de 10 de febrero de 1992 (La Ley, 1993-1, 379), S.A.P. de Barcelona, de 30 de abril de 1993 (R.A.C.541), S.A.P. de Cádiz, de 27 de diciembre de 1993 (R.A.C.2553), A.A.P. de Zaragoza, de 29 de diciembre de 1993 (R.A.C.2518), S.A.P. de Tarragona, de 6 de julio de 1994 (R.A.C.1271), S.A.P. de Zaragoza, de 17 de junio de 1995 (A.C., 30 de noviembre de 1995, @1873), S.A.P. de Segovia, de 6 de julio de 1995 (R.A.C.1322), S.A.P. de Lugo, de 17 de octubre de 1995 (La Ley, 1996-1, 991), S.A.P. de Valladolid, de 12 de diciembre de 1995 (A.C., 29 de febrero de 1996, @303), S.A.P. de Barcelona, de 28 de diciembre de 1995 (R.A.C.2280).

<sup>196</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1081. MIGUEL ANGEL FERNANDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.499.

<sup>197</sup> Este trámite ya existía en el derecho antiguo: Fuero Real 2, 156; ley recogida en la Recopilación 4, 17, 7 y en la Novísima 11, 18, 2; Partidas 3, 23, 27; y Doctrinal 5, 1, 25. Se realizaba en la instrucción de la causa de apelación ante el Juez *ad quem*, y consistía, una vez admitida la apelación en la segunda instancia, en un escrito, llamado de agravios (aunque también recibía otros nombres como “expresión de agravios” o “mejora de la apelación”), donde el apelante expresaba los agravios motivo de la impugnación y el apelado contestaba refutando sus alegaciones. Era el momento de la *litis contestatio*. La L.E.C. de 1855 mantiene este trámite en su art.849, escrito de agravios que presentaba el apelante una vez se había personado ante la Audiencia y se le habían trasladado los autos, y donde debía exponer los perjuicios que la resolución apelada le había causado, solicitando su revocación, y dando traslado del mismo al apelado para que contestase. Sin embargo, la L.E.C. de 1881, que tras algunas modificaciones aún está vigente actualmente, suprime el escrito de agravios. Las últimas tendencias parece que vuelven a defender la existencia de algún trámite, en el momento inicial del procedimiento de apelación ante el *ad quem*, donde se ponga de manifiesto el perjuicio causado al apelante por la resolución que se pretende impugnar. Actualmente, existe un Proyecto de L.E.C., pendiente de tramitación en la Cortes Generales, que exige al apelante, en la preparación del recurso, la exposición de los motivos en que funda su impugnación, entre los que se encuentran, sin duda, las cuestiones de la resolución apelable que le son perjudiciales, aunque aún no queda del todo claro si el apelado podrá contestar a estas alegaciones.

Al decirse que el gravamen ocasionado por la resolución dictada delimita el objeto de la apelación, se anuncia, también, la prohibición de introducir cuestiones nuevas en este recurso, de modo que si lo desfavorable debe ser lo tratado en primera instancia, no se pueden introducir cuestiones que, aunque de aquella índole, no fueron objeto de la misma. Sobre este tema volveremos en próximos epígrafes.

#### 2.2.B. Elemento que sirve para determinar la legitimación para recurrir en apelación.

Como hemos expuesto, el gravamen producido por la resolución dictada en primera instancia señala quien está legitimado para apelar. Así, legitimación y gravamen aparecen como presupuestos necesarios en el recurso de apelación, íntimamente relacionados, de manera que no es posible concebir uno sin el otro: si no se está legitimado no se puede recurrir, y si no se tiene gravamen no se está legitimado. Son requisitos que se complementan.

Está comúnmente admitida, como hemos visto, la necesidad de gravamen para interponer recurso de apelación. Este gravamen pone de manifiesto que la apelación sirve para enmendar el vicio procesal o defecto en la emisión del juicio de primera instancia, ya que quien reconozca la corrección del fallo no está legitimado para apelar al carecer de gravamen. Pero, en ocasiones, este recurso puede servir para que un litigante de mala fe dilate intencionadamente el proceso. En tal supuesto corresponde al legislador encontrar un equilibrio entre la facultad de utilizar los recursos previstos por la Ley, como derecho fundamental constitucionalmente reconocido, y la no utilización de recursos innecesarios, meramente dilatorios. Una forma de solucionar este problema sería, quizá, establecer que el Tribunal *ad quem*, antes de admitir el recurso y ante lo alegado en el escrito de interposición (donde se especificarían los fundamentos de la apelación), analizara si la resolución de primera instancia causa gravamen a quien interpone el recurso, tal como lo hemos descrito anteriormente.

### 2.3. Tipos de gravamen.

Saber cuáles son las clases o tipos de gravamen nos servirá para delimitar más esta figura, y , así, configurar su tratamiento. Existen, pues, distintos criterios de clasificación:

#### 2.3.A. Gravamen total y gravamen parcial.

Un primer criterio de clasificación del gravamen se obtiene teniendo en cuenta los extremos de la resolución que causen perjuicio: si se trata de todos los pronunciamientos de la decisión nos encontramos ante un gravamen total; si, por contra, sólo afecta a una parte de la misma, el gravamen será parcial.

La posibilidad de impugnar únicamente la parte perjudicial de la resolución ya se estableció en las Partidas, pero sólo en un caso concreto: “la demanda fuese fecha sobre muchas cosas, et el judgador le diese en las unas por quito et en las otras por vencido”<sup>198</sup>. Este criterio se mantiene aún actualmente, aunque la L.E.C. no lo establezca expresamente.

Está pacíficamente admitido que no es necesario que el gravamen se desprenda de toda la resolución impugnada, sino que la misma puede ser total o parcialmente desfavorable para el recurrente<sup>199</sup>. Nuestro T.S. también lo admite desde hace tiempo<sup>200</sup>. En el mismo sentido lo propugna la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales<sup>201</sup>. De esta forma, los efectos devolutivo y suspensivo sólo se darán respecto a los pronunciamientos apelados (los que causen gravamen), mientras que el resto de la

---

<sup>198</sup> Partidas 3, 23, 14; Espéculo 5, 14, 7; Doctrinal 6,1,13; Leyes de Estilo 158 (en AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., pág.65).

<sup>199</sup> CARNELUTTI: *Instituciones del proceso civil*, ob. cit., pág.187. ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.362. GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1357. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.216. RAMOS MENDEZ, F: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.712.

<sup>200</sup> S.T.S. 25 de febrero de 1944 (R.J.524); S.T.S. 30 de noviembre de 1964 (R.J.5634); S.T.S. de 7 de febrero de 1994 (R.J.919); S.T.S. de 14 de marzo de 1995 (R.J.2429).

<sup>201</sup> S.A.P. de Madrid, de 29 de junio de 1992 (R.A.C.875); A.A.P. de Navarra, de 2 de junio de 1994 (R.A.C.1337).

resolución no apelada adquirirá firmeza<sup>202</sup>. El Tribunal *ad quem* no podrá resolver aquellas cuestiones consentidas, al no haber sido impugnadas por no causar gravamen o porque el perjudicado no lo ha considerado oportuno. Las facultades del Tribunal se limitan a la parte de la resolución apelada.

Cuando se habla de impugnación total o parcial no tiene porque identificarse exactamente con el gravamen total o parcial producido. Al tener los litigantes autonomía no sólo para decidir si interponen o no recurso, sino también para especificar los pronunciamientos perjudiciales concretos que se impugnan, es posible que el gravamen sea total y la impugnación parcial o que siendo el gravamen parcial no se recurran todos los extremos desfavorables. Lo que nunca puede suceder, pues faltaría legitimación para recurrir, es que habiéndose producido un gravamen parcial la impugnación sea total.

### 2.3.B. Gravamen de derecho material y gravamen procesal o formal.

Según la materia sobre la que verse el gravamen producido por la resolución judicial del Juez *a quo* obtenemos el segundo criterio de clasificación: el gravamen puede ser de derecho material y de derecho procesal<sup>203</sup>.

Un sector de la doctrina parte de otra clasificación, distinguiendo el gravamen económico del gravamen jurídico y incluyendo dentro del jurídico, el gravamen de derecho material y el procesal<sup>204</sup>. No creemos acertada tal clasificación, pues no se puede negar que el gravamen económico también es jurídico. Por eso, parece más oportuno distinguir entre gravamen de derecho material y procesal, como gravámenes jurídicos,

---

<sup>202</sup> Por lo que se refiere a la producción de estos efectos y a la adquisición de firmeza o producción de cosa juzgada, siempre debemos tener presente el juego de la adhesión a la apelación, ya que sólo se producirán los efectos mencionados cuando haya precluido el plazo para alegarla.

<sup>203</sup> GUASP, J.: *Derecho procesal Civil*, ob. cit., pág.1357. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con Gimeno Sendra y Moreno Catena): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.337 y 348. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., pág.245. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.54, aunque este autor dice que esta distinción debe ser superada en base a la Teoría monista de las relaciones entre derecho y proceso, según la cual es derecho se crea caso por caso. No podemos estar de acuerdo con esta postura ya que el derecho es uno, el que establece la Ley y no el que resulta de la práctica. La Ley fija aspectos materiales y procesales que inciden en el proceso.

<sup>204</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El gravamen como presupuesto de los recursos*, ob. cit., pág.370. En el mismo sentido, GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C.: *las resoluciones interlocutorias en el proceso civil, Sistema de recursos*, ob. cit., pág.37; RAMOS MENDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.712.

para situar, como veremos, el gravamen económico dentro de las dos categorías anteriores, según verse sobre materia de costas procesales o sobre alguna institución de derecho sustantivo.

Otros autores, por su parte, distinguen entre resoluciones procesales (“(...) declaraciones de voluntad que se refieren al proceso mismo”) y resoluciones materiales (“(...) se procede a aplicar normas materiales, las que sirven para decidir sobre el objeto del proceso”), para hablar en el primer caso de medios de impugnación procesales y en el segundo de medios de impugnación materiales. Considera que los medios de impugnación procesales no es necesario el gravamen para recurrir, pues, es un presupuesto para recurrir contra resoluciones materiales y, sobre todo, no es exigible cuando se trata de nulidad de pleno derecho<sup>205</sup>. Pero, incluso en estos casos hay gravamen ya que, como afirma la jurisprudencia, sin gravamen no se tiene legitimación para recurrir y no se puede interponer ningún recurso. Por ejemplo, en una sentencia absolutoria en la instancia por apreciar una excepción procesal alegada por el demandado (resolución procesal), el demandante padece un gravamen ya que el órgano judicial no ha admitido su pretensión. Sufre un gravamen de derecho procesal.

### *2.3.B.1. Gravamen de derecho material.*

Este tipo de gravamen se produce cuando la diferencia entre lo pedido por el litigante y lo concedido en la resolución del Juez *a quo*, que infiere negativamente en su esfera de derechos e intereses legítimos, se centra en las llamadas cuestiones de fondo.

De esta forma, habrá gravamen de derecho material para cualquiera que quiera interponer un recurso, si hay incongruencia entre la resolución y las peticiones de los litigantes. Esto es, cuando el Juez no ha fallado sobre lo pedido por las partes, sino sobre otros extremos no alegados ni probados por éstas o basándose en una calificación jurídica que no guarda ninguna relación con lo solicitado por las mismas, podemos

---

<sup>205</sup> MONTERO AROCA, J.: *Ámbito devolutivo del recurso de apelación*, págs.2 y ss.

calificar su resolución de incongruente<sup>206</sup>. El T.S. lo afirma también en este sentido<sup>207</sup>. Igualmente, las Audiencias Provinciales admiten este tipo de gravamen<sup>208</sup>.

Existe incongruencia no sólo cuando el Juez no tiene en cuenta las peticiones del demandante efectuadas en la demanda, sino también en los casos donde el Juez se separa de las peticiones del demandado mantenidas en la reconvencción, y en su caso, las contenidas en los escritos de réplica y dúplica.

Lo que sí puede hacer el órgano judicial de primera instancia es extender su decisión a aspectos complementarios de las pretensiones de las partes. En estos supuestos no se causa gravamen. Lo afirma así la S.T.S. de 20 de mayo de 1986:

*“No es exigible que el juzgador tenga que pronunciar el fallo ajustándose rigurosamente a los términos literales en que estén redactadas las pretensiones de las partes, sino que, por el contrario, el fallo ha de acatar la esencia de lo solicitado, en conexión con los antecedentes de hecho y razonamientos jurídicos expuestos por los contendientes en los escritos iniciales del pleito, hasta el punto de no estimarse incongruencia en la sentencia la acogida de aspectos complementarios de las propias declaraciones solicitadas por las partes en el juicio en cuestión”*<sup>209</sup>.

Es necesario tener bien presente, sin embargo, que no existe incongruencia y, por lo tanto, tampoco gravamen o perjuicio, si el Juez altera la calificación jurídica expuesta por las partes, siempre que esté relacionada con el objeto del pleito. El Juez de Primera Instancia, con base en la máxima *iura novit curia*, aplica el derecho en la forma que considere correcta, sin estar obligado a tener en cuenta las interpretaciones de las partes. De esta manera, cuando la resolución que se pretende recurrir recoge todos los pedimentos de los litigantes, pero lo hace en virtud de una calificación jurídica distinta

---

<sup>206</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V. (*Doctrina general de los medios de impugnación...*, ob. cit., págs.283 y 284) presenta los siguientes supuestos de gravamen: “hay gravamen para el demandado cuando se desestimó la demanda por compensación y no por una excepción propuesta en primer lugar (...). No hay gravamen para el actor cuando su demanda ha sido desestimada por un motivo de fondo alegado por el demandado (...)”.

<sup>207</sup> S.S.T.S. de: 31 de mayo de 1967 (R.J.3266); 19 de julio de 1989 (R.J.5759); 3 de marzo de 1992 (R.J.1837), entre otras.

<sup>208</sup> S.A.P. de Madrid, de 4 de septiembre de 1996 (R.A.C.2502); S.A.P. de Baleares, de 7 de octubre de 1996 (R.A.C.1971).

<sup>209</sup> S.T.S. de 20 de mayo de 1986 (R.J.2735). En el mismo sentido, las S.S.T.S.: de 28 de noviembre de 1964 (R.J.5633); de 3 de febrero de 1984 (R.J.574); de 12 de noviembre de 1985 (R.J.5582), entre otras.



de la efectuada por éstos, no existe perjuicio para la parte, siempre que no se innove la acción ejercitada<sup>210</sup>.

El T.C. también lo viene afirmando. Como señala en su Sentencia 12/1987:

*“Este Tribunal ya ha manifestado repetidamente que no constituye indefensión que el Juzgador base sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes, siempre que se atenga al contenido de la pretensión y de la causa petendi y, naturalmente, siempre que se atenga al examen de los hechos que se consideren probados”*<sup>211</sup>.

El T.S. también ha mantenido la misma postura en las siguientes sentencias<sup>212</sup>. Por su parte, la S.A.P. de Valencia, de 16 de octubre de 1992 afirma:

*“(…) sobradamente es conocido que no existe gravamen cuando hay divergencia entre lo argumentado por la parte y la motivación de la resolución (…)”*<sup>213</sup>

También se producirá gravamen de derecho material, cuando el pronunciamiento de primera instancia haya incurrido en un vicio *in iudicando* causante de indefensión<sup>214</sup>.

El gravamen de derecho material en muchas ocasiones versa sobre una cuestión económica o pecuniaria. Son habituales los supuestos donde lo que se pide y lo resuelto en la resolución judicial es una cantidad de dinero. Nos encontramos, pues, ante un gravamen de este tipo cuando la diferencia entre lo pedido y lo concedido por el Juez *a quo* es una cuantía económica, perjudicando en el sentido de que la cuantía concedida es inferior a la solicitada<sup>215</sup>.

---

<sup>210</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El gravamen como presupuesto de los recursos*, ob. cit., págs.371 y 372. ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8112. NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.419. GISBERT POMATA, M: *Tratado de la apelación civil...*, ob. cit., págs.255 y 256.

<sup>211</sup> S.T.C. 12/1987, de 4 de febrero. En igual sentido, las S.S.T.C. 20/1982, de 5 de mayo, 15/1984, de 6 de febrero, entre otras muchas.

<sup>212</sup> S.S.T.S.: de 13 de enero de 1944 (R.J.119); de 22 de diciembre de 1950 (R.J.1845); de 7 de julio de 1983 (R.J.4074); de 12 de noviembre de 1985 (R.J.5582); de 26 de diciembre de 1989 (R.J.8872); de 7 de febrero de 1994 (R.J.919).

<sup>213</sup> S.A.P. de Valencia, de 16 de octubre de 1992 (R.A.C.1344).

<sup>214</sup> SERRANO HOYO, G.: *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, ed. Comares, 1997, Granada, pág.384.

<sup>215</sup> Por poner un ejemplo, en la S.T.S. de 7 de octubre de 1991 (R.J.7443), se plantea el siguiente supuesto: *“Doña Sixta F.S. formuló demanda, en juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, solicitando una indemnización de 11.000.000 ptas., contra don (...). El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que, estimando parcialmente la demanda, condenó a los demandados a satisfacer a la actora 5.000.000 ptas. Interpuesto recurso de apelación (...)”*.

En algunos ordenamientos de nuestro entorno como el alemán, el francés y el italiano, se exige una cuantía que, como mínimo, debe concurrir para poder acceder a un recurso: es la llamada *summa gravaminis*. Se trata de un presupuesto necesario para la admisibilidad de los recursos, fijado por la cuantía total del proceso, aunque un perjuicio parcial también puede dar lugar al recurso, siempre que se alcance dicha suma<sup>216</sup>.

En el ordenamiento español no existe la *summa gravaminis* mínima como presupuesto para recurrir en apelación<sup>217</sup>. Sin embargo, se acepta, aunque con cierta cautela, que al ser los recursos una cuestión de legalidad ordinaria, el legislador, ponderando las exigencias de igualdad y otros principios y derechos constitucionales, puede negar algún medio de impugnación en atención a la escasa cuantía del asunto<sup>218</sup>.

Esta tendencia de eliminar las impugnaciones de pequeña cuantía ya se ha iniciado en el recurso de apelación del juicio verbal, con el art.732 de la L.E.C.:

“Las sentencias dictadas en los juicios verbales a los que se refiere el artículo 715 de esta Ley no serán susceptibles de recurso de apelación cuando hayan resuelto sobre acciones personales basadas en derechos de crédito.

Contra las sentencias dictadas en procesos, distintos de los mencionados en el párrafo anterior, que deban seguirse por los trámites del juicio verbal, podrá interponerse el recurso de apelación en ambos efectos dentro del plazo de cinco días a partir del siguiente al de su notificación, desde el cual se hallarán las actuaciones en Secretaría a disposición de las partes”

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, “se establece aprovechando la experiencia del orden

---

<sup>216</sup> ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.362 a 364. STEFAN LEIBLE: *Proceso civil alemán*, ob. cit., págs.388, 398 y 399. FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El gravamen como presupuesto de los recursos*, ob. cit., pág.369. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (con otros): *Los recursos en el proceso civil*, ob. cit., págs.132 y 133.

<sup>217</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.319. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ LÓPEZ (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., pág.370. GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1357. RAMOS MENDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.712. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.52.

También, S.T.S. de 29 de octubre de 1990 (R.J.8261).

<sup>218</sup> ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8111. MUERZA ESPARZA (con otros): *La reforma de los procesos civiles...*, ob. cit., pág.92.

jurisdiccional laboral (...), cuando se hayan ejercitado acciones personales de ínfima cuantía”. Como se ha expuesto, estos supuestos desaparecen con la nueva L.E.C..

Pero, este art.732, sobre todo su párrafo primero, ha generado problemas prácticos, al aumentarse el margen de apreciación judicial para decidir si la resolución recaída en juicio verbal es susceptible o no de apelación. En la práctica esto está produciendo criterios judiciales interpretativos diferentes: un mismo conflicto, puede ser apelable para algunos Jueces de Primera Instancia y para otros no, cosa que pone en peligro la seguridad jurídica. En todo caso parece claro que el legislador español ha introducido un supuesto de *summa gravaminis*: en los juicios verbales que resuelvan sobre acciones personales basadas en derechos de crédito, se prohíbe el recurso de apelación cuando el interés de la demanda no exceda de 80.000 pesetas. En cambio, se permite el recurso cuando del ejercicio de una acción real, mixta o derecho similar se trate aunque no se supere dicha cuantía<sup>219</sup>. A partir de ahí las diversas posturas jurisprudenciales trasladan el epicentro de la discusión a qué debe entenderse por “acciones personales basadas en derechos de crédito”. Así, el A.A.P. de Ciudad Real, de 13 de marzo de 1998 (R.A.C.632), matiza el significado de la expresión “acciones personales basadas en derechos de crédito”:

*“(...) incluyendo dentro de su significado, primero, todas aquellas pretensiones que, fundadas en un derecho material de naturaleza personal, tengan por objeto la reclamación judicial de una prestación, crédito a cargo de terceras personas y segundo, todas aquellas pretensiones que, aunque basadas indirectamente en un derecho de índole real, no se dirijan directa o indirectamente a la reivindicación o declaración de existencia o inexistencia de éste, sino al logro de una correcta prestación personal por parte del obligado”*

De esta forma, se incluyen dentro del significado de “acciones personales basadas en derechos de crédito” aquellas acciones, que aún basándose en un derecho real, se dirijan a obtener una determinada prestación personal del obligado, de dar, hacer o no hacer

---

<sup>219</sup> S.A.P. de Sevilla, de 31 de agosto de 1992 (R.A.C.1150); S.A.P. de Huesca, de 29 de octubre de 1992 (R.A.C.1467); S.A.P. de Asturias, de 11 de febrero de 1993 (R.A.C.153); A.A.P. de Málaga, de 23 de marzo de 1993 (R.A.C.388); S.A.P. de Vizcaya, de 22 de marzo de 1994 (A.C., 31 de agosto de 1994, @1199); A.A.P. de Tarragona, de 4 de octubre de 1994 (A.C., 31 de julio de 1995, @1156); S.A.P. de Alicante, de 17 de noviembre de 1994 (R.A.C.2521); S.A.P. de Girona, de 11 de enero de 1995 (A.C., 31 de mayo de 1995, @746); A.A.P. de Zaragoza, de 17 de enero de 1996 (R.A.C.125); S.A.P. de Toledo, de 23 de abril de 1996 (A.C., 15 de agosto de 1996, @1109), entre otras muchas.

alguna cosa. Contra las mismas, si su cuantía no supera 80.000 pesetas, no se puede interponer recurso de apelación.

El art.732 de la L.E.C. también puede plantear alguna duda acerca de si en los procesos especiales, cuya tramitación se remite a las normas del juicio verbal y en los que se ejercita una acción personal basada en un derecho de crédito de cuantía inferior a 80.000 pesetas, no cabe la segunda instancia o, por el contrario, debe incluirse dentro de la expresión “distintos del mencionado en el párrafo anterior” (art.732.II de la L.E.C.), permitiéndose el recurso. Si bien mayoritariamente se entiende que, cualquiera que sea la cuantía del pleito, la resolución debe ser susceptible de apelación porque estos otros procesos responden a una finalidad distinta a la del juicio verbal y únicamente se remiten a sus normas de procedimiento<sup>220</sup>, no faltan posturas contrarias. Un sector de la doctrina ha entendido que la norma excepcional del art.732.II de la L.E.C. no es de aplicación al juicio verbal del automóvil y, por lo tanto, no cabe recurso de apelación si se cumple lo preceptuado en el art.732.I de la L.E.C.<sup>221</sup>. Esta opinión encuentra su fundamento en algunas resoluciones de las Audiencias Provinciales que también han señalado que no cabe recurso de apelación en este supuesto<sup>222</sup>. Sin embargo, otra postura doctrinal, contraria a la anterior, considera que si que cabe recurso de apelación en el juicio verbal del automóvil aunque se cumpla lo preceptuado en el art.732.I de la L.E.C.<sup>223</sup>. Algunas Audiencias Provinciales admiten esta última postura<sup>224</sup>. Se observa

---

<sup>220</sup> MUERZA ESPARZA (con otros): *La reforma de los procesos civiles...*, ob. cit., pág.93. MONTERO AROCA, J.: *El juicio verbal de tráfico (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, de Tirant lo Blanc, Valencia, 1999, págs.436 y 454. RICHARD GONZÁLEZ, M.: *La segunda instancia en el proceso civil*, ob. cit., pág.167.

<sup>221</sup> HERNÁNDEZ BAREA, H.: *Juicio verbal civil: segunda instancia*, en «Cuadernos de Derecho Judicial (Derecho de la circulación)», págs.75 y 76; FUENTE ÁLVAREZ, F.: *El nuevo recurso de apelación civil en los juicios verbales y de cognición*, en «Actualidad Jurídica Aranzadi», n°97, 15 de abril de 1993, pág.3; DÍAZ MÉNDEZ, N.: *Breves consideraciones sobre la apelación en el juicio verbal según la Ley 10/1992*, en «La Ley», 1992-4, pág.1103.

<sup>222</sup> S.A.P. de Granada, de 17 de marzo de 1993 (R.A.C.256); A.A.P. de Guipúzcoa, de 9 de julio de 1993 (R.A.C.1419); S.A.P. de Toledo, de 24 de septiembre de 1993 (R.A.C.1671); S.A.P. de Tarragona, de 4 de octubre de 1994 (R.A.C.2078); S.A.P. de Badajoz, de 20 de diciembre de 1994 (R.A.C.1977); S.A.P. de Córdoba, de 2 de octubre de 1997 (R.A.C.2036), entre otras.

<sup>223</sup> REVILLA GONZÁLEZ, J.A. (*El juicio verbal por daños en la circulación de vehículos a motor. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, ed. Tirant lo Blanc, 2ª edición, Valencia, 1999, págs.111 y ss.) afirma: “(...) parece claro que la pretensión deducida en reclamación de la indemnización de daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículos a motor, ha de entenderse como ejercicio de un derecho de crédito que se hace valer frente al civilmente obligado (...)”. En este sentido, al tener encaje en la locución acciones personales basadas en derechos de crédito “(...) podría parecer, en una primera interpretación, que las sentencias dictadas en estos procesos no son susceptibles de recurso de apelación. Sin embargo, si consideramos que estamos en un proceso distinto de aquellos a los que se

que la opinión al respecto no es unánime. No obstante, parece más acertada la segunda postura analizada, pues el juicio verbal del automóvil se remite únicamente a las normas del juicio verbal para aplicar su procedimiento, ya que el resto de su regulación y su finalidad se reglamenta en preceptos específicos.

Otro tipo de gravamen de carácter económico o pecuniario es el que deriva de las costas procesales. Algunos autores consideran que cuando el perjuicio deriva de las costas procesales se trata de un gravamen de derecho material<sup>225</sup>. Pero, las costas son los gastos procesales surgidos durante la substanciación de un proceso. Así, parte de los gastos que el ejercicio de la jurisdicción produce se imputan a las partes, ya que el Estado no puede pagarlos todos<sup>226</sup>. Se admite, pues, que el proceso es la causa inmediata o directa de la producción de las costas. Por lo tanto, entendemos que se trata de un instituto procesal, y si produce algún gravamen, será de carácter procesal.

### 2.3.B.2. *Gravamen procesal o formal.*

Cuando falta alguno de los presupuestos procesales y se pone de manifiesto en el proceso a través de la alegación de excepciones procesales que llevan a rechazar la demanda por ser inadmisibles procesalmente (por estimar un vicio procesal que impide entrar en el fondo) y no por ser infundada, se produce gravamen o perjuicio y se abre la

---

hace mención en el párrafo 1º del artículo 732, la solución tiene que ser necesariamente distinta. Pues, cuando la Ley alude expresamente a los juicios verbales previstos en el artículo 715 de la LEC, está considerando únicamente al juicio verbal declarativo ordinario, es decir, aquel previsto para acoger objetos litigiosos cuantificables económicamente de valor inferior a 80.000 pesetas. Y en este caso, la clase de juicio viene fijada por la materia y no por la cuantía, lo que sin duda hace perder a este proceso la condición de ordinario, como ya ha quedado visto”. En el mismo sentido, MONTERO AROCA (*El juicio verbal de tráfico...*, ob. cit., pág.455) afirma: “Desde esta interpretación el recurso de apelación en el juicio verbal especial del automóvil, dada su condición de proceso especial, y no de juicio verbal ordinario, procedería siempre, sin que entrara para él en juego el que la responsabilidad extracontractual se entendiera o no incluida en el párrafo I del art.732”. pero introduce una matización en función de la naturaleza atribuida al juicio verbal de tráfico: si es ordinario, sólo procederá el recurso cuando se superen las 80.000 pesetas; si es especial, la apelación procederá siempre, sin atender a la cuantía. RICHARD GONZÁLEZ, M.: *La segunda instancia en el proceso civil*, ob. cit., págs.170 y 171. BARRON DE BENITO, J.L.: *El recurso de apelación en el juicio verbal civil de tráfico*, ob. cit., págs.24, 26 y 27.

<sup>224</sup> A.A.P. de Castellón, de 5 de noviembre de 1993 (A.C., 1 al 15 de abril de 1994, @436).

<sup>225</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El gravamen como presupuesto de los recursos*, ob. cit., pág.372.

<sup>226</sup> GÓMEZ COLOMER, J. (con Montero Aroca, Ortells Ramos y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.392.

vía de la apelación (por ejemplo el art.538 de la L.E.C.)<sup>227</sup>. Nos referimos a las sentencias absolutorias en la instancia, donde el Juez *a quo* no se pronuncia sobre el fondo del asunto por haber estimado alguna excepción alegada por el demandado. La resolución judicial dictada tiene un contenido meramente procesal.

Otro supuesto de gravamen jurídico-procesal se produce cuando el Juez, de oficio, inadmite una demanda por defectos procesales. Contra dicha inadmisión la Ley permite interponer recurso.

Surge también gravamen procesal o formal por la concurrencia de una infracción de alguna norma o garantía procesal causante de indefensión<sup>228</sup>.

Por contra, no hay gravamen procesal para el litigante absuelto cuando la resolución de primera instancia, una vez admitida la demanda, se pronuncia favorablemente sobre el fondo, aunque inadmita las excepciones procesales oportunamente alegadas<sup>229</sup>. El T.S. se ha pronunciado en el mismo sentido<sup>230</sup>.

Las costas, a las que ya se ha hecho referencia, causan gravamen procesal al tratarse de un instituto procesal y, al mismo tiempo, producen gravamen de carácter económico. Por consiguiente, la imposición de las costas puede implicar un gravamen para el condenado al pago de las mismas, sobre todo cuando se considera que no se han respetado las normas que rigen su imposición.

El derecho procesal civil español considera que las costas pueden producir gravamen e, incluso, admite la existencia de gravamen o perjuicio cuando la resolución es favorable en cuanto a la pretensión principal y es perjudicial sólo en lo referente a las

---

<sup>227</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El gravamen como presupuesto de los recursos*, ob. cit., pág.372. ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8113. GISBERT POMATA, M.: *Tratado de la apelación civil...*, ob. cit., pág.265.

<sup>228</sup> SERRANO HOYO, G.: *La prohibición de indefensión...*, ob. cit., págs.385 a 387.

<sup>229</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El proyecto de Ordenanza Procesal Civil austriaco*, ob. cit., pág.506. ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8113.

<sup>230</sup> S.T.S. de 7 de julio de 1983 (R.J.4074). Asimismo, la S.A.P. de Segovia, de 6 de julio de 1995 (R.A.C.1322).

costas<sup>231</sup>. Cabe añadir que si se interpone recurso de apelación por creerse perjudicado sólo en cuanto a las costas, estamos, a la vez, ante un gravamen parcial y en apelación únicamente se decidirá sobre las mismas. La jurisprudencia del T.S. presenta numerosos casos donde la apelación se reduce únicamente a las costas<sup>232</sup>. Las resoluciones de las Audiencias Provinciales también admiten recursos de apelación sólo frente al pronunciamiento sobre costas<sup>233</sup>. Asimismo, esta admisión se mantiene en la nueva L.E.C. (art.397 del Proyecto remitido al Senado tras su aprobación por el Congreso de los Diputados)<sup>234</sup>.

En cambio, el ordenamiento procesal alemán entiende que no se produce gravamen en estos supuestos y no permite la impugnación exclusiva de las costas procesales por razones de economía procesal (§99.I Z.P.O.). Únicamente admite que se interponga recurso por esta razón de forma muy limitada: sólo en el caso del §99.II Z.P.O., o sea, cuando se haya impugnado la cuestión de fondo<sup>235 236</sup>.

En los recursos de apelación frente a resoluciones interlocutorias el gravamen necesario para estar legitimado para recurrir será de carácter jurídico y, dentro de éste,

---

<sup>231</sup> GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.1419 y 1420. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.217. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.319. ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8113. RAMOS MENDEZ, F.: *Derecho procesal Civil*, ob. cit., pág.712. VILAMOR MONTORO, P.R.: *La declaración sobre costas: norma general y supuestos especiales*, en «Cuadernos de Derecho Judicial (Efectos jurídicos del proceso. Cosa juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas)», 1995, XXV, págs.325 y 326 afirma: “(...) el órgano de segunda instancia tiene plenitud de conocimiento de la causa para reiterar el enjuiciamiento sobre dichas cuestiones, no teniéndose por qué limitarse a comprobar la existencia de motivación por parte del Juzgador (...)”.

<sup>232</sup> S.T.S. de 14 de abril de 1989 (R.J.3054); S.T.S. de 11 de mayo de 1992 (R.J.3896); S.T.S. de 30 de mayo de 1992 (R.J.4830); S.T.S. de 25 de marzo de 1995 (R.J.2139).

<sup>233</sup> S.A.P. de La Rioja, de 3 de marzo de 1992 (R.A.C.417); S.A.P. de Madrid, de 18 de mayo de 1992 (R.A.C.750); S.A.P. de Alicante, de 28 de diciembre de 1993 (R.A.C.2581); S.A.P. de Ciudad Real, de 29 de diciembre de 1994 (R.A.C.2152); S.A.P. de Zaragoza, de 17 de junio de 1995 (A.C., 30 de noviembre de 1995, @1873); S.A.P. de La Rioja, de 2 de octubre de 1995 (R.A.C.1823); S.A.P. de Lugo, de 17 de octubre de 1995 (La Ley, 1996-1, 991); S.A.P. de Málaga, de 24 de febrero de 1996 (R.A.C.285); S.A.P. de Córdoba, de 16 de septiembre de 1996 (R.A.C.1560); S.A.P. de Sevilla, de 16 de mayo de 1997 (R.A.C.1039).

<sup>234</sup> Art.397 del Proyecto remitido al Senado por el Congreso: “Lo dispuesto en el art.394 será de aplicación para resolver en segunda instancia el recurso de apelación en que se impugne la condena o la falta de condena en las costas de la primera instancia”.

<sup>235</sup> Este precepto dice: “wenn nicht über die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt ist”; o sea, no se podrá interponer recurso frente a las costas “(...) cuando no se haya interpuesto recurso contra la cuestión de fondo”. No existe impugnación (apelación) exclusiva de costas.

de tipo procesal o formal. Así, se entiende que en las apelaciones de resoluciones interlocutorias el gravamen puede derivar de dos situaciones: el perjuicio derivado del ejercicio del poder de dirección del Juez; y el perjuicio producido por la estimación o desestimación de algún presupuesto procesal por medio de una resolución interlocutoria<sup>237</sup>. La primera situación se produce, por ejemplo, cuando el Juez deniega el recibimiento del pleito a prueba o una diligencia concreta de prueba. En estos casos, el órgano judicial está mermando las posibilidades de defensa o ataque de los litigantes y, por tanto, produciendo gravamen procesal. Ejemplos de la segunda situación son, concretamente, el auto que resuelve una excepción dilatoria en el juicio de mayor cuantía o el que pone de manifiesto la tramitación de un proceso mancado de algún presupuesto que condicione su validez. En estos casos, el gravamen resulta de la imposibilidad de que alguno de los contendientes realice alguna de las facultades que la Ley le concede, disminuyendo sus armas de defensa o ataque.

2.4. Ubicación del gravamen en la estructura formal de la resolución judicial y clases de pronunciamientos capaces de producirlo.

2.4.A. Ubicación del gravamen en la estructura formal de la resolución judicial que se pretende apelar.

Ya se ha indicado que, en el ámbito del recurso de apelación, existe gravamen para quien aparezca perjudicado por la sentencia o resolución judicial que se pretende impugnar. De esta forma, para determinar el gravamen o perjuicio siempre se toma como punto de referencia la resolución dictada por el Juez *a quo*. La cuestión subyace en si para poder interponer un recurso de apelación cualquier aspecto de la resolución judicial puede ocasionar gravamen, o si, por el contrario, sólo puede predicarse el mismo de determinados extremos de dicha decisión.

---

<sup>236</sup> ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.354. FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El gravamen como presupuesto de los recursos*, ob. cit., pág.372.

<sup>237</sup> GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C.: *Las resoluciones interlocutorias en el proceso civil. Sistema de recursos*, ob. cit., págs.37 y 38. GISBERT POMATA, M.: *Tratado de la apelación civil...*, ob. cit., pág.263 y 266.



Como es bien sabido, las resoluciones judiciales son declaraciones de voluntad de obligado cumplimiento, sobre el objeto del proceso y su desarrollo. Las resoluciones suelen clasificarse en: acuerdos, providencias, autos y sentencias. De estas sólo nos interesan los autos y sentencias<sup>238</sup>. Cada una de ellas presenta una estructura formal determinada: a) los autos<sup>239</sup>; b) las sentencias<sup>240</sup>. Cabe ahora plantearnos cuáles de tales aspectos de esta estructura producen gravamen y, por lo tanto, son apelables.

Se acepta comúnmente que el gravamen ha de producirse en el fallo o parte dispositiva de la resolución judicial<sup>241</sup>. Los recursos no se dan contra los fundamentos de derecho o los razonamientos jurídicos, sino contra los fallos. No se puede hablar de perjuicio cuando la divergencia sólo se produce entre los argumentos de las partes y la motivación de la resolución, a no ser que dicha discordancia ocasione incongruencia.

El T.S. y el resto de nuestros Juzgados y Tribunales, también lo entienden así. La S.T.S. de 7 de julio de 1983 (R.J.4074) señala,

---

<sup>238</sup> El art.382 de la L.E.C. establece: "Las sentencias definitivas de todo negocio y los autos resolutorios de excepciones dilatorias e incidentes serán apelables dentro de cinco días". Por su parte, el art.381 de la L.E.C. prevé el recurso de apelación frente a los autos resolutorios del recurso de reposición. En cuanto a las providencias, la regla general es que no son impugnables (arts.401 y 405 de la L.E.C.), pero hay algunas excepciones: providencias denegando la pretensión de realización de diligencias preliminares (art.497 de la L.E.C.); providencias decretando o denegando determinadas anotaciones preventivas (art.68 de la L.H.), entre otras. Estas son diligencias de mera ordenación, por eso decimos que, a efectos del presente estudio, sobre todo interesan los autos y sentencias apelables.

<sup>239</sup> además de mencionar el Juez o la Sala, lugar y fecha en que se dicten, están fundados y la motivación se estructura en dos partes: hechos (en párrafos separados y numerados) y razonamientos jurídicos (también en párrafos separados y numerados), siguiendo la parte dispositiva, donde se decide acerca del objeto de la resolución, y la firma del Juez o Magistrados, sin perjuicio de su facultad de emitir voto particular (art.248.2 de la L.O.P.J.).

<sup>240</sup> tienen la siguiente estructura formal (según los arts.248.3 de la L.O.P.J. y 372 L:E.C.): encabezamiento, donde se expresa el Juez o Tribunal, lugar, fecha, identificación de las partes y resumen del objeto del proceso; antecedentes de hecho, en párrafos separados y numerados; fundamentos de derecho, también en párrafos separados y numerados, donde se fijan los razonamientos jurídicos sobre el objeto del proceso, las normas, su interpretación y justificación de su aplicación; fallo o parte dispositiva, que manifiesta, salvo en los casos de absolución en la instancia, la decisión sobre el objeto del proceso y, en algunos supuestos, pronunciamientos complementarios.

<sup>241</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V: *El gravamen como presupuesto de los recursos*, ob. cit., pág.370. FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.3344, 3358 y 3359. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.319. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (con otros): *Los recursos en el proceso civil*, ob. cit., págs.150 y 151. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.54. COBOS GAVALA, R.: *La fundamentación de la impugnación en el recurso de apelación (un análisis a través de la jurisprudencia)*", en «Justicia», 1992-II, págs.353 y 385. BARRON DE BENITO, J.L.: *El recurso de apelación en el juicio verbal civil de tráfico*, ob. cit., pág.56.

*“(…) la necesidad de un presupuesto - ligado con la legitimación - consistente en la existencia de un gravamen o perjuicio sufrido por el recurrente a consecuencia de la parte dispositiva de la resolución que impugna (...)”<sup>242</sup>.*

La S.A.P. de Huesca, de 13 de febrero de 1992 (R.A.C.297), desestima la apelación por dirigirse contra los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida y no contra el fallo:

*“Pudiera ser que los mismos discreparan de la fundamentación de la sentencia impugnada. Pero si así ocurre debe de tenerse presente que el Tribunal Supremo viene declarando invariablemente que los recursos sólo se dan contra el fallo de las resoluciones y no contra su fundamentación”<sup>243</sup>.*

Así entendido, los fundamentos de derecho o la motivación de una resolución nunca pueden producir gravamen suficiente para interponer recurso de apelación. Pero, tradicionalmente, se ha considerado que la motivación de las resoluciones judiciales es un presupuesto de eficacia de los medios de impugnación, cuya inexistencia imposibilita el adecuado ejercicio y la correcta decisión de los recursos<sup>244</sup>. También el T.C. se ha pronunciado en este sentido:

*“La motivación de la sentencia es una exigencia sin la cual se privaría en la práctica, a la parte afectada por aquélla, del ejercicio efectivo de los recursos que le pueda otorgar el ordenamiento jurídico, ya que sólo si la sentencia está motivada es posible, a los Tribunales que deban entender en el trámite de algún recurso, controlar la correcta aplicación del derecho”<sup>245</sup>.*

---

<sup>242</sup> S.T.S. de 25 de febrero de 1944 (R.J.524), S.T.S. de 27 de junio de 1967 (R.J.3127), S.T.S. de 18 de abril de 1975 (R.J.1721), S.T.S. de 20 de mayo de 1982 (R.J.2585), S.T.S. de 5 de noviembre de 1982 (R.J.6525), S.T.S. de 3 de febrero de 1983 (R.J.801), S.T.S. de 13 de enero de 1984 (R.J.344), S.T.S. de 22 de mayo de 1984 (R.J.2501), S.T.S. de 28 de mayo de 1985 (R.J.2818), S.T.S. de 23 de diciembre de 1987 (R.J.9651), S.T.S. de 2 de diciembre de 1988 (R.J.9294), S.T.S. de 13 de diciembre de 1989 (R.J.8824), S.T.S. de 16 de octubre de 1990 (R.J.7869), S.T.S. de 15 de marzo de 1991 (R.J.2260), S.T.S. de 18 de julio de 1991 (R.J.5432), S.T.S. de 18 de febrero de 1992 (R.J.1317), S.T.S. de 23 de mayo de 1994 (R.J.3730), S.T.S. de 2 de diciembre de 1994 (R.J.9399), entre otras.

<sup>243</sup> S.A.P. de Palma de Mallorca, de 21 de febrero de 1989 (R.G.D., 1990, pág.810); S.A.P. de Baleares, de 3 de octubre de 1991 (R.A.C.373), S.A.P. de Huesca, de 13 de febrero de 1992 (R.A.C.297), S.A.P. de Valencia, de 14 de octubre de 1992 (R.A.C.1342), S.A.P. de Lleida, de 2 de enero de 1993 (La Ley, 1993-1, 501), S.A.P. de Palma de Mallorca, de 25 de enero de 1993 (La Ley, 1993-1, 705), S.A.P. de Castellón, de 10 de febrero de 1993 (R.A.C.2569); S.A.P. de Asturias, de 19 de junio de 1995 (R.A.C.1101); S.A.P. de Pontevedra, de 11 de enero de 1997 (R.A.C.738); S.A.P. de Jaén, de 15 de enero de 1998 (R.A.C.3138); S.A.P. de Guadalajara, de 9 de marzo de 1998 (R.A.C.3942): *“(…) debiéndose además señalar que la fundamentación jurídica combatida no puede entenderse que produzca cosa juzgada en un proceso declarativo posterior”*; S.A.P. de Almería, de 9 de marzo de 1998 (R.A.C.4002); S.A.P. de Cáceres, de 12 de marzo de 1998 (R.A.C.658).

<sup>244</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. (con otros): *Los recursos en el proceso civil*, ob. cit., pág.122.

<sup>245</sup> S.S.T.C. 116/1986, de 8 de octubre; 55/1987, de 13 de mayo; 184/1988, de 13 de octubre; 109/1992, de 14 de septiembre; 28/1994, de 27 de enero; 32/1996, de 27 de febrero; 169/1996, de 29 de octubre, entre otras. También, A.T.C. 315/1994, de 21 de noviembre. Y, S.T.S. de 10 de junio de 1995 (R.J.4915).

Sin embargo, una cosa es que la motivación sea importante para la substanciación del recurso, y otra, muy distinta, que pueda producir el gravamen necesario para apelar. En efecto, se parte de que sólo el fallo o parte dispositiva de una resolución judicial puede ocasionar el gravamen o perjuicio necesario para recurrir en apelación. Ahora bien, una vez delimitado así el recurso, el Tribunal *ad quem* también puede analizar el perjuicio producido por los fundamentos jurídicos que razonan el fallo impugnado<sup>246</sup>.

La cuestión no parece tan clara en la práctica ya que pueden surgir situaciones dudosas. Por ejemplo, se demanda a dos abogados por responsabilidad civil (al haber dejado prescribir una acción) y la sentencia de primera instancia los absuelve, pero en uno de sus fundamentos de derecho afirma que los abogados han sido negligentes. Uno de ellos interpone recurso de apelación y solicita que se declare que no ha habido negligencia, por causarle un perjuicio profesional. El Tribunal de apelación no admite el recurso por faltar el gravamen, al ser el abogado absuelto por la primera decisión. Según lo que se ha expuesto, la resolución del Tribunal *ad quem* es acertada, ya que, al haber sido absuelto en primera instancia, el fallo de la sentencia no le ocasionaba ningún gravamen, sino que el mismo únicamente podía extraerse de los fundamentos jurídicos. Pero, es indudable que al calificar al abogado de negligente se le causa un perjuicio de cara a futuras expectativas profesionales.

Otro supuesto que hace quebrar la regla de que el gravamen sólo puede resultar del fallo o parte dispositiva de la resolución es el siguiente: el actor, arrendatario de un inmueble que ha sufrido unos daños por un incendio debido a la defectuosa instalación eléctrica, ejercita una acción de daños basada en culpa contractual (art.1554.2 C.C.) y pide una indemnización. La sentencia de primera instancia dice que el arrendador no incumplió su obligación de realizar las reparaciones necesarias en la instalación eléctrica, pero, aplicando los criterios de la culpa extracontractual (art.1902 C.C.), en la parte dispositiva condena a pagar una indemnización al demandado por su omisión

---

<sup>246</sup> ARMENTA DEU, T: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8109, donde afirma “la exigencia de que cuando se establezca un recurso contra una resolución, el recurso pueda utilizarse, asimismo, para impugnar las razones de la misma”.

negligente. El demandado interpone apelación por haberle sido irrogado un perjuicio, alegando la prescripción de la acción de culpa extracontractual, cosa que no hace el actor por carecer de él ya que el fallo de la sentencia le es favorable. La Audiencia acoge el recurso apreciando la prescripción. El actor, que no puede recurrir porque el fallo no le causa gravamen, se encuentra en apelación totalmente indefenso para defender la culpa contractual origen de su acción, ya que no ha resuelto sobre la misma la parte dispositiva de la resolución<sup>247</sup>.

Si seguimos la regla de que el gravamen sólo puede aparecer en el fallo de la resolución de forma estricta, aparecen toda una serie de supuestos donde no se podría apelar por no haber perjuicio, pero sin poder afirmar con total seguridad que el mismo no existe. Sería conveniente aceptar que los fundamentos jurídicos que sean el antecedente lógico de lo que ha de resolverse o los pronunciamientos que fundamentan el fallo o parte dispositiva de la resolución impugnada, también pueden ocasionar gravamen o perjuicio.

Quizá se debería aplicar también al recurso de apelación la jurisprudencia del T.S. al respecto, cuando trata este tema en relación al recurso de casación. La S.T.S. de 1 de febrero de 1990 (R.J.649), en un supuesto donde ni el Juez de Primera Instancia ni la Audiencia Provincial se pronuncian sobre la acción de nulidad de un contrato de compraventa realizado por los representantes de una sociedad anónima, una de las varias pretensiones que se ejercitan, por entender, en los fundamentos jurídicos de sus respectivas resoluciones y no en la parte dispositiva, que “no se trata de una reclamación de una sociedad anónima, sobre bienes de la misma, contra otras personas por actos que perjudiquen los intereses y derechos de tal sociedad, sino que tal acción tiene como fundamento las relaciones económicas entre G. y su esposa, que fueron la causa de que las acciones de la sociedad J. fueran suscritas, en su mayoría, para dicho matrimonio”, afirma

*“(...) si bien es doctrina de esta Sala (...) la de que, como norma general, la casación se da contra el fallo de la sentencia recurrida y no*

---

<sup>247</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., págs.8688 y 8689. Esta autora cree que estos casos donde se pide culpa contractual y el Juez concede culpa extracontractual son incongruentes. Pero esta opinión no es pacífica en la doctrina y la jurisprudencia.

*contra su fundamentación jurídica, dicha doctrina quiebra y no es aplicable, cuando esa fundamentación jurídica haya sido la premisa indispensable del fallo (...)”<sup>248</sup>.*

Y en efecto, la S.T.S. de 8 de noviembre de 1969 (R.J.5132) ya realizó las mismas manifestaciones respecto al recurso de apelación:

*“Que fundamentada la acción resolutoria ejercitada en la concurrencia de tres causas, 5ª, 6ª y 11 del art.114 de la L.A.U., si bien el Juzgado al estimar la 11 no necesitó formular declaraciones sobre la procedencia o no de las otras dos en acatamiento al principio de economía procesal, al conocer el Tribunal a quo en virtud de la apelación interpuesta del asunto con plena jurisdicción y revocar la sentencia de primera instancia por estimar no concurría dicha causa, debió entrar en el examen de las otras dos formulando los oportunos pronunciamientos en acatamiento a lo dispuesto en el art.359 de la L.E.C. porque obtenido por el actor la resolución contractual instada no podía, por falta de interés jurídico, recurrir la sentencia dictada, según tiene esta Sala declarado en constante doctrina, mas por otra parte al faltar el presupuesto de condena en virtud de la declaración de no concurrencia de la causa 11, dejó de actuar el principio de economía procesal en el que el Juez de instancia basó su abstención pudiendo y debiendo el Tribunal de apelación suplir aquélla, formulando la oportuna declaración jurisdiccional sobre los puntos no resueltos por aquél, sin que a dicha conclusión sea obstáculo que sólo pueda ser objeto del recurso el fallo, porque tal principio, como también tiene esta Sala declarado, no es tan absoluto que no permita atacar la premisa jurídica contenida en el considerando cuando éste es base de aquél (...)”<sup>249</sup>.*

Del análisis de la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia se extrae que únicamente se puede recurrir en apelación la parte dispositiva de la resolución judicial,

---

<sup>248</sup> En el mismo sentido, la S.T.S. de 28 de mayo de 1985 (R.J.2818), S.T.S. de 12 de diciembre de 1986 (R.J.7435), entre otras.

El T.C., aunque en una sentencia referida al proceso penal, también pone en tela de juicio si es necesario que se extraiga el gravamen del fallo de la resolución impugnada. Se trata de la S.T.C. 79/1987, de 27 de mayo, donde afirma, “Por ello, desde el punto de vista constitucional, no merece crítica la tesis del Tribunal Supremo de que no puede recurrir, por carecer de interés, el procesado absuelto que pretenda meramente una revisión de los fundamentos de la resolución, pero no inste una alteración de la parte dispositiva de la Sentencia de la que no derive perjuicio alguno para él. Sin embargo, debemos cuestionarnos si tal tesis podría ser aplicada, como se ha hecho en el presente caso, y sin merma de derecho fundamental alguno al inculpado que es absuelto por aplicación de un indulto y no por la inexistencia o falta de pruebas de los hechos imputados, o porque éstos no fueran constitutivos de delito. Es decir, no es clara la falta de interés cuando justamente declarada la existencia de unos hechos, calificados éstos como punibles e imputados a una persona, ésta luego no resulta condenada por la aplicación de un indulto general. (...) resulta discutible la falta de interés del recurrente y hoy solicitante de amparo o del posible perjuicio cuya reparación le legitima para recurrir en casación, a la luz además de los propio motivos alegados en su recurso, ya que ese interés y ese perjuicio han de ser examinados en concreto, sin que pueda rechazarse por razones abstractas o de principio tal falta de interés, como parece haberse hecho en el presente caso”.

de modo que sólo se encuentra legitimado para apelar quien sufre el gravamen a consecuencia del fallo de la resolución que impugna. Sin embargo, existen algunas opiniones y pronunciamientos que aceptan la apelación basada en los fundamentos jurídicos de la resolución judicial, siempre que sean la base o el fundamento del extremo contenido en el fallo. Se debería, quizá, potenciar más esta última afirmación, sobre todo en las resoluciones dictadas por la jurisprudencia menor ya que, tradicionalmente, ha sido muy reacia a aceptarlo. Parece razonable, pues, admitir las apelaciones interpuestas frente a los fundamentos jurídicos de la resolución que se pretende impugnar cuando son los mismos los que causan gravamen a la parte, siempre que tales fundamentos funden el fallo.

#### 2.4.B. Pronunciamientos de la resolución judicial capaces de producir gravamen.

Como se señala, “La demanda es el acto procesal (de parte) constitutivo de la relación jurídico-procesal. Con la demanda comienza el juicio (art.524). Termina (normalmente) con la sentencia. Entre demanda y sentencia se desarrolla todo el proceso declarativo o de conocimiento, y entre una y otra existe una correspondencia subjetiva y objetiva, en el sentido de que la sentencia es como la respuesta que da el Juez al problema planteado por el actor”<sup>250</sup>. En este sentido, la pretensión o pretensiones deducidas en la demanda someten una determinada materia a la consideración judicial, de manera que el juicio que con ello se abre no puede tratar de cosa distinta. Así, el fallo de la resolución judicial resolverá sobre las pretensiones planteadas por las partes, ya que además de la demanda debe pronunciarse, en su caso, sobre la reconvencción o la oposición del demandado. Cabe, pues, analizar cuales de dichas pretensiones resueltas en la decisión de primera instancia, producen gravamen y permiten interponer un recurso de apelación.

Cuando se formula una única pretensión no hay problema para determinar el gravamen. Éste existirá según cómo la parte dispositiva de la resolución del Juez *a quo*

---

<sup>249</sup> También, S.T.S. de 5 de octubre de 1968 (R.J.4163).

<sup>250</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.244.

resuelva dicha pretensión. Los problemas surgen cuando se formulan varias pretensiones.

En el supuesto que se formule pretensión principal y subordinadas, si la resolución judicial estima la demanda principal, dicho pronunciamiento implica el acogimiento de las subordinadas<sup>251</sup>. Sin embargo, existe gravamen si se estiman las subordinadas pero no la principal, ya que los litigantes han dado preferencia a una sobre la otra y, por tanto, no les es indiferente el orden de estimación<sup>252</sup>.

Otra hipótesis distinta a la anterior es la de alegación de pretensión principal y subsidiaria, de forma que la segunda está supeditada a la suerte que corra la primera. Sólo si se inadmite la pretensión principal se podrá entrar en la subsidiaria. Por lo tanto, si se estima la petición principal, quien la ha alegado no podrá interponer recurso de apelación, ya que la resolución del Juez *a quo* no le causa ningún perjuicio. Por contra, sí que le produce gravamen y le legitima para apelar el supuesto en que el fallo de la resolución que se pretenda impugnar estime pedimentos subsidiarios y no los principales<sup>253</sup>.

Tratándose de pretensiones alternativas relacionadas entre sí y encaminadas a obtener la declaración de determinados derechos en una u otra de las formas alegadas, si se admite una de ellas ya se entiende satisfecho el derecho o interés pretendido y no hay

---

<sup>251</sup> El T.S. lo viene señalando desde hace tiempo, por ejemplo en las S.S.T.S. de 12 de marzo de 1948, 1 de junio de 1948 y 10 de diciembre de 1951. S.T.S. de 9 de julio de 1994 (R.J.6383).

También lo pone de manifiesto, FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El proyecto de Ordenanza Procesal Civil austriaco*, ob. cit., pág.506, que señala: “así, una sentencia que condene por *actio reivindicatoria* implica la consecuencia de la devolución de los frutos (SS. 20/5/41 y 16/12/77); la sentencia que declara nulo un testamento, reconoce implícitamente la nulidad de las inscripciones verificadas en Registros Públicos como consecuencia de aquél (1/7/48, 28/6/41, 30/12/44, 3/4/35)”.

<sup>252</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El gravamen como presupuesto de los recursos*, ob. cit., pág.373. ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8113. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca y Gómez Colomer): *Derecho Jurisdiccional*, 1991, ob. cit., pág.369.

<sup>253</sup> La S.A.T. de Granada, de 8 de noviembre de 1965 (R.G.D.-1966, pág.453), lo expone así: “(...) aunque la sentencia haya accedido a uno de los pedimentos que subsidiariamente se hacían en la demanda, se puede apelar de la misma con objeto de que se estime el primero o segundo de tales pedimentos y ellos en razón a que como los pedimentos subsidiarios lo son en defecto de poder estimarse el primero y principal, no cabe duda que mientras subsistan instancias a las que poder acudir mediante los recursos oportunos no puede decirse que se le haya denegado definitivamente el primer pedimento (...)”.

En el mismo sentido, la S.T.S. de 12 de noviembre de 1992 (R.J.9583).

gravamen para quien las ha alegado. Así, el actor no puede apelar ya que la sentencia le favorece completamente y carece, por tanto, de interés. Sin embargo, si apela la parte gravada, contra la cual se ha estimado una de las pretensiones alternativas, el Tribunal *ad quem*, al encontrarse en la misma posición del Juez *a quo*, debe conocer de todas las cuestiones o pretensiones alternativamente alegadas<sup>254</sup>.

De esta forma, la regla general, fijada por la jurisprudencia del T.S., es que el Tribunal *ad quem* puede conocer de todas las pretensiones alternativas, aunque no se hayan alegado expresamente en apelación. Así lo estableció la S.T.S. de 3 de enero de 1948, donde, en un caso de reclamación de los daños sufridos a causa del incendio de un cargamento en ruta, se suplica alternativamente la condena del porteador o, en su defecto, de la entidad aseguradora, de manera que la condena de uno de los codemandados significaba la absolución del otro. El T.S. afirma:

*“Que si la decisión del segundo de los indicados problemas tenía que producir aquellos dos efectos conexos en el caso de prosperar la demanda, aparece manifiesto que estimada la misma en primera instancia, no podía prescindir el fallo de apelación de uno de los dos extremos de la alternativa propuesta porque, como estableció esta Sala en sentencia de 21 de abril de 1942, la posición del Tribunal de alzada frente a los litigantes ha de ser la misma que ocupó en inferior en el momento de decidir, sin que esté facultado aquél para separarse de los términos en que se desarrolló el debate; y frente a tal conclusión, carece en el caso presente de eficacia el argumento de que por no haberse adherido a la apelación el demandante, tan sólo estaba autorizado el Tribunal de alzada para decidir sobre la absolución o condena del demandante (...)”<sup>255</sup>.*

También lo entienden así las Audiencias Provinciales<sup>256</sup>.

Con esta doctrina, se introduce una excepción a la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del T.S., inspirada en los arts.359 y 408 de la L.E.C. y el principio general de

---

<sup>254</sup> MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.131. CORDÓN MORENO, F: *Proceso civil de declaración*, ob. cit., pág.326. NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.412. SOLÉ RIERA, J.: *Conocimiento pleno del Tribunal de apelación cuando se formulen pretensiones alternativas y se apele por una de ellas. Comentario a la S.T.C. 4/1994, de 17 de enero*, en «Justicia», 1994-I, págs.213 y ss.

<sup>255</sup> S.T.S. de 3 de enero de 1948 (R.J.11). En el mismo sentido, S.S.T.S. de 26 de febrero de 1897 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del T.S...*, ob. cit., págs.3345); 11 de octubre de 1947 (R.J.1087); 22 de febrero de 1949 (R.J.255); 20 de junio de 1949 (R.J.735); 4 de enero de 1956 (R.J.652); 23 de marzo de 1963 (R.J.8845); 8 de febrero de 1969 (R.J.656); 12 de noviembre de 1992 (R.J.9586).

<sup>256</sup> S.A.P. de Valencia, de 16 de octubre de 1992 (R.A.C.1344); S.A.P. de Valencia, de 13 de julio de 1998 (R.A.C.1358).



derecho *Tantum devolutum quantum appellatum*, que no permite a los Tribunales de apelación emitir decisiones que agraven la situación del recurrente, atenuando o eliminando el vencimiento de su adversario, a menos que éste también hubiera apelado o se hubiera adherido a la apelación. Esta doctrina es de ineludible observancia cuando las pretensiones son independientes entre sí, pero no puede extenderse a aquellos casos en que las mismas se hubieran formulado de manera alternativa, por la conexión existente entre ellas, que hace que el éxito de una impida la estimación de las restantes, dando lugar a una resolución plenamente favorable para quien las ha planteado. En estos supuestos, no se puede negar al Tribunal de segundo grado la facultad de analizar y resolver cuantas cuestiones se sometieron a debate, sin necesidad de gestión alguna por parte de quien interpone el recurso.

Cuestión distinta es que el Tribunal de apelación considere que no es necesario entrar a conocer de todas las peticiones alternativamente formuladas en primera instancia, al no ser alegadas por quien interpone el recurso, salvo que quien las haya expuesto se adhiera a la apelación por considerar perjudicial la desestimación de alguna de ellas. Pero si no se produce dicha adhesión, la resolución de segunda instancia que no se pronuncie sobre las pretensiones alternativas inadmitidas en la primera no es incongruente en virtud de la máxima: *tantum appellatum quantum devolutum*<sup>257</sup>. También es de este parecer el T.S. La S.T.S. de 23 de julio de 1993, en un supuesto donde, constando en la demanda dos peticiones alternativas, la sentencia apelada se centra únicamente en una de ellas<sup>258</sup>. Ahí se expone:

*“No tiene en cuenta el recurrente (en casación) que al no haber recurrido de la sentencia de primera instancia se conformó con sus pronunciamientos y no puede, por lo tanto, ahora solicitar que sea examinado el primero de los pedimentos de la demanda, que no fue atendido por el Juez de primer grado”.*

---

<sup>257</sup> ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8113.

<sup>258</sup> S.T.S. de 23 de julio de 1993 (R.J.6284): Las pretensiones alternativas son las siguientes: el actor suplicaba la declaración de su derecho a conocer las condiciones de venta de la finca que fue adquirida por los demandados y la correlativa obligación de los demandados de exhibir los títulos de dominio a efectos del ejercicio de retracto por el actor, y para el caso que los demandados no prueben la adquisición legítima de la finca citada, se les condene a devolverla al actor como arrendatario de la misma y a indemnizarle por los daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia accedió a la segunda petición, pero, la Audiencia Provincial revocó esta decisión y absolvió a los demandados, considerando que el demandante no había probado su condición de arrendatario de la finca en cuestión.

No cabe alegar en casación cuestiones que quedaron fuera de la apelación, por ser firmes<sup>259</sup>.

No es posible estar de acuerdo con estas afirmaciones pues, como ha manifestado la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, cuando se formulen pretensiones alternativas en primera instancia y se apele por una de ellas, el Tribunal de apelación tiene un conocimiento pleno respecto a todas las pretensiones formuladas. Cuando el Tribunal *ad quem* decide pronunciarse únicamente sobre una de las pretensiones alternativas, en cierta forma ya ha analizado la otra para desecharla de su decisión. En tal sentido la S.T.C. 4/1994, de 17 de enero:

*“(...) la falta de pronunciamiento del Tribunal se produce a pesar de que la desestimación de la pretensión de vulneración por él acordada le imponía de manera inexcusable el deber constitucional de resolver la pretensión alternativa de pensión que la demandada había formulado en el proceso y al no haberlo hecho así, quebrantó el derecho a la tutela judicial de la aquí recurrente, ya que, por otro lado, es manifiesto que esa omisión de pronunciamiento no puede, en modo alguno interpretarse como desestimación tácita, ni que la resolución de esta segunda pretensión pueda constituir incongruencia extra petitum, puesto que, en el caso contemplado, tal pretensión forma parte del objeto de la apelación, a la cual se trasladó la cuestión debatida en los mismos términos en que fue planteada en la primera instancia”.*

En lo que se refiere al gravamen ocasionado por las costas, nos remitimos a lo dicho en los tipos de gravamen<sup>260</sup>.

Diferente es el supuesto donde la resolución del Juez *a quo* no se ha pronunciado sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas por cualquiera de las partes en sus respectivos escritos de alegaciones. Se entiende que esta omisión de pronunciamiento podrá ser revisada y completada por el Tribunal superior, competente en apelación, al entender que en primera instancia se incurrió en incongruencia omisiva. Apoya esta afirmación: el art.359 de la L.E.C., cuando señala “Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o

---

<sup>259</sup> S.T.S. de 26 de febrero de 1997 (R.J.709), entre otras.

<sup>260</sup> El derecho procesal español admite la existencia de gravamen cuando la resolución judicial es favorable en cuanto a la pretensión principal y es perjudicial sólo en lo referente a las costas.

absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate”<sup>261</sup>; y el art.361 de la L.E.C., “Los Jueces y Tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito”. De esta forma, en aras a la congruencia, el Juez debe resolver los puntos sometidos a su consideración. Si no lo hace así, será su superior quien, incluso de oficio, puede enmendar la falta<sup>262</sup>.

Cuando la omisión verse sobre alguna de las peticiones formuladas en la demanda, queda claro que el demandante está legitimado para recurrir, pues la falta de pronunciamiento le causa gravamen. Existen dudas, sin embargo, sobre de donde surge la legitimación para apelar del demandado en estos casos, ya que la falta de resolución de alguna de las peticiones de la demanda, en principio, no le perjudica. Su legitimación deriva, pues, del interés, constitutivo de gravamen, de que se decidan en el pleito las materias no tratadas para evitar futuros litigios<sup>263</sup>. En todo caso, el demandado estará legitimado para recurrir la falta de pronunciamiento sobre alguna de las pretensiones formuladas en su reconvención.

Por otro lado, si el juez *a quo* no se pronuncia sobre una excepción opuesta por el demandado en su escrito de contestación, éste podrá interponer recurso de apelación

---

<sup>261</sup> Véase, DE PADURA BALLESTEROS, M<sup>ra</sup>T: *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita. Términos de comparación para discernir la congruencia*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998.

<sup>262</sup> S.T.S. de 7 de diciembre de 1989 (R.J.8812): “(...) se advierte que la demanda solicita que el Juez fije las participaciones de los socios en sociedad cuya constitución se pretende y sin embargo el Juez, sin dar respuesta a la solicitud formulada, se limita a ordenar la constitución sin fijar las participaciones. En consecuencia no se ha dado respuesta a la petición formulada y por ello el Tribunal de segunda instancia, que tiene ante sí la plenitud de conocimiento sobre las cuestiones no consentidas y también sobre las cuestiones no resueltas supliendo así la carencia de la sentencia de primera instancia, entra a decidir y decide cuáles hayan de ser las participaciones y al decidir no está alterando algo ya consentido y firme sino dando respuesta efectiva a cuestión no resuelta como le ordena el art.359 y concordantes”. S.T.S. de 3 de febrero de 1997 (R.J.674).

Así lo manifiesta también la S.A.T. de La Coruña, de 29 de enero de 1988 (R.G.D., abril 1989, pág.2579), en un supuesto de falta de motivación de la sentencia de primera instancia sobre determinadas pretensiones formuladas de forma secundaria a la separación matrimonial: “Estamos así ante un vicio esencial de la sentencia de primera instancia que obliga a tratar por vez primera estas cuestiones, dando adecuada respuesta a las pretensiones formuladas por la demandante, aun cuando ésta no haya recurrido dicha resolución. Ello es así no tanto porque dicha sentencia pueda ser tachada de incongruente, pudiendo entenderse que ha existido una desestimación implícita de las pretensiones no acogidas en su parte dispositiva, sino sobre todo por su falta de motivación al respecto, que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y a obtener una resolución fundada en derecho, reconocido en el art.24.1, en relación con el 120.3 de la L.E.C.”.

<sup>263</sup> NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., págs.415 y 416. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.255.

con base en el gravamen que ello le infiere. Pero si el demandado no interpone apelación y, en cambio, sí lo hace el actor respecto a otros extremos que le perjudican, el tribunal *ad quem* no podrá analizar dicha excepción, porque la cuestión devino firme al no recurrirse en apelación por el demandado, ni haberse adherido éste al recurso, único medio procesal para que el tribunal de apelación pueda entrar en su análisis<sup>264</sup>.

La resolución dictada por el Juez *a quo* también puede decretar la absolución de la instancia por faltar algún requisito procesal o existir algún óbice procesal, no existiendo un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. En estos casos, es indudable que el actor sufre un gravamen, pues no se ha entrado a analizar su pretensión y por lo tanto, podrá interponer recurso de apelación. El demandado, en principio, no podrá apelar ya que le favorece la resolución dictada al haber sido absuelto. Los problemas pueden surgir cuando la Audiencia Provincial entienda que ha desaparecido el óbice procesal y, según su práctica habitual, pase a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. Entonces, se debe dar al demandado la oportunidad de realizar sus alegaciones ya que, en caso contrario, se incurriría en indefensión; quedando por determinar si el demandado debe tener la posibilidad de interponer su propio recurso o adherirse al del apelante, pues, normalmente, la decisión de la Audiencia de resolver sobre el fondo se produce precluido el plazo para utilizar estos medios. Debemos tener en cuenta que si el Tribunal *ad quem* decide sobre el fondo y el demandado es condenado, éste ha perdido una instancia, ya que si la misma resolución se hubiera dictado en primera instancia, hubiera podido apelar. Si la Audiencia, al entender que el óbice procesal no existe, puede entrar a conocer del fondo del asunto o debe remitir las actuaciones al Juez *a quo* para que decida sobre el mismo. Como ya hemos visto, existe un sector doctrinal que defiende el segundo criterio<sup>265</sup>, aunque la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina consideran más acertado el primero<sup>266</sup>.

La S.T.S. de 15 de marzo de 1993 analiza este tema. En juicio de tercera, el Juez de Primera instancia desestima la demanda sin entrar en el fondo por faltar la

---

<sup>264</sup> S.T.S. de 25 de noviembre de 1996 (R.J.9119): la sentencia de primera instancia no se pronunció sobre excepción de prescripción.

<sup>265</sup> Véase nota 97, del capítulo primero.

<sup>266</sup> Véase nota 98, 99, 100 y 101, del capítulo primero.

reclamación previa en vía gubernativa, excepción procesal opuesta por el demandado y, para el caso que no prosperara, pedía su absolución en el fondo alegando por vía reconvenicional la declaración de nulidad del título de tercerista. El actor interpuso recurso de apelación y la Audiencia desestimó la excepción y acogió íntegramente la demanda, declarando el dominio del tercerista sobre el inmueble. No se entró a analizar la reconvenición porque el Tribunal *ad quem* entendió que el demandado no interpuso recurso de apelación ni se adhirió al del actor. El Abogado del Estado interpuso recurso de casación donde el T.S. afirma que era lógico que el demandado no se adhiriera o interpusiera apelación, porque formuló la reconvenición para el caso que no fuera estimada la excepción. La competencia del Tribunal *ad quem*, en los supuestos en que la demanda fue desestimada por apreciar una excepción dilatoria, se extiende a todas las pretensiones debatidas, porque

*“es evidente que si se acepta la omisión de resolver sobre la acción reconvenicional quedaría indefensa la parte que la ejercitó, se le obligaría a ir a un nuevo proceso no obstante haber ejercitado en éste legalmente aquella acción y, lo que es más importante aún, se infringiría el art.24 de la Constitución, al privarle de la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, como consecuencia de la indefensión a que se ha aludido”<sup>267</sup>.*

El T.S. resuelve sólo parte del problema, ya que nos dice que en casos como este la Audiencia debe pronunciarse sobre todos los extremos planteados en primera instancia, incluso sobre la reconvenición del demandado, pero no nos aclara que sucede si el demandado es condenado en segunda instancia. Éste no puede interponer otro recurso de apelación, al ser dictada ya la resolución que le condena en apelación. La S.T.S. 22 de junio de 1983, fundamenta en la economía procesal la no obligación del Tribunal *ad quem* de remitir las actuaciones al Juez inferior en estos términos:

*“(...) en el supuesto de haber estimado el iudex a quo una excepción, absteniéndose de entrar en el fondo de la controversia, si la sentencia recaída en la apelación interpuesta por el actor revoca la del primer grado, desestimando la excepción acogida por el inferior, el Tribunal no*

---

<sup>267</sup> S.T.S. de 15 de marzo de 1993 (R.J.2280). También en el mismo sentido las S.S.T.S. de: 22 de junio de 1983 (R.J.3650); 15 de marzo de 1988 (R.J.1970); 12 de junio de 1989 (R.J.4423); 11 de julio de 1990 (R.J.5853); 23 de enero de 1992 (R.J.201); 13 de mayo de 1992 (R.J.3922); 4 de febrero de 1993 (R.J.827); 14 de octubre de 1997 (R.J.7155); 26 de noviembre de 1997 (R.J.8401); 28 de julio de 1998 (R.J.6377).

También la S.A.P. de Valladolid, de 22 de noviembre de 1994 (R.A.C.2460): la Audiencia entra a examinar la cuestión de fondo, después de no aceptar la decisión de Juez de Primera instancia que apreciaba la excepción de falta de legitimación activa.

*reenvía las actuaciones al órgano de procedencia para que decida sobre la cuestión sustantiva, sino que (...) por indeclinables atenciones de economía procesal la resolución a pronunciar en la alzada abarcará toda la materia debatida (...)*<sup>268</sup>.

La pregunta que surge inmediatamente es: ¿cabe reducir las facultades y garantías procesales de los litigantes en aras a fomentar la economía procesal?. La respuesta debería ser, en todo caso, negativa. No obstante, las Audiencias Provinciales, con el apoyo de la jurisprudencia de la Sala Primera del T.S., mantienen como práctica habitual entrar a conocer del fondo del asunto en estos casos. Ante esa práctica, comúnmente admitida, únicamente se puede reprochar la merma de garantías y facultades procesales que implica.

### 3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGITIMACIÓN Y EL GRAVAMEN.

#### 3.1. De carácter sustantivo o procesal.

Algunos autores afirman que la legitimación o el gravamen son condiciones de la acción, aunque con ciertas particularidades en sede de impugnación. Por lo tanto, sería calificables como un requisito de fondo y no de forma o procesal. Pero el análisis de este presupuesto debe ser previo al enjuiciamiento del fondo de la impugnación, ya que son condiciones necesarias para que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre el fundamento del recurso<sup>269</sup>.

---

<sup>268</sup> S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650). También, la S.T.S. de 12 de junio de 1989 (R.J.4423), como ya se ha visto en el anterior capítulo, añade: "(...) ya que mediante el recurso de apelación, dada su naturaleza de recurso ordinario, el órgano de segundo grado adquiere plena competencia, con idéntico poder y amplitud de conocimiento, para conocer y resolver todas las pretensiones de las partes (sin más límites que el impuesto por el principio prohibitivo de la reformatio in peius, que aquí no entra en juego), por lo que si se entiende que ha de ser desestimada la única excepción procesal que llevó al órgano de primer grado a dictar una sentencia absolutoria en la instancia, tiene no ya la facultad, sino el deber de entrar directamente a conocer y resolver sobre el fondo de la cuestión litigiosa, como así lo imponen los principios ordenadores de la doble instancia (...)".

S.S.T.S.: de 23 de enero de 1992 (R.J.201); de 16 de noviembre de 1993 (R.J.9099); de 29 de enero de 1994 (R.J.636).

<sup>269</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I. *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., págs.8671 a 8675.

En este sentido la mayor parte de la doctrina considera que la legitimación para apelar junto con el gravamen, además de ser un presupuesto necesario en apelación, es un requisito de carácter procesal o formal, ya que está regulado en normas procesales<sup>270</sup>. Alguna jurisprudencia también lo entiende así<sup>271</sup>.

Tradicionalmente, la legitimación en general ha sido tratada desde distintos puntos de vista. Para unos, la mayoría de la doctrina española, la legitimación en primera instancia es una cuestión de fondo que sólo puede resolverse en la sentencia, y no puede tratarse *in limine litis* como presupuesto procesal<sup>272</sup>. En contra de esta postura, se defiende la naturaleza procesal de la legitimación, afirmando que las normas que la regulan, independientemente de donde se encuentren, son siempre procesales; la falta de legitimación conduce a que se dicte una resolución procesal, y no una sentencia sobre el fondo; y que, en ocasiones, puede ser necesario debatir sobre la legitimación *in limine litis*<sup>273</sup>. La legitimación posibilitaría que la resolución del Juez se dictare, pero no determina su contenido de fondo. Ésta habilitaría a una persona para que pueda iniciar la actividad jurisdiccional, pero no atribuiría derechos subjetivos u obligaciones materiales.

En el marco de la legitimación para recurrir, que es lo que nos ocupa directamente, la naturaleza procesal de la legitimación para recurrir es patente. Al estar legitimado para apelar únicamente el gravado por la resolución que se pretende impugnar, de manera que sin gravamen queda imposibilitado el ejercicio del medio de impugnación, concluimos que la legitimación para recurrir va necesariamente ligada al

---

<sup>270</sup> GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1353. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.245. ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8115. MONTERO AROCA, J. (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., págs.34 y ss. MONTERO AROCA, J.: *La legitimación en el proceso civil...*, ob. cit.. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (con otros): *Los recursos en el proceso civil*, ob. cit., págs.152 y 153. RICHARD GONZÁLEZ, M.: *La segunda instancia en el proceso civil*, ob. cit., pág.116.

<sup>271</sup> S.A.P. de Castellón, de 10 de febrero de 1993 (R.A.C.2569).

<sup>272</sup> ANDRÉS DE LA OLIVA (con Miguel Ángel Fernández): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.439 a 442. GÓMEZ ORBANEJA: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.135 y ss. MORENO CATENA (con Gimeno Sendra y Cortés Domínguez): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.79 a 81. RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.251 y ss. Sin embargo, estos autores discuten en cuanto al concepto de legitimación.

<sup>273</sup> MONTERO AROCA, J.: *La legitimación en el proceso civil...*, ob. cit..

concepto de gravamen. Así, está totalmente alejada de la consideración sobre derechos e intereses materiales en juego o sobre el objeto del proceso, configurándose como un presupuesto de carácter formal.

### 3.2. De admisión o de fundamentación.

Esta diferenciación es importante ya que si no concurren los requisitos de admisión, el órgano jurisdiccional competente no podrá decidir sobre si un recurso es fundado o no.

La L.E.C. regula, para el recurso de apelación, un procedimiento ordenado en dos fases principales que se desarrollan ante el órgano jurisdiccional *a quo* y el *ad quem* respectivamente. La primera comprende la interposición del recurso, la admisión del mismo, el emplazamiento de las partes ante el superior y el traslado de las actuaciones; la segunda se integra por los otros trámites desde la personación ante el *ad quem* hasta la sentencia. La intervención del Juez *a quo* es, pues, meramente preparatoria ya que el conocimiento de la pretensión de apelación y su decisión pertenecen al Tribunal superior.

Esta forma de proceder colocando la interposición del recurso de apelación ante el Juez que dictó la resolución que se pretende recurrir, persigue evitar que dicho Juez, al no tener conocimiento del recurso entablado, continúe el pleito hasta llegar a la ejecución de la sentencia, en su caso. La interposición del recurso ante el Juez *a quo* aparece como un aviso al Juez de Primera Instancia para que deje de conocer y remita las actuaciones a su superior, ya que la parte perjudicada por una resolución judicial ha pedido un nuevo examen de la cuestión. Esta actuación inicial se realiza mediante el escrito de interposición de la apelación, donde se manifiesta, además de otros extremos, lo que causa agravio. Se trata de una simple mención, de una manifestación genérica sin que sea necesario especificar y probar el gravamen, ya que esto tiene que hacerse ante el Tribunal *ad quem*. Sin embargo, el Juez *a quo* realiza un primer examen de los



requisitos de legitimación y gravamen, ya que si no concurren el juez debe inadmitir la apelación<sup>274</sup>.

El T.C. ha dicho al respecto (S.T.C. 90/1986, de 2 de julio),

*“El que la ley encomiende al órgano inferior la vigilancia del cumplimiento de estos requisitos procesales no supone excluir del poder de revisión de la segunda instancia tanto la existencia de tales requisitos como la propia decisión del órgano inferior sobre tales requisitos, pues el órgano judicial superior ha de conocer la total actividad del órgano de primera instancia, y por tanto, su juicio sobre la existencia de los requisitos de la admisión del recurso. En el caso de que el órgano de instancia decidiera la inadmisión, este conocimiento tiene lugar, en su caso, a través del recurso de queja; mientras que en los casos en que la decisión de instancia sea de admisión, sólo podrá realizarse en la decisión final de la sentencia de apelación como ha ocurrido en el presente caso”.*

De esta manera, para algunos autores, la legitimación y el gravamen son presupuestos de admisibilidad de los recursos, cuya concurrencia es necesaria para resolver sobre la cuestión de fondo planteada<sup>275</sup>. Si quien interpone el recurso no está legitimado para recurrir, o la sentencia cuya revisión insta no le causa un perjuicio, la apelación debe finalizar. Se configura así como requisitos de admisión y su cumplimiento es controlado de oficio por el órgano judicial competente, a diferencia de la admisión de la demanda (arts.377, 386, 1697 de la L.E.C.). Será, pues, el Juez *a quo* quien analizará la concurrencia de la legitimación y el gravamen para poder admitir la apelación, pero no podrá entrar a conocer sobre los fundamentos del recurso.

El T.S. se inclina por esta postura. La S.T.S. de 7 de julio de 1983, indica que el gravamen es un

---

<sup>274</sup> MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., págs.174 a 176. GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.1351 y 1352.

<sup>275</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.245 y 246: aunque considera que el requisito del gravamen o interés en la impugnación “se examinará juntamente con el fondo por el Tribunal”. FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Doctrina general de los medios de impugnación...*, ob. cit., págs.252 y 282. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., págs.317 y 318. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.215 y 216. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ LÓPEZ (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., pág.369. ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ob. Cit., págs.360, 369 y 374. NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., págs.418 y 504.

*“(...) elemento que tiene el valor de un requisito de admisibilidad del recurso, según entiende la más autorizada doctrina”.*

La S.T.S. de 11 de mayo de 1992, por su parte, señala que es el Juez *a quo* quien debe controlar la legitimación para apelar la sentencia de primera instancia, diciendo:

*“No es congruente, pues, que la Sala a quo apreciase inexistencia de interés, por lo que si bien a ella le corresponde el control de aquella legitimación (...), su juicio ha de ser razonable y no arbitrario, en aras del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que ordena el art.24.1 de la Constitución”<sup>276</sup>.*

El T.C., por su parte, también considera el interés en la impugnación como presupuesto de admisibilidad de los recursos<sup>277</sup>. Finalmente, también lo observan las Audiencias<sup>278</sup>.

En el derecho comparado, según un conocido autor, “Se dice corrientemente que para la admisibilidad basta con afirmar un agravio, mientras para el fundamento es necesario que exista realmente. Esta forma de expresión induce a error. No basta la simple afirmación del agravio, debe existir para que sea admisible el recurso. Pero existe cuando el contenido, capaz de autoridad de cosa juzgada, de la resolución impugnada, se aparta de la afirmación de derecho del recurrente en la instancia inferior. Es fundado el recurso únicamente cuando esta afirmación de derecho se manifiesta como verdadera”<sup>279</sup>. En los ordenamientos alemán<sup>280</sup> y austríaco<sup>281</sup>, como nos muestra este autor, se lleva a cabo un examen previo de la admisibilidad de la apelación antes de la vista oral (“mündliche Verhandlung”), y si de él resulta la inadmisibilidad, no habrá audiencia.

Otros autores, además de distinguir entre presupuestos de admisibilidad y de fundamentación, introducen una tercera categoría: “los requisitos afectantes a las

---

<sup>276</sup> S.T.S. de 7 de julio de 1983 (R.J.4074) y S.T.S. de 11 de mayo de 1992 (R.J.3896).

<sup>277</sup> S.T.C. 54/1985, de 18 de abril; S.T.C. 84/1985, de 8 de julio; S.T.C. 115/1986, de 6 de octubre.

<sup>278</sup> S.A.P. de Tarragona, de 16 de septiembre de 1991 (La Ley, 1992-1, 413); S.A.P. de Baleares, de 3 de octubre de 1991 (R.A.C.373); S.A.P. de Madrid, de 1 de octubre de 1992 (R.A.C.1473): “(...) la fundamental pregunta a la que debe darse solución, antes de entrar, en su caso, en el análisis del fondo de aquélla, es la de si es viable el recurso de apelación respecto de aquella parte cuyas pretensiones han sido estimadas plenamente en primera instancia (...)”, cuya respuesta es no, como ya sabemos; S.A.P. de Palma de Mallorca, de 25 de enero de 1993 (La Ley, 1993-1, 705); S.A.P. de Castellón, de 10 de febrero de 1993 (R.A.C.2569); S.A.P. de Pontevedra, de 11 de enero de 1997 (R.A.C.738); S.A.P. de Cáceres, de 12 de marzo de 1998 (R.A.C.658).

<sup>279</sup> ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.367. STEFAN LEIBLE: *Proceso civil alemán*, ob. cit., págs.384 y ss.

<sup>280</sup> § 520, I, 1 y § 519, b, II de la ZPO alemana. Sin embargo, en Alemania este examen previo lo lleva a cabo el Tribunal de apelación (Berufungsgericht).

condiciones del derecho al recurso”<sup>282</sup>. Entienden la legitimación y el gravamen o interés como condiciones de la acción, aunque con ciertas particularidades en el ámbito de los recursos, y los incluyen dentro de la tercera categoría. Así, los requisitos de admisión son: la resolución impugnada, la competencia del Juez, la observancia del plazo de interposición y demás formalidades del escrito de interposición; los requisitos afectantes a las condiciones del derecho al recurso son la legitimación y la existencia de gravamen; y los requisitos de fundamentación son la demostración del error judicial o del agravio. Como ya hemos visto, también entienden que la legitimación y el gravamen son condiciones de fondo, del propio derecho al recurso, y, por eso, es el órgano jurisdiccional superior encargado del enjuiciamiento del recurso quien debe examinar estas cuestiones. Así, la existencia de interés o gravamen o de legitimación se encuentra en un lugar intermedio entre los requisitos de admisibilidad y los de fundamentación, y quien examinará estos presupuestos será el órgano jurisdiccional superior, como garante de la regularidad del proceso<sup>283</sup>.

Según la regulación vigente de la apelación, el órgano judicial competente en la parte inicial del recurso es el Juez *a quo*, por ser quien tiene un conocimiento más cercano del litigio. En todo caso, si el Juez *a quo* inadmite el recurso de apelación por faltar estos presupuestos, el Tribunal *ad quem* podrá revisar dicha decisión, si alguno de los litigantes no está de acuerdo, por medio del recurso de queja (previo recurso de reposición); si, en cambio, el órgano inferior admite el recurso, apreciando la concurrencia de los mencionados requisitos, está dentro de las facultades del Tribunal superior revisar de oficio esta resolución<sup>284</sup>.

De lo expuesto podemos concluir que lo importante para que el recurso de apelación tenga efectividad práctica, es que el análisis de la concurrencia de la

---

<sup>281</sup> § 470 y ss, ZPO austríaca

<sup>282</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., págs.8670, 8671, 8674 y 8675.

<sup>283</sup> ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., págs.8110 y 8115.

<sup>284</sup> En este sentido, entre otras, la S.T.C. 113/1990, de 18 de junio, afirma: “(...) El cumplimiento de los requisitos procesales es un tema de orden público cuyo control en modo alguno, puede negarse al Tribunal superior que tiene la competencia para conocer y resolver los recursos que ante el mismo se interpongan, ya que no está vinculado por las decisiones que haya adoptado (...) el órgano judicial inferior (...)”.

legitimación y el gravamen se realice en el momento inicial de la tramitación de la apelación, para evitar trámites innecesarios y recursos meramente dilatorios. Que dicho análisis lo efectúe el Juez *a quo* o el Tribunal *ad quem* es una opción de política legislativa sin que, en principio, nos parezca que existan especiales razones que aconsejen encomendárselo con preferencia a uno u otro órgano judicial. Lo que queda claro, es que son requisitos cuyo examen debe realizarse al inicio de la tramitación del recurso, pues su falta impide la continuación del proceso. Por lo tanto, es un presupuesto de admisibilidad del recurso, imprescindibles para apelar y, por lo tanto, no subsanables. Además, como se ha visto en el apartado anterior, es un presupuesto para recurrir de carácter procesal.

#### 4. ¿QUIÉNES ESTÁN LEGITIMADOS PARA INTERVENIR EN APELACIÓN?

De todo lo expuesto en las líneas anteriores, deducimos que estarán legitimados para recurrir en apelación los que resulten agraviados o perjudicados por la resolución que se pretende impugnar. La L.E.C. no contiene disposición directa sobre este punto, cosa que dificulta la determinación concreta de los sujetos legitimados<sup>285</sup>. También se deben cumplir los otros presupuestos procesales, sobre todo, en lo que aquí interesa, los relacionados con los intervinientes en apelación: capacidad para ser parte y capacidad procesal.

Falta, aún, especificar quienes pueden y frente a quien cabe apelar.

Para realizar este análisis, distinguiremos entre los legitimados activa y pasivamente. Como sabemos, la legitimación activa es la posición habilitante para formular la pretensión que da derecho a obtener una tutela jurisdiccional concreta, y la legitimación pasiva determina contra quien se formula la misma. En materia de apelación también es importante distinguir entre legitimación ordinaria o directa y legitimación extraordinaria o indirecta. La ordinaria o directa la tiene quien afirma ser

---

<sup>285</sup> Como se analizará en un epígrafe posterior, la nueva L.E.C. sí que establece expresamente la necesidad que la resolución recurrida afecte desfavorablemente a quien interponga el recurso (art.448 del Proyecto de L.E.C. remitido al Senado por el Congreso).

titular del derecho subjetivo o se le imputa la titularidad pasiva. En el caso de la extraordinaria o indirecta, no se afirma ser titular del derecho subjetivo (activa) o no se puede imputar la obligación (pasiva), sino que se atiende al interés que trata de proteger la Ley cuando concede esta legitimación. Puede tratarse de intereses privados, sociales o públicos<sup>286</sup>.

#### 4.1. Legitimación activa.

Los titulares del derecho de impugnación son:

- Quien ha sido parte en primera instancia, tanto los demandantes como los demandados. Esta legitimación se fundamenta en la posición procesal que ocupan los sujetos en el proceso, incluso cuando se haya declarado en rebeldía.

- El sucesor procesal, en cuanto ocupa la misma posición de la parte a la cual sustituye.

- Los intervinientes en la primera instancia, que antes de la intervención en un proceso iniciado por otros, son terceros procesales, pero deben tener la consideración de partes a todos los efectos una vez han intervenido. En algunos supuestos, concretamente en la intervención adhesiva simple, se discute su condición de parte autónoma.

- Los terceros procesales, esto es, quienes no han sido parte en la fase procesal precedente, pero, no obstante, se ven afectados por la resolución dictada en primera instancia (intervinientes de la apelación). El T.S. ha reconocido la posibilidad que puedan intervenir en los recursos, aunque existen distintas dudas al respecto y debe interpretarse de modo limitado.

- Casos donde existe una pluralidad de partes en la misma posición procesal. Es necesario distinguir las situaciones materiales inescindibles, que los efectos repercuten

---

<sup>286</sup> MONTERO AROCA, J.: *La legitimación en el proceso civil...*, ob. cit., págs.35 y 36.

en todos los sujetos, de las situaciones escindibles, que afectan sólo a los sujetos recurrentes.

#### 4.2. Legitimación pasiva.

Se trata de quienes se hayan aquietado ante la resolución judicial, ya sea porque no han creído oportuno recurrir o no les perjudicaba la decisión de primera instancia. Contra éstos se dirigirá el recurso. Nos remitimos a lo dicho en la legitimación activa, con las salvedades impuestas por la posición procesal que ocupan, de forma que las personas a quienes afectará el cambio de la resolución en el caso que prospere el recurso son:

- Las partes en primera instancia (demandantes y demandados), que no han interpuesto el recurso en los plazos preclusivos o no se han adherido a la apelación del apelante en el momento procesal oportuno. Se incluyen los intervinientes en primera instancia y los rebeldes.

- El sucesor procesal.

- No está muy claro si el recurso de apelación puede dirigirse contra terceros procesales que no han sido parte en primera instancia. Parece que la respuesta más acertada es no permitir su intervención, pero esto requiere un análisis en profundidad que realizaremos en su momento.

- Pluralidad de sujetos. Esta materia no está regulada por la L.E.C. cosa que crea muchos problemas prácticos.

Se entiende que, en todo caso, debe interponerse el recurso contra la parte contraria. Por eso, no puede haber apelación de un litisconsorte contra otro o de un interviniente adhesivo contra su parte principal. Pero, se plantean algunas dudas que serán analizadas más adelante.

También está legitimado activa o pasivamente en apelación, el Ministerio Fiscal, en aquellos procesos donde se permite su intervención.

Una vez determinado quienes pueden apelar o ser apelados, surge la necesidad de realizar un examen más profundo de todos los aspectos problemáticos que se presentan, y, así, concretar exactamente quien está legitimado para intervenir en apelación. Esto es lo que pretendemos con el presente trabajo.

## 5. LEGITIMACIÓN Y GRAVAMEN EN LA NUEVA L.E.C.

Constituye un acierto de la nueva L.E.C. el establecer expresamente, en el marco “Del derecho a recurrir”, la necesidad de que la resolución que se pretenda impugnar afecte desfavorablemente a las partes, como requisito indispensable para que éstas tengan la facultad de interponer los recursos previstos por la Ley (art.448 del Proyecto de L.E.C. remitido al Senado tras su aprobación en el Congreso de los Diputados)<sup>287</sup>. De esta forma, se introduce el requisito del interés, en el sentido de afección desfavorable, como presupuesto necesario para recurrir. Al ser dicho art.448 el primero de los preceptos del Título IV (“De los recursos”) del Capítulo I (“De los recursos: disposiciones generales), es aplicable a todos los recursos que se prevén en la nueva L.E.C. y, por eso, no es necesario que en sede de cada uno de ellos se reitere la exigencia. Su importancia radica en precisar el interés necesario para recurrir, esto es, la afección derivada de la resolución que se pretende impugnar debe tener un carácter desfavorable. Añade, pues, un plus a la exigencia: no es suficiente un interés, sino que éste debe venir dado por el carácter perjudicial de la resolución.

El art.448 del mencionado Proyecto de L.E.C. recibe el título “Del derecho a recurrir”, normando la facultad de interponer recursos. Parece, pues, indicar la legitimación para recurrir. Así expone que esta facultad solo operará “(...) contra las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente”, de forma que introduce el perjuicio y entrelaza los dos elementos. Todo esto nos permite afirmar que estarán

---

<sup>287</sup> Art.448.1 de dicho Proyecto: “Contra las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley”.

legitimados para recurrir los litigantes a quienes les perjudique la resolución impugnada. Esta legitimación es potestativa, ya que el precepto indicado utiliza el término “podrán”, permitiendo que sean las partes quienes, ante una resolución desfavorable, decidan si interponen o no el recurso.

En efecto, la necesidad de que la resolución afecte desfavorablemente a quien intervenga en apelación se extrae del art.448 del Proyecto de L.E.C. remitido al Senado, como disposición general y no se reitera en sede del recurso de apelación. Pero, en dicho recurso, los principales problemas surgen cuando el texto de referencia no establece: a) en qué momento debe apreciarse la existencia o inexistencia de resolución desfavorable; b) qué Juez debe verificar su concurrencia (el Juez *a quo* o el Tribunal *ad quem*); c) qué efectos se derivan de esta comprobación. Es acertado que una disposición general regule la necesidad de resolución desfavorable para recurrir, pero si se concibe como un requisito inicial, previo a la interposición del recurso, como parece hacerse, también es preciso que en cada recurso se analice y regule su concurrencia, de lo contrario se cae en imprecisiones. Sólo cuando se establece la impugnación a la apelación (antes adhesión), se exige al apelado que únicamente impugne “(...) los pronunciamientos de la resolución apelada que le sean perjudiciales”, por lo tanto es necesario un gravamen. Fuera de los preceptos propiamente reguladores de los recursos, también se exige que la resolución afecte desfavorablemente a quien los interponga. El art.13.3 *in fine* del Proyecto de L.E.C. mencionado, permite al interviniente utilizar los recursos que procedan, pero sólo “(...) contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte”.

Lo expuesto pone de manifiesto que en apelación no se prevé expresamente la necesidad de perjuicio para tener legitimación para apelar. Pero el problema no surge de su reconocimiento expreso o no en esta sede, ya que con base en el art.448 no hay dudas que este requisito es necesario para recurrir en apelación. La problemática aparece porque se regula el recurso de apelación sin tener en cuenta este presupuesto. Sería, pues, conveniente que algún precepto de la nueva L.E.C. estableciera que la existencia de gravamen, como elemento determinante de la legitimación para apelar, debe apreciarse al inicio de la tramitación del recurso de apelación y, por tanto, con base en la



regulación que efectúa la nueva L.E.C. de dicha tramitación, sería el Juez *a quo* el competente para inadmitir el recurso en caso de falta de resolución desfavorable. Sin esta previsión el presupuesto de legitimación y gravamen, en el sentido de que sólo está legitimado para recurrir el litigante a quien afecte desfavorablemente la resolución judicial, queda vacío de contenido

### III. POSTULACIÓN Y ASISTENCIA LETRADA.

Con carácter general y a título introductorio cabe indicar: en el recurso de apelación también se debe cumplir el presupuesto procesal de la postulación y de la asistencia letrada, o sea, de valerse de la representación de un Procurador y la defensa de un Abogado, salvo en los casos que la Ley lo exceptúe expresamente. De esta forma, el escrito de interposición del recurso debe estar formalizado por el Procurador y el Abogado de la parte que promueva la impugnación, así como su intervención es necesaria en todas las actuaciones previstas legalmente<sup>288</sup>. Este requisito, en el ámbito de los recursos y concretamente en el de apelación, como veremos más en extenso, está regulado defectuosamente en la L.E.C. de 1881.

La exigencia de postulación se reconoce asimismo por el T.C.. La Sentencia 130/1987, de 17 de julio, afirma,

*“Asimismo se integra en esa garantía el cumplimiento de los requisitos que legalmente la configuran, tal en el caso presente el de la postulación procesal que haya de cumplimentarse con la asistencia técnica o la representación con Procurador. En los casos en que sea preceptivo o en aquellos en los que la Ley ordena su nombramiento de oficio, es obvio que el órgano judicial ha de hacerlo así, so pena de privarse a la parte del derecho al proceso y al recurso, lo que implicaría denegación de justicia e infracción del art.24 C.E.”.*

Desde un punto de vista doctrinal, existen dos opiniones diferentes respecto a si los requisitos de postulación y asistencia letrada en primera instancia se mantiene o no con el mismo sentido en la segunda. Una posición sostiene que no deben ser

---

<sup>288</sup> MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit. , pág.175.

necesariamente idénticos, y aunque en primera instancia no se exijan estos requisitos, sí pueden ser necesarios para la segunda. Esta postura parte de entender la apelación como un proceso distinto: “(...) si un litigio se tramita en primera instancia ante un Juzgado Municipal y existe dispensa de Procurador y Letrado, ello no quiere decir que en el proceso de apelación ante el Juzgado de Primera Instancia la dispensa continúe, sino que, por el contrario, habrá de utilizarse la postulación profesional por concebirse, también aquí, la apelación como proceso distinto de aquel en que la resolución judicial se emite. Cuando en la primera instancia de un litigio ha existido postulación profesional, su extensión a la segunda instancia no ofrece dificultades; sin embargo, el poder y el nombramiento son teóricamente distintos para la primera instancia y para la segunda; un mismo poder y un mismo nombramiento pueden abarcar proceso principal y proceso de apelación, pero siempre que así se determine al conferir las facultades representativas o directivas del Procurador y del Letrado, respectivamente”<sup>289</sup>. Por contra, otros autores entienden que los requisitos de postulación y asistencia letrada son iguales en primera y en segunda instancia; afirmando, cuando se refiera a la forma de interponer la apelación, que “(...) si el asunto es de los exceptuados de la intervención de Procurador y de la dirección de Letrado, estará en forma el escrito con la firma solamente de la parte”<sup>290</sup>.

Entendemos que el recurso de apelación se considera como una fase de un proceso pendiente. De esta forma, ante la falta de regulación legal al respecto, debemos entender que los requisitos de postulación y asistencia letrada exigidos en primera instancia se mantienen en la segunda.

Finalmente, hay que señalar un posible problema surgido a raíz de la reforma de la L.E.C. mediante la ley 10/1992, que dio una nueva redacción al art.733 regulador de la apelación en el juicio verbal. Según este artículo el escrito de interposición del recurso de apelación en un juicio verbal debe estar fundado. El problema surge cuando en esta clase de juicios, de acuerdo a los arts.4 y 10 de la L.E.C., al no ser necesaria la

---

<sup>289</sup> GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1354.

<sup>290</sup> MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.250. GÓMEZ COLOMER, J.L. (con Montero Aroca, Ortells Ramos y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.381.

intervención ni de Procurador ni de Abogado, se plantea cómo realizar dicha fundamentación, llegado el caso, por la propia parte sin ningún tipo de asistencia profesional, por lo que resulta chocante la no exigencia de estos requisitos. En todo caso, hay pocas posibilidades que este supuesto se de en la práctica judicial, pues, normalmente, las partes siempre buscan la asistencia técnica de un profesional cuando tienen que realizar estos escritos. Parece conveniente la existencia, por lo menos, de dirección de abogado para salvaguardar el derecho de defensa del apelante<sup>291</sup>.

## 1. POSTULACIÓN.

Con relación al Procurador, el art.3 de la L.E.C. establece “La comparecencia en juicio será por medio de Procurador legalmente habilitado para funcionar en el Juzgado o Tribunal que conozca de los autos, y con poder declarado bastante por un Letrado”. De esta norma surge la obligación de comparecer en los recursos por medio de Procurador. En consecuencia, el órgano judicial no admitirá el escrito de interposición de la apelación si no contiene la firma del Procurador apoderado al efecto. Como veremos, este defecto puede subsanarse. Pero, si en primera instancia no se exige la representación mediante Procurador, tampoco se pedirá en la interposición del recurso. Esto sucede, como prevé el art.4 de la L.E.C., en los juicios verbales, en los de cognición y en los de desahucio, salvo cuando versen sobre locales de negocio, establecimientos mercantiles o fabriles y fincas rústicas, en los incidentes relativos a justicia gratuita, alimentos provisionales, embargos preventivos y diligencias urgentes que sean preliminares del juicio, y en los actos de jurisdicción voluntaria.

El derecho romano ya reconocía que el Procurador que actuaba en apelación podía ser el mismo que hubiese representado a la parte en primera instancia. Posteriormente, en la Edad Media, se plantea el problema de hasta qué punto estaba obligado el Procurador a apelar la causa que se le había encargado. Para resolverlo, los glosadores distinguieron dos momentos en apelación: el de la simple interposición, y la continuación del mismo. En un principio se entendió que estaba obligado a llevar la apelación hasta el final, pero, en una etapa posterior, la escuela de la Glosa consideró que sólo estaba obligado a

---

<sup>291</sup> RICHARD GONZÁLEZ, M.: *La segunda instancia en el proceso civil*, ob. cit., págs.120 y 121.

interponer el recurso, ya que el mandato únicamente llegaba hasta ese momento. Respecto a la prosecución de la apelación, era facultativo del Procurador seguirla o no. Pero, en las Partidas se produjo una contradicción, al establecer en una Ley la necesidad de otorgar un nuevo poder para continuar la apelación<sup>292</sup> y en otra no<sup>293</sup>. La doctrina de los siglos siguientes solucionó esta contradicción señalando que sólo cuando se trataba de resoluciones interlocutorias el Procurador podía seguir la apelación sin nuevo poder, y si eran resoluciones definitivas, el Procurador que no tenía un mandato general no podía continuar el recurso en la segunda instancia, y precisaba de un nuevo apoderamiento. Sin embargo, en el caso de que el Procurador no interpusiese la apelación, las Partidas le obligaban a pagar una indemnización por el menoscabo sufrido, y, subsidiariamente, daban al representado, “dueño del pleito”, otro plazo para interponer el recurso<sup>294</sup>.

Gracias a que el recurso de apelación se interpone ante el mismo órgano judicial que ha dictado la resolución que se pretende impugnar, se entiende que el escrito de interposición podrá ser presentado por el mismo Procurador que haya representado al gravado en primera instancia. El art.62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, para el juicio de cognición, lo establece así: “La representación conferida *apud acta* en primera instancia es válida para todas las actuaciones posteriores, incluso para las de segunda instancia y trámites de ejecución de sentencia”. La regla general es, pues, que el poder otorgado válidamente en primera instancia también sirve para la segunda. Cuando el Procurador comparece ante el Tribunal *ad quem*, en su escrito puede remitirse al poder obrante en los autos que ya tiene a su disposición el Tribunal al habersele remitido las actuaciones. Debido a esta concepción unitaria del proceso no se exige la presentación de un nuevo poder. Así lo manifiesta la S.T.C. 213/1990, de 20 de diciembre:

*“El presupuesto procesal de la representación procesal se cumple mediante la incorporación (y presentación ante el órgano judicial) de la escritura de poder al escrito inicial del proceso o al de cada una de sus instancias (...)”.*

En el mismo sentido, la S.T.S. de 26 de febrero de 1962:

*“(...) la apelación no es más que un recurso ordinario dentro de aquella concepción unitaria del proceso, razón por la cual el precepto legal*

---

<sup>292</sup> Partidas 3, 5, 23.

<sup>293</sup> Partidas 3, 23, 3.

<sup>294</sup> AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., págs.104 a 107.

*citado (art.3 de la L.E.C.) no exige expresamente nueva presentación de poder, que puede resultar innecesaria en casos como el de autos”<sup>295</sup>.*

Sin embargo, también existen supuestos donde el poder presentado en primera instancia no será válido para la segunda: cuando sea ilegal (no cumpla todos los requisitos que exige el Derecho), no esté bastateado (no confiere al Procurador las facultades necesarias para actuar en apelación) o no incluya la segunda instancia. No se exige conferir al Procurador un poder especial para actuar en apelación, sino que es suficiente el poder general para pleitos, con el bastateo llevado a cabo por un Letrado. Pero, si no se tiene poder adecuado todas las actuaciones realizadas en apelación son nulas. No obstante, nuestra jurisprudencia ha extendido a este ámbito la reiterada doctrina sobre la subsanabilidad de determinados presupuestos en aras a la economía procesal y la tutela judicial efectiva, y ha interpretado al respecto que en los casos de poder insuficiente o ilegal, es posible subsanar estos defectos siempre que de las circunstancias se extraiga la efectiva presencia del Procurador<sup>296</sup>.

De esta forma, el T.C. ha entendido que la falta del documento que acredita la representación que dice ostentar el Procurador, del bastateo del poder por Letrado o de la firma del Procurador en el momento de interponer la apelación, es subsanable cuando el defecto se reduce a esa mera formalidad y siempre que quepa la subsanación. Sólo cuando no haya sido subsanado, tras haberse dado a la parte oportunidad para hacerlo, se podrá inadmitir el recurso sin vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>297</sup>.

---

<sup>295</sup> S.T.S. de 26 de febrero de 1962 (R.J.1139). En el mismo sentido, S.T.S. de 12 de febrero de 1987 (R.J.707).

<sup>296</sup> Así, el T.S. admite los motivos de casación cuando el bastateo del poder efectuado por Letrado no es suficiente. La S.T.S. de 1 de diciembre de 1955 (R.J.3600), considera que la fecha del bastateo por Letrado no es correcta, por lo que el Procurador carece de poder adecuado para actuar en segunda instancia, tratándose de un vicio fundamental o defecto de orden público que ocasiona retrotraer las actuaciones al momento en que se ha cometido el error. La S.T.S. de 12 de diciembre de 1958 (R.J.4046), presenta un caso donde el bastateo se hizo sólo para la primera instancia y no para la segunda, no subsanándose en la misma el defecto: son nulas las actuaciones, queda firme la sentencia del Juez *a quo* por no haberse personado a tiempo y en forma la parte apelante. En el mismo sentido, la S.T.S. de 25 de noviembre de 1959 (R.J.4462).

<sup>297</sup> S.S.T.C. 132/1987, de 21 de julio; 174/1988, de 3 de octubre; 33/1990, de 26 de febrero; 102/1990, de 4 de junio; 213/1990, de 20 de diciembre, que otorga la misma posibilidad de subsanación cuando el defecto sea la falta de firma de procurador en el escrito de interposición de la apelación, equiparándolo, pues, a la falta de acreditación de la representación procesal; 133/1991, de 17 de junio; 177/1991, de 19 de septiembre.

Como hemos visto, el art.3 de la L.E.C. exige al Procurador estar legalmente habilitado. La habilitación se produce con la inscripción en el Colegio, la constitución de una determinada fianza y prestar juramento o promesa (art.6 del Estatuto General de los Procuradores). Los Procuradores, además, sólo están habilitados para actuar dentro de la provincia donde se encuentre su Colegio. De esta forma, si quien ha sido Procurador en la primera fase del proceso está habilitado territorialmente para realizar sus actuaciones ante el órgano competente en apelación, podrá continuar ejerciendo sus funciones. Si, por el contrario, no se encuentra habilitado en el ámbito territorial donde es competente el órgano de apelación, será necesario que la representación sea asumida por otro Procurador en quien concurra dicha habilitación<sup>298</sup>. En el mismo sentido se pronuncia la S.A.P. de Asturias, de 19 de junio de 1995<sup>299</sup>.

## 2. ASISTENCIA LETRADA.

La necesidad de que los litigantes sean dirigidos por un Abogado, habilitado legalmente para ejercer su profesión en el Juzgado o Tribunal que conozca del proceso, viene impuesta por el art.10 de la L.E.C.. Dicho artículo también establece “No podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de Abogado”. Por lo tanto, tampoco se aceptará la interposición del recurso de apelación si el escrito no va firmado por Abogado, aunque es posible subsanar esta falta. También existen excepciones a esta regla general: los juicios verbales y de desahucio, salvo cuando se funden en la falta de pago de la renta de locales de negocio; en los actos de jurisdicción voluntaria de cuantía determinada que no exceda de 400.000 ptas., así como los que tengan por objeto la adopción de medidas urgentes o que deban instarse en un plazo perentorio (art.10 de la L.E.C.).

---

También, S.T.S. de 19 de octubre de 1933 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., vol.IV, pág.6084); S.T.S. de 22 de junio de 1944 (R.J.822); S.T.S. de 25 de mayo de 1959 (R.J.2013); S.T.S. de 28 de diciembre de 1962 (R.J.4753).

<sup>298</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. (con otros): *Los recursos en el proceso civil*, ob. cit., pág.155.

<sup>299</sup> S.A.P. de Asturias, de 19 de junio de 1995 (Ar.1101).

Igual que los Procuradores, el Abogado que ha defendido al litigante en primera instancia también está habilitado para asistirlo en la segunda, si pretende aquél interponer apelación. La diferencia respecto a los Procuradores se centra en que en el caso de los Abogados no es necesario que estén habilitados en el lugar donde es competente funcionalmente el órgano de apelación. Por el sólo hecho de estar colegiados en un Colegio de Abogados de España ya pueden realizar sus funciones de defensa en cualquier proceso y en cualquier instancia, incluso ante el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional. El art.22 del Estatuto General de la Abogacía prevé “Para las actuaciones antedichas, el Letrado, previa acreditación de su pertenencia al Colegio de origen y de su intervención en el proceso, deberá comunicarlo al Decano del Colegio receptor, que le habilitará para actuar como colegiado a todos los efectos en el asunto concreto y, en consecuencia, quedará acogido a la protección y sujeto a la disciplina del Colegio, que llevará un registro de estas habilitaciones. No necesitará abonar cuota de incorporación y solamente podrá ejercitar derechos políticos en el Colegio de origen”.

El T.C., en la Sentencia 99/1990, de 24 de mayo, ha entendido que esta regulación de la habilitación del Letrado,

*“(…) tiene la finalidad de regular del modo más elástico y permisivo, con criterios de generalidad, la actuación de los Abogados colegiados, permitiendo su intervención en los recursos, nacidos de la causa judicial originaria, que hayan de proseguir por imperativo legal en sedes jurisdiccionales distintas a la demarcación de su Colegio”.*

No obstante, si se produce algún defecto o error en la mencionada habilitación, el T.C. ha admitido reiteradamente que el órgano judicial debe dar un plazo razonable para su subsanación. Sólo si termina este plazo sin haberse subsanado el defecto se convierte en insubsanable y provoca la inadmisión del recurso. Si el órgano judicial competente no concede dicho plazo, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y, más concretamente, el derecho al acceso a los recursos legalmente establecidos. La S.T.C. 39 /1990, de 12 de marzo, añade

*“Como tampoco sería relevante la fecha de emisión de la preceptiva habilitación por parte del Colegio de Abogados, pues ello sería hacer depender de una institución ajena a las partes del efectivo cumplimiento de requisitos capaces de determinar, en su caso, la inadmisión de recursos, ya que la tardía tramitación de una solicitud de habilitación*

*podría superar incluso, en hipótesis, el plazo de subsanación otorgado al efecto*<sup>300</sup>.

También debemos tener presente que, si por alguna razón (por ejemplo, situación de baja total), el Abogado carece de dicha condición, la interposición de la apelación por el mismo provoca su inadmisión, al tratarse de un obstáculo insubsanable por ser un incumplimiento voluntario o malicioso de requisitos formales, que afecta a la buena marcha del proceso y a la finalidad perseguida por el legislador de asegurar los intereses de la parte que ha obtenido la sentencia favorable. Un caso similar se plantea en la S.A.P. de Granada, de 12 de julio de 1993, donde se dice

*“(...) de considerarse subsanable el defecto apreciado, mediante la aportación, en este momento procesal, de escrito de interposición del recurso con firma de Letrado colegiado, se estaría favoreciendo la actitud de la parte que produjo, de forma maliciosa, el defecto procesal mencionado (baja total del Abogado que interpuso el recurso), y, todo ello, en perjuicio de la parte actora, que vería retardada la resolución de su pretensión (...)”*<sup>301</sup>.

Queda por tratar la omisión de firma de Letrado en el escrito de interposición de los recursos. El art.10 de la L.E.C. exige, con carácter general en los actos procesales de las partes la firma de Abogado excepto en los supuestos que el mismo artículo establece. Se ordena, pues, que no podrá realizarse ninguna solicitud que no vaya acompañada de la firma de Letrado, de manera que el incumplimiento de este requisito determina la ineficacia total del escrito de interposición de un recurso. El deber de comparecer por medio de Procurador y dirigido por Letrado, viene impuesto por los arts.3 y 10 de la L.E.C., y la firma de Abogado en el escrito de interposición del recurso de apelación constituye una manifestación del mismo, con las excepciones contenidas en los arts.4 y 10 del mismo texto legal. La necesidad de firma de Letrado en los escritos presentados en trámite de apelación, está prevista expresamente en algunos artículos de la L.E.C.: el art.857, respecto a la apelación en los juicios de mayor cuantía; art.891, respecto a las

---

<sup>300</sup> Se aplica toda la jurisprudencia del T.C., ya analizada en el derecho a los recursos, sobre la subsanación de defectos procesales. En idéntico sentido, las S.S.T.C.: 177/1989, de 30 de octubre; 116/1990, de 21 de junio; 118/1990, de 21 de junio; 126/1993, de 19 de abril; 4/1995, de 10 de enero; 209/1996, de 17 de diciembre.

También, S.T.S. de 10 de abril de 1996 (R.J.2914).

<sup>301</sup> S.A.P. de Granada, de 12 de julio de 1993 (R.A.C.1353).



apelaciones de sentencias y autos dictados en incidentes y en los juicios que no sean de mayor cuantía.

El T.C. ha afirmado que dicho requisito no supone una mera formalidad intrascendente y, por lo tanto, su falta absoluta constituye una grave infracción, que, si se pone de manifiesto, impide el trámite o acceso al proceso. Pero, también admite que en determinados casos, valorando las especiales circunstancias concretas, se puede reparar la omisión. Tal requisito tiene por objeto garantizar que los actos de la parte necesitados de asistencia Letrada cuenten efectivamente con ella, de manera que dicha parte no carezca de defensa jurídica, y que el Letrado al que se atribuye el escrito es autor del mismo y se compromete con su contenido. Por lo tanto, si durante la tramitación de la apelación se cumple dicha finalidad, se entiende que la falta de firma de Abogado no puede dar lugar a la inadmisión del escrito de interposición de la apelación y debe permitirse la subsanación del mencionado defecto (art.11.3 de la L.O.P.J.). El fundamento de cuanto se ha dicho es que lo establecido en el art.10 de la L.E.C. debe aplicarse en estrecha conexión con el art.24.1 de la Constitución, ya que no toda irregularidad procesal puede obstaculizar la continuación del proceso, llegando a una sanción desproporcionada en relación a la finalidad de las normas donde se establecen los requisitos de admisión de los recursos.

En este sentido se pronuncia la S.T.C. 3/1987, de 21 de enero, en un supuesto donde el Juez de Primera Instancia admite la apelación interpuesta sin advertir que el escrito de interposición carecía de firma de Abogado, debido quizá a que para él era notorio que la parte había intervenido en el proceso con representación de Procurador y asistencia de Letrado. Pero, la Audiencia Provincial al comprobar la citada omisión por certificación del Secretario, declaró, sin más trámites, firme la resolución apelada en aplicación del art.10 de la L.E.C. El T.C. no aceptó la inadmisión del recurso por este motivo y aseveró,

*“Es cierto que el art.10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aisladamente considerado, al preceptuar que no se podrá proveer a ninguna solicitud que no lleve la firma del Abogado - fuera de los casos expresamente exceptuados en el susodicho precepto legal - puede entenderse en el sentido de que determina la ineficacia total de los actos que no cumplan dicho requisito y, por consiguiente, que permite negar efecto al escrito*

*de interposición de un recurso de apelación que adolece de tal defecto con la consecuencia de declarar firme la Sentencia apelada”.*

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

Esta subsanación tiene como límite que no afecte a la regularidad del procedimiento y a los intereses de la parte contraria. En suma: la falta de firma de Letrado es subsanable cuando la existencia de asistencia técnica en el proceso pueda deducirse de los antecedentes<sup>302</sup>. De la misma manera lo expone el T.S.<sup>303</sup>; así también las Audiencias Provinciales<sup>304</sup>.

Podemos concluir diciendo que la firma de Abogado y de Procurador (acreditativas de la defensa y representación, respectivamente) en el escrito de interposición del recurso de apelación, son presupuestos procesales de tal trascendencia que su falta puede dar lugar a la inadmisión o desestimación del recurso. Pero, como ha

---

<sup>302</sup> S.S.T.C.: 57/1984, de 8 de mayo; 87/1986, de 27 de junio, donde afirma “Ciertamente que la intervención de Letrado y Abogado en los casos exigidos como en el presente no constituye mera formalidad o requisito intrascendente, como antes ya se ha dicho, y es claro que su falta absoluta puede constituir y constituye infracción grave y podrá ser acusada para impedir el trámite o el acceso al proceso. Pero no lo es menos que tampoco puede ser calificada de insubsanable en todos los casos y que habrá que admitir, por ello, que podrá ser reparada la omisión según casos y circunstancias y cuando éstos lo permitan”; 132/1987, de 21 de julio; 140/1987, de 23 de julio; 39/1988, de 9 de marzo; 95/1988, de 25 de mayo; 174/1988, de 3 de octubre; 105/1989, de 8 de junio; 202/1989, de 30 de noviembre; 93/1991, de 6 de mayo; 177/1991, de 19 de septiembre: “sólo una conducta negligente de la parte en su omisión y consiguiente subsanación puede fundamentar la inadmisión del recurso”.

<sup>303</sup> También, la S.T.S. de 10 de marzo de 1994 (R.J.1731) que afirma, “(...) la falta de firma de abogado es por sí misma un requisito subsanable; la subsanación puede ordenarse por la Audiencia, y por propia naturaleza en un caso como éste siempre es tardía, es decir, posterior al plazo preclusivo para interponer el recurso de apelación, so pena, de no admitirse, de considerar insubsanable la falta, lo que supondría un formalismo carente de sentido en la actualidad por vulneración del principio constitucional de tutela efectiva de los derechos que consagra el artículo 24.1 de la Constitución (...)”.

<sup>304</sup> En el mismo sentido, S.A.P. de Salamanca, de 15 de mayo de 1981 (La Ley, 1981-3, 1143); A.A.P. de Zaragoza, de 3 de febrero de 1993 (R.A.C.137).

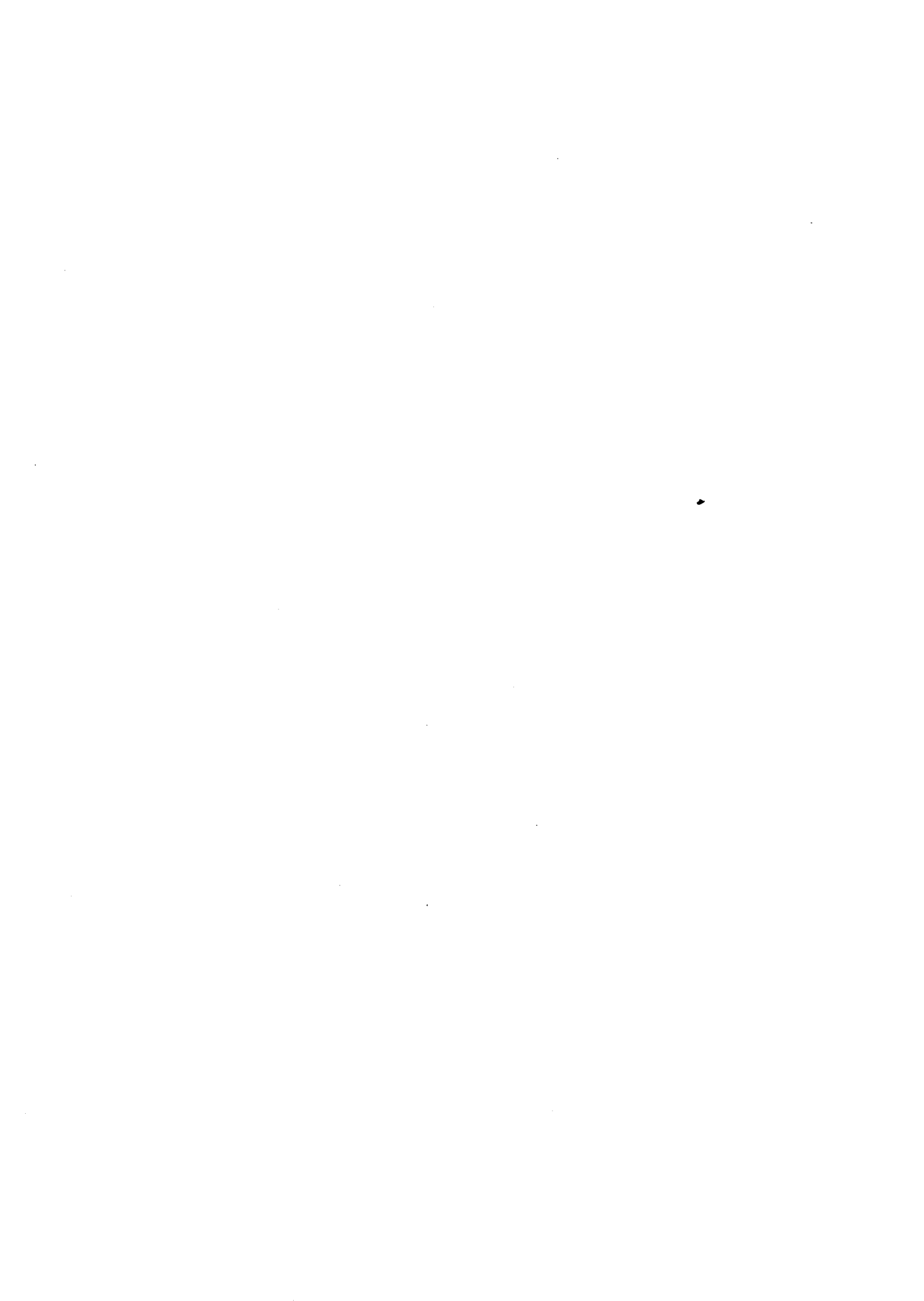
observado acertadamente el T.C., en aras a satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a los recursos, debe permitirse, cuando sea posible según las circunstancias del caso, la subsanación de estos defectos antes de impedir la continuación de la tramitación de la apelación. Para que la subsanación sea posible es importante, no obstante, que de las actuaciones realizadas y de los antecedentes se deduzca que la asistencia de Letrado y la representación por Procurador fue efectiva.

En todo caso, los presupuestos procesales necesarios para apelar relacionados con los sujetos que pueden actuar en dicho recurso, son:

- a) Capacidad para ser parte y capacidad procesal: En el recurso de apelación, igual que en primera instancia, los litigantes deben tener capacidad para ser parte y capacidad procesal. Asimismo, cabe la posibilidad que la sucesión procesal se produzca en dicha fase del proceso.
- b) Legitimación y gravamen: se trata de un único presupuesto procesal de admisibilidad del recurso, pues únicamente está legitimado para recurrir en apelación quien resulte gravado por la resolución dictada por el Juez *a quo*, ya sea de forma directa, ya sea de forma indirecta o refleja (terceros).
- c) Postulación y asistencia letrada: Estos dos presupuestos permanecen, por regla general, iguales que en primera instancia.



**CAPÍTULO TERCERO:  
POSIBLES COMPORTAMIENTOS  
PROCESALES DE LOS SUJETOS  
DE LA APELACIÓN**



## **CAPÍTULO TERCERO: POSIBLES COMPORTAMIENTOS PROCESALES DE LOS SUJETOS DE LA APELACIÓN**

Una vez determinados los presupuestos necesarios en apelación, vamos a precisar en este capítulo las diferentes actuaciones procesales de los sujetos legitimados para intervenir en este recurso. Sobre todo nos centraremos en el momento de la interposición del recurso, pero sin olvidar las otras fases de su procedimiento donde apelante y apelado pueden tener alguna participación singular o problemática. Los trámites que no ofrezcan ninguna peculiaridad al respecto simplemente se indicarán. Las facultades de las partes en apelación que, en alguna forma, determinen el objeto de la misma serán tratadas en el siguiente capítulo.

En primer lugar, se analizarán las situaciones normales, entendiéndose por tales, la posibilidad de que los que han sido parte inicial en primera instancia y han intervenido en la misma interpongan e impulsen la tramitación de un recurso de apelación. A este efecto, analizaremos por separado los legitimados activa y pasivamente en la alzada. Posteriormente, observaremos una serie de situaciones especiales o peculiares que pueden aparecer en este recurso (rebeldía, intervención, terceros...).

### **I. APELANTE.**

En aras al principio dispositivo informador del proceso civil, existen muchos trámites en apelación que son fruto de la voluntad de los litigantes, de forma que si ellos no los inician no se realizan o su sustanciación cambia. Ya sabemos quienes están legitimados para apelar, se debe concretar ahora su actuación.

## 1. TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL JUEZ *A QUO*.

Nuestra L.E.C. divide el procedimiento del recurso de apelación en dos fases que se desarrollan, respectivamente, ante el órgano jurisdiccional *a quo* y el *ad quem*. La desarrollada ante el Juez *a quo* se separa, por su parte, en tres trámites: la interposición del recurso, su admisión y la remisión al Juez o Tribunal *ad quem*. Esta fase se encuentra regulada en el Título IX del Libro I de la L.E.C. de 1881, sobre todo en el art.386.

### 1.1. Interposición del recurso de apelación.

La interposición de este recurso se realiza mediante un escrito donde el perjudicado o gravado por la resolución de primera instancia pide, al órgano jurisdiccionalmente superior, su reforma<sup>305</sup>. Es un acto procesal de parte: sólo si el perjudicado por la resolución dictada por el Juez *a quo* declara su deseo de interponer el recurso dicha interposición surtirá efectos. De esta forma, es el apelante el que interpone la apelación, mediante la presentación de un escrito ante el mismo órgano jurisdiccional que ha dictado la resolución que se pretende recurrir, esto es, ante el *a quo*.

El art.386 de la L.E.C. indica los requisitos de esta interposición: “Interpuesta en tiempo y forma una apelación (...)”. La regulación del plazo dentro del cual se debe apelar se encuentra dispersa en la L.E.C. y en otras normas procesales, estableciéndose e, incluso, reiterándose en cada procedimiento. Se observa la defectuosa técnica legislativa en la ordenación procesal del recurso de apelación: el art.380 prevé un tiempo de tres días para apelar el auto resolutorio del recurso de reposición previsto en el art.377; el art.382 establece un plazo de cinco días para apelar “las sentencias definitivas de todo negocio y los autos resolutorios de excepciones dilatorias e incidentes (...)”; el art.732, para los juicios verbales, reitera el plazo de cinco días a partir del siguiente al de su notificación; el art.62 del Decreto de 21 de noviembre de

---

<sup>305</sup> Según GUASP (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1079), “(...) este es el acto típico que se expresa con la frase «recurrir en apelación»”



1952, para el juicio de cognición, exige también cinco días para la interposición; el art.1583, para el juicio de desahucio, prevé un plazo de tres días.

Si no se interpone la apelación dentro de estos plazos, “(...) quedará de derecho consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada la resolución judicial a que se refiera, sin necesidad de declaración expresa sobre ello” (art.408 de la L.E.C.). Si existe, pues, una voluntad de apelar es imprescindible respetar estos plazos.

La forma que debe observar el apelante para interponer el recurso es predominantemente escrita<sup>306</sup>. Pero, la L.E.C. no establece como debe ser el contenido de este escrito, por lo tanto, se considera que tendrán que seguirse las reglas generales: firma de Letrado, etc.<sup>307</sup>. La infracción de alguno de estos requisitos es apreciable de oficio por el Juez, según el art.386 de la L.E.C. que establece el deber del Juez de admitir la apelación sólo si está interpuesta en tiempo y forma. Además, y únicamente en el juicio de menor cuantía, se acumularán las apelaciones que se hubieran preparado durante la sustanciación de la primera instancia contra resoluciones interlocutorias (art.703 de la L.E.C.).

Pese a lo dicho y como ya se mencionó, la falta de firma original del Letrado en el escrito de interposición del recurso de apelación tiene la consideración de defecto subsanable, por lo que el órgano judicial tendrá que habilitar un plazo para proceder a dicha subsanación. Aun así, si en el proveído por el que se acuerda la posibilidad de reparación no se indica plazo alguno, la misma podrá realizarse aún transcurrido el periodo de interposición de la apelación, ya que legalmente no existe un plazo determinado para subsanar tal defecto<sup>308</sup>.

---

<sup>306</sup> Como manifiesta la S.T.S. de 5 de marzo de 1990 (R.J.1667), no se admiten las apelaciones tácitas, únicamente pueden ser expresas.

<sup>307</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1080. PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.255.

<sup>308</sup> Así lo afirma: S.T.C. 19/1998, de 27 de enero, “(...) el requisito de la firma de letrado, exigido de manera general por el art.10 L.E.C. y de forma singularizada en otros preceptos legales tiene por objeto garantizar que los actos de la parte necesitados de asistencia letrada cuenten efectivamente con ella y que el Letrado al que se atribuye el escrito es autor del mismo y se compromete con su contenido, sin que dicho requisito sea un valor autónomo, dotado de substantividad propia, sino mero instrumento al servicio de la finalidad expresada de asegurar la corrección técnica de los actos procesales, cuyo cumplimiento no puede determinar la inadmisión del escrito sin antes haber dado oportunidad de ser

Antiguamente, el denominado acto de apelación podía hacerse oralmente o por escrito. Oralmente sólo era posible interponerlo en el momento de la notificación de la resolución por el Juez a las partes, pues de otro modo, si transcurría algún tiempo, tenía que apelarse por escrito por medio de la presentación de un “Libello”<sup>309</sup>.

El escrito de interposición de la apelación tiene que contener, además de las notas generales que integran el contenido de todo escrito de las partes, una serie de datos relacionados con las personas, el objeto y el acto de la apelación. Debe indicarse:

- a) El órgano jurisdiccional *a quo* y el *ad quem*.
- b) Las personas que intervienen en la apelación. Siempre debe mencionarse el apelante o recurrente. Existen dudas sobre si es preciso señalar el apelado<sup>310</sup>. No obstante, el error o confusión en la determinación de los litigantes en apelación, no tiene consecuencias cuando no existe ninguna duda sobre quien es el apelante: por ejemplo, porque una sola parte ha sido la agraviada o el recurso se dirige contra todos los litisconsortes. A pesar de ello, es necesario indicar con precisión la parte apelante y apelada cuando ambas resultan agraviadas por la resolución impugnada o, existiendo varias personas en alguna de las posiciones procesales, todos no interponen recurso o el mismo se dirige solo frente a algunos<sup>311</sup>.
- c) La resolución que se pretende impugnar.
- d) El procedimiento donde se ha dictado dicha resolución.
- e) La petición que se deduce, expresando que pronunciamientos de la resolución impugnada causan perjuicio.
- f) Los fundamentos del recurso.

---

*reparado (...)*”. En el mismo sentido, S.T.C. 57/1984, de 8 de mayo; S.T.C. 36/1986, de 12 de marzo; S.T.C. 202/1989, de 30 de noviembre; S.T.C. 93/1991, de 6 de mayo.

<sup>309</sup> En el Espéculo y las Partidas se admitían las dos formas de interposición, pero, progresivamente, fue ganando más importancia la escrita ya que ofrecía una mayor seguridad. Éstas no eran las únicas formas de interposición de la apelación. El Derecho Canónico aceptó otras como tomar el camino hacia el Juez Superior o la declaración de ponerse bajo la protección del Papa. Sin embargo, durante siglos la práctica procesal se fue decantando hacia la forma escrita, hasta llegar a la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente que únicamente habla de interposición “en tiempo y forma”, refiriéndose, pues, el término “forma” a esta práctica. En AIKÍN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., págs.123 a 127.

<sup>310</sup> Por su parte, GUASP (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1081) entiende que no es necesario, porque la apelación no va dirigida contra él sino contra la resolución del Juez

Respecto a los dos últimos elementos indicados es necesario precisarlos en función de si nos encontramos ante un juicio de mayor o de menor cuantía o ante un juicio verbal o de cognición.

La reforma de la L.E.C. mediante la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, introdujo importantes modificaciones al respecto. En los juicios de mayor y menor cuantía la petición puede formularse de modo genérico, sin especificar qué extremos se pretenden atacar con el recurso y cuáles son los pronunciamientos que quieren dejarse subsistentes. Esto plantea grandes dificultades ya que no queda delimitada la voluntad del recurrente. Ante la duda se consideran apelados todos los pronunciamientos perjudiciales para el apelante. En cuanto a los fundamentos, al ser la apelación un recurso ordinario, la Ley no exige taxativamente unas causas para su interposición sino que basta con la manifestación disconforme del perjudicado.

En cambio, en los juicios verbales y de cognición, el art.733 de la L.E.C. (en el de cognición por remisión del art.62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952) exige que en el escrito de interposición del recurso de apelación se expongan “las alegaciones en las que se base la impugnación”. Por tanto, es necesario especificar lo que se pide con el recurso y fundamentar tal petición, no sólo con la exposición de las razones por las que se invoca un determinado pronunciamiento, sino también aquellas por las que ese determinado pronunciamiento debe ser distinto del impugnado<sup>312</sup>.

Sería conveniente que se unificara la regulación de todos los procedimientos de apelación, tomando como referencia la tramitación de los juicios verbales y de

---

<sup>311</sup> ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.370 y 371.

<sup>312</sup> Desde antaño, el escrito de interposición de la apelación contiene la simple petición del perjudicado de que comience el recurso, pero no la causa o razones por las cuales se recurre. Como nos indica AIKÍN ARALUCE, “El jurista romano Ulpiano ya había considerado innecesario incluir la «causa appellandi» en el libello, pues tal causa debía expresarse ante el juez ad quem, a quien en definitiva competía examinar la pretensión procesal de fondo de la apelación” (*El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., págs.127 y ss.). En el mismo sentido se pronunciaron los glosadores y se establecía en las Partidas y el Espéculo, pero sólo en las apelaciones frente a sentencias definitivas o interlocutorias con fuerza de definitivas. Por el contrario, en las apelaciones de resoluciones interlocutorias era necesario concretar las razones por las que el apelante se sentía agraviado. También era necesario motivar el escrito de interposición del recurso de apelación, en las impugnaciones de los excesos del ejecutor de la sentencia, y en aquellas apelaciones interpuestas por terceros perjudicados, incluso cuando se trataba de una sentencia definitiva.

cognición, ya que, así, quedaría desde un inicio fijado el objeto del recurso y se conseguiría una mayor seguridad<sup>313</sup>. Sin embargo, debemos tener siempre presente, que si el legislador opta por una tramitación donde el escrito de interposición de la apelación no se limita a expresar la intención de recurrir, sino que obliga al recurrente a realizar las alegaciones que fundamenten su recurso, opta por un procedimiento de apelación preponderantemente escrito. En cambio, si en el escrito de interposición sólo se menciona la intención de recurrir y las alegaciones se realizan en el acto de la vista, opta por un procedimiento predominantemente oral. Parece razonable conjugar ambos aspectos. La nueva L.E.C., al unificar todos los procedimientos del recurso de apelación en uno sólo, soluciona en cierta forma estas cuestiones. Establece el inicio del recurso a través de la presentación al Juez *a quo* de un escrito de preparación donde el apelante se limite a citar la resolución apelada, manifestar su voluntad de recurrir y expresar los pronunciamientos que impugna. Si se cumplen estos requisitos, el órgano *a quo* emplaza a las partes para que interpongan el recurso de apelación, por medio de un escrito en el que se expondrán las alegaciones en que se base la impugnación (arts.457 y 458 del Proyecto de L.E.C. remitido al Senado tras su aprobación en el Congreso).

Queda una cuestión por resolver respecto a la actuación del apelante cuando se tramita un juicio verbal o de cognición: ¿qué sucede si el recurrente no motiva el escrito de interposición de la apelación?. El T.C., en la sentencia 64/1992, de 29 de abril, afirma que dicho defecto adquiere un carácter esencial no subsanable, ya que permitir su subsanación implicaría contradecir la voluntad de celeridad procedimental del legislador, buscada al unificar los trámites de anuncio y motivación de la apelación. Aparece como una garantía objetiva del procedimiento, y no como una sanción a la parte que no cumple con el requisito de la fundamentación.

Asimismo, el A.A.P. de Las Palmas, de 9 de enero de 1998, manifiesta:

*“(...) trae con sigo que el incumplimiento por el apelante de la carga de motivar el escrito de interposición con las alegaciones en que sustente la apelación, entrañe la inobservancia de un requisito procesal esencial*

---

<sup>313</sup> Se ha introducido esta regulación en la nueva L.E.C.. A favor de la conveniencia de que la motivación del recurso de apelación se realice, en cualquier juicio, en el trámite inicial de interposición, se encuentra GUASP: *Comentarios...*, ob. cit., y *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.1082 y 1359, respectivamente; MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.499.

*para el correcto desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva en la fase de recurso, cuya omisión permitirá acordar la inadmisión del recurso en la fase inicial del procedimiento o, en su caso, facultará al órgano ad quem para desestimar el recurso sin entrar en el fondo de la pretensión impugnatoria*<sup>314</sup>.

Pero, como se tratará de forma más amplia en el siguiente capítulo, la jurisprudencia menor no es unánime al respecto, manteniendo en alguna de sus resoluciones que la falta de motivación en el escrito de interposición del recurso de apelación de los juicios verbales y de cognición es subsanable. Así, la S.A.P. de Ávila, de 5 de febrero de 1998 (R.A.C.3643):

*“(...) la falta de motivación del recurso es defecto formal subsanable, y la falta de un requisito subsanable sólo puede servir de motivo de inadmisión de un recurso sin lesionar la tutela judicial efectiva, cuando se haya concedido la ocasión de subsanarlo y no se hubiera subsanado (...)”.*

## 1.2. Admisión del recurso de apelación.

Consiste en una resolución del órgano jurisdiccional *a quo* donde comprueba la existencia de los presupuestos de interposición del recurso y se pronuncia sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del mismo. El apelante no participa en este trámite, al tratarse de una decisión del Juez, pero es necesario hacer algunas indicaciones ya que posteriormente incidirá en su actuación.

Ningún precepto de nuestro ordenamiento establece la forma que debe revestir esta resolución judicial. El art.386 de la L.E.C., que regula la admisión de la apelación, no especifica si la resolución que admite o deniega este recurso debe ser una providencia o un auto y, en idéntico sentido, el art.398 del mismo texto legal habla de “(...) autos o providencias de los Jueces de primera instancia denegando la admisión de

---

<sup>314</sup> A.A.P. de Las Palmas, de 9 de enero de 1998 (R.A.C.2879). También, la S.A.P. de Murcia, de 3 de marzo de 1998 (R.A.C.4069); la S.A.P. de Castellón, de 15 de mayo de 1998 (R.A.C.5259) afirma: “*El cumplimiento de tales exigencias resulta así imprescindible para la admisibilidad del recurso, pues operan a modo de presupuesto de legal para ello, de modo que su inobservancia, alegada que sea o detectada de oficio en el ejercicio de la función revisora que el Tribunal ad quem cumple mediante el ordinario recurso de apelación, constituye causa de desestimación*”; la S.A.P. de Madrid, de 10 de julio de 1998 (R.A.C.5826); la S.A.P. de Madrid, de 21 de diciembre de 1998 (R.A.C.2421).

la apelación (...)”. En la práctica, ante la falta de regulación legal, la admisión del recurso se hace mediante una providencia y la inadmisión mediante un auto ya que esta última debe estar motivada. La nueva L.E.C. utiliza estas resoluciones para admitir o denegar la preparación del recurso, trámite necesario para su posterior interposición (art.457 del Proyecto de L.E.C. remitido al Senado por el Congreso de los Diputados). La Ley procesal de 1881 tampoco establece cuando debe dictarse esta resolución por lo que se entiende que tiene que realizarse sin dilación.

El auto que inadmita el recurso deberá expresar los motivos que fundamentan la inadmisión<sup>315</sup>. El T.C. ha señalado que no se conculca el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos legalmente previstos, cuando el órgano judicial rechaza el recurso por concurrir un motivo legal de inadmisión, aunque constitucionalmente siempre podrá revisarse si tal decisión carece de fundamento razonable. De esta forma, la inadmisión de un recurso debe entenderse como un medio de preservar la integridad del procedimiento y como una garantía del derecho de defensa de la parte recurrida<sup>316</sup>.

La providencia admitiendo la apelación deberá indicar, conforme prescribe el art.386 de la L.E.C., si se admite en ambos efectos (devolutivo y suspensivo) o en uno solo (devolutivo), según lo prevea la L.E.C.. También señalará el emplazamiento de la partes y la remisión de los autos o del testimonio expedido (en caso de que se ejecute provisionalmente) al Juez o Tribunal *ad quem*.

La resolución de admisión o de inadmisión de la apelación puede ser revisada por el Tribunal *ad quem*. Así lo manifiesta la S.T.C. 90/1986, de 2 de julio,

*“No cabe, en consecuencia, mantener que la providencia del Juez de Distrito admitiendo el recurso goce de la naturaleza de cosa juzgada y no esté sometida a revisión por el Órgano de apelación que ha de examinar si los presupuestos procesales exigidos para la deducción de la*

---

<sup>315</sup> Contra este auto cabe interponer el recurso de reposición previsto en el art.377 de la L.E.C.; y contra la denegación de la reposición se puede acudir al recurso de queja.

<sup>316</sup> S.T.C. 177/1991, de 19 de septiembre. En el mismo sentido, 161/1986, de 17 de diciembre; 180/1987, de 12 de noviembre; 21/1989, de 31 de enero; 59/1989, de 16 de marzo; 105/1989, de 8 de junio; 115/1990, de 21 de junio, 213/1990, de 20 de diciembre. Por esta razón, se aplica la doctrina del T.C. sobre la subsanación de defectos procesales, para cuya explicación nos remitimos a lo expuesto en el capítulo primero de este trabajo.

*pretensión impugnatoria se dan de acuerdo con la Ley.”; “En segundo lugar, el cumplimiento de los requisitos procesales es de orden público y de carácter imperativo y escapa del poder de disposición de las partes y del propio Órgano Judicial. Ello supone, primero, que no puede obligarse al Juez de segunda instancia a estar y pasar por la admisión decidida por el Juez que ha conocido del proceso a quo, no obstante los defectos en que dicha resolución pueda incurrir y, segundo, que tal examen ha de hacerse con independencia de que fuesen o no alegados tales defectos por la parte apelada en el curso del proceso”.*

Existe un supuesto donde la L.E.C. establece que la apelación se admita en un efecto pero que el apelante puede solicitar al Juez que se admita en ambos. Es el caso del art.381 de la L.E.C., “Contra los autos resolutorios de los recursos de reposición sólo se dará el de apelación, en un solo efecto, que se resolverá conjuntamente con la apelación principal.”; “No obstante, si el apelante al formular el recurso solicita que la apelación sea admitida en ambos efectos por causarle la resolución recurrida un perjuicio irreparable, el Juez podrá admitir la apelación en ambos efectos, siempre que el apelante, en un plazo que no exceda de seis días, preste fianza a satisfacción para responder en su caso de la indemnización de los daños y perjuicios que ocasione al litigante contrario y el pago de las costas”. Los principales problemas que se plantean en la práctica de los Tribunales sobre esta materia, es que debe entenderse por “perjuicio irreparable”, ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado cuya valoración queda al arbitrio del Juez.

Cuando el recurso de apelación se admite en ambos efectos, el órgano jurisdiccional inferior cesa en el ejercicio de su jurisdicción, deja de necesitar todos los materiales y remite los autos originales al Tribunal *ad quem*.

Si el recurso de apelación se admite en un sólo efecto, este único efecto es el devolutivo, esto es, el Juez de primera instancia transmite la potestad para conocer del recurso al Tribunal *ad quem*. Esto no impide que el Juez *a quo* continúe interviniendo en el procedimiento, ya que esta forma de admisión del recurso implica que no se suspenda la ejecución de la sentencia o auto apelados, dando lugar a la ejecución provisional de los mismos. De esta manera, se tramitan a la vez dos procedimientos

distintos en un mismo proceso, por lo que es necesario hacer un reparto de documentos para que cada órgano judicial competente pueda realizar su función.

La forma de realizar dicho reparto es diferente según la apelación se refiera a una sentencia o a un auto. Si la apelación se dirige contra una sentencia, para que el Juez *a quo* pueda llevar a cabo la ejecución provisional le bastarán los datos contenidos en la misma sentencia, quedándose en el Juzgado mediante un testimonio sin necesidad de retener los autos originales que serán remitidos al Tribunal superior (art.391 de la L.E.C.). Si lo que se apela es un auto es conveniente que los autos originales permanezcan en el Juzgado de primera instancia porque el procedimiento continúa y es necesario realizar nuevas actividades de cognición. Así, el sistema de la Ley es el opuesto al anterior: el testimonio va dirigido al Tribunal *ad quem* para que tenga los documentos necesarios para resolver el recurso, y los autos originales quedan en poder del Juez *a quo*. En este último supuesto, es el apelante quien debe solicitar la expedición del testimonio de particulares, que no puede expedirse de oficio. En dicha solicitud el apelante también debe fijar los extremos que deba contener el testimonio, que serán todos los que constituyan el objeto del recurso más los que crea convenientes para fundamentar su petición, y no puede referirse, como es lógico, a hechos o actos que no figuran en los autos. La parte contraria también puede tener interés de que conste en el testimonio algún extremo y si el Juez lo cree necesario los incluirá. El art.391 de la L.E.C. concede un plazo de cinco días para que el apelante solicite el testimonio por escrito, expidiéndose a su costa. Si el apelante no realiza esta actuación en el tiempo y la forma marcados, aunque la forma escrita es subsanable, el testimonio ha de denegarse y declararse la firmeza de la resolución impugnada. La jurisprudencia ha declarado que esta firmeza se produce por ministerio de la Ley<sup>317</sup>.

---

<sup>317</sup> A.A.P. de Madrid, de 16 de septiembre de 1992 (R.A.C.1222): “(...) es claro que la providencia del mismo día que declaró firme la sentencia y el auto apelados por no interesar a su tiempo los respectivos testimonios denegándose, en definitiva, las apelaciones, fue plenamente ajustada a derecho al dar pleno cumplimiento a los preceptos antes indicados de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y sin que pueda hablarse de indefensión y menos de falta de tutela efectiva, como razonó el Juez de Primera Instancia, pero aún en el supuesto de existir aquéllas, se deberían sólo a la pasividad o inactividad de la parte recurrente al dejar transcurrir sobradamente el plazo que la ley le concede para solicitar los testimonios, carga que pesa sobre esa parte y que el Juez no está obligado a recordar”.



Una vez admitida la apelación, es necesario que el Juez emplaz a las partes para que comparezcan ante el Tribunal *ad quem*, ya que las siguientes fases del procedimiento deben realizarse ante este Tribunal. El art.387 de la L.E.C. establece que la remisión se hace “(...) citando y emplazando previamente a los Procuradores de las partes para que éstas comparezcan ante dicho Tribunal en el plazo de 15 de días”. En el caso de apelación admitida en un solo efecto, donde se remite al órgano superior un simple testimonio de los autos, la citación y emplazamiento de las partes para su comparecencia ante el Tribunal *ad quem* se realiza a continuación de la expedición de dicho testimonio (art.392 de la L.E.C.). La terminología utilizada no es del todo correcta, porque se habla, indistintamente, de citar y emplazar y, en realidad, son dos actos distintos. Aquí tenemos que hablar de emplazar, puesto que la comparecencia debe hacerse dentro de un espacio de tiempo y no en un momento determinado<sup>318</sup>. El emplazamiento representa, pues, el enlace o paso entre ambas fases del procedimiento de apelación y otorga unidad a su tramitación.

El emplazamiento personal y directo a quienes ostentan el derecho a ser considerados como partes, sirve para dar noticia de la existencia de un litigio a los interesados en él y posibilita su defensa, por eso su falta lesiona derechos fundamentales causando indefensión. Según la S.T.C. 78/1992, de 25 de mayo:

*“Por ello la citación, en la medida en que hace posible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, representa un instrumento ineludible para que la observancia de las garantías constitucionales del proceso resulte asegurada por el órgano judicial”*<sup>319</sup>.

Pero, para que pueda hablarse de indefensión material imputable al órgano judicial, y no de un mero defecto procesal en los supuestos en que una de las partes no haya sido emplazada, es necesario que dicha parte no haya tenido conocimiento extraprocesal de

---

<sup>318</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1084 y 1095.

<sup>319</sup> También en este sentido se pronuncia la S.T.C. 115/1988, de 10 de junio, “(...) este Tribunal ha venido manteniendo en forma constante al respecto; que los derechos al proceso debido y a la defensa dentro de él exigen, entre otras manifestaciones, la de tener que llamar como parte en cualquier procedimiento a toda persona legitimada para ello, por poseer derechos o intereses legalmente otorgados para constituirse en parte procesal y poder oponerse contradictoriamente a las peticiones adversas. Y este llamamiento ha de ser efectivo, mediante una real comunicación al interesado, ya que la finalidad de los actos de comunicación procesal consiste en llevar al conocimiento personal de los litigantes las decisiones y resoluciones judiciales, así como otras circunstancias del proceso, a fin de que aquéllos puedan adoptar la conducta procesal oportuna”. Asimismo, la S.T.C. 195/1990, de 29 de noviembre; la S.T.C. 78/1993, de 1 de marzo.

la tramitación del juicio<sup>320</sup>. Puesto que si la parte tiene este conocimiento por cualquier medio ajeno al proceso, la diligencia exigible en la defensa de sus intereses la obliga a personarse en el procedimiento y subsanar así la infracción cometida por el Juez al no emplazarla. La S.T.C. 101/1990, de 4 de junio, añade:

*“Sólo si dicho conocimiento es tan tardío que le impide la adecuada defensa de sus intereses o si, intentada la personación, se le deniega indebidamente, habría una actuación del órgano judicial generadora de indefensión”.*

Sin embargo, cuando el Tribunal de apelación considera que se ha producido un error o falta de emplazamiento, debe decretar la nulidad de actuaciones sin entrar en el fondo del asunto<sup>321</sup>.

Por su parte, el T.S., al referirse concretamente a la falta de emplazamiento en el recurso de apelación, ha declarado que tal falta sólo puede ser alegada por el no emplazado cuando le afecte personalmente, y no cuando la omisión del emplazamiento es la del contrario o la de un coligante<sup>322</sup>. Además, este defecto procesal debe ponerse de manifiesto en el momento oportuno, como señala la S.T.S. de 4 de abril de 1997 (R.J.2638) desestimando el motivo:

*“Ciertamente que tanto la demandada como su esposo y la entidad (...), representadas procesalmente por un mismo Procurador, recurrieron en un mismo escrito la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Pero no lo es menos que la hoy recurrente no recurrió la Providencia del Juzgado por la que se tenía por interpuesto recurso de apelación sólo por su esposo y por la entidad, sin mencionarla, Providencia notificada a su Procurador el día siguiente (...)”.*

---

<sup>320</sup> La jurisprudencia constitucional afirma: “(...) sólo existe indefensión de relevancia constitucional en aquellos casos en los que la parte afectada ha sido dejada en situación material de indefensión, y sin que dicha actuación sea consecuencia de una actitud propia negligente o carente de la debida diligencia” (S.T.C. 93/1987, de 3 de junio y 101/1990, de 4 de junio, entre otras muchas).

La S.T.C. 78/1992, de 25 de mayo, entiende que no hay falta de diligencia por no haberse interesado por el curso del procedimiento, después de comparecer, durante un periodo de tres meses y medio.

También la S.T.C. 77/1993, de 1 de marzo, afirma que la omisión o el defecto en el emplazamiento puede ser suplido por una actividad espontánea del interesado al conocer la pendencia del recurso, sin tener que realizar un nuevo emplazamiento: “por lo que no era exigible al recurrente, que ya se había personado en la alzada que procediera a una nueva comparecencia ante la Audiencia Provincial”. De igual forma se pronuncia la S.T.C. 78/1993, de 1 de marzo.

<sup>321</sup> S.T.C. 195/1990, de 29 de noviembre; S.T.C. 78/1992, de 25 de mayo.

<sup>322</sup> S.T.S. de 27 de octubre de 1933 (R.J.426): “(...) como repetidamente tiene declarado este Tribunal Supremo, sentando la doctrina de que la falta de citación, y lo mismo la de emplazamiento, ha de afectar personalmente al que recurre, mas no a ningún otro litigante”; S.T.S. de 1 de diciembre de 1949 (R.J.1439); S.T.S. de 28 de enero de 1950 (R.J.40); S.T.S. de 28 de octubre de 1971 (R.J.4160).

El artículo 387 de la L:E.C. no establece la comparecencia del Procurador, sino que se emplaza a éste para que la parte comparezca posteriormente. Este emplazamiento del Procurador puede ocasionar algunas dificultades, ya que es posible que el Procurador no pueda actuar ante el Tribunal superior por no estar habilitado legalmente en la localidad donde debe substanciarse el recurso. Así, se emplaza a quien no tiene habilitación para comparecer en apelación. Sin embargo, las partes tienen plena libertad de decisión para personarse o no ante el Tribunal *ad quem*. Vamos a ver, pues, la comparecencia y qué ocurre cuando el apelante decide no comparecer.

## 2. TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL JUEZ O TRIBUNAL *AD QUEM*.

### 2.1. Personación o comparecencia del apelante ante el Tribunal superior.

La comparecencia es un acto voluntario de quien ha interpuesto el recurso de apelación, mediante el cual el apelante se constituye como parte ante el Tribunal que ha de conocer del recurso y consolida su posición procesal manifestando su voluntad de comenzar la alzada y proseguirla<sup>323</sup>. El acto de comparecencia se limita a la constitución, a todos los efectos, como partes de quienes se personan sin que pueda extenderse a otras actuaciones. Se trata de una carga y no de un deber, ya que la personación o comparecencia es un derecho y no una obligación en sentido estricto. Se realiza mediante escrito firmado por Procurador y acompañado de poder, salvo que éste obre en autos, sin que en los escritos de comparecencia sea necesaria la firma de Letrado al ser considerados actos de puro trámite.

La L.E.C. no ofrece, como en tantas otras de estas materias, un régimen uniforme de plazos para que las partes se personen ante el órgano superior: el art.387 de la L.E.C. concede un plazo de quince días que, dada la ubicación de la norma, parece ser

---

<sup>323</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., T.II, pág.889. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.257.

el plazo general establecido para todas las apelaciones; pero, el art.679 de la L.E.C. establece, para el juicio de mayor cuantía, que los litigantes deben comparecer ante el Tribunal *ad quem* “dentro de los veinte días siguientes al de la citación”; por su parte, el art.704 de la L.E.C., que regula las apelaciones frente a resoluciones dictadas en juicios de menor cuantía, prevé un plazo de comparecencia de diez días. El plazo de personación debe quedar fijado en la cédula de emplazamiento formalizada por el Juez *a quo* en el momento de admitir el recurso.

En los juicios verbales y de cognición el Juez *a quo* no emplaza a las partes para que comparezcan ante el Tribunal *ad quem*. El sistema legal es distinto tras la reforma realizada por la Ley 10/1992. Según el art.736 de la L.E.C. es el órgano superior el que cita y emplaza a las partes a la vista oral, pero únicamente cuando lo considere necesario, cosa que sólo se planteará cuando se haya propuesto prueba en el escrito de formalización del recurso del apelante o en los escritos de impugnación o adhesión del apelado, presentados todos ellos ante el Juez *a quo*. En caso contrario, pasará directamente a dictar sentencia en el plazo de diez días desde que se le han remitido los autos. Todo esto se justifica con base en la economía procesal, aunque, por nuestra parte, sólo puede ser objeto de críticas ya que con ello se eliminan muchas de las garantías del proceso.

Por otro lado, en los casos de apelaciones admitidas en un solo efecto, en las que el Juez *a quo* da a la parte un testimonio de lo actuado para que lo entregue al órgano superior y no remite los autos originales, es necesario añadir una actuación a este trámite de personación. Con la entrega del testimonio al Procurador del apelante termina la fase del procedimiento que se desarrolla ante el Juez *a quo*. La comparecencia del apelante con dicho testimonio ante el Tribunal superior forma parte de la fase siguiente, aunque la L.E.C., con poco acierto, lo regule en el Libro I (art.393). De esta forma, el apelante debe hacer uso del testimonio “mejorando la apelación en el Tribunal superior”. Esta mejora consiste en un acto de ordenación procesal en el que el recurrente

comparece ante el Tribunal *ad quem* para que el recurso se sustancie, mediante un escrito acompañado del testimonio<sup>324</sup>.

Si, por el contrario, se trata de apelación admitida en ambos efectos, como ya se han remitido los autos originales al Tribunal superior, el recurrente sólo precisa para comparecer acudir a la Audiencia y expresar su voluntad de que se la tenga por personada en el procedimiento de apelación.

Lo importante en el trámite de personación es la intención del recurrente de comparecer y continuar con la apelación. De ahí que cuando el defecto en la personación es consecuencia de un error material, siempre debe prevalecer la intención del litigante que es lo que en realidad denota la verdadera actuación que quiere realizar como apelante<sup>325</sup>. De esta forma, si quien ha interpuesto recurso de apelación se persona ante el Tribunal *ad quem* manifestando erróneamente que lo hace en concepto de apelada, el órgano de la apelación deberá entender que la personación es como apelante, siempre que la conducta posterior de la parte y el curso del procedimiento revelen el ánimo de persistir en dicha postura<sup>326</sup>.

2.1.A. Solicitud del apelante de admitir en dos efectos la apelación admitida en uno sólo.

También es posible otra actuación del apelante en el término del emplazamiento si la apelación fuere de sentencia definitiva, y en los demás casos al presentar el testimonio para mejorar la apelación, esto es, en la comparecencia: puede solicitar de la

---

<sup>324</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con otros): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.354, entiende por mejora de la apelación la solicitud de rectificar la apelación admitida en un efecto, para que se admita en ambos efectos.

<sup>325</sup> NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.774.

<sup>326</sup> En este sentido, la S.T.S. de 26 de junio de 1954 (R.J.2024), en un caso donde, interpuesta apelación por ambas partes, una de ellas compareció ante la Audiencia no como apelante sino como apelada, entendiendo aquélla que lo hacía como apelante, afirma: "*Que contra lo que el recurrente aprecia es la intención lo que da valor y sentido moral y jurídico a los actos humanos y las palabras desprovistas de ella por equivocación material son un sonido físico o unos trazos en el papel, pero no un acto humano, sin que haya razón para presumir en este caso que la intención de actuar como apelante revelada de manera indudable en el hecho mismo de interponer apelación, cambiaría en la comparecencia, ya que la conducta procesal posterior del litigante y el curso del proceso revelan a juicio del Tribunal a quo la persistencia en la misma intención que al principio tuvo*".

Audiencia, en el escrito de personación, que la apelación admitida en un efecto se declare admitida en ambos, citando la disposición legal en que se funde (art.394 de la L.E.C.). El apelado, como veremos en su momento, puede, asimismo, solicitar la rectificación de la apelación admitida en ambos efectos para que pase a tener uno sólo. El mismo Juez que ha dictado la resolución impugnada es quien califica y determina los efectos que debe producir la apelación, por tanto, el error en que haya podido incurrir puede ser rectificado por el Tribunal superior, ya que es éste a quien se le devuelve el conocimiento del asunto, pero únicamente cuando se lo solicite alguno de los litigantes. La posibilidad de realizar este cambio se fundamenta en el gravamen que la ejecución de la resolución puede causar al apelante en este momento, al ser irreparables los daños que con la misma se le ocasionen. Resolver sobre la procedencia o improcedencia de rectificar los efectos da lugar a un incidente en la tramitación del recurso, complicando aún más el procedimiento.

El desarrollo de este procedimiento incidental tiene que iniciarse a instancia de la parte interesada, en este caso del apelante, configurándose, así, como una facultad de los litigantes ya que no siempre puede interesarles el cambio de efectos. Respecto a la forma, en el caso que se trate de una apelación contra una sentencia, la petición es autónoma, no va ligada a ninguna otra declaración, en cambio, en los otros supuestos debe interponerse conjuntamente con el escrito de mejora, cosa que se deduce del art.394 de la L.E.C.. Este artículo también obliga a citar la disposición legal en que se funde la admisión en ambos efectos de la apelación que se hubiera admitido en uno sólo. Se plantea el problema de si la Audiencia puede rectificar la calificación del Juez *a quo*, cuando no exista una disposición que obligue a admitir el recurso en ambos efectos y el Juez de primera instancia haya actuado con cierto arbitrio en este punto. Un sector doctrinal lo responde afirmativamente, “porque es propio de la naturaleza del recurso de apelación que pueda revisarse íntegramente el juicio del órgano inferior, si esto no se exceptúa expresamente; en segundo lugar, porque siempre existirá un precepto genérico en el que pueda el apelante apoyar su pretensión”<sup>327</sup>.

---

<sup>327</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1099, aunque cuando habla de precepto genérico se está refiriendo al último supuesto del art.384 de la L.E.C., que hablaba de admitir la apelación en ambos efectos cuando las resoluciones que se pretendan impugnar causen perjuicio irreparable. Supuesto que ha sido eliminado de nuestra L.E.C.

La sustanciación del incidente es breve, ya que consta de un simple trámite que únicamente se realiza si comparece el litigante contrario. Si éste no comparece ante el Tribunal superior después de la petición del apelante, se pasa directamente a la resolución del incidente (art.395 de la L.E.C.). Si comparece a tiempo, se permite la intervención del apelado, que, tras entregarle una copia del escrito, puede oponerse al cambio de efecto dentro de los tres días siguientes. Se trata, pues, de una carga para el apelado no de una obligación procesal. La Audiencia resuelve mediante auto y sin ulterior recurso. Los efectos de este auto son distintos según estime o desestime la petición. En el primer caso, la apelación admitida en un efecto debe pasar a ser admitida en ambos, esto es, también se debe producir el efecto suspensivo. Así, se comunica la decisión al Juez *a quo* mediante exhorto para que “suspenda la ejecución de la sentencia o remita sin dilación los autos originales, según los casos, notificándolo a las partes” (art.396 de la L.E.C.). En cambio, si el auto es desestimatorio, continua el curso del procedimiento, condenando al apelante en las costas causadas por este incidente.

#### 2.1.B. El beneficio de justicia gratuita del apelante.

En el momento de la personación el apelante puede realizar otra actuación: pedir el beneficio de justicia gratuita para que se le dispense de abonar los gastos del recurso. El art.844 de la L.E.C. establece: “Cuando el apelante goce del beneficio de justicia gratuita, se le tendrá por personado en tiempo ante el Tribunal superior, si dentro del término del emplazamiento compareciere ante el mismo por sí o por medio de otra persona, solicitando se le nombre de oficio Abogado y Procurador que se encarguen de su defensa” “La misma pretensión podrá deducir al hacerle el emplazamiento, en cuyo caso lo consignará el Secretario en la diligencia”. La finalidad de este artículo es facilitar a los litigantes pobres el medio de personarse ante el Tribunal *ad quem*, sin que les suponga gastos que no puedan soportar<sup>328</sup>. El apelante ha de deducir y presentar esta petición dentro del término del emplazamiento, pues si transcurre éste sin haber hecho la solicitud se considera que no se ha personado, declarándose desierto el recurso y quedando firme la sentencia o el auto apelado. Esta pretensión no es necesario que la

---

<sup>328</sup> Como indica MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.102.

deduzca el apelante personalmente, sino que puede presentarla cualquier otra persona en nombre y por encargo de aquél, y no se exige poder en forma o ratificación del interesado. Cuando se realiza esta solicitud, puede ir acompañada de designación de Letrado y de Procurador, y la Sala manda hacérselo saber para su aceptación. Si no aceptan, igual que si no se ha hecho designación, se manda que se nombren de oficio, pasando los autos a los decanos de los respectivos Colegios. Exigencia ineludible para que este procedimiento produzca efectos, es que el apelante haya sido declarado judicialmente pobre, siendo necesario presentar, al hacer la solicitud, testimonio que así lo acredite<sup>329</sup>.

También es necesario indicar que la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, ha derogado los arts.13 a 50 de la L.E.C. que establecían con carácter general este beneficio, para regularlo de forma más precisa. De esta manera, el art.7 de la Ley 1/1996 establece que el derecho a la asistencia gratuita se mantendrá para la interposición y sucesivos trámites de los recursos, siempre que no hayan cambiado las circunstancias que motivaron su concesión. Sin embargo, el art.35 de la mencionada Ley prevé que si el abogado del recurrente cree inviable la pretensión, podrá retirarse de

---

<sup>329</sup> La S.T.C. 138/1988, de 8 de julio, aplica estos postulados: *“Queda por considerar la actuación de la Audiencia Provincial de Bilbao en relación con la interrupción del plazo para comparecer hasta nombrarle Procurador de oficio y la consiguiente declaración de que el recurso de apelación había quedado desierto”. “Afirma al respecto la recurrente que, al no haberse sustanciado el referido incidente de justicia gratuita, no se encontraba en el supuesto del art.844 L.E.C., y que la Audiencia debió suspender el plazo para comparecer hasta proveer a su solicitud de Procurador de oficio en vez de proceder a declarar desierto el recurso de apelación. El referido precepto de la L.E.C. establece que (...). La actora consideró que no gozaba del citado beneficio y se limitó a solicitar nuevo Procurador de oficio del Colegio de Procuradores de Bilbao en el escrito de apelación. Desoyendo el emplazamiento que se le hizo para comparecer ante la Audiencia, no se personó en la apelación por sí propia o por otra persona ni por medio de Procurador, limitándose a solicitar nuevo Procurador de oficio en tiempo y forma no previstos por la Ley. Hay que tener en cuenta que la petición de Abogado y Procurador de oficio que prevé el art.844 de la L.E.C. ha de efectuarse en el momento de personarse el propio apelante o en el momento en que el mismo es emplazado para comparecer ante el Tribunal Superior”. “Es obligado concluir por tanto que la actora no compareció en tiempo y forma pese a considerar que venía obligada a ello al no serle de aplicación el art.844 L.E.C., mostrando de esta forma una falta de diligencia que imposibilita aceptar su alegato de indefensión. Pues no puede olvidarse que la actora contaba con asistencia de Letrado, ya que el mismo que le había asistido en la primera instancia firma también el escrito de interposición del recurso de apelación, lo que impide considerar que su actuación se debió a una ignorancia excusable de quien, sin contar con la asistencia técnica, solicita el beneficio de justicia gratuita. Circunstancias éstas que diferencian su caso del contemplado en la sentencia del T.C. 28/1981, de 23 de julio (...).”* Igualmente, la S.T.C. 135/1991, de 18 de junio; la S.T.C. de 4 de diciembre de 1997 (Actualidad Aranzadi, 15 de enero de 1998, nº325).

También lo consideran como un requisito esencial e ineludible, la S.S.T.S. de 29 de abril de 1909, de 23 de noviembre de 1909, de 11 de octubre de 1912, de 26 de junio de 1917 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., vol.IV, pág.6082, 6088 y 6089).



su defensa utilizando el procedimiento establecido en los arts.32, 33 y 34 de la Ley de asistencia jurídica gratuita. Se trata de los supuestos en los que el apelante ya goza del beneficio de justicia gratuita, pero es necesario nombrar a un nuevo Abogado y Procurador de oficio para la segunda instancia porque el Abogado ha renunciado a su defensa, el Procurador no está habilitado para actuar ante el Tribunal competente en apelación, o se le haya revocado el poder, haya cesado en su oficio o en caso de muerte. Se concede, pues, un plazo para realizar este nuevo nombramiento.

El T.C. ha afirmado al respecto que,

*“(...) puede originarse una situación de indefensión constitucionalmente prohibida si no se suspende el curso del proceso hasta que al litigante carente de medios económicos le sea nombrado un Letrado por el turno de oficio (...)”<sup>330</sup>.*

Asimismo, ha añadido que

*“(...) no es admisible hacer depender de una institución ajena a la parte el efectivo cumplimiento de los requisitos capaces de determinar, en su caso, la inadmisión de los recursos”<sup>331</sup>.*

Se puede plantear el problema de hasta qué punto el que no ha tenido el beneficio de pobreza en primera instancia puede obtenerlo en la segunda. Se trata de aquellos casos donde las circunstancias de que dependen la concesión de este beneficio, se han producido con posterioridad al momento en que se pudo solicitar en primera instancia. Con anterioridad a la reforma efectuada por la Ley 1/1996, esta situación estaba regulada en el art.26 de la L.E.C.. Derogado este artículo, ahora debemos acudir al art.8.II de la Ley de asistencia jurídica gratuita, donde se establece “Cuando el actor o el demandado pretendan el reconocimiento del derecho en la segunda instancia sin haberlo solicitado en la primera, deberán acreditar ante la Comisión de Asistencia

---

<sup>330</sup> S.T.C. 132/1992, de 28 de septiembre. En igual sentido, S.T.C. 28/1981, de 23 de julio y S.T.C. 91/1994, de 21 de marzo.

Por su parte, la S.T.C. 105/1996, de 11 de junio, en un supuesto donde la Sala no suspende el recurso hasta el nombramiento de Abogado y Procurador de oficio, sino que, por el contrario, lo declara desierto, expone: “(...) la denegación de la asistencia letrada no conlleva sin más una vulneración del art.24.2 C.E. Para que esto suceda es necesario que la falta del Letrado de oficio solicitado, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, haya producido al solicitante una real y efectiva situación de indefensión material, en el sentido de que la autodefensa se haya revelado insuficiente y perjudicial para el litigante impidiéndole articular una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso, es decir, que se haya producido un menoscabo real y efectivo de su derecho de defensa”.

<sup>331</sup> S.T.C. 132/1992, de 28 de septiembre. También, S.T.C. 39/1990, de 12 de marzo; S.T.C. 99/1990, de 24 de mayo; S.T.C. 91/1994, de 21 de marzo y S.T.C. 105/1996, de 11 de junio.

Jurídica Gratuita que las circunstancias y condiciones precisas sobrevinieron en el curso de la primera instancia o con posterioridad a ella”. A quien se conceda este beneficio disfruta de los mismos privilegios que en primera instancia. Todas estas solicitudes también pueden presentarse ante el Juez *a quo*, si es el que está conociendo en el momento en que se plantean<sup>332</sup>.

Si el apelante no se persona en tiempo y forma ante el Tribunal *ad quem* en el plazo establecido legalmente, la resolución judicial impugnada adquiere firmeza, declarándose desierto el recurso, aunque el recurrido consienta la comparecencia efectuada transcurrido el plazo y aunque la Sala no declare expresamente dicha firmeza. Vamos, pues, a estudiar esta falta de personación del recurrente como otra de sus posibles actuaciones.

## 2.2. Falta de personación del apelante ante el Tribunal *ad quem*.

Esta falta de comparecencia del apelante se produce automáticamente, desde el momento en que vence el plazo de emplazamiento sin producirse la personación. Las consecuencias que produce están reguladas de forma dispersa en nuestra L.E.C., cosa que provoca reiteraciones innecesarias. De esta forma, los arts.840.II, 841 y 842 de la L.E.C. representan las disposiciones generales aplicables en esta materia a cualquier

---

<sup>332</sup> En la S.T.C. 142/1996, de 16 de septiembre, se plantea el siguiente supuesto: el apelante, que litigó en primera instancia con el beneficio de justicia gratuita, solicita en la segunda el nombramiento de Procurador de oficio y que el Abogado que le había asistido en primera instancia se considere nombrado de oficio, por haber venido a peor fortuna, pero no pide en apelación que se le otorgue el beneficio de justicia gratuita, ya que no hace ninguna alusión al cambio de sus circunstancias económicas. Por estas razones, la Audiencia considera que dicho apelante no se ha personado en tiempo y forma en el recurso y lo declara desierto. Antes de realizar esta declaración, el órgano de apelación dictó una providencia donde dispuso que antes de decidir sobre la personación del apelante y *“por no estar acreditado en autos que tenga concedido o esté en tramitación el procedimiento de justicia gratuita, se le requiera para que, mediante certificación, acredite tales extremos con apercibimiento que de no hacerlo el recurso será declarado desierto”*. El apelante contestó diciendo que en la personación ya había manifestado que la pobreza era sobrevenida, ya que en primera instancia no había litigado como pobre. El T.C. considera que no hizo tales declaraciones en la personación, y por ello es correcta la declaración de deserción: *“cuando el personamiento no se efectuó conjuntamente con la tramitación de la justicia gratuita, antes pobreza, está bien declarado desierto el recurso por no haberse efectuado en forma el personamiento”*. En la S.A.P. de Asturias, de 23 de febrero de 1996 (R.A.C.251), se solicita el beneficio de justicia gratuita en la segunda instancia por un litigante declarado en rebeldía en primera instancia. La Sala concede el beneficio solicitado, argumentando que, aunque la L.E.C. no prevea expresamente este supuesto, se deduce de la interpretación conjunta de los arts.25 y 26 de la misma.

juicio declarativo ordinario. El art.840.II, establece “Si no lo verifica (es decir, si no se persona en forma el apelante ante el Tribunal superior dentro del término del emplazamiento), así que transcurra dicho término se declarará desierto el recurso, sin necesidad de que se acuse rebeldía, y de derecho quedará firme la sentencia o auto apelado sin ulterior recurso”; y el art.841 prevé que “En los casos en que por haber sido admitida la apelación en un efecto se facilite al apelante testimonio para mejorarla, la Audiencia no admitirá el recurso y lo declarará desierto sin necesidad de que se acuse la rebeldía, cuando se presente el apelante después de transcurrido el plazo de los quince días que señala el artículo 393”.

El art.711 de la L.E.C., para las apelaciones entabladas en los juicios de menor cuantía, parece regularlo de otra manera: “Si no se personase el apelante dentro del término del emplazamiento, la Sala acordará de oficio que se devuelvan los autos al Juez de primera instancia para que se lleve a efecto la sentencia y se exijan al apelante las costas a que la remesa de los mismos autos hubiera dado lugar, a cuyo fin se expresará su importe en carta-orden de devolución”<sup>333</sup>. Pero sólo en apariencia la regulación es diferente, porque, en el fondo, los efectos son los mismos: la firmeza de una resolución (art.840.II) que siempre implica la posterior ejecución de la misma (art.711). Se podría pensar que la distinción se centra en que el art.840.II habla de declarar desierto el recurso y firme la resolución, quedando consentida de derecho en el sentido del art.408 de la L.E.C., cosa que no especifica el art.711. No obstante, del art.842 del mismo texto legal se deduce que la Ley de Enjuiciamiento establece los mismos efectos en los dos casos: “En todos los casos en que se declare desierto el recurso, se condenará en costas del mismo al apelante, y se comunicará este auto al Juez inferior, con devolución de los autos en su caso, a los efectos consiguientes”. Por lo tanto, aunque el art.711 de la L.E.C. no establece expresamente la deserción del recurso y la firmeza de la resolución, es posible afirmar que estas consecuencias se encuentran implícitas en este precepto, al producirse los mismos efectos que al declararse desierto el recurso. La remisión de las actuaciones y la condena en costas únicamente tienen sentido si previamente se ha abandonado el recurso y la resolución recurrida ha adquirido firmeza. En conclusión, el art.711 de la L.E.C. es innecesario y reiterativo,

---

<sup>333</sup> Debería decir exhorto.

porque el supuesto que regula ya está establecido con carácter general en los arts.840.II, 841 y 842 de la L.E.C.

La regulación de la deserción en la apelación de un juicio verbal - y de todos los otros procesos que se remitan a él -, también es específica. El art.734 de la L.E.C. establece que si el apelante no comparece dentro del término de diez días previsto en el art.733.I de la misma Ley, el recurso se declara desierto con costas. Comparecido en tiempo el apelante, el Juez ha de convocar a las partes a una comparecencia en día y hora concretos (art.735.I). La deserción del recurso únicamente se produce cuando el recurrente no se persona en la primera comparecencia, ya que los efectos de no asistir a la segunda comparecencia, regulada en el art.735, son los establecidos en los arts.735 y 736 de la L.E.C.. Así se extrae de la S.T.C. 80/1989, de 8 de mayo, donde, en un juicio de desahucio, el apelante compareció en tiempo ante la audiencia, pero no asistió a la segunda comparecencia. El T.C. afirma,

*“Resulta claro, pues, que la comparecencia a la vista de la apelación del juicio verbal de desahucio no es preceptiva, pudiendo las partes asistir o no, por sí o por medio de sus representantes. Por ello, la Magistrada-Juez debió dictar Sentencia definitiva, con independencia de la incomparecencia del apelante, resultando errónea la aplicación de lo previsto en el art.734 L.E.C. - que se refiere a la comparecencia en tiempo del apelante ante el Juez para convocar a las partes al acto del juicio -. Por todo ello, haber declarado desierto el recurso de apelación en vez de dictar Sentencia sobre el fondo significó privar a la actora de un recurso previsto por las leyes, como consecuencia de una interpretación de las normas procesales, no ya formalista, sino claramente errónea, lo que constituye, sin duda, una violación del derecho a una tutela judicial efectiva, que incluye el acceso a los recursos legalmente establecidos”.*

Es necesario tener presente que la deserción no sólo se produce por la simple falta de personación del apelante, sino también se declara la misma cuando el apelante se persona sin cumplir la forma requerida. Por lo tanto, la apelación también quedará desierta si el apelante se persona sin Procurador o sin la asistencia de un Abogado y, en el caso que haya sido declarado judicialmente pobre y no solicite el beneficio de justicia gratuita en el término del emplazamiento, o no cumpla los requisitos, ya mencionados,

exigidos para apelar cuando ya se ha obtenido dicho beneficio en primera instancia<sup>334</sup>. Tampoco se personará en forma en los casos de apelaciones admitidas en un efecto, cuando comparezca sin el testimonio de particulares y no mejore la apelación. Aunque el apelante se persone en el plazo del emplazamiento, si no lo hace en la forma exigida se declara igualmente desierto el recurso.

El criterio determinante para declarar desierta una apelación es que el apelante no se persone en el término del emplazamiento. De esta forma, saber cuándo empieza este plazo resulta decisivo para la correcta aplicación de esta figura. El T.S. se ha pronunciado en el mismo sentido:

*“(...) para decretar precluido el plazo de personamiento y comparecencia ante el Tribunal de apelación, no cuenta la notificación del proveído de admisión, sino únicamente la diligencia de emplazamiento correspondiente, la que se efectuará y habrá de ser recibida por los Procuradores personados en las actuaciones (art.6 de la L.E.C.)”<sup>335</sup>.*

La declaración de desierto no puede efectuarse con base en un defecto de forma o un error subsanable. Así lo manifiesta la S.T.C. 59/1988, de 5 de abril,

*“Derecho a los recursos legalmente establecidos, cuya vulneración se imputa al Auto de la Audiencia de 8 de julio de 1985, en virtud del cual se declaró desierta la apelación interpuesta por la demandante por considerar que no se personó dentro del término del emplazamiento sin tener en cuenta que esa personación se había ya realizado en tiempo hábil, aunque en el escrito se hubiera cometido el error de no hacer constar que la persona en nombre de la cual se hizo actuaba en representación de la apelante”.*

Los órganos de apelación no pueden realizar una interpretación restrictiva o en exceso rigurosa de los requisitos legalmente establecidos para el acceso al recurso de apelación,

---

<sup>334</sup> S.T.C. 138/1988, de 8 de julio; S.T.C. 105/1996, de 11 de junio; S.T.C. 142/1996, de 16 de septiembre.

Igualmente, la S.T.S. de 28 de mayo de 1985 (R.J.2817) donde se afirma: *“(...) el hoy recurrente se personó en la apelación referida, por medio de Procurador, quien, con fecha veinte de julio de mil novecientos ochenta y dos, presentó escrito desistiendo de su representación - por motivos de delicadeza - desistimiento que se hizo saber por la Sala, al interesado, con Providencia de seis de septiembre siguiente, concediéndole un plazo de diez días, para que, si le interesaba mantener la apelación, se personase mediante otro Procurador, debidamente apoderado, bajo apercibimiento de que, en su defecto, se tendría por abandonada la apelación y por firme y consentida la resolución apelada, con todas las consecuencias legales inherentes; plazo que transcurrió sin que se presentase otro escrito de personación en su nombre, ni se hiciera por el mismo manifestación alguna, lo que motivó el Auto que ahora se impugna, que debe ser confirmado pues lejos de quebrantar ningún precepto de ley (...)”.*

<sup>335</sup> S.T.S. de 16 de octubre de 1995 (R.J.7083).

ya que supondría una limitación injustificada de dicho acceso<sup>336</sup>. El T.S. también aplica este criterio<sup>337</sup>.

Ahora bien, no debe olvidarse que el mismo T.C. recientemente, como ya se ha expuesto, ha matizado estas afirmaciones. En relación a la declaración de desierto, la S.T.C. 70/1996, de 24 de abril, entre otras, afirma:

*“Desde nuestra S.T.C. 37/1995 venimos afirmando que el principio pro actione no opera con igual intensidad cuando se trata de acceder a la jurisdicción que cuando tiene por objeto utilizar los recursos jurisdiccionales. En este último caso basta con comprobar que el motivo de inadmisión o de declarar desierto el recurso se fundamenta en una causa legal que no es interpretada de modo arbitrario o irrazonable, para considerarse cumplidas las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva del art.24.1 C.E.”.*

El tratamiento de la falta de personación de la parte apelante ha sido regulado de formas distintas en nuestro derecho histórico<sup>338</sup>.

---

<sup>336</sup> También, la S.T.C. 133/1991, de 17 de junio.

Otro supuesto es el de la S.T.C. 23/1992, de 14 de febrero, donde la Audiencia declaró desierto el recurso de apelación por falta de personación, si bien el apelante se personó antes del inicio del plazo señalado por el Juzgado mediante el emplazamiento. Esta personación prematura fue aceptada judicialmente, cosa que determinó la falta de personación posterior. El T.C. dice que “(...) la rigurosa aplicación del requisito formal no puede llevar a ignorar la finalidad esencial del precepto. De forma que, si como acontece en este supuesto, la voluntad de mantenimiento del recurso por parte del apelante aparece expresada claramente a través del escrito de personación que el Juzgado ad quem admitió expresamente (...), es evidente que la finalidad y ratio del precepto ha sido respetada en esencia, pues tanto respecto a la parte contraria - a efectos de seguridad jurídica - como en relación con la continuación del procedimiento - a efectos de no paralización del mismo- la decisión de continuar manteniendo el recurso aparece expresa y claramente manifestada (...); “(...) la sanción acordada en el sentido de tener por desistido el recurso, aplicando literalmente el presupuesto formal, resulta contraria a la efectividad del derecho fundamental que consagra el art.24.1 por ser excesivamente rigurosa y, en todo caso, desproporcionada con la eventual incorrección procesal advertida (...)”.

En la Sentencia 111/1996, de 24 de junio, el T.C. considera acertada la declaración de recurso desierto por falta de diligencia en la personación del apelante, quien no se personó por considerar que el proceso estaba suspendido al estar pendiente un recurso de reposición, cosa que no establece la L.E.C..

<sup>337</sup> La S.T.S. de 21 de octubre de 1994 (R.J.8124), considera que la Audiencia era plenamente competente para continuar el proceso, ya que después de acordar declarar desierto el recurso, se dio cuenta de que el apelante sí que había comparecido, pero en otra Sección de la Audiencia, error del cual ésta no tuvo conocimiento anterior.

<sup>338</sup> En la etapa justiniana se estableció de dos formas dispares: por un lado, producía la firmeza de la resolución y se perdía el recurso; por otro, se entendía que el Juez superior debía continuar la segunda instancia aunque faltara alguno de los litigantes, hasta llegar a su resolución. Los glosadores adoptaron el primero de estos criterios, igual que el derecho canónico. Del mismo modo, el Fuero Real y las demás fuentes bajomedievales establecían que si el apelante no se personaba ante el superior, la resolución pasaba en la autoridad de cosa juzgada y se le condenaba en costas. La excepción fueron las Leyes de Estilo que, aunque también declaraban la firmeza de la resolución, no mencionaban la condena en costas y el apelado podía no aceptarlo continuando la tramitación de la apelación. La doctrina castellana desde el siglo XV fue repitiendo estos criterios: la ausencia del apelante hace terminar la apelación, quedando

Actualmente, no es necesario que el apelado acuse la rebeldía del apelante, y se declara automáticamente la deserción de la apelación. Fue una importante novedad introducida por la L.E.C. de 1881 porque ya no quedaba en manos del apelado la decisión de declarar desierto un recurso y eliminaba las dilaciones que ello suponía para la tramitación de los procedimientos de apelación. Con la regulación anterior, las apelaciones podían durar varios años, ya que las mismas quedaban paralizadas indefinidamente hasta que compareciese el apelante o el apelado acusase su rebeldía<sup>339</sup>.

La doctrina se ha pronunciado en diferente forma respecto la naturaleza jurídica de la declaración de deserción del recurso de apelación. Un conocido autor configura esta falta de personación como un desistimiento tácito del recurso al que la L.E.C. llama deserción<sup>340</sup>. Por otro lado, cuando se refiriere al art.711 afirma que la falta de comparecencia del apelante ante la Audiencia competente para conocer del recurso, constituye una manifestación de rebeldía del actor o demandante, aunque nuestra L.E.C. no lo califique de esta forma: “Pues entendiendo por rebeldía la no constitución como parte de alguno de los sujetos procesales, y por actor o demandante a todo titular activo de una pretensión procesal, es evidente que la ausencia total del recurrente en la Audiencia equivale a esta falta de constitución como parte del titular de una demanda procesal”. Sin embargo, también entiende que, en este caso, se produce un desistimiento, ya que la rebeldía del apelante implica que se le tenga por desistido. Por el simple transcurso del tiempo, al no personarse en el término del emplazamiento, se

---

firme la resolución y levantando la suspensión de jurisdicción al Juez *a quo*. Otro aspecto que provocó varias interpretaciones era si el Juez debía, de oficio, declarar el recurso desierto o si tenía que hacerlo a instancia de parte. Esto quedó resuelto por la práctica de los Tribunales que, desde el siglo XVII, consideraron que era el apelado quien debía pedir al Juez la declaración de deserción. Se tuvo que esperar hasta el siglo XIX para que la codificación procesal eliminara la declaración de apelación desierta a petición del apelado, ya que fue duramente criticada por los procesalistas quienes la calificaron de práctica abusiva, al servicio de los apelantes de mala fe cuya única intención era dilatar al máximo las apelaciones. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855, anterior a la vigente, en los artículos 838 y 839, exigía dos elementos para considerar desierta una apelación y firme la resolución apelada: que el apelado acusase por una sola vez la rebeldía del apelante, al no comparecer éste último; y que el Tribunal declare desierto el recurso.

<sup>339</sup> AIKÍN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., págs.181 a 187. MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.94.

<sup>340</sup> GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1369.

constituye el apelante en rebelde sin necesidad de que lo pida el apelado o de que se dicte una resolución judicial al respecto<sup>341</sup>.

Otro autor, en cambio, considera la incomparecencia del apelante ante el órgano *ad quem* como una situación de rebeldía, ya que implica “ (...) la declaración de rebeldía *ex officio*, y se considera como abandono o deserción del recurso, con las consecuencias obligadas de la condena en costas y la adquisición del carácter de firme por la resolución impugnada”. Este autor no habla de desistimiento al tratar esa cuestión<sup>342</sup>.

Por su parte, también hay quien entiende la deserción del recurso como una especie de desistimiento tácito, ya que no hay manifestación expresa al respecto si no, simplemente, no se comparece ante el Tribunal superior<sup>343</sup>.

Asimismo se sostiene que no se trata de un caso de rebeldía, aunque la L.E.C. hable de la misma, “pues el proceso no sigue sin la presencia de la parte apelante, sino, al contrario, se termina sin entrar en la consideración de fondo”. De esta forma, presenta la falta de personación en tiempo y forma del apelante como un supuesto de desistimiento de la apelación porque produce los mismo efectos que éste: se pone fin al recurso y la resolución recurrida adquiere firmeza y fuerza de cosa juzgada<sup>344</sup>.

De esta forma, se observa que la doctrina mayoritaria considera la falta de personación del apelante ante el Tribunal *ad quem* como un desistimiento tácito del recurso, cosa que parece razonable.

La posibilidad de declarar desierto un recurso de apelación se fundamenta en el principio dispositivo imperante en nuestro ordenamiento procesal, y se debe a la propia

---

<sup>341</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., págs.908 y 909.

<sup>342</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.257.

<sup>343</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.330.

<sup>344</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con Gimeno Sendra y Moreno Catena) : *Derecho Procesal Civil*, pág.355.



negligencia o falta de voluntad del apelante para personarse ante el órgano *ad quem*<sup>345</sup>. Implica poner fin a la apelación que se estaba tramitando, con lo que la resolución recurrida deviene firme de forma automática sin necesidad que el apelado lo solicite. El Tribunal competente en apelación lo declara de oficio. De esta forma, la declaración de oficio de la deserción de la apelación se constituye como un derecho de la parte apelada, pues la no personación ante la Audiencia para mantener el recurso afecta también a la otra parte en el proceso, y a ambas partes alcanzan las garantías del art.24 de la Constitución<sup>346</sup>.

Además de la firmeza de la resolución impugnada la deserción tiene otros efectos inmediatos. Por una parte, se condena al apelante no personado al abono de las costas producidas con el recurso (art.842 de la L.E.C.). Por otra, en el mismo auto donde se declara desierto el recurso es necesario acordar la devolución de los autos al Juez *a quo* para que continúe, a instancia de parte, la ejecución de la resolución que ahora es firme, o para que los autos se encuentren en el Juzgado donde se tramitaron, devolviéndose *ipso iure* la jurisdicción al primer Juez. Asimismo, el art.840 de la L.E.C. establece que contra el auto o sentencia que es firme a causa de la deserción, no cabe ningún recurso. Igualmente, contra el auto que declara desierta la apelación, como ha expuesto en numerosas ocasiones la jurisprudencia<sup>347</sup>, tampoco se da ulterior recurso<sup>348</sup>.

---

<sup>345</sup> Sin embargo, en la S.T.S. de 20 de mayo de 1996 (R.J.3793) se plantea un caso de deserción de la apelación por negligencia del Procurador del apelante: el Letrado redactó el escrito de personación y lo remitió al Procurador por autobús. El Procurador no recogió el escrito en la Estación de autobuses, no lo presentó dentro del plazo de personación y la Sala declaró desierto el recurso y firme la sentencia. El T.S. añade que el colegio de Procuradores tiene suscrito un seguro que se encargar de indemnizar estos casos.

<sup>346</sup> S.T.C. 70/1996, de 24 de abril. A.T.C. 114/1995, de 4 de abril.

S.T.S. de 15 de junio de 1942 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., vol.IV, pág.6082); S.T.S. de 30 de octubre de 1992 (R.J.8186). En el mismo sentido, A.A.T. de Barcelona, de 21 de abril de 1983 (R.J.C., 1983-III, pág.657).

<sup>347</sup> S.T.C. 111/1996, de 24 de junio y S.T.C. 142/1996, de 16 de septiembre.

A.T.S. de 10 de julio de 1882; A.T.S. de 11 de junio de 1889; A.T.S. de 4 de diciembre de 1893 y S.T.S. de 9 de abril de 1921 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., vol.IV, pág.6086 y 6090).

<sup>348</sup> En contra, MANRESA (*Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., págs.99 y 100), entiende que contra el auto dictado por el Tribunal *ad quem* declarando desierto el recurso de apelación, procede el recurso de súplica ante la misma Sala (art.402 de la L.E.C.) y, después, el recurso de casación, conforme al art.404 de la L.E.C., ya que dicho auto pone término al proceso, haciendo imposible su continuación, ostentando, pues, el carácter de sentencia definitiva. No podemos estar de acuerdo con esta postura, porque el art.840 de la L.E.C. dice claramente que no cabe ningún recurso después de declarada desierta la apelación por la falta de personación en el emplazamiento del apelante.

Respecto a la adquisición de firmeza de la resolución impugnada a causa de la deserción, si el Tribunal *ad quem* continua conociendo de los extremos de dicha resolución incurre en *reformatio in peius*, ya que el órgano de apelación no puede conocer de los pronunciamientos del pleito consentidos por la parte que no se ha personado ante él, ni perjudicarlo si la parte contraria no se ha adherido al recurso en los mismos extremos. Los puntos aceptados adquieren la autoridad de cosa juzgada, y se entiende aceptada una resolución cuando el apelante no se persona en el plazo del emplazamiento declarándose desierto el recurso<sup>349</sup>.

Si bien hemos dicho que al apelante no personado se le declara desierto el recurso, adquiriendo la resolución impugnada firmeza, este último efecto no se produce cuando en los autos hay otro apelante, ya sea porque varios sujetos han interpuesto recurso o porque el apelado se ha adherido a la apelación. Pues, mientras está admitida y pendiente la apelación de alguna de las partes la resolución judicial recurrida no es firme respecto a ella, aunque si lo es en relación a los que no se han personado. Sólo a estos últimos afecta la declaración de deserción del recurso de apelación<sup>350</sup>.

La declaración de deserción del recurso de apelación por falta de personación del apelante ante el Tribunal *ad quem*, no es la única forma de poner fin al recurso y considerar firme la resolución impugnada sin que la apelación haya pasado por todos sus trámites. Cabe, pues, estudiar esas otras formas, denominadas de terminación anormal del proceso, en este caso del recurso, que también dependen de la voluntad del apelante. Estas otras formas se analizarán más adelante.

---

<sup>349</sup> S.T.S. de 9 de junio de 1995 (R.J.4912).

<sup>350</sup> En este sentido, la S.T.S. de 26 de abril de 1951 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3374), donde apelada una sentencia por varios demandados, únicamente se persona uno de ellos, por lo que la Sala declaró desierto el recurso respecto los que no se personaron, pero continuó la apelación del demandado personado, ya que la resolución impugnado, gracias a ese recurso, no era firme. También, la S.T.S. de 4 de noviembre de 1985 (R.J.4572).

### 2.3. Instrucción del apelante.

Una vez personado el apelante se trasladan los autos a las partes comparecidas para que se instruyan sus Letrados. La instrucción de las partes tiene diferente regulación según el procedimiento ordinario que se trate. Para el juicio de mayor cuantía en este plazo de instrucción, que no bajará de diez días ni excederá de veinte (art.855 de la L.E.C.), el apelante y el apelado podrán realizar varias actuaciones. Por lo que ahora interesa, en el escrito, firmado por Letrado, con que se devuelven los autos tras la instrucción, aunque la L.E.C. no permite ninguna alegación que afecte al fondo del asunto, el apelante, en todo caso, tendrá que manifestar que ha tomado la instrucción necesaria de los autos para el acto de la vista. Además, podrá: a) pedir el recibimiento a prueba en segunda instancia, expresando la causa que justifique esta pretensión; y b) denunciar ciertas infracciones procesales de la primera instancia para que se resuelva sobre sus efectos antes de seguir el procedimiento de la apelación.

En el juicio de menor cuantía no existe un trámite, propiamente, de instrucción, sino que estas peticiones se realizan dentro de los seis días siguientes a la personación (arts.705 y 707 de la L.E.C.). En los juicios verbales y de cognición, la realización de estas actuaciones también se regula de forma diferente: en el escrito de interposición del recurso ante el Juez *a quo*, el apelante tiene la carga de expresar las peticiones específicas y las alegaciones que las funden, e, incluso, debe proponer las pruebas admisibles en segunda instancia; ante el mismo Juez, el apelado contesta los motivos de impugnación alegados por el apelante y, si le interesa, se adhiere a la apelación.

Se observa, pues, que únicamente existe instrucción en sentido estricto en el juicio de mayor cuantía, en los otros procesos declarativos ordinarios existen trámites donde se pueden realizar las mismas actuaciones, pero no se pueden calificar de instrucción. Volvemos a encontrarnos aquí con una de las deficiencias más claras que aquejan el régimen legal de nuestra apelación: su diversa regulación en función de cada procedimiento, diversidad que no parece responder a causa justificada alguna.

Siendo la instrucción un conjunto de actuaciones de las partes y del órgano judicial competente en apelación, realizadas antes de la vista del recurso y que sirven para prepararla, en las apelaciones donde se prescinda de la celebración de la vista no habrá fase de instrucción, ya que si no hay vista no tiene sentido prepararla<sup>351</sup>.

La regulación inicial de la L.E.C. de 1881 establecía en este trámite la formación del apuntamiento, que era un resumen o extracto de los actos, pero, en la práctica, no pasaba de ser una copia literal de los mismos, convirtiéndose en una labor inútil. Por eso, la Ley de 23 de julio de 1966 suprimió el apuntamiento e introdujo la novedad de que el Secretario forme nota suficiente del pleito para que los Abogados de las partes y, posteriormente, los Magistrados de la apelación tomen instrucción de los autos.

Como ya se ha dicho, una vez personado el apelante, si desea la práctica de pruebas en apelación, debe pedir el recibimiento del pleito a prueba. Todo lo relacionado con la petición de pruebas, su admisión, práctica y valoración se tratará en el siguiente capítulo ya que es una de las facultades del apelante y, en su caso, del apelado, determinantes del objeto de la apelación. En el presente capítulo, centraremos el análisis a estudiar la actuación meramente procesal de apelante y apelado.

En el escrito de instrucción, por medio de otrosí, el apelante también puede pedir la subsanación de los defectos procesales (quebrantamiento de alguna de las formas esenciales del juicio) ocurridos en primera instancia y que dan lugar al recurso de casación según el art.1692.3º de la L.E.C. (arts.859 y 893 de la L.E.C.). Se trata de reproducir en segunda instancia la reclamación no estimada en la primera, reiterando la denuncia de un defecto procesal<sup>352</sup>. Si falta esta reclamación en la primera fase del proceso no es posible reclamarse en la segunda. De esta forma, es un incidente que sólo

---

<sup>351</sup> Esto sucede, sobre todo, en los juicios verbales y de cognición, porque, con carácter general, se omite el trámite de la vista oral, haciendo innecesaria la personación e la instrucción (art.736.I de la L.E.C.).

<sup>352</sup> Como nos indica, MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.112. GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1375. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.238.

No tenemos que confundir esta petición del apelante con el incidente de nulidad radical de actuaciones por vicios procesales, introducido a raíz de la modificación efectuada por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ya que este incidente se da frente a resoluciones irrecurribles y que, por tanto, serían definitivas y firmes si no se

se produce a instancia de parte. Pero también es necesario que la propia Audiencia no la haya desestimado anteriormente, en virtud de una apelación anterior (art.859.III de la L.E.C.).

Al permitir esta subsanación parece como si el legislador pensara más en la preparación de un recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, que no en la subsanación de los defectos en segunda instancia. La mayoría de la doctrina entiende que este supuesto se integra en el ámbito del art.1692.3º de la L.E.C.<sup>353</sup>. Esto reafirma la opinión de que el legislador introdujo el art.859 de la L.E.C., no con la finalidad de que se subsanara el defecto en apelación para no continuar con un proceso viciado, sino se estableció para dar cumplimiento al art.1693 de la L.E.C. y, así, permitir la interposición en forma de un futuro recurso de casación. Deducimos esto de la redacción del art.1693: “La infracción de las normas relativas a los actos y garantías procesales que producen indefensión requiere que se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia en que se hubiera cometido y que, de haberlo sido en la primera instancia, se reproduzca en la segunda, con la salvedad, en cuanto a las faltas cometidas en segunda instancia, de que fuere ya imposible la reclamación”.

El art.859. II de la L.E.C. establece, “esta reclamación se sustanciará y decidirá previamente por los trámites establecidos para los incidentes”. Estamos en presencia de un incidente de previo pronunciamiento que paraliza el proceso principal. Se ha puesto de manifiesto que en algunos casos no es necesaria la tramitación de este incidente. Son los supuestos en que se denuncia un defecto procesal que puede subsanarse con el recibimiento del pleito a prueba (art.862 de la L.E.C.) o por medio del art.863 de la L.E.C.<sup>354</sup>.

Nuestro ordenamiento procesal no establece cómo debe proceder el órgano de apelación si considera que el vicio denunciado se ha producido. Algunos autores

---

tramitara el incidente. En el supuesto tratado, estamos en presencia de resoluciones recurribles en apelación.

<sup>353</sup> MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.502. MONTERO AROCA, J. (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.428.

<sup>354</sup> MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.502.

entienden que lo lógico es declarar la nulidad de lo actuado y retrotraer las actuaciones al Juez de Primera Instancia para que subsane el defecto y continúe el procedimiento<sup>355</sup>. Si, por el contrario, se resuelve que no hubo infracción procesal de ninguna clase, se reanuda el procedimiento de apelación.

Tampoco queda claro si esta reclamación se puede dar en todos los juicios declarativos ordinarios. La respuesta debe ser afirmativa en la segunda instancia de los juicios de mayor cuantía y en las apelaciones de las sentencias y autos dictados en incidentes y en los juicios que no sean de mayor o menor cuantía, por establecerlo expresamente los arts.859 y 893 de la L.E.C., respectivamente. Sin embargo, es dudoso que este incidente pueda plantearse en la segunda instancia de los juicios de menor cuantía. A favor de la exclusión encontramos dos argumentos: los artículos que regulan la segunda instancia del menor cuantía no prevén expresamente esta posibilidad; y el T.S. suele considerar que no cabe practicar en el menor cuantía las actuaciones que expresamente no regule su articulado. Entendemos que la exclusión no es lógica porque hablamos del que pretende ser el prototipo de los juicios declarativos ordinarios; y, “sobre todo, porque haría imposible un eventual recurso de casación por quebrantamiento de las normas esenciales del juicio (1693)”<sup>356</sup>.

#### 2.4. La vista oral.

En cuanto a la actividad de las partes, el recurso de apelación termina con una vista oral<sup>357</sup>. Antes de analizar las actuaciones del apelante en la vista es necesario indicar que ésta no siempre se lleva a cabo: en los juicios declarativos ordinarios es

---

<sup>355</sup> MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.503. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (con otros): *Los recursos en el proceso civil*, ob. cit., pág.261.

<sup>356</sup> MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.503. Sin embargo, algunos autores, afirman que este incidente sólo puede plantearse en los juicios de mayor cuantía: GARBERÍ LLOBREGAT, J. (con otros), *Los recursos en el proceso civil*, ob. cit., pág.257.

<sup>357</sup> Arts.709, 736, 872, 873, 895 y 896, todos de la L.E.C. La vista del recurso de apelación viene regulada en los arts.321 a 334 de la L.E.C.

posible sustituirla por escritos de las partes donde formulen sus alegaciones<sup>358</sup>, en tanto, en otros supuestos no debe realizarse<sup>359</sup>.

Cabe precisar, de nuevo, que en este apartado sólo nos ocuparemos de las actitudes del apelante, esto es, de cuáles son las consecuencias de su comparecencia o de su incomparecencia en la vista del recurso de apelación. Todo lo relacionado con las facultades del recurrente determinantes del objeto de la apelación serán analizadas en el siguiente capítulo.

Las funciones de la vista son distintas según el tipo de procedimiento de apelación:

- En los juicios de mayor y menor cuantía, donde el escrito de interposición del recurso no está fundamentado, es necesario, para que pueda decidirse la apelación, que el apelante manifieste en la vista las alegaciones que fundamenten su recurso. La vista consiste, pues, en los informes de los Abogados (art.330.I y II de la L.E.C.) y en las manifestaciones de las partes. No se realiza en la misma la práctica de la prueba, pues existe un trámite previo destinado a tal efecto.
- En los juicios verbales y de cognición, donde el escrito de interposición especifica las peticiones del apelante y las alegaciones que las fundamentan, la vista no tiene por objeto fundamentar el recurso, ya que esta actividad ya se ha realizado en la interposición. De esta forma, la vista no siempre es preceptiva, y cuando se celebra tiene por objeto, principalmente, la práctica de las pruebas solicitadas.

La S.T.C. 37/1990, de 1 de marzo, pone de manifiesto la trascendencia de la celebración de la vista en el recurso de apelación de los juicios de mayor y menor cuantía:

*“Por otro lado, la importancia del concreto acto de la vista en el recurso de apelación ha sido igualmente puesta de manifiesto por la jurisprudencia constitucional, en cuanto permite el adecuado ejercicio*

---

<sup>358</sup> Arts.709.IV, 876 a 880 de la L.E.C.

<sup>359</sup> Art.736.I de la L.E.C.: en los juicios verbal y de cognición, si no se hubiere propuesto prueba, el órgano competente para decidir la apelación dictará sentencia en el plazo de diez días, sin que haya vista oral.

*de la audiencia bilateral, para que las partes en el proceso puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos. Dicho acto es el momento oportuno, no sólo para que el recurrente exponga los argumentos que, en orden a los hechos, pruebas y normas jurídicas, produzcan la estimación de su recurso, sino también para que el recurrido pueda oponerse a dichos argumentos, sosteniendo la improcedencia del recurso y su interés en la configuración de la resolución impugnada*<sup>360</sup>.

Se destaca así, la exclusiva participación en la vista del recurso de apelación de quienes se hayan personado, en este caso como apelantes, ante el Tribunal *ad quem*.

Y reafirmando esta idea la S.T.S. de 25 de marzo de 1993, en un supuesto en que se sustituyó la vista oral por los correspondientes escritos de alegaciones, la Audiencia Provincial tuvo en cuenta un escrito presentado por quien no se había personado como apelante y estimó su pretensión. El T.S. entiende que

*“Al no haber recurrido en apelación doña (...), la sentencia de la instancia, que no contiene pronunciamiento indemnizatorio alguno y ni siquiera haberse adherido a la alzada, le alcanza con plena firmeza (...)*<sup>361</sup>.

Cabe concluir, pues, que es la personación ante el Tribunal superior lo que determina quienes pueden concurrir en la vista de la apelación.

2.4.A. Incomparecencia voluntaria del apelante al acto de la vista del recurso de apelación.

Normalmente, la comparecencia de los litigantes a la vista se efectúa por medio de sus Abogados. Por tanto, la asistencia o inasistencia de éstos determina una serie de consecuencias y efectos que es necesario analizar por su trascendencia jurídica y práctica, sobre todo en los juicios de mayor y menor cuantía, ya que es en la vista donde el apelante expone sus peticiones y las fundamenta. Si no comparece asistido de Letrado no se realiza esta actuación, quedando la apelación sin objeto. Ante tal situación, la

---

<sup>360</sup> También, la S.T.C. 12/1987, de 4 de febrero.

<sup>361</sup> S.T.S. de 25 de marzo de 1993 (R.J.2234). Igualmente, la S.T.S. de 2 de febrero de 1995 (R.J.730), manifiesta que a la vista de las apelaciones pueden concurrir o no las parte personadas, poniendo de manifiesto que lo importante es la personación.



doctrina ha planteado tres efectos diferentes, cuando no comparece el Abogado de la parte al acto de la vista de las apelaciones sin alegar causa alguna al respecto<sup>362</sup>:

1.- Acordar la suspensión de la vista y efectuar un nuevo señalamiento. Esta parece ser la mejor solución al no causar ningún agravio a los litigantes. Sin embargo, varias razones se alegan en contra: carecer de fundamento legal pues ningún precepto de la L.E.C. relativo a la segunda instancia lo establece expresamente; y suponer una dilación del proceso. Además, como ya veremos, la jurisprudencia ha entendido que sólo cabe acordar la suspensión en los supuestos taxativamente enumerados en el art.323 de la L.E.C., siendo necesario que el Letrado la solicite. Entre estos supuestos, que constituyen un *numerus clausus*, no se contempla la mera incomparecencia sin alegación de causa alguna.

2.- Considerar la inasistencia de Abogado como un supuesto de desistimiento tácito. A partir de que la L.E.C. sólo regula un caso de desistimiento tácito en los arts.840 y 841, cuando el apelante no se persona en el término del emplazamiento, declarándose desierto el recurso y firme la sentencia o auto apelados, entendemos que no se puede considerar el supuesto ahora analizado como un desistimiento tácito, pues la Ley procesal únicamente prevé la deserción del recurso cuando el apelante no se persona en tiempo ante el Tribunal *ad quem*, pero no cuando el Letrado del recurrente no asiste al trámite de la vista. Tampoco puede ser un supuesto de separación de la apelación ante el Tribunal *ad quem* de los arts.846 a 849 de la L.E.C., ya que, como veremos, quien desiste del recurso es el Procurador del apelante, que necesita para hacerlo un poder especial o la ratificación del litigante en el escrito de separación. La inasistencia de Letrado a la vista de la apelación no cumple ninguno de estos presupuestos acreditativos de la voluntad de desistir del apelante, por tanto no podemos

---

<sup>362</sup> ÁLVAREZ-LINERA URÍA, C.: *Asistencia de Letrados a la vista de las apelaciones (con Abogados o sin ellos)*, en «Revista de Derecho Procesal», 1977, 2-3, pág.717 y ss. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.215 y ss.

calificarla de desistimiento. Esta opinión de la que algún autor disiente<sup>363</sup>, se ve refrendada por la jurisprudencia del T.S.<sup>364</sup> y de múltiples Audiencias<sup>365</sup>.

3.- Permitir que el Tribunal resuelva el recurso aunque no haya asistido el apelante o su Letrado. Esta es la solución que prefiere tanto la doctrina como la jurisprudencia, basándose en la naturaleza de la comparecencia a la vista del recurso de apelación. Se entiende que la asistencia a la vista es una carga procesal y no una obligación para los litigantes<sup>366</sup>. Como tal carga, la comparecencia de las partes al acto de la vista de la apelación es potestativa, de manera que, al ser totalmente voluntaria su presencia, la incomparecencia de alguno o todos los litigantes, o de sus representantes, no impide al Tribunal *ad quem* resolver el recurso de apelación. El Letrado que no asista a la vista deberá soportar las consecuencias de su ausencia<sup>367</sup>. Tal afirmación encuentra

---

<sup>363</sup> RICHARD GONZÁLEZ, M.: *La segunda instancia en el proceso civil*, ob. cit., pág.265, considera la fundamentación del recurso realizado en el acto de la vista como un presupuesto de inexcusable cumplimiento, por lo que “El Tribunal *ad quem* no debería conocer del recurso de apelación, cuando el apelante no compareciera al acto de la vista oral, ya que su inasistencia debería considerarse como un consentimiento tácito del fallo que produjera la confirmación de la sentencia apelada”.

<sup>364</sup> La S.T.S. de 2 de febrero de 1995 (R.J.730), afirma que “*la falta de asistencia de los Letrados de la apelante a la vista, debidamente notificada su celebración, no implica desistimiento de la apelación ni conformidad con la sentencia de instancia*”;

El A.T.S. de 11 de abril de 1995 (R.J.10032), coincide en considerar el recurso de apelación como un recurso de plena jurisdicción equivalente a un *novum iudicium* en el que el órgano judicial no tiene más límites que la regla de *tantum appellatum quantum devolutum* y la *reformatio in peius*, de manera que la inasistencia de Letrado de la parte apelante al acto de la vista no equivale a un desistimiento que exima al Tribunal de analizar la corrección o incorrección de la sentencia apelada.

Igualmente, S.T.S. de 19 de febrero de 1991 (R.J.1511); S.T.S. de 24 de noviembre de 1993 (R.J.9213); S.T.S. de 21 de abril de 1997 (R.J.3430); A.T.S. de 3 de junio de 1997 (R.J.5336), entre otras.

<sup>365</sup> S.A.T. de Barcelona, de 19 de abril de 1985 (R.J.C., 1985-III, pág.67); S.A.P. de Vizcaya, de 29 de septiembre de 1994 (R.A.C.688); S.A.P. de Asturias, de 20 de diciembre de 1994 (R.A.C.2300); S.A.P. de Sevilla, de 4 de octubre de 1995 (R.A.C.1838); S.A.P. de Valencia, de 12 de febrero de 1996 (R.A.C.375); S.A.P. de Badajoz, de 8 de enero de 1998 (R.A.C.88); S.A.P. de La Coruña, de 3 de febrero de 1999 (R.A.C.192).

<sup>366</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.902. ÁLVAREZ-LINERA URÍA, C.: *Asistencia de Letrados a la vista...*, ob. cit., pág.720. NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.891. COBOS GAVALA, R.: *La fundamentación de la impugnación...*, ob. cit., págs.338, 339, 365, 366, 367, 380, 381 y 394. SALAS CARCELLER, A.: *Algunas consideraciones sobre la vista pública en el recurso de apelación civil*, en «Poder Judicial», marzo 1992, nº25, págs.110, 111 y 112. BARRON DE BENITO, J.L.: *El recurso de apelación en el juicio verbal civil de tráfico*, ob. cit., pág.73.

<sup>367</sup> Algunos preceptos de la L.E.C., aunque no regulan el recurso de apelación, establecen como único efecto de la inasistencia de Abogado, el de soportar la carga inherente a su ausencia. En este sentido, el art.677, en la primera instancia del juicio de mayor cuantía, establece que “en este acto (el de la vista) oír de palabra a los defensores de los litigantes que se presenten”; el art.691, en sede de juicio de menor cuantía, prevé que “la incomparecencia de los Abogados no determinará la suspensión del acto”; y el art.701, entre otros.

Pero, la misma regulación de la apelación contiene algún precepto que regula esta continuación del proceso en caso de inasistencia del apelante. Es el caso del art.736 de la L.E.C., sobre apelación de los juicios verbales: “Extendida el acta de la comparecencia o diligencia de no haberse presentado las partes, en el mismo día o en el siguiente dictará el juez sentencia definitiva, confirmando o revocando la apelada,

su base legal en el art.272.5 de la L.E.C., que establece como uno de los contenidos de las cédulas de citación o emplazamiento “la prevención de que si no compareciere, le parará el perjuicio a que hubiere lugar en derecho, terminando con la fecha y firma del acuerdo”. También, en el art.330 L.E.C. cuando al regular las vistas dispone que después de la “relación sucinta”, que debe hacer el Secretario del asunto, “informarán por su orden los Abogados de las partes que concurran al acto”, lo que demuestra que pueden concurrir o no a dicho acto. De esta forma, las partes tiene el derecho y la carga de comparecer, pero si no lo hacen deben asumir los efectos perjudiciales de su incomparecencia. Así lo manifiesta el T.C.<sup>368</sup>. La S.T.S. de 24 de noviembre de 1993, lo expone con claridad:

*“(...) la incomparecencia del Letrado de la apelante: no constituye desistimiento, ni deja desierto el recurso, ni causa indefensión al recurrido: la operación revisora puede realizarse con independencia de la asistencia de la parte apelante a la vista (...); La Ley no priva por ello a la Sala de apelación de su función revisora de una sentencia que expresa y abiertamente se ha recurrido en su totalidad. Para ello es necesario una manifestación de voluntad expresa del apelante de separarse de la apelación que interpuso(...)”<sup>369</sup>.*

---

con imposición de las costas al apelante en el primer caso, o haciendo, si corresponde, la declaración de nulidad que previene el art.496. Contra esta sentencia no se dará recurso alguno”. Así se prevé el caso de que el apelante no se presente a la vista de la apelación, a pesar de lo cual prevé la posibilidad de que el juez dicte sentencia revocando la apelada.

<sup>368</sup> S.T.C. 12/1987, de 4 de febrero; S.T.C. 80/1989, de 8 de mayo; A.T.C. 315/1994, de 21 de noviembre; S.T.C. 3/1996, de 15 de enero: “*la Audiencia al limitarse a confirmar la sentencia apelada sin entrar en el fondo de las pretensiones impugnatorias articuladas en el recurso de apelación (donde apelante y apelado formularon sus alegaciones en sus respectivos escritos, al estar en un juicio verbal), otorgó a la inasistencia del Letrado del apelante a la vista del recurso, unos efectos desproporcionados con la entidad real del trámite en la nueva regulación del recurso de apelación, e infringió el derecho a la tutela judicial efectiva del art.24.1 C.E. al privar al demandante de su derecho a obtener una decisión de fondo sin que concurriera causa legal para ello (...)*”.

<sup>369</sup> S.T.S. de 24 de noviembre de 1993 (R.J.9213). En el mismo sentido, la S.T.S. de 16 de junio de 1988 (R.J.4933) que señala que la comparecencia de los Letrados es voluntaria y que su ausencia no vicia de nulidad la vista ni produce otros efectos que el perjuicio que puedan causar a su parte por no formular las alegaciones en favor de su derecho.;

también, la S.T.S. de 19 de febrero de 1991 (R.J.1511);

La S.T.S. de 30 de diciembre de 1994 (R.J.10241) afirma, “*(...) de los arts.677 y 756 se desprende que la incomparecencia del Letrado de la apelante no constituye óbice para continuar el trámite y dictar sentencia. El art.323 L.E.C. no contempla como causa de suspensión de la vista la incomparecencia de los Letrados de las partes, circunstancia que no transgrede el derecho fundamental a obtener la tutela efectiva del art.24 C.E.*”;

La S.T.S. de 2 de febrero de 1995 (R.J.730), “*La apelación obliga al Tribunal de conocer todas las cuestiones planteadas, pudiendo o no concurrir al acto de la vista las partes personadas en la apelación, en el que han de ser oídas los Abogados de las partes “que concurran al acto” (art.330 L.E.C.), por lo que la no concurrencia no significa otra cosa que la pérdida voluntaria de la posibilidad de ser oídos, no la conformidad con la sentencia recurrida por no estarse entonces ante ninguna de las situaciones que prevé el art.408 L.E.C. (...)*”.

En igual sentido se manifiestan las Audiencias Provinciales de forma mayoritaria, como la S.A.P. de Valencia, de 5 de mayo de 1992:

*“Esta sola circunstancia de haber el defensor de la demandante dejado de acudir a la vista oral del presente recurso no sería suficiente para mantener, sin más, el fallo apelado, pues la naturaleza de la apelación permite que el órgano que de ella conoce efectúe una revisión de todo lo actuado en primera instancia, limitada, por supuesto, a aquello que ha sido objeto de impugnación y excluyendo lo que ha sido consentido, pero sin cortapisas en los supuestos en que se ha recurrido la sentencia de instancia, en bloque, sin señalar partes o extremos concretos de ella como objetos únicos de impugnación, que es lo que aquí acontece”<sup>370</sup>.*

Algunas resoluciones, empero, admiten que la incomparecencia del Letrado del apelante al acto de la vista es un supuesto de desistimiento<sup>371</sup>.

Ante semejante situación y a modo de referencia del derecho comparado, el derecho procesal alemán opta por una regulación diferente. El §542 de la ZPO establece que la inasistencia del apelante a la vista del recurso de apelación da a la otra parte (apelada) la facultad de solicitar la finalización del proceso, dictando el órgano judicial una sentencia en rebeldía (“Versäumnisurteil”). Por lo tanto, el apelante incomparecido adquiere la condición de rebelde, pero no podrá interponer recursos, si posteriormente

---

En la S.T.S. de 23 de febrero de 1995 (R.J.1701), el apelante formuló y presentó apelación, pero no asistió al acto de la vista oral, por eso no puede alegar vicio de incongruencia por no haberse resuelto sus peticiones de parte apelante, cuando no las formuló, pues en las apelaciones las alegaciones se realizan en la vista; “(...) a él (apelante) se ha de imputar la conducta procesal omisiva, como decisión voluntaria y asunción de sus correspondientes consecuencias”;

También la S.T.S. de 23 de septiembre de 1996 (R.J.6813).

<sup>370</sup> S.A.P. de Valencia, de 5 de mayo de 1992 (R.A.C.692). También, la S.A.P. de Madrid, de 14 de julio de 1992 (R.A.C.1147); S.A.P. de Madrid, de 29 de enero de 1993 (R.A.C.53); S.A.P. de La Coruña, de 4 de febrero de 1994 (R.A.C.202); S.A.P. de Vizcaya, de 29 de abril de 1994 (R.A.C.688); A.A.P. de Huesca, de 20 de septiembre de 1994 (R.A.C.1389); S.A.P. de Huesca, de 27 de septiembre de 1994 (R.A.C.1439); S.A.P. de Madrid, de 26 de noviembre de 1994 (A.C.,@454, 31 de marzo de 1995); S.A.P. de Asturias, de 20 de diciembre de 1994 (R.A.C.2300); S.A.P. de Sevilla, de 4 de octubre de 1995 (R.A.C.1838); S.A.P. de Ciudad Real, de 31 de octubre de 1995 (R.A.C.1833): “La operación revisora puede realizarse con independencia de la asistencia a la vista del apelante”; S.A.P. de Valencia, de 12 de febrero de 1996 (R.A.C.375): “(...) la inasistencia del Letrado de la parte apelante, pese a haber sido notificada debidamente su celebración, no implica desistimiento y conformidad con la sentencia de instancia, sólo significa pérdida voluntaria de la posibilidad de ser oído”; S.A.P. de Madrid, de 24 de marzo de 1998: “(...) la comparecencia a la vista de la apelación no es preceptiva, pudiendo las partes asistir o no, por sí o por medio de sus representantes. Por todo ello, haber declarado desierto el recurso de apelación en vez de dictar sentencia sobre el fondo significó privar a la actora de un recurso previsto por las leyes ..., lo que constituye una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye el acceso a los recursos legalmente establecido”.

<sup>371</sup> La S.A.P. de Tarragona, de 6 de julio de 1994 (R.A.C.1271), considera la incomparecencia del Letrado del apelante a la vista de la apelación, como un desistimiento que produce los efectos del art.408 de la L.E.C.. Entendemos que esta resolución es errónea, además de minoritaria, ya que, como vemos, la mayoría de las decisiones entienden que el recurso continúa a pesar de dicha incomparecencia.

decide personarse, ya que la ZPO no lo permite. Sólo podrá utilizar el “Einspruch”, institución parecida a la audiencia al rebelde de nuestra L.E.C.<sup>372</sup>.

Los juicios de mayor y menor cuantía presentan un problema al entender que aunque las partes o sus representantes no asistan a la vista de la apelación sin justificación razonable, el Tribunal puede resolver el recurso. Como se ha indicado, en éstos si los litigantes o sus representantes no comparecen no se ejercita ni se fundamenta la pretensión en el recurso, puesto que estas actuaciones se realizan en el acto de la vista, de manera que el Tribunal no conoce los motivos de la impugnación y no sabe sobre qué debe resolver. Está claro que el órgano judicial superior no puede tener en cuenta para decidir la apelación las alegaciones que no se formularon, ya que no se han introducido en el proceso. Pero, si se trata de alegaciones jurídicas, las podrá considerar en virtud de la máxima *iura novit curia*<sup>373</sup>.

El T.C. ha manifestado:

*“Menos aún puede extraerse de aquel precepto (art.24.1 de la C.E.) la consecuencia de que, a falta de fundamentación expresa de los pedimentos de una de las partes debe rechazarlo el órgano judicial que conozca de los mismos, pues, siempre sin merma del principio de congruencia, y a no ser que el ordenamiento imponga una motivación específica de la acción o recurso ejercitado, delimitando así su procedencia y objeto, es potestad del Tribunal de apelación llevar a cabo un nuevo examen de los hechos y del Derecho aplicable. De acuerdo con lo expuesto, la ausencia en el acto de la vista de la apelación del Letrado de la parte apelante y la consiguiente falta de motivación del recurso formulado por dicha parte no supone una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque el recurso fuera estimado por el Tribunal competente. (...) ni puede entenderse que tal estimación se haya realizado infringiendo los principios de rogación y dispositivo. Formulada la pretensión procesal y a la vista de unos hechos declarados probados en la Sentencia de primera instancia, que no fueron combatidos por ninguna de las partes, el Tribunal de apelación podía, y aun debía, en virtud del efecto devolutivo y de la regla iura novit curia, aplicar el Derecho en la forma que considere procedente y correcta, más aún en un recurso ordinario como aquél”<sup>374</sup>.*

---

<sup>372</sup> §513 de la Z.P.O., segundo apartado.

<sup>373</sup> ÁLVAREZ-LINERA URÍA, C.: *Asistencia de Letrados a la vista...*, ob. cit., pág.723.

<sup>374</sup> S.T.C. 12/1987, de 4 de febrero; S.T.C. 80/1989, de 8 de mayo; A.T.C. 315/1994, de 21 de noviembre.

Igual doctrina sostiene el T.S.<sup>375</sup> y la llamada “jurisprudencia menor”<sup>376</sup>.

Aún concibiendo el recurso de apelación como simple revisión de la fase anterior, sin posibilidad de reiteración, la jurisprudencia permite al órgano *ad quem* conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito, por lo que, pese a la falta de comparecencia de la dirección técnica del apelante al acto de la vista pública de segunda instancia, la Audiencia puede valorar íntegramente el proceso en cuanto a todas las pretensiones que en él se habían actuado, sin más límites que el impuesto por la prohibición de la *reformatio in peius*. Se podrá, así: conocer el asunto litigioso, valorar los elementos probatorios aportados por las partes en su momento y aplicar su propio criterio valorativo a los mismos. Por otra parte, la incomparecencia de los apelantes no limita en absoluto las posibilidades de defensa de los apelados, pues la Sala de Apelación conocerá íntegramente de la pretensiones aducidas en período expositivo del pleito, y los mismos podrán introducir las alegaciones que estimen pertinentes.

En efecto, la incomparecencia injustificada del Letrado del apelante al acto de la vista, constituye un supuesto de interposición de un recurso de apelación sin limitar las peticiones de la anterior instancia que forman el objeto de la impugnación, cuando se trata de un procedimiento de mayor o menor cuantía. En estos casos, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia admiten la apelación respecto todas las pretensiones perjudiciales para el recurrente, o que no hayan sido favorablemente acogidas en primera instancia. De esta forma, ante la falta de determinación del objeto de la

---

<sup>375</sup> S.T.S. de 6 de julio de 1962 (R.J.3119); S.T.S. de 23 de mayo de 1963 (R.J.1845); S.T.S. de 8 de febrero de 1980 (R.J.933); S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650); S.T.S. de 16 de junio de 1988 (R.J.4933); S.T.S. de 12 de junio de 1989 (R.J.4423); S.T.S. de 19 de febrero de 1991 (R.J.1511); S.T.S. de 11 de febrero de 1992 (R.J.1208); S.T.S. 30 de diciembre de 1994 (R.J.10241); S.T.S. de 21 de abril de 1997 (R.J.3430); S.T.S. de 19 de diciembre de 1998 (R.J.9646), entre muchas.

<sup>376</sup> S.A.T. de Sevilla, de 27 de enero de 1983 (La Ley, 1983-3, 4331-R); S.A.P. de Madrid, de 14 de julio de 1992 (R.A.C.1147): “*La incomparecencia de la parte apelante impide a este Tribunal conocer con exactitud sus motivos de disenso de la sentencia recurrida, aunque por lógica no puede pensarse seriamente que la Sala los ignore, ya que habiendo sostenido la oposición a la acción ejecutiva contra ella ejercitada en primera instancia debe entenderse que al interponer la apelación, sigue oponiéndose por la misma causa que mantuvo hasta ahora*”; S.A.P. de Madrid, de 29 de enero de 1993 (R.A.C.53); S.A.P. de Huesca, de 14 de diciembre de 1993 (A.C., @452, 15 de abril de 1994); S.A.P. de La Coruña, de 4 de febrero de 1994 (R.A.C.202); S.A.P. de Huesca, de 27 de septiembre de 1994 (R.A.C.1439); A.A.P. de Madrid, de 3 de abril de 1998 (R.A.C.1122); S.A.P. de Málaga, de 3 de junio de 1998 (R.A.C.6261); S.A.P. de Málaga, de 8 de julio de 1998 (R.A.C.6305); S.A.P. de Málaga, de 22 de julio de 1998 (R.A.C.6297); S.A.P. de Málaga, de 7 de septiembre de 1998 (R.A.C.6671); S.A.P. de La Coruña, de 3 de febrero de 1999 (R.A.C.192).

apelación, el Tribunal *ad quem* podrá pronunciarse sobre cualquier cuestión resuelta en primera instancia que perjudique al apelante, y el apelado, por su parte, podrá formular sus alegaciones en dicho sentido<sup>377</sup>. Se constata, de este modo y una vez más, la importancia del gravamen causado al apelante por la resolución de primera instancia para determinar el objeto del recurso de apelación. Se volverá sobre esta cuestión en el siguiente capítulo.

El problema expuesto se evitaría, si a los juicios de mayor y menor cuantía se aplicara la misma regulación que existe actualmente para los juicios verbales y de cognición. Esto es, si al apelar, en el escrito de interposición del recurso, se expresasen sucintamente los motivos de impugnación. De esta forma, la inasistencia del apelante o de su letrado al acto de la vista oral, como carga procesal, sin alegar una causa que la justifique, no impide la continuación del recurso ya que el objeto del mismo está perfectamente determinado. Hacia esta regulación de la apelación tiende la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.4.B. Incomparecencia justificada del apelante al acto de la vista del recurso de apelación.

---

<sup>377</sup> S.T.S. de 16 de noviembre de 1904 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3346). S.T.S. de 3 de octubre de 1927 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3547). S.T.S. de 6 de julio de 1962 (R.J.3119). S.T.S. de 23 de marzo de 1963 (R.J.1845). S.T.S. de 18 de enero de 1988 (R.J.123). S.T.S. de 11 de julio de 1990 (R.J.5853). S.T.S. de 13 de mayo de 1992 (R.J.3922): “(...) pues cuando la apelación se formula sin limitaciones somete al Tribunal que de ella entiende el total conocimiento del litigio en términos que le faculta para valôrar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio, dentro de los límites de la obligada congruencia”. S.T.S. de 17 de julio de 1995 (R.J.5591).

También, S.A.T. de Sevilla, de 6 de diciembre de 1984 (La Ley, 1985-2, 5226); S.A.P. de Valencia, de 5 de mayo de 1992 (R.A.C.692); S.A.P. de Huesca, de 14 de julio de 1993 (R.A.C.1561); S.A.P. de Madrid, de 28 de septiembre de 1993 (A.C., 1994, @121): “(...) nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, aun concibiendo el recurso de apelación como una simple revisión del proceso anterior, sin posibilidad de reiteración de todos sus trámites, permite sin embargo al Tribunal *ad quem* conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito, y consiguientemente si la parte actora ha interpuesto recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, y no ha concretado cuáles eran las pretensiones que excluía de tal recurso, resulta evidente que la Audiencia pudo valorar todo el material probatorio y revisar íntegramente el proceso en cuanto a todas las pretensiones que en él se habían actuado por dicha parte demandante”; S.A.P. de Murcia, de 24 de febrero de 1994 (R.A.C.348); S.A.P. de Vizcaya, de 29 de abril de 1994 (R.A.C.688); S.A.P. de Zaragoza, de 17 de junio de 1995 (A.C., 1995, @1873).

Si la inasistencia a la vista oral no resulta de la voluntad del litigante no comparecido, si no que es debida a una causa externa o a la falta de notificación de la providencia de señalamiento del día de celebración de la vista, se tendrá que paralizar el procedimiento. De no hacerse así, y al continuar tramitándose la apelación, todas las actuaciones realizadas tendrán que ser anuladas por causar indefensión a la parte legítimamente no comparecida, salvo que, a pesar de la falta de comunicación, la inasistencia a la vista tenga su causa en la pasividad o negligencia del interesado que adquirió conocimiento del acto o resolución por otros medios distintos. Buen exponente de estas consideraciones es la S.T.C. 205/1988, de 7 de noviembre:

*“Es indiscutible que la falta de citación del apelante al acto de la vista de apelación es, en principio, causa de indefensión por impedirle conocer que dicho acto va a ser celebrado en un determinado día y hora, y, por ello, le priva del conocimiento necesario para intervenir en su celebración y ejercer en el mismo el derecho a defender su pretensión impugnatoria de la sentencia que ha recurrido”<sup>378</sup>.*

Lo mismo ocurre cuando la incomparecencia es debida a la inasistencia del Letrado de la parte al acto de la vista por causa justificada (enfermedad, ...), aunque el órgano de la apelación puede acceder o no a la solicitud de suspensión del Abogado, siempre que valore como posible la indefensión, cuestión objeto de diversas consideraciones: en unas resoluciones el T.S. no decreta la suspensión por no presentarse certificación médica de enfermedad de Letrado, o por presentarse tardíamente<sup>379</sup>; en cambio, en otras

---

En el mismo sentido, ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.388. NOGUERA ROIG Y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.413.

<sup>378</sup> En idéntico sentido, S.T.C. 114/1986, de 2 de octubre; S.T.C. 112/1987, de 2 de julio; S.T.C. 222/1988, de 24 de noviembre; S.T.C. 248/1994, de 19 de septiembre, manifiesta que la falta de asistencia del recurrente al acto de la vista por causa imputable al Juez o Tribunal o a la oficina judicial no puede justificarse con el argumento de que no hubiera influido en la decisión final de fondo ya que “(...) sería, por una parte, hacer supuesto de la cuestión y llegar a una afirmación sin prueba, pues no se puede anticipar lo que la parte hubiera hecho o pedido, prejuzgando una intención jurídica ajena, sustituyéndola. De otro lado, sería tanto como negar sentido y eficacia a una actuación procesal como la de la vista y, lo que es más grave, la del derecho a solicitar prueba, aun en segunda instancia. (...) Y en cuanto a la vista, donde se reiteran y también se amplían y matizan los fundamentos de la acción entablada, disminuir así su exigencia sería tanto como eliminarla de hecho y privar a la parte de una última y legítima oportunidad para defender su postura y derecho”.

La S.T.S. de 25 de noviembre de 1994 (R.J.8951), nos muestra un caso donde, existiendo una causa justificada de inasistencia del Letrado a la vista, el Tribunal considera que la no presencia del mismo se debe a la falta de diligencia del recurrente y, por tanto, no se causa indefensión: hubo una baja del Procurador cuatro días antes de la celebración de la vista, pero llegó a conocimiento del Tribunal dos días después de dictarse sentencia, por lo tanto, no se puede imputar al órgano judicial la producción de indefensión, ni la falta de tutela judicial efectiva, sino que tendrá que atribuirse a la parte recurrente o a los profesionales que la representaron o defendieron.

<sup>379</sup> La S.T.S. de 23 de julio de 1993 (R.J.6281), considera acertada la decisión de la Audiencia de no suspender el acto de la vista por enfermedad del Letrado porque, además de que no se puso en



resoluciones el T.S. entiende que procede tal suspensión de la vista, pues si no se decreta se provoca indefensión<sup>380</sup>.

Nótese cómo en estos casos, contrariamente a lo señalado en el caso de inasistencia injustificada de Letrado, la incomparecencia a la vista produce la suspensión de la misma y un nuevo señalamiento por concurrir alguno de los motivos enumerados en el art.323 de la L.E.C. Aunque el ordenamiento procesal no lo establece expresamente, entendemos que también procederá la suspensión en caso de que la inasistencia se deba a fuerza mayor, ya que la L.E.C. considera tal evento como causa de suspensión de los términos, como hecho que impide la caducidad de la instancia (art.412) y se proclama la nulidad radical, declarada de oficio, de los actos realizados bajo intimidación o fuerza (art.442).

Según una antigua práctica forense, la nueva celebración de la vista tan pronto como haya desaparecido el motivo de suspensión, puede realizarse “con letrados o sin ellos” para evitar abusos dilatorios y retrasos. Sin embargo, ante el nuevo señalamiento de vista, las partes saben que si no pueden comparecer con sus primeros Letrados, deben encargar la defensa a otro abogado porque no se decretará nueva suspensión. Se concluye, pues, que los Tribunales no están obligados a permitir la nueva vista “con Letrados o sin ellos”, ya que ninguna norma procesal lo exige expresamente<sup>381</sup>.

---

conocimiento del Tribunal la inasistencia previamente, ni se pidió la suspensión, sino que sólo se presentó certificación médica para que se tuviera por justificada la no presencia de Letrado y se hiciese nuevo señalamiento de la vista, la Sala no se pronunció sobre el fondo por falta de pruebas.

También, A.T.S. de 8 de septiembre de 1998 (R.J.7258), que no permite la suspensión de la vista por enfermedad del Letrado del apelante porque la certificación médica se presentó una vez realizada la misma, sin existir un motivo razonable que justifique dicha tardanza.

<sup>380</sup> Sin embargo, la S.T.S. de 23 de junio de 1994 (R.J.6726), entiende que existe indefensión porque, presentada la solicitud de suspensión de la vista en el Registro General de la Audiencia el día señalado para su celebración por enfermedad del Letrado de la parte apelante, no se suspendió debido a la falta de coordinación entre el Registro y la Secretaría de la Sala que impidió conocer la solicitud de suspensión. Por su parte, la S.T.S. de 23 de septiembre de 1996 (R.J.6813) afirma “(...) *el legislador ha sido rigurosamente estricto en relación con la justificación de las causas de suspensión que figuran en el citado art.323, y aunque en determinados casos graves es normal la ponderación de los Tribunales, lo que no se puede pretender es, que la celebración de la vista quede al simple arbitrio de una de las partes litigantes (...)*”.

<sup>381</sup> ÁLVAREZ-LINERA URÍA, C.: *Asistencia de Letrados a la vista...*, ob. cit., págs.724 y ss, donde analiza las S.S.T.S. de 11 de julio de 1902 (C.L., tomo 94, pág.111, R.G.L.J.) y de 11 de noviembre de 1912 (C.L., tomo 25, pág.281). NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.890.

Cuando la falta de comparecencia de las partes o de sus Letrados al acto de la vista del recurso de apelación está justificada en alguno de los motivos legalmente previstos en el art.323 de la L.E.C., se declara la suspensión de dicho trámite. Algunas de estas causas, concretamente de la 3ª a la 8ª del art.323, precisan una previa solicitud de las partes de la suspensión de la vista, ya sea por escrito, antes del día de su celebración, u oralmente, al comenzar la vista. Por contra, existen otros supuestos en los que el Tribunal decide sobre la suspensión sin que haya mediado petición de parte (motivos 1º y 2º del art.323). El art.323 de la L.E.C. empieza diciendo “Sólo podrá suspenderse la vista de los pleitos en el día señalado: (...)”, de lo que se extrae que la enumeración de supuestos realizada por este precepto es taxativa<sup>382</sup>. Es posible constatar que tal afirmación no es del todo correcta, ya que podemos encontrar otros casos de suspensión no establecidos en este artículo: la recusación de un Magistrado suplente en el mismo acto de la vista (art.326 de la L.E.C.); o los supuestos de inasistencia a la vista por causa de fuerza mayor o caso fortuito. Estos artículos de la Ley procesal regulan las vistas de los pleitos e incidentes, por lo tanto, su regulación también es aplicable a la vista del recurso de apelación. El T.C. también considera que las causas de suspensión de la vista del recurso no tienen un carácter taxativo. En la S.T.C. 114/1997, de 16 de junio afirma que la inasistencia de una causa en la letra de la Ley no puede impedir que se pueda atender la hipótesis de su aplicación de modo análogo.

Concretamente, los motivos o causas de suspensión de la vista son:

1.º “Por impedirlo la continuación de la vista de otro pleito pendiente del día anterior”. Este supuesto se establece para dar aplicación al art.322 de la L.E.C. que prevé, “los pleitos se verán el día señalado. Si al concluir las horas de la audiencia no hubiere finalizado la vista de algún pleito, podrá suspenderse para continuarla en el día o días siguientes, a no ser que el Presidente mandare continuar el acto”. Esto responde a la imposibilidad material de que un mismo Tribunal pueda estar celebrando simultáneamente dos vistas, por eso suspende una de ellas de oficio.

---

<sup>382</sup> Así lo entendió MANRESA (*Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.33): “Sólo podrá suspenderse la vista en el día señalado, dice dicho artículo, dando a entender con el adverbio sólo, que son taxativos los casos o motivos que para ello determina, de suerte que por ningún otro motivo, que no sea de los aquí designados, puede acordarse dicha suspensión”

2.º “Por faltar el número de Magistrados necesarios para dictar sentencia”. Según el art.196 de la L.O.P.J., para formar Sala, las Audiencia Provinciales deben tener tres Magistrados. Si no concurren todos ellos a la vista cabe la suspensión de oficio con nuevo señalamiento.

3.º “Por muerte o cesación del Procurador de cualquiera de las partes”. Deberán ser oportunamente probados cualquiera de los dos extremos para que el Tribunal no tenga ninguna duda y pueda acordar la suspensión de la vista. Aunque parece lógico que la parte siempre podrá comparecer con nuevo Procurador antes de dictarse la suspensión.

4.º “Por fallecimiento de cualquiera de los litigantes”. Se ha de poner en relación con el art.9.7 de la L.E.C. que prevé, para este supuesto, la cesación del poder del Procurador. Pero es el mismo Procurador el que debe poner el hecho en conocimiento del Tribunal para que el cese sea efectivo<sup>383</sup>.

5.º “Por solicitarlo de común acuerdo los Procuradores de las partes alegando justa causa, a juicio del Tribunal”. La Ley exige poder especial del Procurador para realizar esta declaración o la ratificación de las partes litigantes en el escrito donde se solicite la suspensión. Si se pide la suspensión de otro trámite del proceso, se deben cumplir estos requisitos, en cambio, si lo que se pretende suspender es la vista, que no deja de ser un mero trámite de un proceso, no son necesarias esas garantías<sup>384</sup>.

6.º “Por enfermedad del Abogado de la parte que pidiera la suspensión, justificada suficientemente a juicio de la Sala, siempre que se solicite cuarenta y ocho horas antes de la señalada para la vista, a no ser que la enfermedad hubiere sobrevenido después de este período”.

7.º “Por la defunción del cónyuge o de cualquiera de los ascendientes o descendientes del abogado defensor, ocurrida antes de los nueve días anteriores al señalado para la vista”. Para que proceda la presente causa de suspensión, es necesario que esta circunstancia afecte de forma considerable al Abogado de manera que le impida

---

<sup>383</sup> Sobre este aspecto, GUASP (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., tomo I, pág.836) nos dice, “si el Procurador incumple esta obligación y la vista no se suspende, no podrá considerarse luego como celebrada inválidamente, puesto que contra la dicción literal del artículo 323, número 4, no es el simple fallecimiento de la parte lo que determina la interrupción del proceso, sino el acreditamiento de la muerte, hecho por el Procurador”.

<sup>384</sup> Este supuesto, según GUASP (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., págs.838 y 839), no sigue las reglas generales prevista por la Ley procesal civil para que se suspenda de común acuerdo el curso del procedimiento.

informar, sobre todo, por que, normalmente, son dentro de los nueve días anteriores a la celebración de la vista cuando se prepara el informe. Aunque el precepto no lo establezca, también en este caso debe acreditarse suficientemente la defunción del pariente del Abogado.

8.º “Por tener el Abogado defensor dos señalamiento de vista para el mismo día en distintos Tribunales, lo cual se acreditará convenientemente, en cuyo caso tendrá preferencia el Tribunal superior respecto al inferior”.

La S.T.C. 130/1986, de 29 de octubre, se ha pronunciado a este último respecto. En este caso, el Letrado del apelante no asistió a la vista de la apelación por causa de enfermedad, y para acreditarlo presentó a la Audiencia un certificado médico. El Tribunal *ad quem* entendió que la enfermedad no estaba suficientemente probada y no apreció la causa de suspensión de la vista, continuando la misma sin la presencia del Abogado. El T.C. manifiesta:

*“(...) el artículo 323.6º de la L.E.C. confía al Tribunal la apreciación de la enfermedad del Abogado como motivo justificado de suspensión de la vista oral. No obstante a la luz del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, esa apreciación (...) es una interpretación restrictiva del derecho fundamental del artículo 24.1 C.E., que ha colocado a la parte recurrente en amparo en situación de indefensión al impedirle formular las correspondientes alegaciones en el acto de la vista (...) todo ello sin motivar o explicar las razones por las que no resulta justificada la causa de suspensión de la vista invocada por la parte apelante, no siendo suficiente, a estos efectos, el simple rechazo del certificado médico, que acreditaba la enfermedad del Letrado defensor, por haber sido presentada en papel común”.*

De todo lo expuesto se deduce que la presencia real y efectiva de Letrado al acto de la vista del recurso de apelación es prescindible, siempre que haya precedido la oportuna y preceptiva citación, e, incluso, puede celebrarse sin la presencia del mismo. La incomparecencia injustificada del Letrado del apelante en la vista provoca la continuación de la misma sin la presencia de uno de los litigantes, y no impide que el Tribunal de la apelación resuelva el recurso. En cambio, no podemos decir lo mismo respecto a la asistencia de Procurador, el cual siempre debe estar presente en la vista de

este recurso<sup>385</sup>. No parece conveniente esta diferencia de trato pues tanto la presencia de Abogado como la de Procurador es obligatoria en el recurso de apelación. Además, la incomparecencia del Abogado al acto de la vista sin el consentimiento del apelante, implica la incomparecencia de una de las partes en el proceso e impide que la misma pueda formular sus alegaciones y su oportuna defensa en apelación, sin que pueda hacer nada para evitarlo ya que, en la mayoría de los casos, cuando se da cuenta ya ha precluido el trámite de la vista.

#### 2.4.C. Sustitución de la vista del recurso de apelación por un escrito de alegaciones.

Por último, ya hemos anunciado que no siempre es necesaria la vista en las apelaciones, porque la misma puede sustituirse por un escrito de alegaciones<sup>386</sup>. Esta facultad, concedida a las partes, va en contra de los principios de oralidad e inmediación que deben regir en un proceso eficaz. De ahí que parezca razonable que esta sustitución se interprete restrictivamente.

Para que pueda sustituirse la vista oral por los escritos de alegaciones es preciso que lo pidan todas las partes personadas en apelación y que se motiven cada uno de estos escritos, ya que la Sala es libre para decidir sobre su procedencia. De esta forma, es el Tribunal *ad quem* quien lo ha de considerar indispensable para la recta administración de la justicia, tras analizar la naturaleza del asunto y las circunstancias concretas del caso. Es él quien tiene la última palabra al respecto, y su decisión adoptará la forma de auto motivado, procediendo, en su caso, el sistema ordinario de recursos.

Cuando se produce esta sustitución de la vista, apelante y apelado deberán formular sus respectivos escritos: primero el apelante, en un plazo de quince días, acompañando tantas copias como Magistrados y apelados haya; y, después, una vez ya conoce el escrito del apelante, el apelado también tiene un plazo de quince días para presentar su escrito con las mismas copias. Si hay varios apelantes, cada uno de ellos

---

<sup>385</sup> La S.A.P. de Barcelona, de 5 de julio de 1991 (R.J.C., nº71) desestima el recurso de apelación porque la incomparecencia del Procurador del apelante al acto de la vista impidió al Letrado efectuar alegación alguna.

tendrá que presentar dos escritos: uno como apelante y otro como apelado. El incumplimiento de estos plazos, produce los mismos efectos que en el caso de inasistencia injustificada del Abogado a la vista del recurso.

### 3. COMPORTAMIENTOS PROCESALES DEL APELANTE SEGÚN LA NUEVA L.E.C.

El Proyecto, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, ha trasladado gran parte de las actuaciones del apelante al trámite de la apelación sustanciada ante el Juez que ha dictado la resolución que se pretende impugnar (Juez *a quo*). En los distintos Anteproyectos y Proyectos que se han presentado en los últimos tiempos, la regulación del recurso de apelación ha cambiado. Intentaremos resumir todas estas modificaciones para concretar cuál es la regulación que finalmente será aprobada por las Cortes.

La sustanciación de la apelación empieza con la preparación del recurso ante el Juez *a quo*. El apelante debe presentar un **escrito de personación** en el que citará la resolución apelada y manifestará su voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que impugna (art.457.1 y 2 del Proyecto remitido al Senado tras su aprobación por el Congreso)<sup>387</sup>. En los anteriores anteproyectos, se exigía que los pronunciamientos impugnados se expresaran “en su caso”. El Proyecto final lo exige en cualquier apelación para que de esta forma queden fijados, desde un principio, los extremos de la resolución que se apelan. Con base en el art.448 de dicho Proyecto también es necesario indicar que estos pronunciamientos únicamente pueden ser los que afecten desfavorablemente a quien interponga el recurso, con lo que, como se ha analizado, se exige el requisito del gravamen para estar legitimado para recurrir<sup>388</sup>. No se especifica cuál tiene que ser la forma de este escrito, ni si debe llevar la firma de

---

<sup>386</sup> Según GÓMEZ ORBANEJA (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.477), esto pone de manifiesto la desconfianza del legislador hacia la oralidad en el proceso

<sup>387</sup> Art.457 del mencionado Proyecto: 1. “El recurso de apelación se preparará ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de cinco días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla”; 2. “En el escrito de preparación el apelante se limitará a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que impugna”.

Letrado. Parece razonable aplicar a estos escritos las reglas generales establecidas para cualquier escrito, aunque sería interesante precisarlo. De esta forma, no es necesario fundamentar la apelación, pues sólo se precisa la indicación de los pronunciamientos que se impugnan.

Si se cumplen estos requisitos, el Juez *a quo* tendrá por preparado el recurso y **emplazará** al recurrente para que interponga la apelación (art.457.3 del Proyecto LEC remitido al Senado)<sup>389</sup>. Este precepto también se ha modificado, porque en los primeros textos del Proyecto de LEC el emplazamiento se realizaba para comparecer ante el Tribunal superior.

Por otra parte, **se ha eliminado la mención de la apelación admitida en un efecto o en ambos**, por considerar que el efecto devolutivo es consustancial al recurso de apelación. Contra la providencia en la que se tenga por preparada la apelación no cabrá recurso alguno, pero la parte recurrida podrá alegar la inadmisibilidad de la apelación en el trámite de oposición al recurso (art.457.5 del Proyecto remitido al Senado tras su aprobación en el Congreso)<sup>390</sup>. Por contra, si no se cumplen los requisitos de preparación del recurso, el juez dictará un auto denegándola. Contra dicho auto podrá interponerse recurso de queja (art.457.4 del mismo Proyecto)<sup>391</sup>. De esta forma, la decisión del Juez *a quo* en uno u otro sentido, siempre podrá ser revisada por el Tribunal *ad quem* a instancia del apelado.

En el primer texto presentado (Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil), en este momento se producía la remisión de los autos al Tribunal superior. En el Proyecto aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de octubre de 1998 y en los textos posteriores resultantes de la tramitación parlamentaria, esta remisión se realiza

---

<sup>388</sup> Art.448 del mismo Proyecto: 1. “Contra las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley”.

<sup>389</sup> Art.457.3 “Si la resolución impugnada fuera apelable y el recurso se hubiere preparado dentro de plazo, el tribunal tendrá por preparado el recurso y emplazará a la parte recurrente por veinte días para que lo interponga, conforme a lo dispuesto en los artículos 458 y siguientes”

<sup>390</sup> Art.457.5 “Contra la providencia en que se tenga por preparada la apelación no cabrá recurso alguno, pero la parte recurrida podrá alegar la inadmisibilidad de la apelación en el trámite de oposición al recurso a que se refiere el artículo 461 de esta Ley”.

posteriormente, ya que **la interposición del recurso** se efectúa ante el Juez *a quo*. Por lo tanto, el emplazamiento del apelante se lleva a cabo ante el Juez que dictó la resolución recurrida, para presentarle el escrito de interposición del recurso (art.458 del Proyecto remitido al Senado por el Congreso de los Diputados)<sup>392</sup>.

Por otro lado, en el Anteproyecto de L.E.C. este escrito de interposición se presentaba al Tribunal *ad quem* con expresión “de las alegaciones en que se base la impugnación”. En el Proyecto aprobado por el Consejo de Ministros y remitido al Congreso de los Diputados, se eliminó esta exigencia de fundamentación (art.461.1). Pero en los artículos siguientes se estableció que el apelante debería indicar en el escrito de interposición: a) si se trata de apelación por infracción de normas o garantías procesales, las normas que se consideren infringidas, y alegar, en su caso, la indefensión sufrida y acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello (art.462); b) en cualquier apelación, podrá acompañar los documentos y solicitar la prueba establecida en el art.463 del mismo texto.

En este sentido, parece que el legislador, en el fondo, no eliminó la exigencia de fundamentación del recurso, pues el escrito de interposición debe determinar todos estos extremos y además en el escrito de personación ya se han indicado los pronunciamientos que se impugnan, que podrán versar sobre los fundamentos de hecho o de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, realizándose en la apelación un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel órgano judicial. Afortunadamente, el Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia del Congreso (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 27 de julio de 1999) aconseja incorporar al art.461.1 del Proyecto la enmienda 442 del GP Socialista, estableciendo expresamente la necesidad de que el escrito de interposición del recurso exponga las alegaciones en que se base la impugnación. De esta forma, esta exigencia se ha establecido en el art.458.1 del

---

<sup>391</sup> Art.457.4 “Si no se cumplieren los requisitos a que se refiere el apartado anterior respecto de la preparación del recurso, el tribunal dictará auto denegándola. Contra este auto sólo podrá interponerse el recurso de queja”.

<sup>392</sup> Art.458.1 “Dentro del plazo establecido en el artículo anterior, el apelante habrá de interponer la apelación ante el tribunal que hubiere dictado la resolución recurrida. Tal apelación deberá realizarse por medio de escrito en el que se expondrán las alegaciones en las que se base la impugnación”.



Proyecto de LEC remitido al Senado tras su aprobación en el Congreso. De ahí se extrae lo importante que es para el legislador que el objeto de la apelación quede perfectamente delimitado ante el Juez *a quo*.

El tratamiento de la **deserción de la apelación** también ha sido objeto de modificación. En el Anteproyecto de L.E.C. la deserción, igual como se estableció en la L.E.C. de 1881, se producía por la falta de personación del apelante ante el Tribunal superior. Al cambiar la regulación de la tramitación del recurso de apelación, el art.458.2 del Proyecto aprobado por el Congreso y remitido al Senado, establece que se declarará desierta la apelación y quedará firme la resolución recurrida, imponiendo al apelante las costas causadas, si las hubiere, cuando el apelante no presente el escrito de interposición dentro de plazo. Así, pierde importancia la comparecencia del apelante al acto de la vista del recurso, y se convierte en imprescindible para seguir la tramitación del recurso la presentación del escrito de interposición, pues es en dicho escrito donde se determina el objeto de la apelación y no en el acto de la vista oral.

Del escrito de interposición del recurso de apelación se dará traslado a las demás partes, emplazándolas por diez días para que presenten, también ante el órgano judicial *a quo*, escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable (art.461 del Proyecto remitido al Senado por el Congreso). Lo relacionado con el escrito de oposición y con el escrito de impugnación (antigua adhesión) será analizado al tratar los comportamientos procesales del apelado.

Es importante destacar que todos los escritos que sirven para determinar el objeto del recurso de apelación se presentan ante el Juez que dictó la resolución que se pretende apelar. Una vez presentados los mencionados escritos, el Juez *a quo* ordenará la remisión de los autos al tribunal competente para resolver la apelación, quedándose un testimonio de los autos si se hubiere solicitado ejecución provisional (art.463.1 del Proyecto remitido al Senado por el Congreso)<sup>393</sup>. De esta forma, la vista del recurso

---

<sup>393</sup> Art.463.1 “Interpuestos los recursos de apelación y presentados, en su caso, los escritos de oposición o impugnación, el tribunal que hubiere dictado la resolución apelada ordenará la remisión de los autos al tribunal competente para resolver la apelación, pero si se hubiere solicitado la ejecución provisional, quedará en el de primera instancia testimonio de lo necesario para dicha ejecución”.

pierde todo su contenido, ya que únicamente se señalará día para la vista si se hubiere de practicar prueba. Si no se hubiere propuesto prueba o la propuesta hubiere sido inadmitida, sólo podrá acordarse la celebración de vista si lo solicita alguna de las partes y la Sala lo considera necesario. Se observa, pues, que la inasistencia del apelante a la vista del recurso no tiene la trascendencia que ahora ostenta con la regulación de los juicios de mayor y menor cuantía, puesto que el objeto y ámbito de la apelación está perfectamente determinado con anterioridad y no debe realizarse en dicho trámite. La inasistencia del apelante a la vista implica, como siempre, la continuación del recurso pero, con mayor razón, cuando está perfectamente delimitada la materia sobre la que versará la apelación. Se observa en definitiva un parecido con la regulación vigente de la apelación para el juicio verbal y de cognición, aunque se da más protagonismo al Juez *a quo* al presentarse ante él el escrito de interposición del recurso.

## II. APELADO.

Como hemos expuesto, está legitimado pasivamente en la apelación aquél frente al cual se dirige el recurso, sobre quien van a recaer los efectos perjudiciales de la modificación de la sentencia en caso de que la apelación prospere, por tanto, su determinación la realiza el apelante. El apelado es la parte contraria. Es a quien, en cierta forma, beneficia o favorece el gravamen sufrido por el apelante, aunque la resolución de primera instancia también le puede ocasionar algún perjuicio<sup>394</sup>. Quien, en síntesis, se ha aquietado ante la resolución, ya sea porque no ha interpuesto el recurso en los plazos legalmente establecidos, ya sea porque no se ha adherido a la apelación del apelante en el momento procesal oportuno.

---

<sup>394</sup> La S.T.S. de 30 de marzo de 1989 (R.J.2283) afirma que los absueltos en primera instancia sólo pueden comparecer en apelación como apelados para defender su absolución primaria.

## 1. TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL JUEZ *A QUO*.

En este período del procedimiento de apelación la actuación del apelado es prácticamente nula, al tratarse de trámites de interposición y admisión del recurso cuya realización corresponde al apelante. Sólo cuando el Juez inferior emplaza a los litigantes para que se personen ante el Tribunal *ad quem*, también emplaza al apelado, esto es, a la persona designada por el recurrente frente a la cual se interpone la apelación<sup>395</sup>. Por lo tanto, no podemos hablar de una auténtica actividad del apelado en esta fase, ya que él no realiza ninguna actuación, sino simplemente se le requiere para que comparezca, comenzando a actuar en el momento que se persona ante el Tribunal superior.

Esta afirmación no es posible extenderla al juicio verbal ni al juicio de cognición. En estos procedimientos, una vez que el Juez *a quo* ha admitido el recurso de apelación, tiene que conceder un plazo a las partes apeladas para que, por escrito, contesten los motivos de impugnación alegados por el apelante y formulen, si les interesa, adhesión a la apelación<sup>396</sup>. La adhesión del apelado se produce en este momento, pero nosotros lo analizaremos en el siguiente apartado ya que la mayor parte de su tramitación se realiza ante el Tribunal *ad quem*.

Una vez admitido el recurso de apelación en doble efecto, el apelado tiene la posibilidad, no obstante, de solicitar la ejecución provisional de la resolución apelada. En estos supuestos será de aplicación del art.385 de la L.E.C.. Para que proceda esta ejecución el apelado tendrá que instarla dentro del plazo de seis días contados a partir de

---

<sup>395</sup> La S.A.P. de Huelva, de 28 de abril de 1992 (R.A.C.534), el Juez *a quo* sólo emplaza al apelante, declarando firme la sentencia de primera instancia para los apelados. Esta falta de emplazamiento del apelado, según la Audiencia al resolver el recurso de queja, deja ineficaz el recurso ya que se impide a los demandados la posibilidad de adherirse a la apelación o de ser oídos en la vista, y causa indefensión al ver limitados sus derechos los apelados, por eso se declara nula y sin efectos la providencia del órgano *a quo*.

<sup>396</sup> En los juicios verbal y de cognición, una vez admitida la apelación, el Juez *a quo* debe dar traslado a las demás partes por un plazo común de cinco días, para que éstas formulen escritos de impugnación o de adhesión, y, pasado dicho plazo, elevará en los dos días siguientes al órgano competente los autos originales con todos los escritos presentados (art.734 de la L.E.C.).

La S.A.P. de Alicante, de 28 de septiembre de 1993 (R.A.C.1754), plantea un supuesto en que el órgano judicial *a quo* no efectuó el mencionado traslado del recurso al apelado, cosa que supone una vulneración del principio de audiencia, "(...) lo que, necesariamente, produce indefensión a la parte demandada -

la notificación de la resolución admitiendo el recurso de apelación. Dentro de este plazo, el apelado también deberá ofrecer la constitución de fianza (salvo la personal) o aval bancario suficiente para responder de lo que perciba y de los daños, perjuicios y costas que pueda ocasionar a la otra parte. Pero, tras esta petición no se da traslado al apelante para que, si lo considera pertinente, se oponga. De esta forma, se entiende que debe decidirse sobre la procedencia de la ejecución provisional sin dar audiencia a la parte ejecutada. El Juez resolverá sobre la ejecución provisional y la suficiencia de la garantía en los seis días siguientes a la solicitud, y la fianza o aval habrán de constituirse en los tres días siguientes a la notificación de la resolución. Si el Juez *a quo* inadmite la solicitud de ejecución provisional, la parte apelada podrá pedir a la Audiencia que revise esta decisión. En los supuestos de admisión del recurso de apelación en un sólo efecto, se distingue si se aplica a resoluciones interlocutorias o a resoluciones definitivas para determinar si son casos de ejecución provisional. Si son resoluciones interlocutorias no se puede comparar con la ejecución provisional del art.385 de la L.E.C., ya que, aparte de que este artículo únicamente lo establece cuando se trate de resoluciones definitivas: no se exige la prestación de fianza; la eficacia de las resoluciones interlocutorias se produce de oficio; se aplica a procesos donde la ejecución provisional está expresamente prohibida (art.1566 de la L.E.C.). En cambio, la admisión del recurso en un sólo efecto frente a resoluciones definitivas “(...) es una forma de declararlas ejecutables provisionalmente *ex lege*”<sup>397</sup>.

---

*apelada, puesto que se le priva de poder contestar a las alegaciones del recurso (...)*”. Se decreta la nulidad de lo actuado, y se da traslado al Juez *a quo* para que realice el traslado.

<sup>397</sup> MONTERO AROCA, J. (con otros): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., págs.478 y ss.. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: *Contribución a la interpretación del régimen de ejecución provisional de sentencias contenido en el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *La reforma del Proceso Civil*, págs.1085 y ss.. ORTELLS RAMOS, M.: *Comentario al art.385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coordinador Cortés Domínguez), ed. Civitas, Madrid, 1985, págs.279 y ss.. CABALLO ANGELATS, LL.: *La ejecución provisional en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1993, págs.247 y 97 a 99: “Pensemos que, en aras a una mayor claridad sistemática, el legislador debería reservar la admisión en un sólo efecto para los recursos interpuestos contra resoluciones interlocutorias y conceder la ejecución provisional *ex lege* utilizando expresiones distintas. De esta forma quedarían claramente diferenciados ejecución provisional y recurso en un sólo efecto, y conseguiríamos que las especialidades del régimen jurídico de esta última (la no exigibilidad de fianza o la posibilidad de ser llevada a efecto de oficio) tuvieran que preverse expresamente cuando se pretendiera la eficacia provisional de las resoluciones”.

## 2. TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL JUEZ O TRIBUNAL *AD QUEM*.

### 2.1. Personación o comparecencia del apelado ante el Tribunal superior.

Igual que el apelante, en el plazo del emplazamiento, el apelado también debe personarse ante el Tribunal *ad quem*. El órgano jurisdiccional inferior emplaza a los dos litigantes para que se personen ante el superior, por tanto, el apelado también soporta la carga de comparecer en tiempo y forma ante dicho Tribunal. La S.T.C. 61/1990, de 29 de marzo, en un supuesto en que el apelado no se persona en apelación señala:

*“(...) la personación corresponde al ámbito de un derecho disponible, no constituye un deber y está configurado en nuestro ordenamiento procesal como carga, es decir, como conducta posible de la parte a la que no se anuda otro efecto que el de soportar el posible perjuicio, en el ámbito sustantivo o material, del eventual debilitamiento de su defensa u oposición frente a los argumentos del apelante”<sup>398</sup>.*

#### 2.1.A. Solicitud del apelado de admitir en un efecto la apelación admitida en ambos efectos.

Juntamente con la comparecencia, el apelado tiene la posibilidad de realizar otras actuaciones. Una de éstas consiste en pedir que la apelación admitida en ambos efectos se admita en uno sólo, y así lograr la ejecución de la resolución de primera instancia al no producirse el efecto suspensivo. Esta petición la realiza la parte apelada puesto que es la única que tiene interés en que se suprima dicho efecto. Cuando se admite en dos efectos la apelación que procede en uno sólo, el apelado padece el perjuicio que comporta la dilación en el cumplimiento de la resolución apelada, ya que su ejecución posterior puede hacer difícil la completa satisfacción de sus derechos. Se trata de la

---

<sup>398</sup> En idéntico sentido, la S.T.C. 68/1993, de 1 de marzo: el apelado “(...) no compareció en la misma por voluntaria decisión, quizá siguiendo el proceso lógico y la consecuencia natural de su condición de parte favorecida en su derecho sustantivo por la Sentencia de instancia”; y la S.T.C. 184/1995, de 12 de diciembre: “(...) el personarse como apelado no es un deber, sino una facultad, una carga en sentido propio (...)”.

operación inversa a la que puede realizar el apelante en el mismo trámite (solicitar que la apelación admitida en un efecto se admita en ambos).

La L.E.C. de 1855 únicamente facultaba al apelante para solicitar al Tribunal *ad quem* que la apelación admitida en un efecto se admitiera en ambos. No se concedía igual mecanismo al apelado para cuando se admitiese en ambos efectos la apelación procedente en uno sólo. En la práctica esta laguna legal se suplía permitiendo al recurrido interponer recurso de reposición y, en su caso, de apelación. Se resolvía así la cuestión, pero favorecía las dilaciones y aumentaba los gastos. En aras al principio de igualdad de armas en el proceso para todos los litigantes, era necesario igualar las situaciones de apelante y apelado en este punto, y así lo hizo la L.E.C. de 1881.

La citada solicitud da lugar a un procedimiento incidental análogo al que se ha estudiado en la personación del apelante y que se divide, por tanto, de manera similar, en tres fases: iniciación, sustanciación y decisión. Como establece el art.397 de la L.E.C., se inicia con la petición de la parte apelada ante la Audiencia “(..), dentro del término del emplazamiento, que se declare admitida en un solo efecto la apelación que el Juez hubiere admitido en ambos, citando la disposición legal en que se funde”. No es necesaria ninguna preparación ante el Juez inferior (pidiendo reposición o de algún otro modo), ya que la rectificación se solicita directamente ante el *ad quem*. Sin embargo, puede surgir alguna dificultad si el incidente se plantea antes de que el apelante haya comparecido. Se entiende que debe esperarse hasta que se produzca su comparecencia para iniciar la tramitación del incidente, ya que si el recurrente no se persona, la apelación quedará desierta y la resolución firme. Parece conveniente no iniciar unos trámites carentes de sentido al haber finalizado el recurso<sup>399</sup>.

Si la solicitud se presenta tal y como establece la Ley procesal, el Tribunal *ad quem* continúa el incidente; si no es así (no se presenta dentro de plazo, etc.), la apelación admitida en ambos efectos seguirá su tramitación, rechazándose la petición

---

<sup>399</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1103, donde añade: “Por ello, el apelado deberá esperar a deducir su solicitud a que el apelante se haya personado también o, si no, deberá pedir que se sustancie su pretensión tan pronto como la parte contraria haya comparecido”. También, MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.198.

del apelado. Para el primer caso, el art.397 de la L.E.C. establece que “se sustanciará esta pretensión por los trámites establecidos en el artículo 395”, o sea, por los mismos trámites que se realizan si la solicitud de rectificación proviene de la parte apelante. Así, se da traslado a la parte contraria, al apelante, para que, si lo considera oportuno, se oponga a la petición dentro de los tres días siguientes, transcurridos los cuales se procede a la decisión del incidente.

La tramitación del incidente es, pues, idéntica; lo que varía son los efectos de su resolución. Si se desestima la petición del apelado, el recurso continuará admitido en ambos efectos, condenando al recurrido en las costas del procedimiento incidental. Por contra, si la Audiencia estima esta solicitud, se deberá convertir la apelación libre en una admitida en un solo efecto, procediendo a la ejecución de la decisión de primera instancia.

De esta manera, también será necesario modificar la situación de los autos para adaptarla a la nueva configuración de la apelación, tal y como hemos señalado al hablar de la admisión de la apelación en uno o dos efectos: si la resolución apelada es una sentencia, el art.391 de la L.E.C dispone que el Juez *a quo* debe tener un testimonio de la misma para seguirse la ejecución, por ello el art.397 establece que si la Audiencia accede a la rectificación, “se librará orden al Juez de primera instancia, con certificación de la sentencia apelada, para que la lleve a efecto”, cosa que no ofrece mayores dificultades. Si, en cambio, la resolución apelada es un auto, el órgano *a quo* debe tener los autos originales y el *ad quem* un testimonio de los mismos, por ello el art.397 prevé que “si por tratarse de un auto o providencia fueren necesarios los autos en el Juzgado inferior para continuarlos, se le devolverán, quedando certificación de lo necesario para sustanciar la apelación”<sup>400</sup>.

---

<sup>400</sup> Pese a lo dicho, el T.S., en alguno de sus dictámenes, considera que el apelante debe pedir el testimonio de particulares, fijando un plazo para ello, siendo de aplicación lo ordenado en el art.391 de la L.E.C.. En este sentido, la S.T.S. de 5 de noviembre de 1914 (en FENECH, *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3554): “Son armónicas las disposiciones de los arts.391 y 397, y en los casos que las Salas declaran que las apelaciones admitidas en ambos efectos deben serlo en uno solo, es necesario fijar un término para solicitar el apelante testimonio de particulares que éste deba contener, retrotrayéndose por tal analogía al momento y consecuencias de la primera instancia, en que así debió acordarse, y en su virtud es de aplicación lo ordenado en el art.391”.

## 2.1.B. Solicitud del beneficio de justicia gratuita.

El apelado en el momento de la personación puede realizar otra actuación. Se trata de la solicitud del beneficio de justicia gratuita, establecida, para el caso que sea el recurrido quien la solicite, en el art.845 de la L.E.C.: “El apelado que se halle en el mismo caso podrá solicitar en igual forma el nombramiento de Abogado y Procurador de oficio, en cualquier estado del recurso”. Este artículo nos remite a la regulación de la solicitud del beneficio de justicia gratuita realizada por el apelante, por tanto, será de aplicación todo lo que se ha dicho al respecto en anteriores epígrafes<sup>401</sup>.

## 2.2. Falta de personación del apelado ante el Tribunal *ad quem*.

La incomparecencia de la parte apelada ante el órgano judicial superior está regulada en los arts.712 y 843, ambos de la L.E.C.. El art.843 es una disposición general, aplicable a cualquier apelación que abra la segunda instancia: “Si el apelado no se hubiere personado en el Tribunal superior, seguirán los autos su curso, notificándose en los estrados del Tribunal las providencias que se dictaren. Si compareciere después, se le tendrá por parte, y se entenderán con él o con su Procurador las diligencias sucesivas, sin retroceder en el procedimiento”. Por su parte, el art.712 establece la misma premisa para las apelaciones interpuestas en los juicios de menor cuantía: “La no presentación del apelado en la Audiencia no será obstáculo para que continúe en su rebeldía la sustanciación de la instancia”.

Tropezamos, otra vez, con la deficiente sistemática de la L.E.C. ya que el art.712 parece innecesario al existir la disposición general del art.843. Pero el problema

---

<sup>401</sup> La S.T.C. 245/1988, de 19 de diciembre, plantea un caso donde el apelado compareció en tiempo ante la Audiencia solicitando que se le tuviera por personada y se le designará Abogado y Procurador del turno de oficio. La Audiencia no tiene en cuenta ni la personación ni la solicitud de pobreza y realiza las notificaciones en estrados, al considerar rebelde al litigante por no comparecer en la apelación. El T.C. señala que la Audiencia, al no dar respuesta a la solicitud de que se nombrara Abogado y Procurador de oficio, ya que no se tramitó el correspondiente incidente, ha privado al apelado de sus derechos de defensa, desconociendo su derecho a la asistencia Letrada (art.24.2) y le ha ocasionado indefensión (art.24.1) al colocarle en una situación procesal de rebeldía. Es la pasividad del órgano judicial quien ha causado esta situación y no la falta de diligencia del apelado, ya que el mismo se personó en tiempo y forma.



subyacente se centra en que el art.843 sólo se aplica a las apelaciones que abran una segunda instancia, y el art.712 a las apelaciones en los juicios de menor cuantía, abran o no la segunda instancia: ¿qué sucede en las apelaciones de los otros procedimientos declarativos ordinarios que no abren la segunda instancia cuando no se persona el apelado ante el Tribunal *ad quem*?. La solución más lógica, aunque no la establezca nuestra Ley procesal, es aplicar la misma regulación prevista en estos artículos. Así, en los supuestos de incomparecencia del apelado en el plazo del emplazamiento, al no existir un precepto que lo regule exhaustivamente, tenemos que aplicar conjuntamente estos dos artículos, ya que se complementan, al establecer uno lo que el otro no prevé.

En efecto, aunque no comparezca el apelado continúa la tramitación del recurso de apelación, siempre que se haya personado en tiempo y forma el apelante<sup>402</sup>. Esta incomparecencia no dispensa al recurrente de fundamentar su pretensión de impugnación, sino, simplemente, hace perder al apelado sus posibilidades procesales según vaya transcurriendo el recurso sin producirse su personación, ya que precluirá la oportunidad de realizar aquellos actos procesales para los cuales las normas establecen plazos predeterminados. A ello ha de añadirse que la falta de comparecencia del apelado no puede equipararse plenamente con la rebeldía del demandado, pues el Tribunal de apelación podrá tener en cuenta las alegaciones que el apelado hizo en primer grado, como actor o como demandado. Estas consecuencias producidas por la no personación del apelado encuentran su base en el carácter potestativo de la comparecencia de la parte recurrida. Así, pues, la mayoría de la doctrina considera que esta falta de personación constituye al apelado en rebeldía, sin necesidad de que haya una declaración expresa de la misma<sup>403</sup>. El propio art.712 de la L.E.C. reconoce expresamente esta identificación.

---

<sup>402</sup> Así lo manifiesta la S.T.C. 86/1986, de 25 de junio: “(...) la función del Tribunal de segunda instancia, incluso cuando el apelado no se persone o no formule alegación alguna, consiste en estimar o desestimar la acción impugnativa del apelante (...)”.

<sup>403</sup> MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., págs.100 y 101, donde afirma, “El apelado se constituye en rebeldía por el mero hecho de no personarse en los autos ante el tribunal superior (...)”. También lo indica GUASP (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., T.II, pág.910): “(...) la incomparecencia del apelado, de que se ocupa el art.712 de la L.E.C., equivale a la rebeldía del demandado o sujeto pasivo de la pretensión procesal (...)”. Pero, el mismo GUASP, en otro lugar (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1371), indica que la falta de personación del apelado no comporta rebeldía, aunque da lugar a una situación similar: “(...) ausencia que, aunque no constituye una rebeldía, sobre todo en cuanto a los efectos de la primera instancia, sin embargo, asume en la ordenación del proceso un significado análogo, ya que no perturba la ulterior tramitación del litigio”. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.257, lo califica de rebeldía: “La incomparecencia ante el órgano *ad quem* lleva consigo la declaración de rebeldía *ex officio* (...)”.

No obstante, las consecuencias que produce esta rebeldía se encuentran reguladas en el art.843 de la L.E.C.. De esta forma, tienen que notificarse a la parte apelada en los estrados del Tribunal todas las providencias, emplazamientos o citaciones que se dicten, de acuerdo con los arts.281 y siguientes de la L.E.C.. Pero, si comparece posteriormente, en cualquier estado de la litis, se le ha de tener por parte, cesando las notificaciones en estrados y entendiéndose con él, si comparece por sí mismo, o con su Procurador las demás diligencias, sin retroceder en el procedimiento, como también establece el art.766 de la L.E.C.. El art.843 nada dice de los restantes efectos de la rebeldía establecidos para la primera instancia, por lo que deben considerarse omitidos en apelación, sobre todo el de aseguramiento de los bienes del rebelde, pues el apelado, aunque ausente del recurso, tiene a su favor la resolución favorable del Juzgado de Primera Instancia<sup>404</sup>.

Al permitir, el párrafo segundo del art.843 de la L.E.C., la personación posterior del recurrido, se deduce que el apelado puede personarse en cualquier momento de la tramitación del recurso, y no necesariamente en el plazo del emplazamiento. No está obligado a comparecer dentro del plazo que la Ley concede, aunque continúa su curso la apelación en todo caso. Pero si su personación se produce tardíamente deberá proseguir el recurso desde el momento que se encuentra, sin retrotraer las actuaciones. Así, la S.T.S. de 28 de octubre de 1959,

*“(...) el efecto de la comparecencia del apelado en la Audiencia, transcurrido el término del emplazamiento no produce otro efecto que el de tenerlo por parte y entenderse con él o con su Procurador las diligencias sucesivas sin retroceder en el procedimiento”<sup>405</sup>.*

Esta prohibición de retroacción se aplica para evitar que el apelado salga beneficiado de su comparecencia tardía.

---

CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.540. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., pág.433: “Si no comparece el apelado la segunda instancia continúa en rebeldía”.

<sup>404</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., T.II, pág.911.

<sup>405</sup> S.T.S. de 28 de octubre de 1959 (R.J.4430). También, S.S.T.S.: de 16 de febrero de 1956 (R.J.710); de 14 de mayo de 1968 (R.J.3734); y más recientemente, de 24 de mayo de 1997 (R.J.4323): el apelado se persona posteriormente al plazo del emplazamiento pero antes del plazo para adherirse a la apelación y realiza esta actuación..

Desde la época romana, la incomparecencia del apelado ante el superior en un recurso de apelación, ya producía la continuación del recurso en ausencia del recurrido. En cambio, las fuentes medievales, desde el Fuero Real en Castilla, consideraban que la no personación provocaba la cosa juzgada de la sentencia de primera instancia y la condena en costas del incomparecido. Pero, con las Leyes de Estilo se volvió a establecer la continuación del recurso de apelación cuando una de las partes estuviera interesada en ello, que casi siempre era el apelante o el apelado adherido, precisión que fue recogida en las Partidas y el Espéculo. En la codificación procesal también se mantuvo esta regla, notificándose en los estrados del Tribunal las providencias dictadas<sup>406</sup>.

La personación del apelado en el recurso de apelación, aunque haya sido extemporánea y se le haya tenido por rebelde, siempre le otorga el derecho de actuar en el proceso. Así lo manifiesta el T.C. en la Sentencia 66/1988, de 14 de abril:

*“Pero, aun admitiendo la posible extemporaneidad de la comparecencia y personación de los apelados ante la Audiencia Provincial, tal extemporaneidad procesal no agota la relevancia constitucional de la cuestión planteada, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, ya que, a diferencia de lo que ocurre respecto del apelante, la comparecencia extemporánea del apelado en segunda instancia, si bien le impide participar en el trámite de instrucción e intervenir, en su caso, en la actividad probatoria que eventualmente se practique en dicha instancia, no le priva (...) de su derecho a intervenir en la vista de la apelación”<sup>407</sup>.*

En el mismo sentido, la S.T.S. de 11 de julio de 1987 (R.J.5460),

*“(...) el artículo 843.2 de la L.E.C., en cuanto declara que al apelado (...), autorizaba a los ahora recurrentes a haber intervenido en todos los actos procesales de la segunda instancia a partir de la presentación del escrito en que pone de relieve que ya en ese momento se había personado en forma, y por tanto, al haber presentado el escrito antes del señalamiento de la vista, tenía derecho a actuar en el acto de la vista”.*

El T.C. se ha encargado de señalar esta naturaleza de la incomparecencia. Así, en la S.T.C. 112/1987, de 2 de julio, indica:

*“Los principio de contradicción y audiencia bilateral permanecen, pues, vivos, integrando la tutela judicial efectiva. Sólo la incomparecencia, por*

---

<sup>406</sup> AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., págs.182, 183, 186 y 187.

<sup>407</sup> S.T.C. 7/1991, de 17 de enero; S.T.C. 89/1991, de 25 de abril; S.T.C. 188/1992, de 16 de noviembre.

*voluntad expresa o tácita, o por negligencia imputable, justificaría la resolución judicial inaudita personae*<sup>408</sup>.

De esta afirmación se deduce que si existe alguna razón o motivo que justifique la incomparecencia del apelado, y no se deba a su voluntad o falta de diligencia sino a irregularidades en la actuación judicial o de la parte apelante, y su personación se produce posteriormente, se le debe permitir presentar y realizar cuantos escritos o actuaciones podía haber efectuado, aunque estén fuera de los plazos que la Ley prevé para su sustanciación. Se admite, pues, en estos casos, retroceder el procedimiento para evitar la falta de medios de defensa y ataque del apelado. Pero si la falta de personación del apelado se debe a su estricta voluntad, no se permite tal retroacción. Así lo manifiesta el T.S., como lo hizo el T.C.. La S.T.S. de 18 de noviembre de 1996, afirma:

*"(...)si el apelado no se personó después de ser citado fue por su libérrima voluntad, renunciando a toda oposición, incluso a una hipotética pluspetición, pudiendo personarse aún más tarde, pero antes de iniciar el presente procedimiento (recurso de casación) (...), de manera que su negligencia no puede justificar indefensión, aunque por causa de ella se hubiere producido"*<sup>409</sup>.

La primera situación citada se plantea cuando la personación del apelado ha sido tempestiva, pero por error el órgano *ad quem* no la tiene en cuenta hasta el acto de la vista oral o, incluso, dicta la sentencia de apelación sin oír al apelado personado. En aras a evitar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y la indefensión que esto significa, se tendrá que declarar la nulidad de todo lo actuado y retrotraer las actuaciones al instante en que se produjo efectivamente la personación. Pero el apelado no podrá

---

<sup>408</sup> Igualmente, la S.T.C. 151/1987, de 2 de octubre; la S.T.C. 66/1988, de 14 de abril; la S.T.C. 117/1990, de 21 de junio.

Por su parte, la S.T.C. 68/1993, de 1 de marzo, plantea un caso de incomparecencia voluntaria del apelado que interpone recurso de casación y de amparo alegando que si se le hubieran notificado los autos se hubiera personado, por lo tanto, ha sufrido indefensión. El T.C. afirma: "*(...) la indefensión derivada de la ausencia de contradicción y defensa de alguna de las partes en el proceso, que contradiga la actuación diligente exigible a las mismas, no puede encontrar protección en el art.24.1 de la Constitución, cuando, como reiteradamente ha expuesto la doctrina de este Tribunal, la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que le ofrece el ordenamiento jurídico no usó de ellos con la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopera con su conducta a su producción, ya que si la indefensión se debe a la inactividad o negligencia, por falta de la diligencia exigible al lesionado, o se crea por la voluntaria actuación desafortunada, equívoca o errónea de dicha parte, la indefensión resulta absolutamente irrelevante a efectos constitucionales porque al causante de ella le es imputable su presencia*". También, el A.T.C. 94/1998, de 2 de abril.

<sup>409</sup> S.T.S. de 18 de noviembre de 1996 (R.J..8639). En el mismo sentido, la S.T.S. de 29 de enero de 1997 (R.J.158).

realizar las actuaciones desarrolladas con anterioridad a su personación. Así lo manifiesta la S.T.C. 211/1989, de 19 de diciembre:

*“El recurrente en el caso fue colocado en una clara situación de indefensión vedada por el art.24.1 C.E., ya que, al haberse personado como apelado en tiempo y forma, al amparo de una previsión expresa de las normas procesales, tenía la legítima expectativa de ser notificado personalmente, no en estrados, de cualquier posterior actuación; por el contrario, una circunstancia por completo ajena a su actuación, como es el hecho de haber extraviado o pasado por alto el órgano judicial su escrito de personación, significó en definitiva la privación de defender sus intereses en la segunda instancia, en que se revocó una sentencia que le había sido favorable”<sup>410</sup>.*

Se salvaguarda, de esta forma, el derecho de audiencia bilateral configurado por el principio de contradicción, el cual se convertiría en inútil e imposible sin el deber judicial previo de garantizar esa audiencia mediante las oportunas citaciones y notificaciones señaladas por las Leyes procesales. También lo entiende así el T.S. en la Sentencia de 1 de febrero de 1993:

*“(…) dentro del emplazamiento (...) se personó, en calidad de apelada, en el recurso de apelación interpuesto por los actores contra la sentencia de primera instancia recaída en el proceso a que este recurso se refiere,*

---

<sup>410</sup> En el mismo sentido, la S.T.C. 151/1987, de 2 de octubre, donde se discute si la no apreciación de la personación del apelado se debió a su falta de diligencia por comparecer ante la Sección Quinta y no la Sección Sexta de la Audiencia o, por contra, implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, así pues, afirma: *“El Auto del Juzgado de primera Instancia concedía un término a apelante y apelado para comparecer ante la Audiencia, sin especificar qué Sección, y, como señala el Ministerio Fiscal, la distribución del trabajo entre las distintas secciones del Tribunal de Apelación se rige por normas de reparto, que no son objeto de conocimiento general, y que por mucha notoriedad que pueda alegarse no tienen que ser conocidas obligatoriamente. Aun cuando se hubiera cometido un error al respecto por parte del apelado, procede recordar que el art.315 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que para el despacho ordinario darán cuenta de palabra las Secretarías en el mismo día en que se presenten los escritos, y no siendo posible, en el siguiente, y el art.316 de la misma disposición (...). No cabe excluir, por todo ello, que (...) se haya producido, por parte del órgano judicial, un retraso en la tramitación procesal, que no es imputable al hoy recurrente ni a su falta de diligencia, sino a una inobservancia de normas procesales por parte del órgano jurisdiccional”.* También, la S.T.C. 66/1988, de 14 de abril: *“Si la Sala no tuvo conocimiento del escrito de personación de los apelados antes de celebrarse la vista de apelación debió, al resolver sobre la nulidad de actuaciones interesada por ellos, anular lo efectuado y retrotraer las actuaciones para resolver lo procedente acerca de dicho escrito, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, especialmente el hecho de que el Secretario omitiera la fecha de presentación del mismo (...); por ello, cabe apreciar la infracción del derecho constitucional a obtener la tutela judicial efectiva que alegan los recurrentes, que se ha producido por la desestimación de su pretensión de nulidad de actuaciones, pero, principalmente, por no haber proveído la Sala su escrito de personación como parte apelada en el recurso de apelación y haber resuelto dicho recurso sin su intervención”;* la S.T.C. 22/1989, de 1 de febrero; la S.T.C. 212/1989, de 19 de diciembre; la S.T.C. 213/1989, de 19 de diciembre; la S.T.C. 117/1990, de 21 de junio; la S.T.C. 89/1991, de 25 de abril; S.T.C. 188/1992, de 16 de noviembre; S.T.C. 77/1997, de 21 de abril: los apelados comparecieron en tiempo y forma ante la Audiencia Provincial, pero la pasividad de la oficina judicial provocó que el escrito de personación no se tuviera en cuenta y se tramitara la segunda instancia sin oír a los apelados, cosa que causa indefensión.

*no obstante lo cual el expresado escrito de personación no fue unido al correspondiente rollo de apelación, ni se dio en el mismo intervención alguna a la apelada, con lo que al privarle sin justificación alguna de toda posibilidad de defensa en dicho recurso de apelación, se le colocó en una situación de evidente indefensión, proscrita en absoluto por el art.24.1 de la Constitución, por lo que, (...) procede declarar la nulidad de la sentencia dictada (...) y de todo lo actuado en el expresado rollo de apelación”<sup>411</sup>.*

Si quienes no se personan ante el Tribunal *ad quem* son ambas partes, apelante y apelado, se declarará firme la resolución de primera instancia al proclamarse desierto el recurso, ya que la incomparecencia del apelante siempre produce este efecto. Pero, no se condenará en costas a ninguno de los litigantes, pues la apelación ha quedado imprejuizada por voluntad de ambos<sup>412</sup>. La L.E.C. vigente no prevé el supuesto de incomparecencia de los dos litigantes en apelación, por que eliminado el trámite de acuse de rebeldía por el apelado, puede asimilarse a la no personación del apelante.

### 2.3. Instrucción del apelado.

Personadas las partes se les da traslado de los autos para instrucción. En el plazo de instrucción, el apelado podrá formular adhesión a la apelación, pedir el recibimiento a prueba en segunda instancia y denunciar ciertas infracciones procesales de la primera instancia para que se resuelva sobre ellas antes de seguir el procedimiento de apelación. Esta es la regla general establecida para el juicio de mayor cuantía. En el juicio de menor cuantía no existe una instrucción con este contenido, sino que la posibilidad de formular estas peticiones se sitúa en los seis días siguientes a la personación (arts.705 y 707 de la L.E.C.). Por su parte, en los juicios verbal y de cognición también es distinta la realización de estos trámites: una vez admitida la apelación por el Juez *a quo* se concede a la parte apelada un plazo para que, por escrito, conteste los motivos de

---

<sup>411</sup> S.T.S. de 1 de febrero de 1993 (R.J.787). Como sostiene la S.T.S. de 4 de junio de 1993 (R.J.4477).

<sup>412</sup> Según AIKIN ARALUCE, S (*El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., págs.183 y 187), esta regla ya se establecía en la etapa medieval, pero la L.E.C. de 1855 cambió la regulación, dejando en suspenso la causa y permitiendo su reanudación en cualquier momento que se personase el apelante. Este litigio indefinido tenía su justificación en el hecho de que los Tribunales no debían actuar de oficio, y el apelante siempre podía volver a seguir el recurso o el apelado a pedir que se declarara desierto. Del mismo modo, GISBERT POMATA, M.: *Tratado de la apelación civil...*, ob. cit., pág.70.

impugnación alegados por el apelante y, si lo considera oportuno, se adhiera a la apelación.

La instrucción del apelado se realiza siempre con posterioridad a la presentación del escrito de instrucción del apelante. Luego, el Tribunal *ad quem* trasladará los autos al apelado, concediéndole el mismo plazo para realizar su instrucción mediante escrito firmado por Letrado (art.857 de la L.E.C.). El escrito de instrucción del apelado se asemeja al del apelante en los siguientes puntos: la expresión de haber tomado la suficiente instrucción de los autos para el acto de la vista (arts.857 y 891 de la L.E.C.); la solicitud de subsanación de defectos procesales (arts.859 de la L.E.C.)<sup>413</sup>; la petición de recibimiento del pleito a prueba (arts.860 y 862 de la L.E.C.) o de la práctica de las pruebas de confesión y documental (art.863 de la L.E.C.). No obstante, cuando el apelante haya pedido que se reciba a prueba y el apelado no lo considere necesario, en su escrito de instrucción deberá señalar las causas por las cuales se opone a la petición del apelante (art.864.II de la L.E.C.); y, si únicamente ha sido el apelado el que ha formulado dicha solicitud, el apelante dispone de los tres días siguientes al que se le entregue la copia del escrito de instrucción del apelado para impugnarlo (art.864 de la L.E.C.). En cambio, se diferencia del escrito de instrucción del apelante por la posibilidad del apelado de formular una adhesión a la apelación.

La primera función de la instrucción es, pues, tomar conocimiento de todo lo actuado en el recurso de apelación hasta ese momento, aunque en la práctica las partes ya conocen suficientemente el contenido de los autos. En todo caso, la instrucción sirve para completar o añadir documentación que las partes aún no han podido aportar al proceso.

Cabe añadir un problema que puede surgir en la instrucción del apelado. Se ha señalado que éste puede comparecer en cualquier momento de la apelación, ya que su

---

<sup>413</sup> No estamos de acuerdo con GARBERÍ LLOBREGAT, J. (*Los recursos en el proceso civil*, ob. cit., pág.255), cuando manifiesta que el apelado no está facultado para promover el trámite de subsanación de defectos procesales previsto en el art.859 de la L.E.C., al ser su iniciación exclusiva del apelante. El art.859 de la L.E.C., en relación al art.857 del mismo texto legal, no realizan ninguna distinción entre apelante y apelado a la hora de realizar este trámite, por lo que no entendemos por que el apelado no puede instarlo.

falta de personación en el plazo del emplazamiento produce la continuación del proceso, y se admite su personación posterior pero sin retroceder en las actuaciones. De esta forma, ¿ se podrá instruir el apelado cuando comparezca con posterioridad a este trámite ante el Tribunal superior?. Aplicando una interpretación rigorista de la Ley, deberíamos entender que no es posible la instrucción en estos casos. Pero, consideramos más acertada la postura que permite la realización de esta actuación, ya que cuando la L.E.C. desea limitar las oportunidades de los litigantes lo establece expresamente. No obstante, su actuación en estos casos se limitará a la simple instrucción de los autos<sup>414</sup>.

Si transcurre el plazo concedido al apelado para instruirse de los autos sin haberlo llevado a cabo, seguirá la apelación su curso teniéndolo por instruido. Asimismo, no podrá realizar ninguna de las actuaciones previstas en los arts.858, 859 y 860 de la L.E.C.. El Tribunal de apelación dictará una providencia teniendo al apelado por instruido, y se dará traslado de los autos al Magistrado Ponente para su instrucción por un plazo igual al concedido a las partes (art.871 de la L.E.C.).

Respecto a la solicitud de recibimiento del pleito a prueba y la subsanación de los defectos procesales ocurridos en primera instancia, nos remitimos a lo tratado en la instrucción del apelante, por no ofrecer mayores problemas. La adhesión al recurso de apelación será analizada más detalladamente en próximos epígrafes, por ser una actitud propia del apelado.

#### 2.4. La vista oral.

Como hemos visto, la sustanciación de la vista es diferente según el procedimiento declarativo ordinario de que se trate. En los juicios de mayor y menor cuantía, después de la instrucción, se abre un período probatorio en el caso de que se haya admitido el recibimiento a prueba, y a continuación se celebra la vista o, excepcionalmente, se formulan alegaciones por escrito, motivando su apelación el apelante u oponiéndose el apelado a la misma. Su realización es, por tanto, necesaria. En

---

<sup>414</sup> SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., págs.209 y 210.



cambio, en los juicios verbales y de cognición es el Tribunal *ad quem*, quien si lo estima necesario o si se ha accedido a la petición de prueba, acuerda la celebración de la vista oral, donde se practicará la prueba propuesta, se efectuará un resumen oral de las alegaciones y peticiones realizadas al formalizar la apelación y el apelado presentará su adhesión a la apelación o la oposición al recurso. En todos estos casos la vista oral puede sustituirse por escritos de alegaciones.

El T.C. ha establecido la importancia que tiene el acto de la vista para los litigantes, tanto para la parte apelante como la apelada, y para la delimitación del objeto de la apelación: S.T.C. 37/1990, de 1 de marzo,

*“El acto de la vista en el recurso de apelación civil permite el adecuado ejercicio de la audiencia bilateral, para que las partes en el proceso puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos, siendo el momento oportuno, no sólo para que el recurrente exponga los argumentos que, en orden a los hechos, pruebas y normas jurídicas, produzcan la estimación de su recurso, sino también para que el recurrido pueda oponerse a dichos argumentos, sosteniendo la improcedencia del recurso y su interés en la configuración de la resolución impugnada”.*

#### 2.4.A. Incomparecencia del apelado al acto de la vista de la apelación.

La comparecencia de las partes, y por tanto también del apelado, al acto de la vista oral es de carácter voluntario, de manera que la incomparecencia de cualquiera de ellas o de todas, no impide que el órgano *ad quem* resuelva la impugnación planteada. Así, la inasistencia o silencio parcial del apelado en la vista del recurso de apelación, no produce los efectos señalados por el art.408 de la L.E.C. de quedar de derecho consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada la resolución recurrida. Debemos indicar, aunque se examinará más detalladamente con posterioridad, que si el apelado se ha adherido a la apelación es a la vez apelante y su incomparecencia a la vista produce los mismos efectos que la incomparecencia del recurrente: perderá la posibilidad de concretar los extremos de su adhesión y los motivos que justifican la misma.

Lógicamente, si la incomparecencia del apelado no se debe a la voluntad de no comparecer, sino a una causa externa, ajena a su voluntad, o a la falta de notificación de

la providencia de señalamiento del día de celebración de la vista, deberá paralizarse la sustanciación de la apelación, y si no se hace así, tendrán que ser anuladas todas las actuaciones que se realicen con posterioridad por producir indefensión. El propio T.C. lo ha manifestado: S.T.C. 22/1989, de 1 de febrero,

*“En el caso, y en cuanto a la vulneración del derecho que se alega el de audiencia en juicio o celebración de la vista de un recurso para la que el apelado-recurrente no fue citado, es clara la estimación del recurso, dado el evidente y explícito reconocimiento de la circunstancia de hecho que originó aquella citación reconocida por la propia sala sentenciadora el extravío del escrito de la parte personándose para la vista del recurso, en lo que ésta no tuvo intervención, por lo que debe ser otorgado el amparo acordando la nulidad de las actuaciones procesales y decisiones judiciales practicadas y emitidas desde la presentación del escrito de personación”.*

Asimismo, si concurre alguna de las causas de suspensión de la vista prevista en el art.323 de la L.E.C., debe procederse a tal suspensión<sup>415</sup>.

La resolución judicial dictada en apelación únicamente puede adoptarse *inaudita parte* cuando se base en la voluntad expresa o tácita o se deba a la negligencia del incomparecido. Si la incomparecencia a la vista del recurso se debe a otras causas, produciendo un perjuicio real y efectivo en sus derechos e intereses legítimos, que no haya podido solventar por tener conocimiento por otros medios del recurso contra él

---

<sup>415</sup> Igualmente, la S.T.C.109/1989, de 8 de junio, que revela la importancia de la citación a la vista de las apelaciones: *“Consecuentemente, la citación, en la medida en que hace posible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, no constituye un mero requisito de forma para proceder a la realización de los subsiguientes actos procesales, sino que representa un instrumento ineludible para la observancia de las mencionadas garantías constitucionales del proceso, cuya efectividad ha de ser asegurada por el órgano judicial”.*

También, la S.T.C. 37/1990, de 1 de marzo: *“(…) puede reiterarse que las notificaciones, citaciones y emplazamientos no constituyen meras exigencias formales en la tramitación procesal, sino mandato de las leyes procesales para garantizar a los litigantes, o a aquellos que deban o puedan serlo, la defensa de sus derechos e intereses legítimos, de modo que, mediante la puesta en su conocimiento del acto o resolución que los provoca, tenga la posibilidad de disponer lo conveniente para defender en el proceso los derechos e intereses cuestionados (...)”.* *“Por consiguiente, según la doctrina expuesta, es indiscutible que la falta de citación del apelado en el recurso para el acto de la vista de la apelación sería causa bastante para apreciar indefensión, por impedirle conocer que dicho acto va a celebrarse en un determinado día y hora, privándole del conocimiento necesario para intervenir en su celebración y ejercer en el mismo el derecho a defenderse de la pretensión impugnatoria de la sentencia recurrida”.*

En el mismo sentido, la S.T.C. 56/1992, de 8 de abril: *“(…) sin que pueda justificarse la resolución judicial inaudita parte más que en el caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita, o por negligencia imputable a alguna parte”* sin que tuviera conocimiento por otros medios del recurso contra él planteado; la S.T.C. 192/1993, de 14 de junio; la S.T.C. 178/1995, de 11 de diciembre.

Asimismo, la S.T.S. de 11 de julio de 1987 (R.J.5460) entiende que existe indefensión pues la Secretaría del Juzgado no citó al apelado para que compareciera al acto de la vista del recurso de apelación. También, la S.T.S. de 29 de diciembre de 1997 (R.J.9191).

entablado, la resolución dictada sin su intervención le causa indefensión, siendo indiferente que se haya producido en segunda instancia, pues también en ésta debe preservarse el derecho de defensa.

El apelado debe comparecer, igual que el apelante, a través de su Procurador y asistido de Letrado. Tras la intervención del Secretario y dada la palabra al apelante, el apelado formulará sus alegaciones solicitando la confirmación o revocación (en caso de adhesión) de la resolución apelada. Son los Abogados de las partes que concurran al acto quienes realizan estos informes. Hechas estas exposiciones se declarará “visto” el recurso, y comenzará el plazo legalmente establecido para dictar la resolución del recurso de apelación.

2.4.B. Actuación del apelado ante la incomparecencia voluntaria del apelante al acto de la vista de la apelación.

Podría pensarse que la inasistencia a la vista del Letrado de la parte apelante sin causa justificada elimina la actuación del apelado en dicho trámite, al no poder oponerse a una argumentación que nunca existió. Esta ausencia, como ya se ha señalado, provoca una falta de motivación del recurso en los juicios de mayor y menor cuantía. Sin embargo, no impide que el Letrado de la parte apelada defienda sus pretensiones en la vista de la apelación, oponiéndose al recurso. Por tanto, su actuación es la misma. De este parecer es el T.C. en la Sentencia 12/1987, de 4 de febrero:

*“La falta de motivación de un recurso de apelación no restringe o elimina el derecho a motivar la oposición al recurso, que es, como se ha dicho, lo que garantiza el art.24.1 de la Constitución, por lo que, al no haber mediado limitación alguna imputable al órgano judicial, la recurrente pudo, sin duda, hacer uso de su derecho y ejercitarlo en la medida en que ahora dice haber deseado o necesitado, siendo imputable tan sólo a su falta de diligencia la omisión. La exigencia constitucional del proceso contradictorio ha sido, en tal sentido, respetada, pues la apelada tuvo la oportunidad tanto de justificar sus propias pretensiones como de rebatir las de la contraparte, y puesto que esta última no sometió otros elementos de juicio a la consideración del Tribunal, no tiene por qué extenderse tal garantía constitucional a la respuesta a elementos del debate procesal inexistentes”.*

Igualmente se recoge por el T.S. en su Sentencia de 24 de noviembre de 1993:

*“Tampoco puede sostenerse que el apelado sufra indefensión por la incomparecencia del apelante. En el acto de la vista nada le vedaba utilizar todas las argumentaciones que estimase oportunas para demostrar que la sentencia apelada debía mantenerse, estando ya advertido por el hecho de interponerse la apelación que la contraparte no estaba de acuerdo con ella”<sup>416</sup>.*

Sin que no falte alguna opinión discordante<sup>417</sup>.

Con arreglo a esta doctrina, la incomparecencia de la parte apelante a la vista oral no quiebra el principio de contradicción, y la apelada no puede alegar que no se opone al recurso porque desconoce los argumentos que fundan la apelación, lo que vulnera su derecho de defensa y le causa indefensión, ya que es notorio que un recurso de la naturaleza del de apelación supone una revisión de todo lo actuado y que, sobre todo, el objeto a discutir es la propia fundamentación de la resolución impugnada. Con la simple interposición del recurso de apelación, el apelado ya sabe que el apelante no está de acuerdo con la resolución dictada en primera instancia.

## 2.5. La adhesión a la apelación.

Ya hemos analizado que según el procedimiento declarativo que se esté tramitando, la adhesión puede producirse en distintos momentos: en los juicios de mayor cuantía en el trámite de instrucción; en los de menor cuantía, en los seis días

---

<sup>416</sup> S.T.S. de 24 de noviembre de 1993 (R.J.9213). Posteriormente, la S.T.S. de 30 de diciembre de 1994 (R.J.10241), en un caso de incomparecencia de apelante a la vista, el apelado afirma que le causa indefensión por impedir su oposición al recurso, afirma: *“De los arts.677 y 756 se desprende que la incomparecencia del Letrado de la apelante no constituye óbice para continuar el trámite y dictar sentencia. El art.323 no contempla como causa de suspensión de la vista la incomparecencia de los Letrados de las partes, circunstancia que no transgrede el derecho fundamental a obtener la tutela efectiva judicial del art.24 de la C.E. (...). De llevar el principio de contradicción a los extremos que pretende el recurrente, comportaría la imposibilidad de dictar sentencia en los procedimientos en rebeldía”*.

También lo entiende así el A.A.P. de Huesca, de 14 de diciembre de 1993 (A.C., @452, 15 de abril de 1994).

En el mismo sentido, SALAS CARCELLER, A.: *Algunas consideraciones sobre la vista...*, ob. cit., pág.114.

<sup>417</sup> Sin embargo, la S.A.P. de Sevilla, de 4 de octubre de 1995 (R.A.C.1838), erróneamente y contradiciendo la doctrina consolidada del T.C. y del T.S., entiende que la incomparecencia injustificada del Letrado del apelante a la vista, quebranta el principio de congruencia y el de contradicción, al obligar a la contraparte a adivinar los argumentos que debe combatir, y la resolución de la apelación sólo puede ser desestimatoria por no conocer dichos motivos.

siguientes a la personación; en los juicios verbal y de cognición ante el Juez *a quo*. Por eso, consideramos acertado analizarla de forma separada.

Como es bien sabido, la apelación constituye una pieza fundamental en el sistema de recursos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se caracteriza por su efecto devolutivo y revisorio<sup>418</sup> (aunque un sector minoritario de la doctrina lo configura como un nuevo proceso<sup>419</sup>), y, en determinados casos, por su efecto suspensivo. Plantea, sin embargo, numerosos aspectos problemáticos, sobre todo por su deficiente sistemática, entre los que destaca el régimen de la adhesión a dicho recurso.

Para definir la apelación adhesiva hay que tomar como punto de referencia la apelación principal, presentándose así como una facultad, de carácter extraordinario, puesta por la Ley en manos del apelado - que no pudo o no quiso interponer el recurso de apelación en el momento procesal oportuno - de constituirse en parte apelante, en lo que le sea perjudicial la resolución del Juez *a quo*, produciendo los efectos plenos de la apelación y destruyendo la prohibición de *reformatio in peius* en perjuicio del primer apelante. Este concepto de adhesión a la apelación ha sido recogido de la doctrina del T.C.<sup>420</sup>, el T.S.<sup>421</sup> y, como no, de la llamada “jurisprudencia menor”<sup>422</sup>. La sentencia del T.S. de 20 de abril de 1992 (R.J.3314), añade:

*“(...) con esta actitud se abre el examen del Tribunal sobre extremos, en otro caso consentidos, y le permite al mismo dictar una resolución conforme a las pretensiones iniciales del apelado, convertido en apelante adhesivo (...); a partir del acto de adhesión nos encontramos frente a un nuevo recurso, con la plenitud de efectos revisorios atribuidos a la apelación”.*

---

<sup>418</sup> Sector dominante y mayoritario de la doctrina que configura la apelación como una *revisio prioris instantiae*. También la jurisprudencia se pronuncia en este sentido, como en la S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650): “(...) y en tal sentido este Tribunal tiene declarado que aun cuando el recurso de apelación se configura en algunos ordenamientos como un *novum iudicium*, en el nuestro se concibe como una revisión del proceso seguido en la primera instancia (...)”, entre otras. Y la Sentencia del T.C. 103/1995, de 3 de julio.

<sup>419</sup> GUASP, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit..

<sup>420</sup> Sentencia del T.C. 3/1996, de 15 de enero.

<sup>421</sup> Sentencias del T.S. de: 20 de abril de 1992 (R.J.3314): “... ocasión que la Ley brinda al apelado para que, conocida la impugnación de su oponente, pueda también él recurrir la sentencia en los extremos que le sean perjudiciales.”, “...produce los efectos plenos de la apelación...”; 30 de noviembre de 1964 (R.J.5634) y 25 de enero de 1978 (R.J.15).

<sup>422</sup> Sentencias de las A.P. de Madrid, de 21 de junio de 1989 (R.G.D., 1989-VI, pág.8192) y de Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29).

Con esta figura la normativa procesal civil evita un posible desequilibrio entre las respectivas posiciones y expectativas de los litigantes, al permitir a uno de ellos salir de su inicial estado de pasividad cuando tiene conocimiento de que la parte contraria ha interpuesto recurso de apelación. Además, es un buen sistema para evitar recursos innecesarios, ya que si la contraparte no recurre, el posible adherido tampoco utilizará la figura de la adhesión, contentándose con la sentencia aunque sea parcialmente perjudicial.

Actualmente, la adhesión a la apelación se encuentra regulada de forma dispersa en las leyes procesales, en sede de los diferentes procedimientos civiles: art.858 L.E.C. (juicio de mayor cuantía); art.705 L.E.C. (juicio de menor cuantía); art.62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 (juicio de cognición, que se remite al juicio verbal); art.734 L.E.C. (juicio verbal); art.892 L.E.C. (incidentes y juicios que no sean de mayor cuantía); art.849 L.E.C. (oposición al desistimiento del apelante). Como vemos, *“se admite en todos los procesos, salvo raras excepciones, porque en nuestra regulación procesal prima la doble instancia como garantía del justiciable”* (Sentencia de la A.P. de Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29)). Es preciso destacar, aunque reiterativamente, una consideración general: la regulación de la adhesión a la apelación adolece del mismo defecto que presenta la apelación en general (y todo el sistema de recursos civiles), que radica en una pluralidad de tramitaciones, en diferentes sedes normativas, donde se regulan las mismas cuestiones, creando confusión, reiteraciones innecesarias y falta de sistemática.

Echando una breve mirada hacia la historia cabe recordar: El Codex de Justiniano regulaba la adhesión a la apelación como una facultad independiente y libre del apelado, con la única condición de que la parte contraria haya apelado anteriormente expresando las causas de su apelación. En los textos histórico - jurídicos castellanos no aparece recogido el derecho del apelado a adherirse a la apelación de su contrario, en lo que le resulte perjudicial la sentencia. No obstante, en la práctica forense se aceptó desde la recepción del Derecho Común, y fue recogido por primera vez en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. En la época de los glosadores se discutió si la adhesión era independiente al recurso de apelación o, si, por contra, dependía del mismo en todo momento y estaba limitada en su extensión por la apelación principal. Los

comentaristas entendieron que, en caso de adhesión, el apelante no podía renunciar a la apelación en perjuicio de la parte contraria. Por eso establecieron una ficción: el apelante, de derecho, no renunciaba a su apelación, aunque de hecho si que lo hiciese, de manera que el apelante adhesivo podía continuar independientemente su recurso, pues la renuncia del apelante inicial jamás podía perjudicarlo. En el siglo XVII la literatura jurídica, que analizó profundamente esta figura, la configuró como un instituto totalmente condicionado a la apelación principal, como un remedio subsidiario, accesorio o extraordinario otorgado al apelado, no pudiendo existir sin la apelación inicial. Apelante y adherente persiguían el mismo fin: la revocación de la resolución en la parte que a cada uno le es gravosa. Además la extensión de la adhesión no podía salirse de los límites de la apelación principal, ya que el Juez superior sólo podía conocer de la parte de la sentencia que había sido apelada: si el apelante recurría toda la resolución, el apelado siempre podía adherirse, pues el Tribunal superior conocería de toda la causa; pero, si el apelante impugnaba una parte de la resolución, el superior únicamente podía decidir sobre aquélla y el apelado no podía adherirse si lo que le perjudicaba no se había apelado, aunque siempre tenía la posibilidad de interponer su propia apelación. En el siglo XIX, se mantuvo esta teoría, pero se inició un movimiento de reacción, encabezado por el procesalista Cañada, contrario a la adaptación de la adhesión a los límites de la apelación principal, volviendo a la norma justiniana del Codex. Así, el apelado puede adherirse en todo lo que considere perjudicial para sus derechos, independientemente de que el apelante principal haya recurrido los mismo pronunciamientos de la sentencia. La apelación principal es la base o punto de arranque de la adhesión, pero esto no implica una perpetua dependencia. La adhesión una vez surgida adquiere vida y entidad propia. Esta doctrina fue la que se plasmó en la L.E.C. de 1885. Sin embargo, esta primera Ley de Enjuiciamiento Civil no preveía la facultad del apelado de continuar su recurso por adhesión aunque el apelante inicial desistiera de su apelación, y, en la práctica forense, se aceptó esta posibilidad, pero siempre que el apelado se hubiera adherido antes de que el contrario desistiese de su recurso. La L.E.C. vigente, ha ampliado esta oportunidad del apelado, aceptando la adhesión en los tres días siguientes al de la entrega de la copia del escrito en el cual el apelante se separa de su apelación, con lo que ha quedado definitivamente desvirtuada la naturaleza accesorio de la adhesión<sup>423</sup>.

---

<sup>423</sup> AIKÍN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., págs.190 a 195.

## 2.5.A. Naturaleza de la adhesión a la apelación: distinción de otras figuras.

A pesar de la mencionada conexión con la apelación principal, la adhesión se configura, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, como una institución autónoma, con distinto contenido y efectos. La única subordinación de la apelación adhesiva respecto a la principal, se produce en relación al momento procesal oportuno para adherirse, ya que la principal debe ser necesariamente anterior<sup>424</sup>. Numerosas sentencias lo expresan así:

*“La adhesión a la apelación, se configura en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil como un recurso de apelación autónomo, bien que subordinado (al principal) en cuanto al tiempo (...)”, pero tiene “(...) un contenido propio y sustantivo -art.734 en relación con el 705 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - a los efectos de las defensas, alegaciones y pretensiones que en los mismos se esgriman (...)”<sup>425</sup>.*

Como se deduce, esta subordinación con la apelación principal no impide que se configure la adhesión, en el ámbito procesal civil, como un auténtico recurso de apelación<sup>426</sup>. Sin embargo, esta afirmación no es unánime ya que, como se verá al tratar

---

<sup>424</sup> GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.1347 y 1348: “se tiene así un recurso de apelación secundario o derivado, en cuanto que nace sólo porque está pendiente el proceso de impugnación abierto por otro y en tanto en cuanto éste se mantiene”. PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.255. FENECH: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1979, pág.177. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.334. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.501. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con otros): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.352 y 353. CORDÓN MORENO, F.: *Proceso civil del declaración*, ob. cit., pág.324. RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.736. CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., págs.536 y 537. LEGIDO LÓPEZ, E.: *El objeto del proceso civil y los recursos...*, ob. cit., págs.352 y 371. CLIMENT DURAN, C.: *Sobre la adhesión a los recursos civiles y penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, en «Revista General de Derecho», Julio-Agosto de 1990, págs.5234 y 5240. RICHARD GONZÁLEZ, M.: *La segunda instancia en el proceso civil*, ob. cit., pág.222. BARRON DE BENITO, J.L.: *El recurso de apelación en el juicio verbal civil de tráfico*, ob. cit., págs.83 a 86.

<sup>425</sup> Sentencia del T.C. 199/1988, de 25 de octubre, afirma que la apelación adhesiva sólo es subordinada de la apelación principal, en lo que concierne a la oportunidad de su planteamiento, pero se configura autónomamente en punto a la posibilidad de integrar el contenido del recurso sometido a la decisión judicial con motivos propios referidos a los extremos en que la resolución recurrida puede resultar específicamente perjudicial para el apelado.

Sentencias del T.S. de: 18 de marzo de 1985 (R.J.1170); 15 de julio de 1987 (R.J.9968); 20 de abril de 1992 (R.J.3314); 25 de noviembre de 1996 (R.J.9119).

Igualmente, las sentencias de la A.T. de Valencia, de 28 de junio de 1974 (R.G.D., 1975-1, pág.365) y de las A.P. de: Zaragoza, de 11 de noviembre de 1995 (R.G.D. de Diciembre de 1996, pág.14413); Lleida, de 10 de diciembre de 1993 (A.C. nº8/16-30 Abril 1994, 505); Teruel, de 27 de octubre de 1993 (R.A.C.2067); Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29); Baleares, de 8 de abril de 1997 (R.A.C.983); Murcia, de 13 de julio de 1998 (R.A.C.1489); Las Palmas, de 16 de julio de 1998 (R.A.C.6864).

<sup>426</sup> La Sentencia del T.C. 116/1988, de 20 de junio.

También, la sentencia del T.S. de 28 de noviembre de 1989 (R.J.7914).



el contenido de la adhesión, alguna jurisprudencia menor considera que la adhesión a la apelación en el juicio verbal y de cognición tiene una naturaleza accesoria, coadyuvante y carente de autonomía sustantiva propia.

Esta independencia de la apelación adhesiva respecto a la apelación interpuesta en primer lugar, tiene como principal fundamento legal, el art.849 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>427</sup>. Si el apelante desiste de su recurso, el apelado adherido puede oponerse a que se dé por terminada la segunda instancia y solicitar que continúe la substanciación del recurso para resolver los extremos planteados en su adhesión. También corrobora esta autonomía, el hecho de que para adherirse al recurso se deben cumplir los requisitos exigidos por la Ley para apelar la sentencia, incluido el depósito del importe de la condena en los casos en que se exija. Más adelante trataremos este tema.

Pero, como indica la Sentencia de la A.P. de Teruel, de 27 de octubre de 1993 (R.A.C.2067), no se puede calificar como adhesión el supuesto en que todas las partes (demandante/s y demandado/s) en primera instancia, interponen, cada uno por su lado, un recurso de apelación en el momento oportuno, por resultarles perjudicial la sentencia del Juez *a quo*. La razón es que todos los recursos se interponen dentro del plazo concedido por la Ley para formular la apelación, y no dentro del momento procesal oportuno para adherirse. Así, todos ellos son recursos de apelación *stricto sensu*.

En derecho comparado, concretamente el derecho procesal alemán, la adhesión a la apelación no es independiente, es decir, cuando la apelación principal se rechace como inadmisibile en toda su extensión o sea retirada eficazmente, la adhesión pierde sus efectos y llega a ser improcedente. Esto no opera cuando la apelación principal ha sido desestimada por infundada, excepto en los casos que la adhesión se haya interpuesto para el supuesto de estar fundada la apelación principal. Asimismo, en este sistema, la

---

Y la sentencia de la A.P. de Zaragoza, de 29 de diciembre de 1993 (R.A.C.2518): “(...) *el recurso por adhesión es un recurso de apelación interpuesto tardíamente (...)*”.

<sup>427</sup> Sentencia del T.S. de 20 de abril de 1992 (R.J.3314), entre otras que analizaremos en su momento. En el mismo sentido, la sentencia de la A.P. de Zaragoza, de 11 de noviembre de 1995 (R.G.D. de diciembre de 1996, pág.14413).

adhesión es admisible en cualquier momento, hasta el cierre del debate oral, porque no es un recurso<sup>428</sup>.

En otro orden de cosas, es preciso distinguir también la adhesión a la apelación de la impugnación de la apelación formulada de contrario, por ser distintos sus fundamentos<sup>429</sup>. Esta última tiene como base el principio de contradicción, puesto que debe conferirse al apelado la oportunidad de ser oído, y consiste en formular alegaciones que desvirtúen las esgrimidas por el apelante ante el Tribunal *ad quem* y que llevan al órgano judicial a la confirmación de la sentencia de instancia. En cambio, la adhesión es un verdadero recurso de apelación, donde el apelado, que se convierte a la vez en apelante, pide la anulación de la sentencia en los puntos en los que le resulte perjudicial, enervando la prohibición de *reformatio in peius* y los efectos del art.408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No es una simple oposición, aunque también debe estar informada por todos los principios imperantes en nuestro sistema procesal civil.

Llegados a este punto, debemos plantearnos si la adhesión constituye una clase o forma específica de apelación o, por el contrario, se trata simplemente de un recurso de apelación que se yuxtapone a otro de la misma naturaleza, previamente interpuesto. La jurisprudencia presenta la adhesión como “*un auténtico recurso de apelación*”<sup>430</sup>; incluso se habla de “*una forma de apelar*”<sup>431</sup>; y el T.S. llega a plantearla como “*un nuevo recurso, con la plenitud de los efectos revisorios atribuidos a la apelación*”<sup>432</sup>. Es, pues, clara la conclusión a favor de la segunda de las disyuntivas inicialmente

---

<sup>428</sup> ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.373 y 375.

<sup>429</sup> La S.T.S. de 27 de octubre de 1998 (R.J.8513) distingue la adhesión a la apelación de la oposición al recurso formulada por el apelado: “(...) *dado que la apelación supone una revisión de las cuestiones planteadas en la primera instancia, salvo aquellas que hayan quedado firmes, por no haber sido objeto del recurso, puede el demandado apelado reproducir en el acto de la vista todos los motivos de oposición a la demanda sin necesidad de adherirse a la apelación, salvo en el caso de que se trate de excepciones procesales o de fondo que impidan a entrar en el examen de la cuestión litigiosa en cuanto a su fondo, en cuyo caso su examen por el Tribunal de apelación sólo podría realizarse si el demandado absuelto en el fondo se hubiese adherido a la apelación (...)*”.

En el mismo sentido: Sentencias de las A.T. de Zaragoza, de 12 de enero de 1972 (R.G.D., 1973-2, pág.860), de Zaragoza, de 22 de marzo de 1972 (R.G.D., 1973-2, pág.881) y de las A.P. de Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29), de Lleida, de 10 de diciembre de 1993 (A.C. n°8/16-30 de abril de 1994, 505) y de Navarra, de 17 de mayo de 1994 (R.A.C.787).

<sup>430</sup> Sentencias de las A.P. de Zaragoza, de 11 de noviembre de 1995 (R.G.D. de diciembre de 1996, pág. 14413) y de La Rioja, de 30 de diciembre de 1994 (A.C. n°11/1-15 junio 1995, 856).

<sup>431</sup> Sentencia de la A.P. de Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29).

<sup>432</sup> Sentencia del T.S. de 20 de abril de 1992 (R.J.3314).

apuntadas. La adhesión a la apelación es un recurso autónomo al interponerlo quien en un inicio no presentó recurso, aunque le resultaba perjudicial la resolución dictada en primera instancia. Dicho litigante, ante la apelación del contrario, decide interponer recurso frente a los pronunciamientos que le resulten gravosos, que no tiene que ser los mismos que producen perjuicio a la contraparte. De esta forma, el objeto de la adhesión y el de la apelación originaria, como se verá, no tienen que coincidir, configurándose como dos recursos autónomos.

## 2.5.B. Contenido de la adhesión a la apelación: problemática terminológica y límites.

Una de las cuestiones que se plantean en torno a la adhesión al recurso de apelación civil se refiere a su contenido: ¿es un mero sumarse a un recurso de apelación o, por el contrario, implica la interposición de un nuevo recurso de apelación encaminado a impugnar los puntos de la sentencia que resulten perjudiciales a quien se adhiere, formulando una pretensión autónoma a la del apelante inicial?.

El T.S. acoge esta segunda explicación en el ámbito del proceso civil, admitida también por el T.C. (incluso en el proceso penal<sup>433</sup>):

*“(...) el art.858 de la L.E.C. ni condiciona ni limita el alcance y los efectos de la adhesión, como parece claramente del párrafo sobre los puntos en que crea le es perjudicial la sentencia, sin excluir a ninguno de ellos, teniendo en consecuencia la Sala de la Apelación plenas facultades para el estudio y tratamiento de los temas señalados en el pertinente escrito de adhesión (...)”<sup>434</sup>.*

Las Audiencias Provinciales también confirman que la adhesión tiene un contenido propio, que puede ser diferente al de la apelación principal<sup>435</sup>. Se permite al

---

<sup>433</sup> Sentencias del T.C. 53/1987, de 7 de mayo; 91/1987, de 3 de junio; 199/ 1988, de 25 de octubre; 162/1997, de 3 de octubre.

<sup>434</sup> Sentencias del T.S. de 25 de febrero de 1944 (R.J.524), de 23 de junio de 1948 (R.J.963), de 5 de febrero de 1962 (R.J.921), de 30 de noviembre de 1964 (R.J.5634), de 18 de marzo de 1985 (R.J.1170), de 24 de mayo de 1997 (R.J.4323).

<sup>435</sup> Sentencias de las Audiencias Provinciales de: Huelva, de 11 de abril de 1987 (La Ley, 1987-2, pág.668), Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29); La Coruña, de 16 de mayo de 1994 (A.C. nº17/1-15 septiembre 1994, 1238); Teruel, de 27 de octubre 1993 (R.A.C.2067); Navarra, de 17 de mayo de 1994 (R.A.C.787); Lleida, de 10 de diciembre de 1993 (A.C. nº8/16-30 abril 1994, 505); La Rioja, de 30

apelado adherido que someta a decisión del Tribunal *ad quem* aquellos puntos en los que la sentencia de primera instancia le sea perjudicial, que no tienen porque ser los mismos puntos que sean perjudiciales para el apelante principal y, además, pueden ser diametralmente opuestos a los de aquélla.

Esta discusión en torno al contenido de la adhesión a la apelación puede tener su raíz en el concepto propio de este término. Desde el punto de vista gramatical, se define la adhesión como “sumarse, mostrar a alguien su conformidad con cierta cosa y ayudar a su realización”<sup>436</sup>. Algunos pronunciamientos así lo confirman:

*“(...) Esta adhesión, mal denominada de esa manera, por cuanto la adhesión solamente se refiere al acto de apelar, pero no supone adhesión a las peticiones de la parte contraria (...)”*<sup>437</sup>.

De esta forma, uno de los efectos típicos de la apelación adhesiva en el ámbito civil, que trataremos posteriormente, es la ampliación del objeto del recurso. Como se ha señalado, “suele llamarse a este tipo secundario o derivado de apelación, apelación adhesiva, siendo, no obstante, el nombre equívoco porque puede dar a entender que la apelación por adhesión trata de coadyuvar a los resultados que pretende obtener la apelación principal, siendo normalmente todo lo contrario, ya que el que apela por adhesión contradice al apelante principal, si bien no lo hace tomando la iniciativa de la segunda instancia, sino en virtud de la iniciativa asumida por el contrario”<sup>438</sup>.

Toda esta problemática ha llevado a que las Audiencias dieran diferentes interpretaciones al art.734 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula la adhesión a la apelación en el juicio verbal y en el juicio de cognición; este último por remisión del art.62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952. La sentencia de la A.P. de Huesca de 27 de enero de 1993 declara:

*“(...) En este sentido la apelación adhesiva a que alude el art.734 de la Ley Procesal Civil, para el juicio verbal, no se refiere sino a la petición de revocación coadyuvando a la apelación principal apoyándola enteramente; no pudiendo darse entrada por la vía de dicha adhesión a un recurso distinto o incluso de signo contrario a la citada apelación*

---

de diciembre de 1994 (A.C. nº11/1-15 junio 1995, 856); Valladolid, de 12 de diciembre de 1995 (A.C. nº4/16-29 febrero 1996, 303); Murcia, de 13 de julio de 1998 (R.A.C.1489).

<sup>436</sup> MARÍA MOLINER: *Diccionario de uso del español*, ed. Gredos, 1996.

<sup>437</sup> Sentencias de las A.P. de Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29) y de La Coruña, de 16 de mayo de 1994 (A.C. nº17/1-15 septiembre 1994, 1238).

<sup>438</sup> GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1348.

*inicial, puesto que, el apelante en sentido estricto no tendría posibilidad procesal de alegar cuanto pudiera interesarle respecto a dicha adhesión dado que el juzgador viene obligado a elevar los autos originales a la Audiencia sin dar traslado alguno de la adhesión al apelante principal, por lo que el único modo de conciliar dicho régimen procesal con el derecho a obtener una tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, tal y como dispone el art.24.1 de la Constitución, consiste en interpretar el término adhesión como ha quedado expuesto (...)” (finalmente, el recurso adhesivo fue desestimado)<sup>439</sup>.*

Pero la argumentación que se impone en la mayoría de las Sentencias de las A.A.P.P. es totalmente la contraria: el recurso de apelación adhesiva en el juicio verbal y de cognición tiene la misma naturaleza que en los demás procedimientos civiles. Las Sentencias de las A.A.P.P. de Lleida, de 10 de diciembre de 1993, de La Rioja, de 30 de diciembre de 1994, de Navarra, de 17 de mayo de 1994, y de Valladolid, 12 de diciembre de 1995, hacen caer la postura anterior por su propio peso, refutando la principal objeción que servía de base a las sentencias precedentes para desestimar la adhesión: el art.734 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no prevé nuevo traslado a los litigantes cuando alguno de ellos se adhiere al recurso planteando pretensiones independientes y, por lo tanto, esto vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>440</sup>. Así, como mejor exponente de esta jurisprudencia mayoritaria, la Sentencia de la A.P. de Lleida, ya mencionada, mantiene:

*“(...) A pesar de que el art.734 de la Ley de Enjuiciamiento civil no prevé nuevo traslado a los litigantes cuando alguno de ellos no se limita a impugnar el recurso o a abundar en sus argumentos sino que se adhiere al mismo planteando pretensiones independientes, es evidente que el cambio tan importante en nuestro sistema procesal con relación a este juicio postulado por aquella parte exige una declaración precisa al respecto, por lo que, ante su ausencia, hemos de interpretar la norma sistemáticamente y defender la solución anticipada. El obligado traslado del recurso de apelación adhesiva a los contendientes colma la laguna legal y permite adecuar el precepto a los principios procesales -con rango constitucional- de contradicción y defensa. Por contra, una*

---

<sup>439</sup> Esta misma afirmación se recoge en las Sentencias de las A.P. de Valencia, de 23 de enero de 1995 (A.C. nº11/1-15 junio 1995, 874), de La Coruña, de 16 de mayo de 1994 (A.C. nº17/1-15 septiembre 1994, 1238) y de Huesca, de 11 de febrero de 1993 (R.A.C.436).

<sup>440</sup> Sentencias de las A.A.P.P.: de Lleida, de 10 de diciembre de 1993 (A.C., nº8/16-39 de abril de 1994, 505); de la Rioja, de 30 de diciembre de 1994 (A.C., nº11/1-15 de junio de 1995, 856); de Navarra, de 17 de mayo de 1994 (R.A.C.787) y de Valladolid, de 12 de diciembre de 1995 (A.C., nº4/16-29 de febrero de 1996, 303).

*interpretación distinta se impone en el proceso penal de acuerdo con la tesis seguida por esta Sala, y cuyo contenido huelga ahora desarrollar”.*

Por lo tanto, si la adhesión tiene su propio contenido, distinto de la apelación principal, hemos de tener presente que siempre se ha de cumplir el principio de contradicción, y debe concederse al nuevo apelado (apelante inicial) la oportunidad de contestar y defenderse.

Esta tesis se ve corroborada por el T.C. en las Sentencias 199/1988, de 25 de octubre y 250/1994, de 19 de septiembre, al permitir que el apelante inicial sea oído con posterioridad a la intervención del apelado adherido, aunque no esté expresamente establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cumplimiento del derecho a la defensa que consagra el art.24 de la Constitución.

Sin embargo, recientes resoluciones de algunas Audiencias Provinciales han concluido que en los procedimientos cuyo recurso de apelación se tramita según los arts.733 y ss. de la L.E.C. (juicios de cognición y verbales), quien utilice la vía de la adhesión a la apelación sólo podrá actuar como coadyuvante con el recurrente principal y, si lo que quiere es formular pretensiones autónomas, tendrá que utilizar el recurso de apelación interpuesto en el momento procesal oportuno. Así, la adhesión a la apelación en los juicios verbales y de cognición carece de autonomía sustantiva propia. La S.A.P. de Almería, de 30 de mayo de 1998 (R.A.C.5816), entre otras, expone las razones que justifican atribuir esta naturaleza accesoria a la adhesión a la apelación formulada en estos procesos:

*“(...) ésta (la adhesión) no puede convertirse en una suerte de contrarecurso sino que ha de presentar un contenido en sintonía con las pretensiones del recurrente principal, máxime teniendo en cuenta: a) que, si se siguiera manteniendo lo contrario, la parte que pretende hacer valer una adhesión autónoma, contraria incluso al recurrente principal, estaría realmente utilizando todas las posibilidades del recurso de apelación, cuando ya ha pasado el plazo preclusivo de interposición; b) que también goza de otra ventaja añadida en desigualdad a la parte recurrente principal, cual es que plantea su impugnación después de conocer los argumentos impugnativos de ése, el cual a carecido obviamente de esa posibilidad; c) que a estos privilegios se sumaría otro más, consistente en que la Ley no establece trámite alguno para que las otras partes puedan impugnar la adhesión, con lo cual, en definitiva, la parte que hace uso de la adhesión sustantivamente autónoma primero deja que se agote el plazo de interposición del recurso, luego toma*

*conocimiento de las impugnaciones que se hayan podido plantear, después formula su pretensión impugnatoria disponiendo de ese bagaje de datos del que carecieron las otras partes y, finalmente, éstas no disponen siquiera de vía procedimental para impugnar la adhesión*<sup>441</sup>.

La doctrina defendida mantiene que en los juicios verbales y de cognición, al conocerse desde la interposición de la apelación el objeto de la misma, ya que se exige que en dichos escritos se manifiesten las razones que fundamentan el recurso, el apelado tiene conocimiento de todas las peticiones del apelante antes de formular su adhesión. Por eso, dicha adhesión sólo puede ser accesoria puesto que, si fuera autónoma, se darían más privilegios al apelado que al apelante. Pero en los otros procedimientos, mayor y menor cuantía, al no exigirse esta fundamentación previa y ser en el acto de la vista del recurso el momento oportuno para exponer y fundamentar las pretensiones y donde la parte apelante inicial puede rebatir la adhesión formulada de contrario, se admite la naturaleza de recurso autónomo de la adhesión. Frente a estas argumentaciones - que no se descalifican - siempre se puede hacer una reflexión final: ¿para qué sirve una adhesión que sólo admite coadyuvar con el apelante principal?. En realidad se trata de una admisión de las pretensiones del primer apelante que, en algunos casos, puede dar lugar a un allanamiento. Así algún autor considera que el hecho de que en los juicios verbales no se de traslado de la adhesión a la apelación al apelante principal, no puede significar que dicha adhesión tenga un carácter supeditado al recurso inicial. Será en la vista del recurso donde el apelante podrá oponerse a la adhesión formulada de contrario<sup>442</sup>.

Entrando ya en el contenido de la adhesión al recurso de apelación ésta presenta dos límites: sólo puede referirse a cuestiones que se hayan planteado en la sentencia de primera instancia y sobre extremos que perjudiquen a la parte que la formula. Esta exigencia de gravamen para adherirse a la apelación se recoge en las resoluciones del T.S.<sup>443</sup> y las Audiencias Provinciales<sup>444</sup>. Ahora bien, cuando los preceptos que regulan la

---

<sup>441</sup> En el mismo sentido, la S.A.P. de Almería, de 5 de octubre de 1998 (R.A.C.2077).

<sup>442</sup> MONTERO AROCA, J.: *El juicio verbal de tráfico...*, ob. cit., págs.450, 451 y 453.

<sup>443</sup> Sentencias del T.S. de 5 de octubre de 1978 (R.J.3051), de 10 de noviembre de 1983 (R.J.6074), de 18 de marzo de 1985 (R.J.1170), de 13 de junio de 1989 (R.J.4631), de 20 de abril de 1992 (R.J.3314), de 21 de abril de 1993 (R.J.3111), de 25 de marzo de 1994 (R.J.2533) y 30 de julio de 1996 (R.J.6064).

<sup>444</sup> Sentencias de la A.T. de Valencia, de 28 de junio de 1974 (R.G.D., 1975-1, pág.365) y de las A.P. de Zaragoza, de 29 de diciembre de 1993 (R.A.C.2518), de Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29), de

adhesión a la apelación se refieren a “los puntos en que crea le es perjudicial la sentencia”, no se excluye ninguno de estos puntos, ni se condiciona ni limita el alcance y efectos de la adhesión. La adhesión a la apelación se limita a las cuestiones que el apelado expresamente designe, pero si simplemente se adhiere, sin hacer ninguna precisión, la práctica de los Tribunales lo considera adherido en todos los extremos de la sentencia que le sean perjudiciales<sup>445</sup>.

En conclusión, la adhesión a la apelación es una segunda oportunidad para recurrir la sentencia de instancia, que se concede al apelado después de conocer la impugnación de su oponente, limitándose a lo que le sea perjudicial dicha sentencia. Sin gravamen no hay adhesión, ya que “(...) la adhesión carecerá de causa jurídica fuera del ámbito de tal perjuicio”<sup>446</sup>.

Por otro lado, como señala la Sentencia de la A.P. de Cádiz, de 27 de diciembre de 1993 (R.A.C.2553), el adherido a la apelación no puede introducir, en el momento de la vista, nuevos contenidos, ajenos a su escrito de adhesión,

*“(...) pues con ello se rompe el equilibrio entre las partes procesales que debe anidar en todo proceso civil informado por el principio esencial de la contradicción o audiencia bilateral”.*

En otro caso se crearía indefensión a la parte contraria. Las pretensiones de este recurso por vía de adhesión deben quedar concretadas en el correspondiente escrito, ya que aquellos nuevos contenidos introducidos en la vista, como veremos, han devenido firmes (art.408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) al no haberse planteado en el momento procesal oportuno (para apelar o para adherirse a la apelación) y por eso están consentidos por la parte a quien perjudican<sup>447</sup>.

---

Asturias, de 19 de junio de 1995 (R.A.C.1101), de Valladolid, de 12 de diciembre de 1995 (A.C. nº4/16-29 febrero 1996, 303), de Zaragoza, de 17 de junio de 1995 (A.C. nº22/16-30 noviembre 1995, 1873); de Lugo, de 17 de octubre de 1995 (La Ley, 1996-1, 991); de Cáceres, de 12 de marzo de 1998 (R.A.C.658); de Valencia, de 13 de julio de 1998 (R.A.C.1358); de Las Palmas, de 16 de julio de 1998 (R.A.C.6864).

<sup>445</sup> Sentencias del T.S. de 5 de febrero de 1962 (R.J.921) y de 30 de noviembre de 1964 (R.J.5634).

También, S.A.P. de Barcelona, de 6 de marzo de 1998 (R.A.C.585).

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.501.

MUERZA ESPARZA, J.J. (con Montero Aroca, Calderón Cuadrado y otros): *La reforma de los procesos civiles...*, ob. cit., págs.96 y 97.

<sup>446</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.893.

<sup>447</sup> Sentencia de la A.T. de Pamplona, de 9 de abril de 1987 (La Ley, 1987-3, pág.389).



El contenido de la adhesión a la apelación no puede ampliar así el objeto del proceso, es decir, referirse a cuestiones no planteadas en la sentencia de instancia, aunque sean perjudiciales para el adherido. En este sentido, el juez tampoco puede pronunciarse sobre extremos no propuestos por las partes, ya que esto implicaría un menoscabo de su derecho de defensa<sup>448</sup>.

### 2.5.C. Principales efectos de la apelación adhesiva.

Como hemos expuesto, la adhesión a la apelación produce los mismos efectos que la apelación principal, pero, además, tiene unos efectos típicos que alteran, en cierto modo, la configuración normal del recurso de apelación y que precisamos a continuación<sup>449</sup>.

#### 2.5.C.1. *El efecto devolutivo de la adhesión a la apelación.*

En virtud de la necesaria economía procesal y la prohibición constitucional de dilaciones indebidas, la adhesión se sustancia simultáneamente con el recurso de apelación que le sirvió de base, lo que no significa que se amplíe el efecto devolutivo de la apelación principal, sino que al ser la adhesión un recurso de apelación autónomo respecto de ésta, produce su propio efecto devolutivo<sup>450</sup>. Así, sólo se produce una ampliación del contenido del recurso, pero no del efecto devolutivo de la inicial apelación, aunque la tramitación de las dos apelaciones es conexa por razones de procedimiento, cada una tiene su propio efecto devolutivo, al tratarse de dos recursos de apelación que pueden dar lugar a pronunciamientos diferentes o incluso contrapuestos. Con la adhesión, no se limita el objeto del recurso a las impugnaciones del recurrente inicial, sino que se amplía a las pretensiones del adherido<sup>451</sup>. Lo dicho es también una

---

<sup>448</sup> Sentencias de las A.P. de: Madrid, de 29 de enero de 1993 (R.A.C.53); Valencia, de 23 de enero de 1995 (A.C. nº11/1-15 junio 1995, 874); Madrid, de 26 de noviembre de 1994 (A.C. nº6/16-31 marzo 1995, 454).

<sup>449</sup> Sentencia de la A.P. de Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29) y Sentencia del T.S. de 20 de abril de 1992 (R.J.3314), entre otras.

<sup>450</sup> En contra, un sector doctrinal considera que con la adhesión el efecto devolutivo del recurso de apelación se amplía automáticamente: RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.730. GUERRA PALACIOS, M.: *Cuestiones procesales surgidas en la apelación civil...*, ob. cit., pág.261.

<sup>451</sup> Sentencia del T.C. 242/1988, de 19 de diciembre.

exigencia del principio dispositivo que informa el proceso civil: el inicio del proceso o su terminación depende de la voluntad de las partes<sup>452</sup>.

### 2.5.C.2. *Conversión del apelado adherido en apelante.*

Este efecto deriva, lógicamente, del hecho de constituir la adhesión un auténtico recurso de apelación. De este modo, el apelante por adhesión - en un inicio apelado - puede llegar a ser el único apelante, en caso de separación del apelante principal y si utiliza la facultad que le concede el art.849 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que analizaremos en su momento<sup>453</sup>.

Por supuesto, el apelado adherido será apelante en cuanto a los aspectos que han sido objeto de su adhesión. Respecto a las pretensiones esgrimidas por el apelante principal sigue siendo apelado<sup>454</sup>.

La doctrina, en general, señala que entre el apelante por adhesión y el reconveniente existe una cierta similitud<sup>455</sup>. La principal diferencia radica, sin embargo, en que con la reconvencción el demandado puede introducir una nueva acción en el proceso; en cambio, con la adhesión el apelado, simplemente, formula una apelación contraria a la anteriormente entablada, pero no puede introducir nuevas acciones, pues en el recurso de apelación impera la prohibición de cuestiones nuevas que modifiquen el objeto del proceso. Ello no obstante, el recurrente adhesivo que en primera instancia hubiere formulado reconvencción, desestimada por la resolución del Juez *a quo* que

---

Sentencias del T.S. de: 20 de noviembre de 1976 (R.J.4929); 18 de marzo de 1985 (R.J.1170); 15 de julio de 1987 (R.J.9968); 16 de febrero de 1995 (R.J.845); 14 de marzo de 1995 (R.J.2429) y 30 de julio de 1996 (R.J.6064).

Sentencias de las Audiencias Provinciales de: Zaragoza, de 17 de junio de 1995 (A.C. nº22/16-30 noviembre 1995, 1873); Valladolid, de 12 de diciembre de 1995 (A.C. nº4/16-29 febrero 1996, 303).

<sup>452</sup> Sentencias del T.S. de 31 de mayo de 1967 (R.J.2844) y de 25 de marzo de 1994 (R.J.2533).

<sup>453</sup> Sentencias del T.S. de: 14 de julio de 1992 (R.J.6289); 20 de abril de 1992 (R.J.3314); 7 de octubre de 1991 (R.J.7443); 16 de febrero de 1995 (R.J.845).

Sentencias de las Audiencias Provinciales de Zaragoza, de 29 de diciembre de 1993 (R.A.C.2518) y de 11 de noviembre de 1995 (R.G.D. diciembre 1996); S.A.P. de Murcia, de 13 de julio de 1998 (R.A.C.1489).

<sup>454</sup> Sentencias del T.S. de 15 de julio de 1987 (R.J.9968) y de 18 de marzo de 1985 (R.J.1170).

<sup>455</sup> MARTINEZ VAL, J.M.: *Reconvencción y adhesión a la apelación*, en «Revista Jurídica de Catalunya», 1965, pág.109. RICHARD GONZÁLEZ, M.: *La segunda instancia en el proceso civil*, ob. cit., pág.226.

hubiere estimado parcialmente la demanda, puede, mediante la adhesión, extender el efecto del recurso a dicha reconvención.

### 2.5.C.3. Aumento de los poderes de decisión y *cognitio* del órgano de apelación.

Conforme al axioma *tantum appellatum quantum devolutum* la *cognitio* del Tribunal *ad quem* queda restringida a las pretensiones ante él impugnadas. Aquí se incluyen tanto las formuladas en la apelación principal, como las esgrimidas en la apelación adhesiva. Por lo tanto, si se produce adhesión a la apelación se aumenta la *cognitio* del órgano jurisdiccional competente respecto a lo que se le ha planteado en la inicial apelación. El juzgador se encuentra frente a la cuestión debatida con plenitud de facultades de enjuiciamiento y en la misma posición que tuvo el juez *a quo*, tanto en la cuestión de hecho como en la de derecho. Esto se señala claramente en las Sentencias del T.S. de 21 de octubre de 1974, de 20 de noviembre de 1976, de 22 de junio de 1983, de 28 de noviembre de 1989, de 18 de marzo de 1985 y de 30 de julio de 1996, cuando afirman que “(...) teniendo la Sala de Apelación plenas facultades para el estudio y tratamiento de los temas señalados en el pertinente escrito de adhesión”, sobre la base del mismo material instructorio de la instancia<sup>456</sup>. Tal efecto encuentra su apoyo en la opinión dominante de que el recurso de apelación se configura como una revisión del proceso seguido en la primera instancia y no como un *novum iudicium*<sup>457</sup>.

### 2.5.C.4. Levantamiento de la prohibición de *reformatio in peius* en perjuicio del otro apelante.

La prohibición de la *reformatio in peius* es una limitación del objeto procesal, por la que el Tribunal de apelación no puede modificar la sentencia impugnada en perjuicio del apelante, aunque lo entendiera ajustado a derecho, a no ser que la otra parte se haya adherido a la apelación o haya interpuesto por su parte un recurso de apelación.

---

<sup>456</sup> S.S.T.S.: de 21 de octubre de 1974 (R.J.3897); de 20 de noviembre de 1976 (R.J.4929); de 22 de junio de 1983 (R.J.3650); de 28 de noviembre de 1989 (R.J.7914); de 18 de marzo de 1985 (R.J.1170) y de 30 de julio de 1996 (R.J.6064).

<sup>457</sup> Sentencias del T.C. de: 90/1986, de 2 de julio; 91/1987, de 3 de junio; 242/ 1988, de 19 de diciembre; 279/1994, de 17 de octubre; 162/1997, de 3 de octubre.

La prohibición de *reformatio in peius* también veda al Tribunal conocer de los extremos del pleito consentidos por la parte a quien perjudican, por no haberse impugnado<sup>458</sup>.

Por lo tanto, si hay adhesión, el juez *ad quem* puede modificar los extremos de la sentencia de instancia impugnados, agravándolos en perjuicio del recurrente inicial. La producción del efecto que ahora tratamos, viene autorizada por el cambio de posición procesal que se produce con la adhesión. Como consecuencia de la destrucción de la prohibición de *reformatio in peius*, y según ya señalamos el Tribunal *ad quem* adquiere plenas facultades para conocer de la cuestión objeto de la adhesión, con la misma amplitud de jurisdicción que poseía el juez *a quo*<sup>459</sup>.

Pero si el Tribunal *ad quem* se pronuncia de oficio sobre extremos aceptados (que no son objeto ni de la apelación principal ni de la adhesiva), y que, por lo tanto, han adquirido fuerza de cosa juzgada material, incurre en incongruencia, ya que con ello se perjudica al apelante, al otorgarse más de lo pedido. Así, la jurisprudencia del T.S. y del T.C. presenta la *reformatio in peius* como una exigencia relativa a la congruencia en segunda instancia, que se excluye cuando en el recurso de apelación inicial se produce

---

<sup>458</sup> Sentencias del T.C. de: 92/1987, de 3 de junio; 116/1988, de 20 de junio; 143/1988, de 12 de julio; 242/1988, de 3 de julio; 120/1989, de 3 de julio; 40/1990, de 12 de marzo; 19/1992, de 14 de febrero y 279/1994, de 17 de octubre.

También en las Sentencias del T.S. de: 23 de junio de 1948 (R.J.963); 30 de noviembre de 1964 (R.J.5634); 31 de mayo de 1967 (R.J.2843); 8 de febrero de 1969 (R.J.655); 20 de noviembre de 1976 (R.J.4929); 23 de noviembre de 1982 (R.J.6556); 22 de junio de 1983 (R.J.3650); 13 de febrero de 1985 (R.J.810); 18 de marzo de 1985 (R.J.1170); 1 de diciembre de 1989 (R.J.8783); 7 de octubre de 1991 (R.J.7443); 7 de febrero de 1994 (R.J.919); 16 de febrero de 1995 (R.J.845); 30 de julio de 1996 (R.J.6064); 28 de noviembre de 1989 (R.J.7914); 9 de enero de 1992 (R.J.175); 6 de junio de 1992 (R.J.5008); 2 de diciembre de 1991 (R.J.8905); 21 de abril de 1993 (R.J.3111); 25 de marzo de 1994 (R.J.2533) y 9 de junio de 1995 (R.J.4912).

Igualmente las Sentencias de las A.T. de La Coruña, de 9 de enero de 1966 (R.G.D., 1967, pág.215), de Oviedo, de 8 de abril de 1968 (R.G.D., 1969-1, pág.101), de Zaragoza, de 12 de enero de 1972 (R.G.D., 1973-2, pág.860), de Zaragoza, de 22 de marzo de 1972 (R.G.D., 1973-2, pág.881), de Cáceres, de 27 de marzo de 1982 (R.G.D., 1983-1, pág.1189) y de las A.P. de Santa Cruz de Tenerife, de 8 de marzo de 1974 (R.G.D., 1975-1, pág.182) y de 19 de septiembre de 1974 (R.G.D., 1975-1, pág.199), de Valencia, de 24 de septiembre de 1992 (R.A.C.1285), de Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29).

<sup>459</sup> PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.254 y 255. DE LA PLAZA, M.: *Derecho procesal civil español*, ob. cit., pág.662. ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., págs.8121 y 8122. CORDÓN MORENO, F.: *Proceso civil de declaración*, ob. cit., pág.324. CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.537. RICHARD GONZÁLEZ, M.: *La segunda instancia en el proceso civil*, ob. cit., pág.224. BARRON DE BENITO, J.L.: *El recurso de apelación en el juicio verbal civil de tráfico*, ob. cit., págs.90, 95 y 96.

una adhesión y respecto a los términos de la misma<sup>460</sup>. Sin embargo, cabe destacar que una cosa es la *reformatio in peius* (la parte apelante obtiene una resolución de segundo grado más gravosa que la de primer grado por él impugnada, situación no atendible cuando la otra parte también ha apelado o se ha adherido a la apelación) y otra la incongruencia *extra petita* (discordancia entre lo pedido en la demanda y lo resuelto en el fallo, pudiendo operar la máxima *iura novit curia*)<sup>461</sup>.

Aunque haya adhesión, se puede producir *reformatio in peius* respecto al primer apelante, en los extremos no invocados por el adherido en su escrito, cuando dicha adhesión sea parcial. Así lo expresa la Sentencia del T.S. de 28 de noviembre de 1989 (R.J.7914):

*“(...) existirá reformatio in peius cuando la sentencia es revocada, no concediendo o negando lo pedido por el apelante, sino agravándola en perjuicio del apelante, sin que esto sea pedido por otro apelante o adherido a la apelación”.*

Por último, es necesario destacar que la prohibición de la *reformatio in peius* - y su no aplicación en caso de adhesión -, se refiere siempre al apelante y en ningún caso al apelado, que no apela ni se adhiere al recurso, y que puede verse perjudicado pero nunca beneficiado en apelación. En este punto, debe tenerse en cuenta el cambio subjetivo de posiciones procesales que se produce con la adhesión al recurso<sup>462</sup>.

#### *2.5.C.5. Impedir la firmeza de la resolución de primera instancia.*

Es un efecto esencial y constante de todo recurso, consistente en impedir que la resolución devenga inmutable, es decir, pase en autoridad de cosa juzgada formal. Esta suspensión de la cosa juzgada formal tiene lugar respecto de toda la resolución de

---

<sup>460</sup> Sentencia del T.C. de 143/1988, de 12 de julio.

Sentencias del T.S. de: 20 de febrero de 1944 (R.J.524); 30 de mayo de 1961 (R.J.2344); 22 de junio de 1983 (R.J.3650); 28 de noviembre de 1989 (R.J.7914); 24 de mayo de 1990 (R.J.4080); 7 de octubre de 1991 (R.J.7443); 25 de marzo de 1993 (R.J.2234); 16 de febrero de 1995 (R.J.845); 9 de junio de 1995 (R.J.4912); 28 de julio de 1998 (R.J.6376).

<sup>461</sup> Sentencias del T.S. de 30 de mayo de 1986 (R.J.2833), de 24 de octubre de 1983 (R.J.5339) y de 6 de marzo de 1984 (R.J.1202). Sentencias del T.C. 77/1986, de 12 de junio y 279/1994, de 17 de octubre. Sentencia de la A.T. de Cáceres, de 31 de enero de 1964 (R.G.D., 1965-2, pág.912).

<sup>462</sup> Sentencias del T.S. de 12 de diciembre de 1990 (R.J.9995) y 25 de marzo de 1994 (R.J.2533). Sentencia de la A.P. de Almería, de 12 de diciembre de 1992 (A.C. nº5/1-15 marzo 1993, 215).

primera instancia, incluso cuando el recurso de apelación inicial sea parcial, porque sólo así se puede entender la figura de la adhesión a la apelación. En este caso, si la suspensión de la cosa juzgada sólo afectase a los extremos de la sentencia que se impugnasen por el apelante principal, incluso permitiéndose la ejecución de los pronunciamientos no apelados, la parte apelada no se podría posteriormente adherir a la apelación en aquellos otros extremos que le son perjudiciales y diferentes a los planteados por su oponente, porque sobre éstos operaría la cosa juzgada formal<sup>463</sup>. Por eso, sólo una vez transcurrido el plazo para interponer el recurso de apelación y, en su caso, el momento procesal oportuno para adherirse, los pronunciamientos de la sentencia de instancia no impugnados por las partes devienen firmes y pasan en autoridad de cosa juzgada material, como establece el art.408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prohibiéndose que el órgano de apelación entre a conocer sobre estos extremos (*tantum devolutum quantum appellatum*). El efecto de impedir la firmeza de la resolución sólo opera sobre lo que fue objeto del recurso. Si el Tribunal *ad quem*, por su propia iniciativa, se pronuncia sobre extremos diferentes, la sentencia resultante será incongruente, desconocedora de la cosa juzgada y el órgano jurisdiccional incurrirá en exceso de poder, ya que dichos puntos gozan de la firmeza que el consentimiento de ambas partes les presta. En este sentido se han pronunciado el T.C.<sup>464</sup>, el T.S.<sup>465</sup> y las Audiencias Provinciales<sup>466</sup>.

---

<sup>463</sup> GÓMEZ ORBANEJA (con Herce Quemada): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.462 y 473: “Es claro que si pasaran en cosa juzgada los extremos o puntos no atacados de la resolución, mal podría el contrario, con posterioridad al vencimiento de los términos a que se refiere el art.408, extender a tales puntos, por su lado, la impugnación”. MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., págs.188 y 189, donde señala la S.T.S. de 11 de enero de 1876, “que apelada una sentencia, aunque lo sea únicamente en alguno de sus extremos, no obtiene la autoridad de cosa juzgada en ninguno de ellos, puesto que el apelado tiene derecho incuestionable, según el art.844 (hoy 858) de la ley de Enjuiciamiento civil, a adherirse a la apelación en el tiempo y forma que esta disposición establece, y en su virtud, pedir y obtener, si fuese procedente y justo, la revocación de la sentencia en todo lo que le sea desfavorable”. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.218 y 501. ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.349 y 350.

<sup>464</sup> Sentencias del T.C. de: 86/1986, de 2 de julio; 143/1988, de 12 de julio y 25/1994, de 27 de enero.

<sup>465</sup> Sentencias del T.S. de: 23 de junio de 1948 (R.J.963); 30 de noviembre de 1964 (R.J.5634); 31 de mayo de 1967 (R.J.2844); 21 de noviembre de 1974 (R.J.3897); 22 de junio de 1983 (R.J.3650); 30 de junio de 1986 (R.J.3832); 22 de septiembre de 1989 (R.J.6349); 6 de junio de 1992 (R.J.5008); 25 de marzo de 1993 (R.J.2234); 21 de abril de 1993 (R.J.3111); 25 de marzo de 1994 (R.J.2533); 14 de marzo de 1995 (R.J.2429) y 9 de junio de 1995 (R.J.4912).

<sup>466</sup> Sentencias de las A.T. de Madrid, de 7 de noviembre de 1964 (R.G.D., 1965-1, pág.381), de Oviedo, de 8 abril de 1968 (R.G.D., 1969-1, pág.101), de Burgos, de 19 de mayo de 1976 (R.G.D., 1977-2, pág.1187) y de las A.P. de: Santa Cruz de Tenerife, de 8 de marzo de 1974 (R.G.D., 1975-1, pág.182) y de 19 de septiembre de 1974 (R.G.D., 1975-1, pág.199), de Huelva, de 28 de abril de 1992 (R.A.C.534),

Esta consideración tiene su fundamento en el respeto de los derechos de la contraparte, en el principio dispositivo y en la intención de evitar una eventual situación de indefensión, pues si el apelante sólo recurre en un aspecto concreto y acepta el resto, la contraria tiene derecho a esperar que este resto no apelado quede inalterable y renunciar a una eventual adhesión, que en otro caso podía haber formulado (Sentencia de la A.P. de Zaragoza, de 17 de junio de 1995 (A.C. nº22/16-30 noviembre de 1995, 1873). Además, el Tribunal *ad quem* supone a las partes asesoradas por un profesional, con la adecuada preparación técnica, que tiene sus razones para consentir (no apelar) un determinado pronunciamiento.

#### *2.5.C.6. Adhesión y efecto suspensivo.*

El efecto suspensivo no es un efecto necesario de la apelación, sólo se produce cuando una norma establezca expresamente que se admite el recurso en ambos efectos, devolutivo y suspensivo. Consiste en impedir la ejecución de la resolución apelada hasta que recaiga el fallo del tribunal superior. Pero este efecto se puede ver limitado porque se permita la ejecución provisional de la sentencia apelada.

En relación a la adhesión, al ser un recurso de apelación autónomo, como hemos expuesto, también está afectada por este efecto, cosa que pone de manifiesto la Sentencia de la A.P. de Zaragoza, de 29 de diciembre de 1993 (R.A.C.2518) cuando dice:

*“(...) es por ello (que la adhesión se limita a los puntos que perjudican a la parte que la interpone) por lo que en principio debe entenderse que la parte apelante por adhesión podrá interesar la ejecución de la resolución dictada siempre que la apelación no afecte a puntos comprendidos en la anterior petición de ejecución provisional, respecto de los cuales constituiría un claro contrasentido pedir casi con simultaneidad la ejecución y revocación de la resolución, no así respecto de los restantes aspectos no afectados por el posterior recurso”.*

Por lo tanto, también el adherido está facultado para solicitar la ejecución provisional de la resolución de primera instancia y romper, así, el efecto suspensivo, en los casos en los que se admita.

---

de Zaragoza, de 15 de diciembre de 1993 (R.A.C.2463), de Cádiz, de 27 de diciembre de 1993 (R.A.C.2553) y Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29).

## 2.5.D. Aspectos procedimentales.

### 2.5.D.1. Competencia.

En relación a la competencia funcional, hay que destacar que la adhesión se tramita ante el mismo Tribunal *ad quem* que conoce del recurso principal, en virtud del efecto devolutivo típico en toda apelación. El recurso de apelación se interpone ante el Juez *a quo* (Juzgados de Paz o Juzgados de Primera Instancia de la provincia, según proceda), se da traslado a las demás partes personadas y se les concede un plazo (diferente según el procedimiento de que se trate) para que puedan impugnar o adherirse a la apelación, para después, contesten o no los interesados, remitir las actuaciones al Juez o Tribunal *ad quem* (Juzgados de Primera Instancia o Audiencias Provinciales, respectivamente) y éste decida sobre la apelación y la adhesión<sup>467</sup>. De esta forma,

*“ (...) los Tribunales de alzada tienen competencia no sólo para revocar, adicionar, suplir o enmendar las sentencias inferiores, sino también para dictar respecto todas las cuestiones debatidas el pronunciamiento que procede (...)”* (Sentencia del T.S. de 14 de marzo de 1995 (R.J.2429)).

### 2.5.D.2. Sujetos.

Mediante la adhesión a la apelación se produce una alteración en la posición procesal de las partes: el apelante inicial es, a su vez, apelado y el apelado inicial es, a su vez, apelante. Este cambio de posiciones procesales se ha recogido en la doctrina del T.S.<sup>468</sup> y la llamada “jurisprudencia menor”<sup>469</sup>.

La conversión del apelado inicial en apelante ya ha sido analizada cuando se han tratado los efectos principales de la adhesión a la apelación. Por lo que se refiere a la posición del apelado por adhesión (apelante inicial) es necesario hacer una precisión:

---

<sup>467</sup> Sentencias del T.S. de 6 de junio de 1992 (R.J.5008) y 21 de abril de 1993 (R.J.3111).

Sentencia de la A.P. de Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29).

<sup>468</sup> Sentencias del T.S. de 25 de marzo de 1994 (R.J.2533), de 13 de junio de 1989 (R.J.4631), y de 18 de marzo de 1985 (R.J.1170), entre otras.

<sup>469</sup> Sentencias de las A.P. de Zaragoza, de 29 de diciembre de 1993 (R.A.C.2518) y de 11 de noviembre de 1995 (R.G.D. Diciembre 1996, pág.14413).



esta posición puede ser asumida por quien no ha sido parte en el recurso de apelación principal, pero lo ha sido en la primera instancia. Así lo muestra la Sentencia del T.S. de 20 de abril de 1992 (R.J.3314). En este supuesto la demanda se dirigió contra varias personas unidas por vínculos de solidaridad, resultando una de ellas absuelta y las restantes condenadas por la sentencia recaída en la primera instancia. Los condenados interponen recurso de apelación contra la demandante donde “(...) sólo pueden postular en su recurso una absolución que les equipare con su compañero, pero en ningún caso pedir la condena de éste”. Sin embargo, la demandante se adhiere a la apelación, pidiendo la condena del absuelto en la primera instancia, en tanto le perjudica la sentencia, y éste se convierte así en apelado en virtud de la adhesión. Como expresa dicha Sentencia:

*“(...) razonar de otro modo sería tanto como, establecer el principio de que el litisconsorte absuelto en la primera instancia, en ningún caso puede ser condenado en la segunda; y no cabe argumentar en contra, que el demandante pudo apelar directamente, y al no hacerlo así consintió la sentencia, pues eso iría contra el concepto de la apelación adhesiva (...). La posición que al litisconsorte en primera instancia le corresponde asumir en el recurso de apelación, en donde se ha producido la apelación adhesiva, es claramente la de recurrido, pues su absolución no ha sido consentida; y no puede aducir su indefensión por falta de conocimiento, pues siendo parte interesada en la litis, pudo y debió conocer las vicisitudes de un procedimiento cuya sentencia no ha llegado a adquirir firmeza.”<sup>470</sup>*

Por supuesto, este apelado por adhesión, igual que en los casos que es a la vez apelante, en virtud del principio de contradicción, tiene que ser oído respecto a los extremos sobre los que versa la adhesión a la apelación, como puntos de los que anteriormente no tuvo conocimiento (Sentencia del T.C. 56/1992, de 8 de abril).

Se ha discutido también si está legitimado para adherirse a la apelación el tercero que no ha sido parte en el proceso. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil cuando regula el instituto de la adhesión, sólo lo presenta como una oportunidad del apelado. Pero la Ley de Enjuiciamiento Civil no dedica ni un artículo a regular la figura del tercero con carácter general, por lo tanto no tiene en cuenta su intervención en ninguna institución procesal.

---

<sup>470</sup> Casos similares se plantean también en las Sentencias del T.S. de 15 de julio de 1987 (R.J.9968) y de 30 de julio de 1996 (R.J.6064) y la Sentencia de la A.P. de Almería, de 12 de diciembre de 1992 (A.C. nº15/1-15 marzo 1993, 215).

En un inicio, la jurisprudencia del T.S., entendía que sólo el que era parte en el proceso estaba legitimado para interponer recurso de apelación, ya que así lo establecía la Ley de Enjuiciamiento Civil y

*“(…) por ser el procedimiento de orden público y de obligatoria observancia (...), no pudiendo ampliar sus disposiciones a cosas o personas no autorizadas por la Ley”* (Sentencia del T.S. de 26 de diciembre de 1932 (R.J.1382)).

Actualmente, gracias a la interpretación, que a la luz de la Constitución, hace el T.C. del derecho a la tutela judicial efectiva y la doctrina del interés legítimo y del gravamen como presupuesto de legitimación para recurrir, se entiende que cualquier persona, sea o no parte en el proceso, puede interponer voluntariamente el recurso, en lo que le sea perjudicial la sentencia de instancia. En este sentido, la Sentencia del T.S. de 10 de noviembre de 1983, afirma que el tercero al que le alcancen, de forma refleja o indirecta, los efectos de la cosa juzgada y que no haya podido ser oído en la primera instancia, está facultado para interponer recursos, siempre que la sentencia de instancia le produzca un gravamen que le legitime para recurrir. Esta doctrina se reitera en otros pronunciamientos del Tribunal Supremo<sup>471</sup> y del T.C.<sup>472</sup>. De esta forma, si la adhesión se configura por la jurisprudencia mayoritaria como un recurso autónomo, con su propio contenido y efectos, es posible que los terceros también estén legitimados para adherirse a la apelación, siempre que concurra el presupuesto subjetivo al que nos hemos referido, se ciñan a los extremos de la sentencia de instancia y no se modifique la *causa petendi*. Esta legitimación sería, pues, extraordinaria ya que el tercero afirma ser titular de una relación jurídica dependiente de la que se debate en el proceso.

En este último sentido cabe reseñar la Sentencia del T.S. de 17 de octubre de 1961 (R.J.3604), que permite al tercero interviniente defender un interés distinto e incluso contradictorio al de la parte a la que, en principio, debería coadyuvar. El supuesto de hecho planteado en la primera instancia es el siguiente: el arrendador

---

<sup>471</sup> S.T.S. de 10 de noviembre de 1983 (R.J.6074). En el mismo sentido, las Sentencias del T.S. de: 11 de julio de 1950 (R.J.1197); 17 de febrero de 1951 (R.J.589); 29 de septiembre de 1961 (R.J.3270); 17 de octubre de 1961 (R.J.3604); 2 de junio de 1965 (R.J.3220); 6 de marzo de 1946 (R.J.260); 25 de febrero de 1976 (R.J.883); 25 de junio de 1990 (R.J.4892); 9 de octubre de 1993 (R.J.8175); 8 de abril de 1994 (R.J.2734) y de 10 de junio de 1996 (R.J.4752).

ejercita acción de desahucio por falta de pago contra el arrendatario y éste se allana; los subarrendatarios, como terceros intervinientes, se oponen a la demanda alegando varias excepciones, entre las que se encuentra la de incompetencia de jurisdicción por inadecuación de procedimiento, excepción que es estimada por la sentencia de primera instancia. Así, se plantea el problema de la intervención de los terceros en el proceso, donde el T.S., citando varias de sus sentencias, reitera

*“(...) cuando los terceros no demandados tienen un interés legítimo en la cuestión litigiosa es admisible su intervención en el proceso (...) bien colaborando en la defensa del derecho ejercido o atacado, o utilizando por el principio de contradicción derechos opuestos, lo que implica el que esta intervención pueda ser con contenido propio contradictoria de las pretensiones del actor”.*

La pregunta subyacente, merecedora de un análisis en profundidad, es la que apuntamos a continuación: ¿por qué estas afirmaciones no se pueden aplicar a la segunda instancia, en casos en que los terceros tienen conocimiento de la tramitación del proceso en dicha fase procesal?

Se trata de una intervención adhesiva simple, institución dirigida a proteger los intereses de los terceros no litigantes, que se ven alcanzados por los efectos reflejos de la sentencia de primera instancia, ya que, en virtud del principio de contradicción, nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio. Existen muchos problemas en torno a esta figura, que aumentan al no estar expresamente regulado el modo y el alcance de la intervención, ni las facultades procesales del tercero. En contra de la opinión de algún sector de la doctrina, que cree que el tercero tiene que ser un mero coadyuvante de la parte<sup>473</sup>, la jurisprudencia entiende que éste puede realizar por sí sólo actos de cierta importancia, como son recurrir. Esta afirmación se apoya en las sentencias a las que antes nos hemos referido, que permiten al tercero continuar el proceso en las sucesivas instancias. La Sentencia del T.S. de 17 de febrero de 1951 (R.J.589) afirma que el interviniente debe aceptar el pleito en el momento procesal en

---

<sup>472</sup> Sentencias del T.C. 115/1984, de 3 de diciembre y 112/1987, de 2 de julio.

<sup>473</sup> PRIETO-CASTRO: *Tratado...*, ob. cit., I, pág.397; GÓMEZ ORBANEJA: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., vol I, págs.166-167; GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., I, págs.208 y 209; MORÓN PALOMINO, J.: *El proceso civil y la tutela de terceros*, en «Revista de Derecho Procesal», 1965, págs.161 y ss; SERRA: *Intervención de terceros en el proceso*, en «Estudios de Derecho Procesal», págs.249 y ss.

que se encuentre, sin que sea posible retrotraer las actuaciones ya realizadas, con lo que, indirectamente, pone de manifiesto que dicha intervención también puede producirse en segunda instancia. Pero, por otro lado, esta sentencia indica que si el tercero tiene conocimiento del proceso e interpone un recurso cuando el T.S. ya ha dictado sentencia, no cabe admitirlo como interviniente, ya que esto implicaría un retroceso en la tramitación del proceso, cayendo en un “absurdo procesal”. Otra Sentencia del T.S., de 29 de septiembre de 1961 (R.J.3270), admite la intervención procesal de los terceros en las apelaciones e indica que esto ya se aceptaba en la legislación antigua (Ley 4ª del Título 23 de la Partida tercera). La Sentencia que responde con mayor claridad la pregunta apuntada en el párrafo anterior, es la S.T.S. de 10 de junio de 1996 (R.J.4752) donde se interpone una demanda, en juicio declarativo ordinario, sobre declaración de dominio de enclaves privados en zona marítimo-terrestre, contra la Administración del Estado, que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia y estimada por la Audiencia Provincial. El Ayuntamiento de S.B.T., que no fue parte demandada en el pleito, accede al mismo en el trámite del recurso de apelación alegando derechos e intereses por el uso de las zonas en conflicto. El T.S. afirma:

*“se presenta así como una especie de intervención procesal adhesiva simple, en razón a los intereses del Ayuntamiento que pudiesen resultar afectados en forma indirecta o refleja por la sentencia que se pronuncie”.*

Observamos, en resumen, que la jurisprudencia del T.S. sobre la intervención de terceros se refiere, en todo caso, a la posibilidad de este tercero de interponer un recurso de apelación, en la medida que resulte perjudicado por la resolución dictada por el Juez *a quo*. Pero, al ser la adhesión un recurso de apelación autónomo, como se ha señalado, puede presentarla quien tenga la condición de apelado en el recurso. Si decimos que el tercero perjudicado puede recurrir en apelación, es posible concluir que también puede adherirse al ser un recurso diferente. Pero si añadimos que sólo puede adherirse el apelado, se llega a la conclusión de que el tercero nunca podrá introducir una adhesión a la apelación, por no tener tal posición en el recurso.

Algunas resoluciones del T.S. corroboran esta conclusión: la S.T.S. de 17 de julio de 1995 (R.J.5588), en un juicio sobre retracto de bienes gananciales, no permite la adhesión a la apelación de los maridos por carecer de la condición de apelados, ni aun

indicando en que les era perjudicial la sentencia, ya que la condición de apelado “(...) es carácter imprescindible para poder adherirse a la apelación como exige el art.892 de la L.E.C.”. La doctrina también considera que sólo puede adherirse a la apelación el apelado<sup>474</sup>.

A modo de conclusión cabría afirmar: Para determinar si el tercero puede iniciar su intervención en el recurso de apelación es necesario partir de la esencia de dicho instituto. Si la intervención adhesiva consiste en apoyar la posición procesal de uno de los litigantes y se admite mientras se encuentre pendiente un proceso, es posible que el tercero intervenga por medio de la adhesión a la apelación, pues la misma es un recurso autónomo que implica la continuación del pleito iniciado, y el tercero puede apoyar la posición del apelado originario adhiriéndose a la apelación. Como se verá más adelante, apoyar la posición de una de las partes no tiene por que implicar la imposibilidad de realizar alguna actuación autónoma.

#### 2.5.D.3. Momento procesal oportuno para adherirse a la apelación.

La adhesión a la apelación debe tener lugar en el momento procesal oportuno. Así se deduce del párrafo segundo del art.858 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula esta figura en el juicio de mayor cuantía, cuando expone “ni antes ni después podrá utilizar este recurso”. De esta forma, si la adhesión se interpone extemporáneamente, los términos de la misma quedan eliminados del ámbito material de la segunda instancia. Así lo ha entendido la jurisprudencia del T.S.<sup>475</sup> y de las Audiencias Provinciales<sup>476</sup>.

---

<sup>474</sup> GUASP (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit. pág.893) afirma: “ha de proceder, *ex deffinitione*, del sujeto pasivo de la apelación principal, es decir, del apelado (...)”

No obstante, BARRON DE BENITO (*El recurso de apelación en el juicio verbal civil de tráfico*, ob. cit., pág.97), al analizar el recurso de apelación en el juicio verbal de tráfico, considera que el tercero puede intervenir en apelación por medio de la adhesión a dicho recurso.

<sup>475</sup> Sentencias del T.S. de 7 de marzo de 1972 (R.J.2537), de 25 de enero de 1978 (R.J.15), de 7 de octubre de 1978 (R.J.3051) y de 13 de febrero de 1985 (R.J.810).

<sup>476</sup> Sentencias de las A.T. de Oviedo, de 11 de diciembre de 1963 (R.G.D., 1964-1, pág.109), de Valencia, de 13 de marzo de 1973 (R.G.D., 1973-1, pág.468), de Valencia, de 28 de junio de 1974 (R.G.D., 1975-1, pág.365); de Madrid, de 4 de julio de 1983 (R.G.D., 1983-2, pág.2058); de Palencia, de 9 de febrero de 1998 (R.A.C.3205); de Orense, de 14 de febrero de 1998 (R.A.C.414); de Toledo, de 9 de marzo de 1998 (R.A.C.699); de Córdoba, de 6 de julio de 1998 (R.A.C.1362); de Las Palmas, de 16 de julio de 1998 (R.A.C.6864).

El apelado adherido no puede ampliar los extremos de su adhesión en el momento de la vista, porque ha decaído su derecho a utilizar este recurso y además se rompería el equilibrio entre los litigantes, generando indefensión en la parte contraria, que podría verse sorprendida por pronunciamientos no pedidos en el momento procesal hábil. De forma mayoritaria lo ha afirmado el T.C.<sup>477</sup>, el T.S.<sup>478</sup> y las Audiencias Provinciales<sup>479</sup>. Además, según el art.408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estos extremos introducidos extemporáneamente en el recurso, son firmes, sin necesidad de que el juez lo declare expresamente. No falta, sin embargo, jurisprudencia en contra que admite la presentación de adhesiones fuera del plazo legalmente establecido, al entender que ha habido consentimiento de las partes al no oponerse o denunciar dicha infracción en el momento procesal oportuno<sup>480</sup>.

Otra cuestión distinta, que analiza la jurisprudencia, es el cómputo del plazo para adherirse al recurso de apelación. Dicho término se computa desde el día siguiente al que se notifica la providencia teniendo por personado al apelante: “(...) en aras del principio de defensa, (se computa) no desde que finaliza el plazo del emplazamiento del apelante, sino desde que, una vez recibidos los autos en la Audiencia, se dicta providencia teniendo por personado al mismo en tiempo y forma”, y por eso, una vez dictada, se notifica a las partes que disponen de los plazos mencionados en los artículos correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil para adherirse. Si no se produce la notificación en estrados, según ordena el art.843 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el apelado comparece posteriormente, como medida para subsanar dicho defecto procesal, el plazo para adherirse a la apelación empieza a contar desde la resolución que lo tiene

---

<sup>477</sup> Sentencia del T.C. 3/1996, de 15 de enero.

<sup>478</sup> Sentencia del T.S. de 11 de marzo de 1957 (R.J.1553).

<sup>479</sup> Sentencias de la A.T. de La Coruña, de 9 de enero de 1966 (R.G.D., 1967, pág.215), de Zaragoza, de 12 de enero de 1972 (R.G.D., 1973-2, pág.860), de Zaragoza, de 22 de marzo de 1972 (R.G.D., 1973-2, pág.881), de Pamplona, de 9 de abril de 1987 (La Ley, 1987-3, 7649) y de la A.P. de Cádiz, de 27 de diciembre de 1993 (R.A.C.2553).

<sup>480</sup> Así lo entiende la Sentencia del T.S. de 30 de diciembre de 1988 (R.J.10073), se separa, en cierto modo, de esta conclusión ya que admite como formulada dentro de plazo, una adhesión, presentada fuera de los seis días que concede el art.705 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que ha habido consentimiento de las partes al no oponerse o denunciar las pretendidas infracciones en sus momentos procesales oportunos, agotando la vía de los recursos.

Esto también se infiere de las Sentencias del T.C. 75/1986, de 4 de junio y 92/1987, de 3 de junio, aunque lo expresan en relación al proceso penal.

por comparecido. Esta consideración es seguida por el T.C.<sup>481</sup>, el T.S.<sup>482</sup> y las Audiencias Provinciales<sup>483</sup>.

En esta materia se reproduce el problema reiterado del sistema de recursos en el proceso civil: la pluralidad de procedimientos para un mismo recurso. Así, existen varios preceptos que regulan plazos diferentes para adherirse a la apelación:

- el art.858, en relación con el 857, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para el juicio de mayor cuantía, establecen que la adhesión a la apelación debe producirse dentro del término concedido al apelado para la instrucción de los autos, que será un término flexible fijado por el Tribunal (entre 10 y 20 días);
- el art.705, en relación con el 704, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para el juicio de menor cuantía, establecen que recibidos los autos en la Audiencia y personado el apelante, el apelado puede adherirse a la apelación dentro de los seis días siguientes;
- el art.734 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para el juicio verbal y de cognición, establece que “admitida la apelación, el juez dará traslado a las demás partes por un plazo común de 5 días y transcurrido el mismo, se hayan o no presentado escritos de impugnación o adhesión, elevará en los dos días siguientes al órgano competente, los autos originales con todos los escritos presentados”;
- el art.892, en relación con el art.891, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para incidentes y juicios que no sean de mayor cuantía, igual que en éste, nos habla del término concedido para la instrucción.
- el art.120 de la Ley de Sociedades Anónimas, para el supuesto de impugnación de acuerdos sociales, establece que una vez el recurrente haya formalizado su recurso de apelación, contra el auto desestimatorio de la revisión, por medio de escrito motivado, la Audiencia dará traslado del mismo “por cinco días a los recurridos que hubiesen comparecido, a fin de que puedan oponerse”. En dicho plazo se entiende que también pueden adherirse a la apelación. A su vez, esto se aplica a las

---

<sup>481</sup> Sentencias del T.C. 151/1987, de 2 de octubre y 222/1988, de 25 de octubre, de las cuales resulta dicha afirmación.

<sup>482</sup> Sentencias del T.S. de 13 de marzo de 1957 (R.J.1554), de 27 de mayo de 1960 (R.J.2059) y de 1 de diciembre de 1989 (R.J.8783).

<sup>483</sup> Sentencias de la A.T. de Sevilla, de 27 de abril de 1967 (R.G.D., 1968-2, pág.1219) y de la A.P. de Valencia, de 16 de marzo de 1993 (A.C. nº15/1-15 agosto 1993, 938).

impugnaciones de acuerdos de la Junta General en las Sociedades de Responsabilidad Limitada, por remisión del art.56 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada a la Ley de Sociedades Anónimas en este punto.

Cabe añadir, que la adhesión, por ser un recurso de apelación autónomo, implica una expresa derogación del principio de preclusión, ya que se permite una posterior apelación, después de transcurrido el plazo para apelar, pero condicionada a que alguna de las partes haya apelado en tiempo y forma<sup>484</sup>.

#### *2.5.D.4. Escrito de interposición de la apelación adhesiva.*

Este escrito de interposición ha de señalar el ámbito de la adhesión a la apelación, que debe concretarse en los puntos en que la sentencia de primera instancia sea perjudicial para quien se adhiere, pero no es necesario razonar la petición. Sobre los extremos que presenta este escrito, el tribunal tiene plenas facultades de estudio y tratamiento. Parecer compartido por la doctrina del T.C.<sup>485</sup> y el T.S.<sup>486</sup>.

Cuando se trata de un recurso de apelación contra las sentencias dictadas en los juicios verbales y de cognición, la Ley 10/1992 ha introducido una importante modificación: tanto apelante como apelado, en sus respectivos escritos de interposición e impugnación o adhesión, deben exponer la fundamentación en la que basan sus pretensiones. Así, en los mencionados juicios, el trámite de la vista ha perdido su carácter necesario, aunque es obligada cuando se practica prueba en la segunda instancia. El incumplimiento de esta obligación de apelante y apelado, implica la inobservancia de un requisito procesal esencial, que permite acordar la inadmisión de la apelación o de la adhesión a la misma, sin entrar en el fondo de la cuestión.

La jurisprudencia mayoritaria declara que no cabe la adhesión *in voce* en el trámite de la vista, por lo tanto es obligada la forma escrita. Si no fuera así se produciría

---

<sup>484</sup> Sentencia del T.S. de 25 de enero de 1978 (R.J.15); S.T.S. de 24 de octubre de 1978 (R.J.3283); S.T.S. de 20 de abril de 1992 (R.J.3314).

También, la S.A.P. de Salamanca, de 21 de octubre de 1996 (R.A.C.2547).

<sup>485</sup> Sentencias del T.C. 12 /1987, de 4 de febrero, 64 / 1992, de 29 de abril y 3/1996, de 15 de enero.



indefensión a la parte contraria, que se encontraría ante alegaciones frente a las cuales no podría defenderse. Además el art.408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como ya hemos analizado, establece que esos extremos quedan firmes<sup>487</sup>.

Para finalizar este apartado, otra cuestión importante, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 14 de noviembre de 1994 (R.A.C.2512), es que la vía de la adhesión al recurso no puede ser de mejor condición que el propio recurso, por eso se deben cumplir los mismos requisitos que se exigen en éste. Así, si el art.732 en relación con el 715, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no permiten la apelación de sentencias cuya condena sea inferior a 80.000 pesetas, tampoco debe admitirse la adhesión si la parte que recurre por medio de ésta ha sido condenada a una cantidad inferior<sup>488</sup>.

#### 2.5.D.5. *Consignación necesaria para adherirse.*

Las Audiencias Provinciales la presentan como un requisito de admisibilidad de la apelación y, en su caso, de la adhesión que se precisa en determinados procesos - como el juicio verbal del automóvil y el procedimiento especial de arrendamientos urbanos, art.1706.3 y art.1566, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil -. Su ausencia produce la desestimación del recurso, ya que las causas de inadmisión del recurso, no apreciadas en su momento, se convierten, en la fase decisoria, en causas de desestimación. Esta exigencia es necesaria también en la adhesión, porque, como se dijo, para poderse adherir deben cumplirse los mismos requisitos que para poder apelar. Siguiendo esta línea, en dichos procesos es obligado constituir:

*“(...) el depósito en el establecimiento destinado al efecto del importe de la condena impuesta a la misma (en este caso al que se adhiere) e incrementado con los intereses y recargos exigibles”<sup>489</sup>.*

---

<sup>486</sup> Sentencia del T.S. de 18 de marzo de 1985 (R.J.1170), entre otras ya mencionadas.

<sup>487</sup> Sentencia del T.S. de 13 de febrero de 1985 (R.J.810).

Sentencia de la A.P. de Cádiz, de 27 de diciembre de 1993 (R.A.C.2553).

<sup>488</sup> También A.A.P. de Cantabria, de 9 de enero de 1995 (A.C., 31 de marzo de 1995, @432).

<sup>489</sup> Sentencias de las A.P. de: Teruel, de 10 de septiembre de 1992 (R.A.C.1238); Valencia, de 23 de enero de 1995 (A.C. nº11/1-15 junio 1995); Guipúzcoa, de 4 de febrero de 1994 (R.A.C.248); Alicante, de 14 de noviembre de 1994 (R.A.C.2512); La Rioja, de 30 de diciembre de 1994 (A.C. nº11/1-15 junio 1995); Valladolid, de 12 de diciembre de 1995 (A.C. nº4/16-29 febrero 1996); Zaragoza, de 11 de noviembre de 1995 (R.G.D. diciembre 1996, pág.14413).

Pero es preciso que esta adhesión a la apelación mantenga pretensiones divergentes u opuestas a las del apelante principal. Aunque los artículos que regulan esta consignación, como requisito para apelar, no la exigen en el caso de la apelación adhesiva, se interpreta por los Tribunales que ésta es necesaria, porque, al ser la adhesión un verdadero recurso autónomo, el adherido se convierte en un auténtico apelante y por lo tanto debe cumplir los requisitos para apelar que obligan a éste.

La falta de cumplimiento o cumplimiento defectuoso de este requisito es subsanable, como indica la Sentencia de la A.P. de Teruel, de 27 de octubre de 1993 (R.A.C.2067) entre otras<sup>490</sup>: el órgano judicial de instancia, ante el que se interpone el recurso, antes de decidir sobre el curso a dar a los autos, concede un plazo para subsanar el defecto, transcurrido el cual sin hacer subsanación, se inadmite a trámite. Doctrina ésta confirmada por la jurisprudencia del T.C.<sup>491</sup>. De esta forma, cuando la subsanación del defecto pueda lograrse sin detrimento de derechos constitucionales dignos de tutela, debe procederse a la misma, sobre todo cuando por la inobservancia de ese requisito formal se cierre la vía de los recursos, y de no permitir la subsanación se convierte en una sanción desproporcionada, lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva. Este requisito se configura por el T.C. como un presupuesto habilitante que exige la Ley para la admisión de la adhesión a la apelación, pero no como una exigencia exorbitante, injustificada y entorpecedora del derecho a los recursos y de la tutela judicial efectiva (S.T.C. 29/1985, 28 febrero), pues, aunque las formas del proceso son relevantes para su ordenación, toda irregularidad formal no puede convertirse en obstáculo para su prosecución. Pero esta interpretación no puede entenderse en términos absolutos, porque tampoco cabe dejar al arbitrio de cada parte el cumplimiento de los requisitos formales o de los plazos en que han de cumplirse. Por esto, es trascendental la correcta interpretación en cada caso concreto. Se trata de un tema controvertido, incluso entre los miembros del T.C., ya que en la sentencia mencionada aparece un voto particular que presenta esta consignación como un requisito de necesario cumplimiento para la continuación del recurso. Un caso reiterado que aparece en las Sentencias del T.C., es el

---

<sup>490</sup> Sentencia de la A.P. de Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29).

<sup>491</sup> Sentencias del T.C.: 29/1985, de 28 de febrero; 36/1986, de 12 de marzo; 87/1986, de 27 de junio; 117/1986, de 13 de octubre; 174/1988, de 3 de octubre; 93/1991, de 6 de mayo y 41/1992, de 18 de marzo.

de la consignación de las rentas vencidas previa a la interposición del recurso (y en su caso de la adhesión), en el proceso especial de arrendamientos urbanos. El hecho del mencionado pago tiene una finalidad cautelar y de legítima salvaguarda de los intereses del arrendador, por tanto, el T.C. lo entiende como un requisito esencial, insubsanable para el acceso al recurso (y a la adhesión), aunque considera la acreditación de dicha consignación como un simple requisito formal y por lo tanto el Juez puede permitir la subsanación de su omisión. Así, nuestro órgano constitucional distingue los dos aspectos, formal y sustantivo, de la consignación de rentas para la admisión del recurso de apelación en este supuesto<sup>492</sup>. En definitiva los requisitos formales para la interposición del recurso, y en concreto el que tratamos en este epígrafe, no pueden regularse arbitrariamente, sino que han de responder a la naturaleza y finalidades del proceso<sup>493</sup>.

#### *2.5.D.6. Oposición a la separación del apelante.*

Si el apelante inicial desiste de su recurso, el artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la facultad del apelado adherido de oponerse a que el recurso se dé por terminado, y solicitar que continúe su tramitación para resolver las cuestiones a que se refiere su adhesión<sup>494</sup>.

Esta oposición a la separación del apelante, debe formalizarse por escrito dentro de los tres días siguientes a la entrega de la copia del escrito de separación.

En cualquier caso, esta facultad puede manifestarse en dos supuestos:

- Cuando el apelado ya se ha adherido a la apelación en el momento de producirse la separación del apelante principal;

---

<sup>492</sup> Sentencias del T.C.: 46/1989, de 21 de febrero; 49/1989, de 21 de febrero; 121/1990, de 2 de julio; 31/1992, de 18 de marzo; 51/1992, de 2 de abril; 115/1992, de 14 de septiembre; 130/1993, de 19 de abril; 214/1993, de 28 de junio; 344/1993, de 22 de noviembre; 346/1993, de 22 de noviembre; 249/1994, de 19 de septiembre; 100/1995, de 20 de junio y 26/1996, de 13 de febrero.

<sup>493</sup> Sentencias del T.C. 110/1985, de 8 de octubre y 62/1989, de 3 de abril.

<sup>494</sup> Sentencia del T.S. de 18 de marzo de 1985 (R.J.1170).

Sentencias de las A.P. de Zaragoza, de 11 de noviembre de 1995 (R.G.D. diciembre de 1996, pág.14413), de Cádiz, de 1 de diciembre de 1995 (A.C. nº6/16-31 marzo 1996, 396).

- Cuando la separación del apelante se produzca antes del período que concede la Ley para adherirse a la apelación. Luego, el apelado puede manifestar, dentro de los tres días mencionados, que se adhiere a la apelación y, al mismo tiempo, que se opone a la separación.

Este último supuesto se entiende como un nuevo plazo que concede la Ley para que pueda producirse la adhesión.

Lo dicho proporciona un argumento clave para afirmar que la adhesión en la apelación civil es un auténtico recurso con contenido y autonomía propios. También denota que la derogación del principio de preclusión para interponer recurso de apelación cuando se produce la adhesión, es una realidad, ya que el art.849 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la posibilidad de que se sustancie un recurso de apelación por adhesión, incluso cuando dicha adhesión se produce después de la separación del primer apelante y con un contenido totalmente distinto al del inicial recurso de apelación interpuesto.

La separación del apelante, según lo previsto en el art.846 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede producirse “en cualquier estado de la segunda instancia”, pagando las costas que haya causado, mediante la presentación por el Procurador de poder especial o que “el litigante interesado se ratifique con juramento en el escrito”. De aquí se deduce que esta separación, igual que la oposición del apelado a la misma, debe formalizarse por escrito y debe ser expresa. Pero, como ha señalado la jurisprudencia, no parece procedente que esta facultad de separación del apelante principal y la correlativa oposición del adherido, se utilice hasta el extremo de que se produzca en el acto de la vista del recurso, a pesar de que el art.846 lo permita “en cualquier estado de la segunda instancia”; porque la vista es un acto oral, y la Ley habla expresamente de “escrito” de separación<sup>495</sup>.

En este mismo sentido, la simple incomparecencia del apelante no puede considerarse como un supuesto de separación del art.846 de la Ley de Enjuiciamiento

---

<sup>495</sup> Sentencias de la A.T. de Oviedo, de 11 de diciembre de 1963 (R.G.D., 1964-1, pág.109), de Valencia, de 28 de junio de 1974 (R.G.D., 1975-1, pág.365) y de la A.P. de La Rioja, de 6 de junio de 1995 (A.C. n°21/1-15 noviembre 1995).

civil, porque no se cumplen los requisitos que exige este artículo. Por lo tanto, ya hemos visto que no existe base legal para entender desistido al apelante que no comparece y, en consecuencia, la incomparecencia que analizamos no priva al órgano *ad quem* de sus facultades plenas para el estudio de todas las cuestiones planteadas que perjudiquen al apelante principal, ni causa indefensión al recurrido, se haya adherido o no a la apelación<sup>496</sup>.

Los efectos que produce esta oposición del apelado adherido a la separación del apelante principal se concretan en que: a) la tramitación del recurso continúa exclusivamente respecto a la apelación por adhesión; b) queda firme la sentencia apelada en todos los puntos que no sean objeto de la apelación adhesiva; c) no opera la *reformatio in peius*, en el sentido que la sentencia se puede modificar en perjuicio del apelante principal separado, pero sí opera respecto al apelante adherido, ya que; d) el adherido se convierte en apelante principal y único, al ser sólo su recurso el que permanece tramitándose.

### 3. COMPORTAMIENTO PROCESAL DEL APELADO SEGÚN LA NUEVA L.E.C.

Los diferentes textos, Anteproyectos y Proyectos, han ido variando el contenido de las normas al respecto. En el Anteproyecto de L.E.C. la personación del apelado se producía ante el Tribunal *ad quem* para presentar escrito de impugnación del recurso o, en su caso, de adhesión respecto de los pronunciamientos de la resolución apelada que le sean perjudiciales. En cambio, el Proyecto de L.E.C. aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de octubre de 1998 y remitido al Congreso de los Diputados, regula el emplazamiento y personación del apelado ante el Juez *a quo*, trasladándole el escrito de interposición del apelante. El art.461 del Proyecto de L.E.C. remitido al Senado tras su aprobación por el Congreso, mantiene esta última regulación<sup>497</sup>. De esta forma, también

---

<sup>496</sup> Sentencias de las A.P. de Madrid, de 29 de enero de 1993 (R.A.C.53), de Vizcaya, de 29 de abril de 1994 (R.A.C.688), de Madrid, de 26 de noviembre de 1994 (A.C. nº6/16-31 marzo 1995) y de Ciudad Real, de 31 de octubre de 1995 (R.A.C.1833), entre otras.

<sup>497</sup> Art.461 del Proyecto remitido al Senado: 1. "Del escrito de interposición del recurso de apelación se dará traslado a las demás partes, emplazándolas por diez días para que presenten, ante el tribunal que dictó la resolución apelada, escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable"; 2. "Los escritos de oposición al recurso y, en su caso, de

se modificaba la terminología: a) en lugar de un escrito de impugnación del recurso, el apelado debe presentar un escrito de oposición; b) y en lugar de un escrito de adhesión, debe presentar un escrito de impugnación.

Parece más acertada la terminología empleada en los últimos textos, porque así se diferencia la simple oposición del apelado con la presentación de su propio recurso, por medio de una impugnación autónoma en lo que le resulte desfavorable la resolución apelada. Utilizar el vocablo “impugnación” para designar la oposición del apelado es equívoco, pues parece que puede introducir peticiones autónomas cuando simplemente se opone a las presentadas por el apelante. Igualmente, emplear el término “adhesión” para permitir al apelado la interposición de su propio recurso de apelación también es equívoco, pues adhesión puede hacer pensar que el apelado sólo coadyuva a lo planteado por el apelante. Al usar el término “impugnación” se indica con mayor precisión que el apelado puede interponer un recurso de apelación, convirtiéndose en apelante.

No obstante, calificar de impugnación al recurso autónomo del apelado también puede llevar a confusión, pues puede situarse dentro de los llamados medios de impugnación, y como está comúnmente aceptado, no todo medio de impugnación es un recurso. Quizá sería mejor emplear la expresión “apelación incidental”, como hace el derecho procesal italiano en los arts.486 y 487 del Cód. Proc. Civ. Tampoco se puede olvidar que esta facultad del apelado puede servir, además, para coadyuvar la postura de alguna de las partes en apelación, sobre todo cuando otro apelado se opone o impugna la apelación del apelante. En estos casos, parece razonable mantener la dicción de “apelación adhesiva”, ya que el nuevo apelante es un simple coadyuvante de la parte. Aparece la necesidad de precisar y distinguir estas situaciones. El derecho procesal italiano prevé estas dos figuras<sup>498</sup>.

El art.461.4 del Proyecto de L.E.C. remitido al Senado, se dirige a solventar todas las objeciones a la regulación de la adhesión a la apelación de la L.E.C. de 1881.

---

impugnación de la sentencia por quien inicialmente no hubiere recurrido, se formularán con arreglo a lo establecido para el escrito de interposición”.

<sup>498</sup> CARNELUTTI: *Sistemas de derecho procesal civil*, ob. cit., págs.650 y 651.

Dichas objeciones afirman que con base en la regulación de la adhesión, no puede configurarse como un recurso autónomo al inicialmente planteado, porque no se da traslado del escrito de adhesión al apelante originario para que pueda formular las alegaciones que estime oportunas, con lo que se vulnera su derecho de defensa. El mencionado artículo de la nueva L.E.C. exige dicho traslado al apelante originario para que formule lo que estime conveniente: “De los escritos de impugnación a que se refieren los apartados primero y segundo de este artículo, se dará traslado al apelante principal, para que en el plazo de diez días manifieste lo que tenga por conveniente”. De esta forma, no puede existir ninguna duda sobre la naturaleza autónoma de la impugnación del apelado.

A pesar de las notables mejoras, la próxima L.E.C. denota algunas carencias: deja sin regulación los supuestos de existencia de varios coapelados cuando sólo presente escrito de impugnación alguno de ellos; y tampoco establece nada sobre la intervención de los terceros por medio de adhesión. El análisis de estos temas será ampliado posteriormente.

Añadido a esto, nada regula la nueva L.E.C. sobre los efectos de la falta de personación del apelado ante el Juez *a quo*. Parece que debe continuar la apelación, al igual que sucede con la regulación actual. Pero si se persona posteriormente, tampoco se establece si se podrán o no retroceder las actuaciones. Este olvido del legislador debería ser enmendado para evitar problemas futuros.

La escasa importancia de la vista hace que la incomparecencia del apelado tenga los mismo efectos que la del apelante: no paraliza la tramitación de la apelación. En el mismo sentido, el apelado, ante la incomparecencia del apelante, no tendrá ningún problema, pues el objeto de la apelación se ha determinado ya en el escrito de interposición del recurso.

### III. AMBAS PARTES INTERPONEN SU PROPIO RECURSO EN EL MOMENTO PROCESAL LEGALMENTE PREVISTO PARA PRESENTAR APELACIÓN.

Si ambas partes, demandante y demandado, resultan perjudicadas por la resolución dictada en primera instancia, cada una de ellas puede interponer un recurso de apelación separado o independiente, en lo que le sea desfavorable. En estos casos, se confiere a los litigantes el doble carácter de apelado y apelante, por lo que deben tener la oportunidad de realizar todas las actividades inherentes a las dos posiciones<sup>499</sup>. Sobre todo ello sucede cuando el órgano judicial acoge parcialmente la pretensión del actor. Se trata de dos recursos interpuestos ante el mismo Juez *a quo*, en el plazo concedido por la Ley para interponer el recurso de apelación, que pueden versar sobre la misma cuestión aunque en sentido inverso o sobre materias distintas, pero siempre introducidas en primera instancia, y que serán resueltas por el mismo Tribunal *ad quem*. En estos casos se entiende que el Tribunal de la segunda instancia tiene plenas facultades para conocer del litigio, aunque limitado a las cuestiones sometidas a su consideración por los apelantes<sup>500</sup>.

La existencia de dos apelaciones no impide que el litigio continúe y forme una unidad y, por tanto, no es necesaria una acumulación. De esta forma, lo ha manifestado la S.T.S. de 7 de febrero de 1994 (R.J.919):

*“(...) por supuesto, cada una de las partes puede apelar con independencia, si ambas la consideran perjudicial, en cuyo caso, ambas apelaciones independientes se tramitan unidas, con desaparición, también, de la limitación de la reformatio in peius”<sup>501</sup>.*

---

<sup>499</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.254. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con otros): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.352. ROSENBERG, L. *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.372. COBOS GAVALA, R.: *La fundamentación de la impugnación...*, ob. cit., pág.355.

<sup>500</sup> FENECH (*Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3359), realiza esta afirmación señalando la S.T.S. de 26 de febrero de 1915: “(...) la Sala de lo Civil tenía atribuciones para decidir en la sentencia recurrida acerca de todos los puntos que habían sido objeto de la controversia, en virtud de la apelación que contra el fallo del Juzgado interpusieron las dos partes litigantes, por lo que no cabe estimar la incongruencia que se alega en el primer motivo del recurso (de casación)”.

<sup>501</sup> También la S.A.P. de Teruel, de 27 de octubre de 1993 (R.A.C.2067): si el segundo recurso se interpone dentro del plazo legal para apelar, no se trata de una adhesión, sino de un propio y autónomo recurso de apelación.



La interposición de dos recursos de apelación no siempre ha sido admitida. La doctrina castellana de los siglos XV y XVI, entendía que si una de las partes apelaba la otra no podía hacerlo, puesto que un solo recurso bastaba para resolver la controversia, ya que por medio de la adhesión a la apelación se podía impugnar lo que resultaba perjudicial y ver satisfecha su pretensión. Por razones de economía procesal resultaba más conveniente la figura de la adhesión que no la tramitación de dos apelaciones<sup>502</sup>.

Nuestra jurisprudencia por su parte ha reiterado, en numerosas ocasiones, que uno de los efectos producidos por la interposición de varios recursos de apelación en el momento procesal oportuno para apelar, es que no opera la prohibición de *reformatio in peius*, o sea, la situación jurídica que se produce cuando la parte recurrente resulta agravada exclusivamente a consecuencia de su recurso. El T.C. lo afirma en la Sentencia 120/1989, de 3 de julio:

*“Lo decisivo al respecto es que el recurrente se vea perjudicado por su propio recurso, pero no se infringe este principio cuando la condición del recurrente se agrava en base a otras apelaciones planteadas de forma concurrente, o incluso incidental, que permitieron al recurrente oponerse y utilizar los medios de defensa que estimase oportunos”.*

El T.S. también lo manifiesta: S.T.S. de 23 de junio de 1948 (R.J.963), dice que el Tribunal de instancia

*“(…) no puede agravar con su resolución la situación del litigante que recurre establecida por la sentencia de primera instancia, a menos que la otra parte apele también el fallo aludido o ejercite la adhesión a la apelación (...)”<sup>503</sup>.*

Las dudas pueden surgir en el momento de dictar la resolución de las apelaciones: ¿se debe dictar una única resolución o son necesarias dos sentencias separadas?. En el derecho procesal civil alemán, “(…) sobre cada una puede resolverse mediante sentencia independiente, que, sin embargo, es parcial en tanto cada apelación comprenda todo el objeto de la resolución impugnada”<sup>504</sup>. La L.E.C. vigente en nuestro país no resuelve este problema, pero en la práctica de los Tribunales las dos apelaciones

---

<sup>502</sup> AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., pág.103.

<sup>503</sup> S.T.S. de 23 de noviembre de 1982 (R.J.6556); S.T.S. de 4 de noviembre de 1985 (R.J.4572); S.T.S. de 7 de febrero de 1994 (R.J.919), entre otras muchas.

<sup>504</sup> ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.372.

se resuelven mediante una única resolución judicial. De esta forma lo aplica el T.S.<sup>505</sup> y las Audiencias Provinciales<sup>506</sup>.

## 1. INTERPOSICIÓN DE VARIAS APELACIONES EN EL MOMENTO PROCESAL OPORTUNO EN LA NUEVA L.E.C.

El nuevo texto legislativo, que pretende sustituir el vigente actualmente, no dedica ni un artículo a regular la posibilidad, tan presente en la práctica, de que varios sujetos presenten e interpongan un recurso de apelación en el plazo establecido para realizar dichas actuaciones. Ni siquiera cuando prevé la prohibición de *reformatio in peius*, sitúa como excepción de dicha prohibición el caso de interposición de diversas apelaciones, pues articula como única salvedad la formulación de una impugnación por el inicialmente apelado (art.465.4 *in fine* del proyecto remitido al Senado tras su aprobación por el Congreso)<sup>507</sup>.

Sin embargo, es posible afirmar que, en el fondo, nuestro legislador admite la tramitación conjunta de varios recursos de apelación interpuestos en tiempo y forma, pues el art.463.1 del Proyecto de L.E.C., remitido al Senado tras su aprobación en el Congreso, establece: “Interpuestos los recursos de apelación y presentados, en su caso, los escritos de oposición o impugnación (...)”. Parece extraerse que, al utilizar el término “recursos de apelación” en plural, se está pensando en la posibilidad analizada en esta sede.

A pesar de la supuesta aceptación, la falta de regulación plantea algunos problemas. Nada establece la nueva L.E.C. sobre si estos recursos deben resolverse en una única resolución o en sentencias diferentes, con lo que se tendrá que seguir la misma práctica forense aceptada actualmente: todas las apelaciones se resuelven mediante una sola resolución judicial. No parece razonable que una ley de nueva

---

<sup>505</sup> La S.T.S. de 26 de junio de 1954 (R.J.2024), expone que interpuesto recurso de apelación por las dos partes, la Audiencia Territorial dictó sentencia por la que resolvió todas las cuestiones planteadas.

<sup>506</sup> Igualmente, la S.A.P. de Barcelona, de 5 de marzo de 1994 (R.A.C.496) y la S.A.P. de Sevilla, de 7 de noviembre de 1995 (R.A.C.2040).

redacción mantenga estas lagunas, aunque la práctica de los Tribunales esté perfectamente consolidada.

#### **IV. ACTUACIONES DEL APELANTE Y DEL APELADO QUE PRODUCEN LA TERMINACIÓN ANORMAL DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

La terminación del proceso civil por voluntad de las partes se configura, en nuestro sistema procesal, como una de las manifestaciones del principio dispositivo. De esta forma, la parte activa puede desistir, apartarse del proceso o renunciar a la acción; la parte pasiva puede allanarse; ambas pueden transigir etc. Estas son formas no ordinarias de terminación del proceso ya que la forma usual de poner fin a un procedimiento y, como no, a un recurso, se entiende producida por medio de una resolución judicial que decida sobre el fondo de la cuestión litigiosa.

##### **1. DESISTIMIENTO.**

La L.E.C. de 1881 utiliza diferente terminología para calificar la actuación del apelante de poner fin a la apelación antes de que se haya terminado su tramitación. Ya se ha dicho que la voluntad del apelante de no personarse ante el órgano *ad quem* en el término del emplazamiento se denomina deserción, y es considerada como un desistimiento tácito. Pero hay otras formas de desistir del recurso aunque, a diferencia de la deserción, el apelante las realiza expresamente. Cuando esta voluntad se manifiesta ante el Juez *a quo*, la L.E.C. habla de desistimiento (arts.409 y 410); sin embargo, cuando tiene lugar ante el Tribunal *ad quem* nuestra Ley procesal civil lo califica de separación (arts.846 a 849). Después de analizar estos artículos se deduce que es indiferente la terminología usada para identificar estas actuaciones del apelante, ya que los requisitos y los efectos de estos institutos son muy parecidos, si no completamente idénticos. Lo que si sería interesante es unificar esta regulación, para evitar la dispersión

---

<sup>507</sup> Art.465.4 *in fine* “La sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado”.

normativa existente actualmente y las posibles confusiones que pueden darse a causa de la distinta terminología utilizada, porque en el fondo nos encontramos frente a la misma figura. Confusiones que pueden aumentar ya que los arts.409 y 410 son disposiciones comunes para todos los recursos, y los arts.846 a 849 se refieren sólo al recurso de apelación.

El desistimiento es la declaración de quien ha deducido una pretensión en un proceso, por la que expresa su voluntad de abandonarlo. Se define el desistimiento como, “la revocación de la petición de otorgamiento de tutela jurídica mediante examen de la sentencia impugnada que se presenta con la interposición del recurso”<sup>508</sup>. En términos del T.C., por otra parte:

*“(...) el desistimiento es una declaración de voluntad del actor en el proceso, por la que renuncia a la pretensión ejercitada, solicitando del Tribunal su retirada”; “se configura técnicamente como un acto que expresa la voluntad del demandante de abandonar el proceso y que por ello, como ha puesto de manifiesto este Tribunal, ha de tener su causa en una «voluntad expresa del actor del proceso de apartarse de él»”<sup>509</sup>.*

Cuando esta declaración de voluntad se manifiesta en el ámbito de los recursos produce una serie de peculiaridades que es necesario analizar.

### 1.1. El desistimiento de los arts.409 y 410 de la L.E.C.

Ambos artículos vuelven a poner de manifiesto la falta de sistemática de la Ley: regulan el desistimiento del recurrente sin haber establecido el desistimiento en general, sin haber previsto sus presupuestos, contenido y efectos, omisión que constituye una de las lagunas más significativas de nuestro sistema procesal. Será, pues, a partir de las prescripciones contenidas en estos artículos de donde se deducirán las normas fundamentales del desistimiento en general<sup>510</sup>. El mismo T.C. admite esta falta de regulación:

---

<sup>508</sup> ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.377.

<sup>509</sup> S.T.C. 95/1983, de 14 de noviembre; S.T.C. 21/1989, de 31 de enero; A.T.C. 349/1982, de 17 de noviembre; A.T.C. 31/1983, de 25 de enero; A.T.C. 560/1984, de 3 de octubre.

<sup>510</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1128, pone de manifiesto la importancia de estos artículos como reguladores del desistimiento del proceso en general.

*“Y aunque en ninguna de las leyes citadas (entre las que se encuentra la Ley de Enjuiciamiento Civil) se produzca una regulación sistemática y detallada del mismo (desistimiento), es evidente que, con base en tales preceptos y la jurisprudencia muy reiterada de los Tribunales ordinarios, existe fundamento suficiente para estimar que es una de las formas admitidas procesalmente para poner fin al proceso”<sup>511</sup>.*

El art. 409 establece: “El litigante que hubiere interpuesto una apelación o cualquier otro recurso podrá desistir de él ante el mismo Juez o Tribunal que hubiere dictado la resolución reclamada si lo verifica antes de haberse remitido los autos al Tribunal superior, o de que se le haya entregado la certificación o testimonio para interponer o mejorar el recurso”; “También podrá verificarlo después de haber recibido este documento si lo devuelve original, en prueba de no haber hecho uso de él ante el Tribunal superior”; “En los demás casos tendrá que hacerse el desistimiento ante el Tribunal que deba conocer del recurso”. El art.410 añade: “Para tener por desistido al recurrente será necesario que su Procurador tenga o presente poder especial, que el mismo interesado se ratifique en el escrito”; “Al tenerle por desistido se le condenará en las costas ocasionadas con la interposición del recurso”.

Puede plantear alguna duda la cuestión de ante quién debe efectuarse el desistimiento. Estos artículos regulan el desistimiento ante el Juez *a quo*, ya que el primero de ellos habla de “desistir ante el mismo Juez o Tribunal que hubiere dictado la resolución reclamada”, y éste, sin duda, es el *a quo*. Si bien, el último párrafo del art.409 de la L.E.C., especifica que también es posible el desistimiento ante el Tribunal que deba conocer del recurso (Tribunal *ad quem*), en artículos posteriores la L.E.C. (arts.846 a 849), regula de forma específica el desistimiento ante el Tribunal competente para resolver la apelación, aunque se utilice el término “separación”, por tanto, trataremos estas situaciones en apartados distintos. En este sentido, haciendo una interpretación analógica, es necesario precisar que, con carácter general, deberá desistirse ante el Juez o Tribunal ante quien penda la fase del procedimiento que se esté desarrollando cuando se produce el desistimiento.

---

<sup>511</sup> A.T.C. 349/1982, de 17 de noviembre y S.T.C. 31/1983, de 25 de enero.

El art.409 de la L.E.C., establece diferentes momentos para efectuar el desistimiento según se trate de apelaciones admitidas en ambos efectos o en uno sólo contra resoluciones definitivas, y las restantes admitidas en un efecto. En el primer caso, debe realizarse antes de haberse remitido los autos originales al órgano judicial superior. En el segundo, donde no se remiten los autos originales al órgano *ad quem*, sino que se entrega un testimonio de los mismos al recurrente para que se persone ante el superior con este documento mejorando la apelación, dicho recurrente puede desistir antes de que se le haya entregado el testimonio o certificación o, una vez recibido, si lo devuelve original, demostrando de esta forma que no lo ha utilizado. Como esta devolución tiene como único efecto probar que no se ha mejorado la apelación, si se demuestra que no se ha realizado dicha actuación, aunque sea por otro medio, también se considerará desistido el recurso. Nótese que se trata de momentos anteriores a la personación ante el Tribunal superior para mejorar o sustanciar la apelación. En los demás casos, el desistimiento se produce ante el Tribunal *ad quem* y está regulado en los arts.846 a 849 de la L.E.C..

En cuanto a los presupuestos necesarios para desistir, el art.410 de la L.E.C. prevé que sea el recurrente, como sujeto que ha interpuesto la pretensión, quien desista de la apelación o, de los recursos en general. Lo realizará por escrito, y hará constar con claridad y precisión su intención de abandonar el recurso. No obstante, exige un presupuesto específico, de gran interés, referente al poder de postulación cuya existencia se basa en el carácter extraordinario y dispositivo de este acto procesal. Normalmente, este poder se confía a un Procurador para que realice los actos procesales como representante de la parte ante el órgano judicial. La especialidad que ahora nos interesa es que el poder general para pleitos no autoriza para desistir. Es necesario que, o bien, en el poder se mencione expresamente esta facultad, o bien, que se otorgue poder especial al efecto, o bien, que el interesado se ratifique en el escrito de desistimiento<sup>512</sup>.

---

<sup>512</sup> No es necesario que en todos los casos se trate de un poder especial, sino que “basta que faculte expresamente al Procurador para desistir de los recursos de apelación, de casación o de queja que puedan interponerse o admitirse durante el pleito”, como afirma MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.216. En el mismo sentido, GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1134.

La S.A.P. de Valencia, de 12 de febrero de 1996 (R.A.C.375), no admite el desistimiento del apelante, porque la defensa presentó escrito desistiendo de la apelación, sin tener el Procurador poder especial y sin

La ratificación se efectúa en presencia del órgano judicial y no es necesario juramento, salvo cuando la Ley de Enjuiciamiento lo exija<sup>513</sup>. El T.C. ha manifestado, que la finalidad de este requisito es,

*“(...) poner de manifiesto la voluntad de quien es parte en el proceso evitándole perjuicios irreparables por una actuación inadecuada de su representante causídico. Lo que el legislador quiere, en el precepto más arriba invocado (art.410 de la L.E.C.), es en definitiva un mandato específico e individualizado para apartarse de un concreto pleito o instancia, aquí y ahora, no como un futurible sino como algo actual o presente y para ello pide un poder especial o la intervención directa del litigante mediante la firma del escrito en el cual se anuncia la decisión de desistir”<sup>514</sup>.*

Sin embargo, no se exige que el apelado consienta el desistimiento. Con la simple declaración de voluntad del apelante, emitida por su Procurador, facultado para ello, ya se entiende producido el desistimiento y firme la resolución recurrida<sup>515</sup>. Esta inexigencia de otorgamiento de consentimiento del apelado también se establece en el ordenamiento austríaco y ruso. Pero, el sistema procesal alemán de apelación exige que el apelado consienta el desistimiento del apelante<sup>516</sup>. Por contra, el derecho procesal español configura el desistimiento de la apelación, a diferencia del desistimiento del actor en primera instancia, como un acto procesal unilateral. Este carácter unilateral se sustenta en que el desistimiento lleva aparejada la firmeza de la resolución, con lo que el apelante no puede reproducir su pretensión desistida. Como se verá en su momento, en los casos de separación de la apelación ante el Tribunal *ad quem* si que se permite al apelado adherido oponerse al desistimiento. Pero esta oposición en ningún caso puede entenderse como una especie de falta de consentimiento al desistimiento, ya que el apelante desiste aunque haya oposición: la pretensión del apelante deja de ser el objeto del recurso, que ahora únicamente versará sobre lo que alegue el nuevo apelante (anterior apelado).

---

que hubiera ya tiempo material para que se ratificara personalmente la recurrente y se oyera a las partes apeladas; S.A.P. de La Coruña, de 3 de febrero de 1999 (R.A.C.192).

<sup>513</sup> Sin embargo, GUASP (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1369), expone que para ratificar el desistimiento es necesario juramento en el escrito, cosa que no es posible aceptar ya que la L.E.C. no lo exige expresamente.

<sup>514</sup> S.T.C. 2/1995, de 10 de enero.

<sup>515</sup> RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.714. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (con otros): *Los recursos en el proceso civil*, ob. cit., pág.229. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.229.

<sup>516</sup> ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.378.

Uno de los efectos inmediatos que produce este desistimiento es la firmeza de la resolución impugnada. Y de ahí nacen diferencias con respecto al desistimiento en primera instancia. Así, el desistimiento de la demanda ocasiona la extinción del proceso donde se produce. Pero este desistimiento en primera instancia afecta sólo a la pretensión deducida, no al derecho que le sirve de fundamento. De ahí que pueda hacerse valer una pretensión idéntica a la anterior en un nuevo proceso, fundamentándose en el mismo derecho<sup>517</sup>. Cuando se desiste de un recurso, sin embargo, no puede reproducirse la petición deducida en el mismo proceso, por el juego de la cosa juzgada formal, ni en un proceso distinto, porque opera la cosa juzgada material. La L.E.C. no establece expresamente estos efectos, pero se deducen del art.408 de la L.E.C. Como se ha señalado, “(...) el recurso no se puede interponer de nuevo, aunque el plazo no haya transcurrido. Es decir, que en los recursos, el desistimiento y la renuncia se confunden”, entendiendo por renuncia “(...) la declaración de que no se acudiría al recurso, formulada antes de recaer la sentencia de primera instancia, que pudiera impugnarse, o después. El efecto de la renuncia es contar ya anticipadamente con la firmeza de la sentencia”<sup>518</sup>. Así, se entiende que la renuncia se encuentra implícita en el desistimiento del recurso de apelación, pero no tiene la misma naturaleza jurídica. Para algún autor, el desistimiento en los recursos es distinto al realizado en primera instancia: “quien desiste en la segunda instancia no expresa una voluntad de que el proceso termine sin sentencia sobre el fondo (que, de ordinario, ya existe), carente de cosa juzgada material y reservándose, por tanto, la posibilidad de reiterar eficazmente una pretensión. El que desiste en la segunda instancia o en un recurso lo que expresa es su

---

<sup>517</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1133: esto es lo que diferencia el desistimiento de la renuncia. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS (con Miguel Ángel Fernández): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.436.

<sup>518</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.250. En el mismo sentido, ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.377. ORTELLS RAMOS, M. ((con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.306) se pronuncia en el mismo sentido, diciendo que cuando se habla de desistimiento de recursos, el término desistimiento es engañoso, ya que “El desistimiento del recurso ciertamente produce la terminación del proceso, pero haciendo firme la sentencia que había sido impugnada. Si esta sentencia era de fondo, existe, desde su firmeza, cosa juzgada y es inadmisibile un proceso posterior sobre el mismo objeto y entre las mismas partes. El efecto es, pues, completamente distinto del que normalmente se considera como propio del desistimiento y se aproxima en importancia práctica, aunque no en naturaleza jurídica, a la eficacia de la renuncia y el allanamiento. Obviamente si la sentencia impugnada fuera absolutoria en la instancia, el desistimiento del recurso no tendría aquel efecto, pero no es menos evidente que esto no se explicaría por el desistimiento, sino por la clase de sentencia”



voluntad de no impugnar la resolución recurrida, que, en consecuencia, deviene firme y, eventualmente, adquiere también fuerza de cosa juzgada material”<sup>519</sup>. Y según otro: “(...) a diferencia de la vía principal en primera instancia, que, una vez abierta por la citación del demandado, continúa su curso con independencia de la actividad de la parte, para que se mantenga la suspensión de la cosa juzgada formal producida por la interposición o la preparación del recurso, y con ello la instancia o fase que éste abre, se exigen actos sucesivos del recurrente”<sup>520</sup>.

Otro efecto previsto expresamente en la L.E.C., es la condena al recurrente en las costas producidas con la interposición del recurso. Al no llegar el procedimiento a una decisión ordinaria por voluntad del recurrente, a él debe corresponderle el abono de los gastos causados, al ser quien los ha ocasionado. Estas costas comprenden desde el escrito de interposición de la apelación hasta la providencia teniendo por desistido al apelante. Se configura como una regla especial de condena en costas que excepciona las facultades discrecionales de los Jueces en esta materia.

## 1.2. El desistimiento o separación de los arts.846 a 849 de la L.E.C.

Estos artículos regulan el procedimiento que ha de seguirse en el caso de separación del apelante, es decir, cuando se desiste de la apelación ante el Tribunal *ad quem*. En tal sentido, el art.846 de la L.E.C. establece que esta separación la puede realizar el litigante que haya interpuesto la apelación (apelante o recurrente), “en cualquier estado de la segunda instancia”. Sin embargo, la separación sólo puede producirse desde la personación del apelante ante el órgano funcionalmente competente para resolver el recurso, hasta el inicio del plazo para dictar sentencia en segunda instancia<sup>521</sup>. El mismo artículo prevé los presupuestos necesarios para que dicha

---

<sup>519</sup> ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS (con Miguel Ángel Fernández): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.439.

<sup>520</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.462.

<sup>521</sup> La S.A.P. de La Rioja, de 6 de junio de 1995 (A.C., 15 de noviembre de 1995,@1790), pone en tela de juicio esta regla, aunque no llega a dar una solución: “Aun cuando el artículo 846 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señale que en cualquier estado de la segunda instancia podrá separarse de la apelación el litigante que la haya interpuesto, no parece del todo procedente que esta facultad se utilice “in extremis” en el acto de la vista del recurso, diligencia eminentemente oral, cuando la Ley hable expresamente de “escrito de desistimiento”; en cualquier caso la admisión o inadmisión de esta

separación tenga efectividad práctica: “Para tenerle por separado, será necesario que el Procurador presente poder especial, o que el litigante interesado se ratifique con juramento en el escrito”. También establece uno de los efectos de la separación, como es la condena al apelante al pago de las costas causadas por este motivo a la parte contraria.

Como es obvio, este presupuesto y efecto son los mismos que en el desistimiento ante el Juez *a quo*. Es incomprensible que existan varios preceptos que reiteren los mismos postulados, cuando con el establecimiento de una regulación común sobre el desistimiento en el recurso de apelación bastaría para establecer esta figura. De esta forma también se eliminarían los defectos de sistemática de la L.E.C. en esta materia.

Asimismo, en relación al presupuesto del poder de postulación existe una pequeña diferencia respecto al desistimiento de los arts.409 y 410 de la L.E.C.: en el caso de ratificación en el escrito es necesario que el apelante preste juramento. No sabemos cual es la razón para exigir en este caso juramento cuando en el supuesto anterior no es necesario, ya que ambos son casos de desistimiento. No obstante, esta exigencia obedece a la misma finalidad: “el desistimiento o separación del recurso entraña una auténtica renuncia de derechos, no siendo atendible en tal caso la solicitud verbal del Letrado de la parte recurrente, sin el concurso del litigante interesado o del Procurador especialmente apoderado para desistir en estas circunstancias”<sup>522</sup>. Por lo tanto, se puede aplicar a este requisito todo lo dicho al respecto en el desistimiento ante el Juez *a quo*.

La separación se origina, únicamente, cuando el litigante que formuló la apelación manifiesta su voluntad de no continuar con su tramitación. Se configura como un desistimiento, principalmente, expreso. Una cuestión no prevista por la L.E.C. es si puede este desistimiento ser parcial, esto es, respecto de una parte del objeto litigioso, o únicamente puede ser total. Si bien algún autor admite la posibilidad de que el apelante desista una parte del recurso, continuando la apelación en la restante<sup>523</sup>, a tenor de otras

---

*pretensión en ningún caso ha de dilatar la conclusión del proceso en su segunda instancia, cuando se produce en su último acto previo a la sentencia o auto definitivo. Esta supuesto incorrección del desistimiento, fue ya recogida por nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de julio de 1907”.*

<sup>522</sup> S.A.P. de La Rioja, de 6 de junio de 1995 (A.C., 15 de noviembre de 1995, @1790).

<sup>523</sup> ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.377.

opiniones: “el hecho de que el abogado apelante trate *in voce*, en el acto de la vista, sólo algunas de las cuestiones planteadas en el proceso, sin aludir a las demás, no puede considerarse como un desistimiento tácito respecto a éstas”<sup>524</sup>. En este sentido, la mayoría de la jurisprudencia entiende que no se produce desistimiento cuando el apelante, simplemente, limita las peticiones que en un inicio planteó en apelación<sup>525</sup>. No obstante, el T.S. no es unánime al respecto: la S.T.S. de 17 de julio de 1981, admite que concretar los pronunciamientos apelados en la vista del recurso es un desistimiento<sup>526</sup>. Parece más plausible la primera postura, por que con dicha actuación el apelante sólo determina, con mayor precisión, el objeto de la apelación, pero no desiste de ella ya que continúa su tramitación.

El desistimiento puede ser tácito si se deduce de actuaciones voluntarias del apelante. Así lo reconoce el T.S.,

*“(…) al revocar espontáneamente los poderes que hubiera otorgado a un Procurador, sin sustituir por otro, dejó en absoluto desierta la mencionada instancia, únicamente por el mismo sostenida, no habiendo, como no había, términos hábiles dentro de la ley para continuarla sin la presencia del apelante debidamente representado en todos los momentos de su sustanciación. Tal caso, racional y lógicamente apreciado, debe equipararse al de desistimiento voluntario, ya que sólo la voluntad del apelante, y no circunstancia alguna extraña al mismo, fue la*

---

<sup>524</sup> NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.891. Para fundamentar esta postura señala la S.T.S. de 3 de noviembre de 1905, “la cual no reconoció carácter de desistimiento a la solicitud verbal de un letrado formulada en la vista, por no hallarse autorizada por el litigante”.

<sup>525</sup> S.T.S. de 3 de marzo de 1931 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal supremo*, ob. cit., pág.6092); A.T.S. de 11 de abril de 1995 (R.J.10032); S.T.S. 18 de febrero de 1997 (R.J.1427), entre otras.

También lo consideran las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Murcia, de 3 de mayo de 1993 (R.A.C.1840), que en un juicio de cognición no se expresaron los motivos que fundamentan el recurso en el escrito de interposición, manifestando, “*Al no hacerlo así, priva a esta Sala de conocer las razones del recurso, aunque no por ello deba confirmarse sin más la sentencia, no equivaliendo esa falta de fundamentación a un desistimiento tácito, como tampoco lo es la no comparecencia a informar ante la Sala en los recursos de apelación en los que se celebra vista*”.

<sup>526</sup> S.T.S. de 17 de julio de 1981 (R.J.3079): “*(…) si bien es cierto que el ahora recurrente era apelante sin limitaciones, en el acto de la vista concretó la apelación, exclusivamente, al pronunciamiento relativo al pago de los intereses, haciendo uso de la facultad que el artículo 409 de la L.E.C. otorga al litigante que haya interpuesto una apelación para desistir de ella en cualquier estado del pleito, pudiendo, como hizo el recurrente, limitarla a determinados extremos del fallo recurrido, por lo que, y así lo dice la Sentencia de 28 de febrero de 1957 (Ar.734), corroborando lo afirmado en otras varias, entre las que destaca por su claridad la más antigua de 9 de octubre de 1889, es dable desistir “in voce” de los extremos que, al que recurrió en cuanto a la totalidad del fallo, interese (…)*”.

*determinante del acto. Aceptando esta doctrina, no se infringen los arts. 1 y 4 del C.C. y 846 L.E.C.*<sup>527</sup>.

En este supuesto existe desistimiento tácito porque afecta a uno de los requisitos necesarios para entender producida la separación, como es el poder especial del procurador o ratificación en el escrito. Pero, como se ha expuesto anteriormente, no debe olvidarse, que la falta de asistencia de Letrado en la vista no puede considerarse como desistimiento tácito, al no cumplirse, precisamente, los requisitos de poder especial o ratificación.

Por su parte, los arts. 847, 848 y 849 de la L.E.C. prevén las actitudes que puede adoptar el apelado ante la separación del apelante. Según el art. 847 de la L.E.C., “Dentro de los tres días siguientes al de la entrega de la copia del escrito separándose de la apelación, podrá el apelado impugnar esta pretensión por insuficiencia de poder o por falta de capacidad en el litigante, cuyas faltas, siendo ciertas, acordará la Audiencia que se subsanen en un breve plazo que señalará para ello”; “Transcurrido este plazo sin haberlo verificado, seguirá su curso la sustanciación de la segunda instancia, si así lo solicita el apelado”. Este artículo permite por tanto al apelado impugnar la separación cuando el Procurador no tenga poder especial, o no se haya incorporado una cláusula específica al efecto en el poder general para pleitos, o el litigante no se ratifique con juramento en el escrito de separación. Lo mismo podrá hacer cuando el apelante tenga capacidad para separarse por no estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. No obstante, estas faltas son subsanables mediante la presentación de un nuevo poder, con la ratificación del interesado en el escrito de separación o supliendo la falta de capacidad.

El art. 848 de la L.E.C. establece que si las faltas se subsanan dentro del plazo o el apelado no se opone a la separación del apelante, la Audiencia debe acceder a la petición del recurrente, sin más trámites y sin ulterior recurso. Se regulan también los efectos de esta declaración: se condena al pago de las costas al apelante; la resolución apelada deviene firme; y se comunica al Juez inferior, con devolución de los autos en su caso. Estos efectos son idénticos para cualquier clase de desistimiento, cosa que vuelve

---

<sup>527</sup> S.T.S. de 9 de abril de 1907 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág. 6091). También, la S.T.S. de 11 de noviembre de 1912 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del*

a poner de manifiesto la falta de una regulación general del desistimiento en la L.E.C., que contribuya a eliminar las reiteraciones innecesarias que complican, aún más, la regulación de la apelación.

Por último, el art.849 de la L.E.C. regula el derecho adquirido por el apelado adherido, de oponerse a la terminación de la apelación causada por la separación del apelante. Este derecho se funda en el perjuicio que causa al apelado la resolución recurrida, que no apeló por evitarse las molestias y los gastos de la segunda instancia, creyendo que su contrario también se conformaría, pero que ante la apelación del apelante reconsidera su posición interesándole interponer su propio recurso. Para esto está pensada la figura de la adhesión a la apelación, que se concibe, como se ha visto, como un recurso autónomo al primero, por lo que se concede al apelado adherido la facultad de pedir la continuación de la apelación en caso de separación del apelante inicial. Se establece así que “si el apelado se hubiere adherido a la apelación, y por este motivo, dentro de los tres días señalados en el artículo 847, se opusiere a que se dé por terminada la segunda instancia, la Audiencia tendrá por separado al apelante con las costas hasta entonces causadas, y mandará seguir la sustanciación del recurso para resolver sobre los extremos de la sentencia a que se refiere la adhesión del apelado”; “lo mismo se practicará si éste manifestase dentro de dicho término que se adhiere a la apelación, en el caso de que la separación del apelante haya tenido lugar antes del período del juicio en que puede utilizarse aquel recurso, según los artículos 858 y 892”. Desde el momento en que se produce esta situación, el inicial apelado debe ser considerado como apelante, a todos los efectos, y el primer apelante como apelado.

De esta forma, no sólo se permite al adherido oponerse a la separación del apelante para que continúe el recurso por él interpuesto mediante la adhesión, sino que también se acepta que el apelado, no adherido porque no ha llegado el momento procesal oportuno para ello, se oponga a la separación presentando su adhesión, dentro de los tres días siguientes al de la entrega de la copia del escrito del apelante separándose de la apelación. En este caso, la adhesión a la apelación no sólo encuentra su fundamento en el perjuicio causado por la resolución del Juez *a quo*, que el apelado

---

*Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6092).

habría aceptado si la parte contraria no hubiera interpuesto la apelación. La adhesión a la apelación tiene, además, otro fundamento: evitar la interposición de un recurso de apelación de forma frívola, sin pensar en las consecuencias que puede tener dicha presentación o con un interés, meramente, dilatorio. Esta figura hace reflexionar al potencial apelante antes de interponer su recurso, ya que la apelación no terminará cuando él desee, porque siempre cabe la posibilidad de que, ante su separación, el apelado se adhiera al recurso haya llegado o no el momento procesal oportuno para ello.

Cabe reiterar que esta oposición del apelado por medio de la adhesión no otorga un carácter bilateral a la separación. No es necesario el consentimiento de apelante y apelado para que la separación del apelante produzca sus efectos. Con la simple presentación del escrito de separación se pone fin al recurso interpuesto por el apelante, y el único efecto que produce la oposición del apelado es la continuación de su recurso. La separación a la apelación, como forma de desistimiento, se produce aunque el apelado no se oponga.

La posibilidad concedida al apelado adherido en el momento de la separación o que se adhiera después de la misma, en el plazo establecido en el art.849, es totalmente improcedente. Según un autor, “esta concesión es totalmente equivocada, pues la apelación adhesiva supone, por definición, una apelación principal, causa y razón de ser de la apelación accesoria, que se autoriza al que no utilizó el plazo normal para interponer el recurso originario. Mantener la apelación adhesiva aun habiendo desaparecido la apelación principal es, por supuesto, una contradicción teórica y un grave inconveniente práctico. En el caso de separación de la apelación por parte del apelante originario, debería decaer la apelación adhesiva, y, si no la formulada ya con anterioridad, por supuesto la que todavía no se ha formulado, sin anticipación de trámite, que realmente convierte la falsa apelación adhesiva en una censurable apelación principal tardía”<sup>528</sup>.

---

<sup>528</sup> GUASP DELGADO, J.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1370.

En nuestra opinión, no es posible estar de acuerdo con estas afirmaciones, ya que, como se verá detalladamente al hablar de la adhesión, esta se concibe como un recurso autónomo al principal.

Queda aún una pregunta por contestar: ¿Podrá el apelado, en cualquier desistimiento, oponerse a que se tenga por desistido al apelante, y pedir la continuación de la apelación interpuesta por él?. Ya hemos dicho que sólo en el caso del art.849 de la L.E.C., esto es, en el de separación o desistimiento durante la tramitación de la segunda instancia ante el Tribunal superior, la L.E.C. permite la oposición del apelado adherido a la separación del apelante. No se sabe por qué dicha facultad no se concede en los casos de deserción por falta de personación del apelante o en los de desistimiento regulado en los arts.409 y 410 de la L.E.C. ante el Juez *a quo*, ya que en todos ellos se considera producido un desistimiento del recurso. En todo caso, es necesario tener presente que este desistimiento no es equiparable al producido en primera instancia. Éste último consiste en un desistimiento de la demanda produciendo el fin del proceso. En cambio en la apelación lo que se produce es un desistimiento del recurso causando el fin del mismo, pero manteniéndose la resolución de primera instancia que adquiere firmeza. Sigue sin ser posible equiparar el desistimiento de la demanda con el desistimiento del recurso.

Parece que el motivo por el que en los supuestos de desistimiento en la apelación diferentes de la separación (deserción y desistimiento ante el Juez *a quo*), no se prevé esta oposición es por que no hay apelado adherido, ya que éste, cuando se producen estos desistimientos, aún no se ha personado ante el Tribunal *ad quem* ni ha presentado su adhesión.

Aquí puede plantearse un problema ante el hecho de que la resolución recurrida también pueda perjudicar al apelado, que no ha interpuesto apelación confiando en la facultad de adhesión que la Ley le otorga si la otra parte presenta recurso. No habiéndose llegado al momento procesal oportuno para adherirse a la apelación, ¿cómo puede alegar su perjuicio en estos casos donde la parte contraria ha interpuesto recurso pero ha desistido antes de realizarse la adhesión?. Pues bien, según la L.E.C. si el

apelante desiste ante el Juez *a quo* o no se persona ante el *ad quem*, el apelado no podrá oponerse al desistimiento, terminando la apelación y quedando firme la resolución recurrida. En cambio, si el apelante se separa de la apelación, el apelado puede oponerse.

La razón de no permitir la oposición del apelado al desistimiento ante el Juez *a quo* o a la deserción por no ser posible la adhesión del mismo, cae por su propio peso en los juicios verbal y de cognición. En estos procedimientos ordinarios la adhesión a la apelación del apelado se produce ante el Juez *a quo*: una vez admitida la apelación, el Juez que ha dictado la resolución recurrida concede un plazo a las partes apeladas para que, por escrito, contesten los motivos de impugnación alegados por el apelante y formulen, si les interesa, adhesión a la apelación. De esta forma, si el desistimiento del apelante se produce después de este momento, ¿por qué no se permite la oposición del apelado?.

Además, el segundo apartado del art.849 de la L.E.C. admite que el apelado se oponga a la separación del apelante sin estar adherido a la apelación, cuando efectúe dicha adhesión dentro de los tres días siguientes al de la entrega de la copia del escrito separándose de la apelación, siempre que el mencionado desistimiento se haya producido antes del momento procesal oportuno para adherirse. ¿Por qué no se utiliza este mecanismo en el desistimiento de los arts.409 y 410 de la L.E.C. y en la deserción?. Existen, pues, muchas preguntas sin respuesta legal.

En efecto, no podemos entender cuáles son las razones del legislador para admitir la oposición en caso de separación, permitiendo continuar la tramitación del recurso, y no hacerlo en los otros desistimientos. Frente al consejo de algún renombrado comentarista para que todo perjudicado por una resolución interponga siempre recurso de apelación, “si no quiere exponerse a que, desistiendo de la apelación su contrario, queda aquélla firme en todos sus extremos”<sup>529</sup>, no nos parece lógica tal recomendación, porque entonces se vaciaría de contenido la adhesión a la apelación, convirtiéndose en un instituto innecesario que no se utilizaría en la práctica.

---

<sup>529</sup> ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.377.



La solución más acertada sería, por tanto, permitir la oposición del apelado en todos los casos de desistimiento de la parte contraria, siempre que acredite que está interesado en la continuación de la apelación por sufrir un perjuicio que, llegado el momento oportuno, podría justificar su adhesión a la apelación. Es decir, extender la regulación del segundo apartado del art.849 de la L.E.C. a cualquier supuesto de desistimiento del apelante.

En contra de esta solución se podría argumentar, que si el apelado perjudicado sólo se adhiere porque la otra parte ha interpuesto recurso en tanto sí no lo hubiera interpuesto estaría conforme con la resolución recurrida; una vez ha terminado el recurso por desistimiento del apelante, ya no tiene sentido su oposición. Es necesario, pues, distinguir dos momentos procesales diferentes: a) antes de la admisión de la apelación por el Juez *a quo*, aunque es posible el desistimiento en virtud del art.409 de la L.E.C., parece que no tiene sentido permitir la adhesión del apelado en los tres días siguientes al de presentación de la copia de desistimiento del apelante, porque su actuación ha sido prácticamente nula; en cambio, b) una vez admitido el recurso por el órgano *a quo*, parece razonable darle al apelado dicha oportunidad, pues ya se le han dirigido algunas actuaciones y puede tener interés en la continuación de la apelación con base en la alegaciones que él formule. Además, el mismo argumento crítico se puede utilizar en los casos de separación ante el Tribunal *ad quem*, pues también se pone fin al recurso, y dicha crítica no se realiza por ser un supuesto regulado en la L.E.C..

En realidad, se trata de admitir la adhesión del apelado o la interposición de su propio recurso, durante los tres días siguientes a aquél en que se entregue al apelado copia del escrito de desistimiento del apelante, ya sea un caso de deserción, de desistimiento regulado en los arts.409 y 410 de la L.E.C. o de separación de la apelación, siempre que el Juez *a quo* haya admitido el recurso de apelación. Por eso, se debe partir del fundamento de la adhesión para justificar dicha posibilidad: el posible gravamen que produce al apelado la resolución de primera instancia, que habría aceptado si el apelante no hubiera interpuesto la apelación; y evitar la interposición de

este recurso de forma frívola, sin sopesar las consecuencias que puede producir esta actuación o con fines dilatorios.

Esta actuación no da al desistimiento un carácter bilateral, pues el mismo se produce de todos modos, aunque el apelado no se oponga. Propiamente no es una oposición sino la facultad concedida al apelado de interponer su propio recurso mediante la adhesión a la apelación. Esta posibilidad se funda, por tanto, en los intereses que puede tener el apelado en la continuación de la apelación. Estos intereses pueden consistir en el perjuicio social, económico o personal que le ha podido irrogar la presentación del recurso de apelación.

## 2. LA RENUNCIA EN APELACIÓN.

La renuncia también ocasiona la terminación “anormal” del proceso, pero a diferencia del desistimiento, tiene por objeto el derecho a una tutela jurisdiccional concreta y produce la terminación con una sentencia desestimatoria que adquieren valor de cosa juzgada.

Cuando esta renuncia se realiza en el recurso de apelación, la doctrina distingue dos supuestos<sup>530</sup>:

- 1.- Si la resolución de primera instancia estimó la pretensión del demandante y fue recurrida por el demandado, es plenamente eficaz la renuncia del actor en fase de impugnación terminándose de esta forma el recurso y el proceso. En este caso, el demandante no renuncia al recurso de apelación, pues él no lo ha interpuesto, sino que renuncia a la tutela concedida con la resolución dictada en primera instancia, a su derecho subjetivo.
- 2.- Si, por el contrario, la sentencia desestimó la pretensión del demandante y es impugnada por el actor, su renuncia se puede considerar como un desistimiento. Si el apelante es el demandado y como tal pretende abandonar el recurso, es

---

<sup>530</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.299. DE LA OLIVA SANTOS, A. (con Miguel Ángel Fernández): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.432.

posible deducir que estamos ante la figura del desistimiento en apelación. Sin embargo, no podemos calificar estas situaciones de desistimiento, por el simple hecho de que la L.E.C. no prevé la renuncia del apelante. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no contempla expresamente la renuncia a la acción del actor y apelante, pero puede definirse como la manifestación de voluntad del actor ante el Tribunal, con la que expresa que abdica de su pretensión, la abandona o se desentiende de ella por mediar alguna causa jurídica o moral. De esta forma, la renuncia se distingue del desistimiento en que afecta a la acción y al correlativo derecho, mientras que el desistimiento sólo afecta al proceso pendiente, a la litispendencia iniciada. El desistimiento no exige sentencia, por el contrario la renuncia exige sentencia absolutoria. La renuncia es, pues, un acto unilateral que exige para su admisión: que el derecho sea renunciabile (art.6.2 del C.C.); y que no ocasione perjuicio para tercero<sup>531</sup>.

### 3. ALLANAMIENTO.

No es posible equiparar la falta de personación del apelado con la figura del allanamiento, pues, este último, ha de ser en todo caso expreso. Como se afirma, el allanamiento, al igual que la renuncia, ha de ser expreso y, salvo algún caso especial (cfr. art.1541 L.E.C.), no se puede deducir ni de la incomparecencia ni del silencio del demandado ante la demanda<sup>532</sup>.

Respecto al allanamiento se discute además si puede tener lugar en segunda instancia. Un grupo de autores entienden que no es posible, ya que en la apelación no se permite introducir nuevas pretensiones y, por lo tanto, falta el objeto propio del

---

<sup>531</sup> S.A.P. de Cádiz, de 1 de diciembre de 1995 (A.C., @386, 31 de marzo de 1996): en esta sentencia, la causa que fundamenta la renuncia de la acción de divorcio por parte del apelante, es su voluntad de reconciliarse con su esposa: *"En un proceso de divorcio como el entablado cabe tanto el desistimiento como la renuncia de la acción, más como quiera que nos hallamos ante la segunda instancia, mientras que el desistimiento del recurso conlleva la inmediata firmeza de la resolución recurrida (art.848 L.E.C.), en este caso, sentencia declarativa de divorcio; la renuncia a la acción conlleva un pronunciamiento desestimatorio de la pretensión del actor y consiguientemente la revocación de la sentencia"*. La S.A.P. de Barcelona, de 15 de abril de 1998 (R.A.C.4527), permite la renuncia de acciones en cualquier estado del juicio y contempla un supuesto en el recurso de apelación.

<sup>532</sup> ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS (con Miguel Ángel Fernández): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.434.

allanamiento, al constituir una declaración de voluntad del demandado donde muestra su conformidad con la pretensión del actor<sup>533</sup>. Así, se deduce que los problemas pueden surgir respecto al demandado, tanto si es apelante como apelado, ya que el actor nunca se conformará con la demanda.

Sin embargo, consideramos más acertada la tesis que distingue dos situaciones: si el demandado es recurrente y abandona el recurso, esto no es allanamiento sino desistimiento, por la posición de atacante que ocupa, siendo un efecto inmediato la firmeza de la resolución apelada. Por el contrario, si ocupa la posición de apelado, al haber presentado el actor recurso de apelación por ser la sentencia desestimatoria de la demanda, es difícil que si no se ha allanado en primera instancia lo haga en la segunda, y más cuando dispone de una resolución que le es favorable o, al menos, más gravosa para su adversario. Pero, si el demandado se desentiende de la sustanciación del recurso y se aquieta a la petición del apelante, presentando un escrito donde se allana admitiendo su pretensión, estamos ante un allanamiento con sus efectos propios (la alteración en su perjuicio del fallo apelado), pues el pronunciamiento aún no ha alcanzado firmeza.

El allanamiento es un acto de disposición y por tanto se puede realizar tanto en primera como en segunda instancia, siempre que sea expreso y lo realice la parte demandada y recurrida<sup>534</sup>. Si el apelado es el actor y pretende admitir la pretensión del apelante-demandado, no se tratará de un allanamiento, sino, como ya se ha señalado, de una renuncia.

---

<sup>533</sup> MUÑOZ ROJAS, F.J.: *El allanamiento a la pretensión del demandante*, Pamplona, 1958, págs.101 y 102. MÁRQUEZ ROMERO, P.: *El allanamiento en el proceso civil*, ed. Comares, Granada, 1992, págs.130 y 131; señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 7 de febrero de 1975, afirmando “se analiza un escrito presentado en la alzada por la parte apelada, “afirmando no tener inconveniente alguno en la revocación de la sentencia apelada y hallarse dispuesto al otorgamiento de la escritura pública que de contrario se solicita”. Con acierto resolvió la cuestión la Audiencia, estableciendo que el escrito y conformidad presentadas “no pueden ser los de un allanamiento”, sin perjuicio de que dicho demandado se avenga extrajudicialmente a las pretensiones del actor, considerando precluida la posibilidad de allanamiento puesto que “nos encontramos en segunda instancia, o sea, fuera del tiempo establecido para la formulación de las declaraciones de las partes y no se ha llegado nunca a la admisión de tal figura en el trámite de apelación””. Este mismo autor considera que si es el apelado el que se somete a la pretensión del apelante, nunca es un allanamiento, sino que se trata de un compromiso o convenio entre los litigantes.

#### 4. TRANSACCIÓN.

La regulación de la transacción en nuestras Leyes procesales ha sido prácticamente nula, sobre todo en lo referente a sus efectos jurídicos<sup>535</sup>. Esta forma de terminación anormal del proceso también depende de la voluntad de las partes, aunque en este caso es necesaria la de ambas. Podemos definir la transacción como un negocio jurídico bilateral, por el cual las partes ponen fin a un proceso o evitan su inicio<sup>536</sup>. Al hablar de proceso en general, vemos que la transacción también puede operar en materia de recursos, y, concretamente el de apelación, ya que la sentencia aún no es firme y el litigio subsiste<sup>537</sup>.

Se trata de un verdadero negocio jurídico, y, concretamente, de un contrato, puesto que se desarrolla mediante declaraciones de voluntad privadas que inmediatamente producen efectos. En un inicio, son declaraciones de voluntad contrapuestas que, progresivamente, se van acercando hasta llegar a un acuerdo que soluciona el litigio. Por estas razones, algún sector doctrinal afirma que la transacción tiene una naturaleza material y nunca procesal<sup>538</sup>. Sin embargo, la doctrina mayoritaria la califica de material o procesal en función de la clase de transacción: si es una transacción extrajudicial, tendrá naturaleza material; si se trata de transacción judicial, su naturaleza será procesal<sup>539</sup>.

---

<sup>534</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Clomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.295. SALAS CARCELLER, A.: *Algunas consideraciones sobre la vista...*, ob. cit., pág.114.

<sup>535</sup> La regulación más amplia la realizan los arts.1809 a 1819 del Código Civil. La L.E.C. sólo efectúa escasas referencias en los arts.692.II, 1464.9ª, 1241 y 1360.

<sup>536</sup> El art.1809 del Código Civil da el concepto de transacción: “contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo, cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”. Según ORTELLS RAMOS (*Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.300), la transacción es “un negocio jurídico bilateral, mediante el que las partes sacrifican recíprocamente intereses implicados en una situación litigiosa, con la causa de extinguir ese estado de litigiosidad”. Para GUASP (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.551) la transacción es “un negocio jurídico, por virtud del cual dos o más personas, mediante concesiones recíprocas, ponen fin a un pleito ya comenzado”.

<sup>537</sup> Se deduce del art.1819 del Código Civil.

<sup>538</sup> GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.551 y 552, donde afirma, “dentro de nuestro derecho positivo, pese a su nombre, la transacción judicial no tiene, en ningún caso, carácter procesal”.

<sup>539</sup> Todo esto lo pone de manifiesto PELÁEZ, F.J.: *La transacción. Su eficacia procesal*, ed. Bosch, Barcelona, 1987, págs.85 y ss. Este autor afirma que la doctrina, de forma unánime, considera que la transacción extrajudicial tiene carácter material: GÓMEZ ORBANEJA (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.407) dice, “la transacción extrajudicial tiene puro carácter material. Pero procesalmente le alcanza un efecto que fue el originario (desde el proceso formulario romano): la *exceptio pacti*, o excepción de transacción”; RAMOS MÉNDEZ (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.635) afirma, “la transacción

En nuestro sistema procesal, no es posible que las partes en un proceso realicen un convenio previo donde acuerden no interponer recurso de apelación, ya que la interposición de los recursos legalmente establecidos se consagra como un derecho fundamental, constitucionalmente reconocido en el art.24.1 de la C.E., e irrenunciable por los litigantes. Sólo una vez iniciada la apelación, las partes pueden solucionar su controversia a través de la transacción.

El objeto de la transacción ha de ser lícito, transigible, que no afecte al orden público y que no se deduzca en procesos donde no rige el principio dispositivo.

De la definición transcrita podemos extraer dos tipos de transacción, la judicial y la extrajudicial. Trataremos cada una de ellas por separado para ir analizando sus incidencias en el ámbito de los recursos.

#### 4.1. Transacción judicial.

La transacción judicial es la que se somete al órgano jurisdiccional. El contrato entre las partes se realiza pendiente el proceso, dentro de las actividades del mismo o se presenta ante el Juez para que lo apruebe. El efecto inmediato de esta transacción es poner fin al proceso, aunque sin sentencia, ya que el litigio lo han resuelto directamente las partes mediante la transacción y no el órgano judicial<sup>540</sup>. Cuando la transacción

---

extrajudicial tiene un carácter extraprocesal y es un contrato o negocio jurídico de derecho privado”. Respecto a la transacción judicial, las opiniones son más diversas: como hemos dicho, GUASP (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.551 y 552) le atribuye una naturaleza material; GÓMEZ ORBANEJA (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.407) habla de la doble naturaleza material-procesal, ya que los efectos se producen tanto en la relación material como en el proceso; RAMOS MÉNDEZ (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.635) dice, “la transacción judicial es una acto procesal”. Consideramos más acertada la postura de PELÁEZ, F.J.: “para nosotros no cabe duda de que en este caso la transacción tiene carácter procesal, puesto que es un acto más de esta naturaleza que las partes realizan, se incorpora al proceso y produce efectos inmediatos en el mismo: ponerle fin”.

<sup>540</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A. (con Miguel Ángel Fernández): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.368, “(...) la transacción judicial supone, ante todo, un negocio jurídico material, que, no sólo, como se ha dicho, se documenta en un acta mediante el correspondiente acto procesal, sino que ha de ser homologada por el Tribunal (comprobación de los requisitos y presupuestos formales y materiales), con la consecuencia inexorable de una resolución judicial (un auto, a nuestro entender) que recoge los pactos transaccionales, les confiere fuerza ejecutiva y dispone sin posibilidad de recurso alguno, el sobreseimiento del proceso”. PELÁEZ, F.J.: *La transacción...*, ob. cit., pág.67.

judicial se produce en el recurso de apelación, la resolución interlocutoria que la pone de manifiesto, además de poner fin al proceso, debe anular la resolución judicial de primera instancia, ya que si no ésta alcanzaría firmeza y sería ejecutable.

Por otro lado, el auto que pone fin al proceso por transacción judicial vale como título ejecutivo (art.1816 del Código Civil).

#### 4.2. Transacción extrajudicial.

Esta clase de transacción se puede producir antes del proceso, para evitarlo, o pendiente el mismo, para ponerle fin. Sin embargo, siempre se realiza fuera de la actividad del procedimiento, de modo que, como tal transacción, no tiene efectos directos sobre el desarrollo y terminación del juicio. Por lo tanto, se negocia y concluye fuera del pleito, e influye indirectamente en la terminación del proceso mediante el desistimiento, el allanamiento, la renuncia o la caducidad. Esta forma de terminación anormal del proceso es la que se utiliza más en la práctica, aunque siempre canalizada por medio de las otras figuras<sup>541</sup>. Es su carácter bilateral lo que la distinguen de aquéllas.

Sin embargo, cuando la transacción extrajudicial se produce en el recurso de apelación, existe un nuevo elemento a tener en cuenta que no aparece cuando se transige en la primera instancia: la existencia de una resolución judicial definitiva que adquiere firmeza y es ejecutable si se utiliza el desistimiento, el allanamiento o la caducidad para canalizar la transacción extrajudicial. Únicamente si se emplea la renuncia se obtiene una sentencia desestimatoria de la acción, absolviéndose al demandado. Así, salvo en los casos de renuncia, no es suficiente con poner fin al proceso para que la transacción extrajudicial en apelación produzca sus plenos efectos, sino que, además, debe buscarse algún mecanismo para evitar la firmeza de la resolución judicial dictada por el Juez *a quo*. Si esto se pretende mediante la homologación del órgano judicial, la transacción pasa a ser judicial.

---

<sup>541</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A (con Miguel Ángel Fernández): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.440. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., págs.300 y 301. PELÁEZ, F.J.: *La transacción...*, ob. cit., pág.60.

Tiene poco sentido, pues, utilizar la transacción extrajudicial en el recurso de apelación para poner fin al proceso, ya que hay una resolución de primera instancia que adquiere firmeza y se puede ejecutar.

De todos modos, si las partes deciden utilizar la transacción extrajudicial en apelación, pueden incluir una cláusula que especifique que el proceso termina por desistimiento o allanamiento con la finalidad de hacer efectivo el pacto transaccional, y no para que la resolución de primera instancia alcance firmeza. En estos casos, si una de las partes rompe el pacto y pretende la ejecución de la sentencia, la otra parte puede oponerse a la ejecución, ya que la mencionada cláusula produce la extinción sobrevinida de los derechos que otorga la resolución judicial: hay un pacto que prevalece. Pero, si a pesar de la existencia de una resolución dictada por el Juez de Primera Instancia, las partes realizan una transacción extrajudicial sin incluir dicha cláusula, la ruptura del pacto por una de las partes solicitando la ejecución no otorga a la otra la posibilidad de oponerse, continuando dicha ejecución. Las partes podrán exigirse lo que han pactado en otro proceso, pero no podrán impedir la ejecución de la resolución judicial firme. De ahí resulta el poco sentido que tiene realizar una transacción extrajudicial en el recurso de apelación: siempre existirá una resolución judicial firme, aunque nunca llegue a ejecutarse. Por eso parece más práctico acudir a la transacción judicial. La transacción extrajudicial únicamente parece viable cuando se canaliza por una renuncia a la acción en apelación del demandante (apelado), que vio estimada su pretensión en primera instancia, por que, en realidad, renuncia a la tutela concedida con la resolución dictada en primera instancia, produciendo su revocación<sup>542</sup>.

---

<sup>542</sup> La S.T.S. de 12 de julio de 1989 (R.J.5604), sirve para apoyar nuestra argumentación. Se trata de un recurso de revisión contra el auto dictado por la Audiencia Provincial declarando el desistimiento del recurso de apelación. Dicho desistimiento se produjo para canalizar una transacción extrajudicial, pero la resolución de primera instancia alcanzó firmeza. El actor, contrariamente a lo pactado, instó la ejecución de la sentencia firme. El T.S. afirma: *“Dado lo que resulta de la propia argumentación de la recurrente de revisión y de la actuaciones practicadas (...) donde aparece que el escrito para que se le tuviera por desistida de la apelación interpuesta contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, fue firmado por su Procurador y Letrado, no es dable atribuir a don J. maquinación de clase alguna para que por la Audiencia se dictara el auto recurrido y menos que tal resolución se ganara injustamente en virtud de ardidés o artificios que inadmisibles se produzcan cuando interviene el Letrado que asesora y defiende al litigante, por lo que, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal y aún prescindiendo de que un auto de la naturaleza del recurrido no es susceptible de recurso de revisión, procede la desestimación de la demanda, sin perjuicio, como es obvio, de las acciones que la actora*



Desde el punto de vista de la doctrina, se tiene dudas de si en un proceso ulterior se podrá oponer, “con fuerza equivalente a la de la auténtica cosa juzgada (la cosa transigida)”, los contratos transaccionales extrajudiciales, entendiendo que es la homologación judicial lo que da a los pactos su virtualidad, ya que gracias a ella la transacción realizada fuera del proceso produce sus efectos<sup>543</sup>. También se considera que la transacción, ni siquiera la judicial, no puede tener el tratamiento propio de cosa juzgada en un proceso posterior, ya que se halla expuesta a que se discuta y se decida sobre su validez y eficacia<sup>544</sup>.

## 5. CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.

Esta figura también está relacionada con la actividad realizada por las partes en el proceso y, en este caso, con el recurso de apelación, ya que si aquéllas no realizan ninguna actuación que reanude el proceso, éste termina. De esta forma, la caducidad de la instancia es la terminación del proceso por el transcurso de unos plazos legalmente

---

*pueda ejercitar en relación al incumplimiento que aduce del convenio transaccional que sirve de fundamento a su pretensión de revisión”.*

La S.A.P. de Barcelona, de 15 de abril de 1998 (R.A.C.4527) permite al demandante (apelado), con posterioridad a la celebración de la vista del recurso de apelación, renunciar al ejercicio de las acciones ejercitadas contra la demandada (apelante) y ambas se apartan del proceso, por haber llegado a un acuerdo extrajudicial. La A.P. manifiesta: “*El principio dispositivo rector del proceso civil y la viabilidad de la renuncia de las acciones en cualquier estado del juicio, determina que, atendida la referida renuncia, se dicte sentencia desestimando el recurso sin entrar en el fondo y sin expresa imposición de costas del mismo. El poder de disposición de las partes no alcanza, sin embargo, a vincular al Tribunal respecto de un contenido de la sentencia distinto del que deriva de dicha renuncia posterior a la vista del recurso*”. Por lo tanto, se producen los efectos de la renuncia de acciones y no los de la transacción.

<sup>543</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A. (con Miguel Ángel Fernández): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.440.

<sup>544</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.304. PELÁEZ, F.J., siguiendo a CARRERAS LLANSANA (*La transacción...*, ob. cit., págs.164 a 169) reafirma esta postura: “Cuando el Código Civil, en el art.1816 dice que «la transacción tiene entre las partes la autoridad de cosa juzgada», está utilizando una expresión metafórica con la única finalidad de reforzar la eficacia que tiene para que no quede reducida a ser ley, como cualquier otro contrato (art.1091 del Código Civil), entre las partes contratantes”; “la transacción produce un efecto vinculante similar al de la función positiva de la cosa juzgada - y se le podría atribuir, análogamente, si no pudiéramos explicarlo de otra forma -, pero éste es fruto del efecto reflejo de la transacción en cuanto que es un hecho que incide en el mundo de las relaciones jurídico-materiales, transformándolas”

establecidos y por la falta de realización, durante los mismos, de un acto de parte necesario para la reanudación del proceso<sup>545</sup>.

Este instituto se fundamenta en dos razones: la intención o voluntad de los litigantes de abandonar el proceso; y la necesidad, impuesta por la seguridad jurídica, de que los litigios no duren eternamente. En sentido estricto, paralización es el detenimiento del curso del proceso, que podría ser indefinido si no existieran medios legales conducentes a evitar esta anomalía, tan perjudicial para el tráfico jurídico como para el social, económico, etc. Por esto el detenimiento citado debe terminar con la reanudación del procedimiento paralizado, mediante la realización de un acto de impulso o, por el contrario, con la extinción o caducidad de la instancia<sup>546</sup>. Y se añade: “Habida cuenta de que acudir al proceso civil no es, ordinariamente, una obligación, sino un derecho de las partes, éstas pueden voluntariamente renunciar al mismo, pero si acuden a él, las partes no pueden retardar o prolongar indefinidamente, por voluntad propia, la terminación del proceso”. En este sentido, la caducidad también constituye una sanción a las partes debida a su falta de diligencia. Los motivos que inducen a las partes a permanecer inactivas pueden ser muy variados, pero, normalmente, se basan en el deseo de llegar a una transacción.

En efecto, uno de los presupuestos de la caducidad es la falta de un necesario acto de impulso, paralizándose el proceso por causa imputable a las partes. Ahora bien, el sistema de impulso de parte establecido en esta materia por la L.E.C. de 1881, fue modificado por el Real Decreto Ley de 2 de abril de 1924, estableciéndose el impulso oficial del procedimiento, cosa que se ha mantenido hasta nuestros días. En la regulación inicial era suficiente, que pasaran unos plazos, sin que la parte realizara el acto correspondiente y sin que la contraria pidiese la continuación del proceso, para

---

<sup>545</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.309. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS (con Miguel Ángel Fernández): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.441. GUASP (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.555) afirma, “Caducidad de la instancia es, pues, la extinción del proceso que se produce por su paralización durante cierto tiempo en que no se realizan actos procesales de parte”. Según PRIETO-CASTRO (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.385), “Caducidad de la instancia (del juicio o proceso) es la cesación de efectos de la litispendencia, declarada por la ley cuando ambas partes permanecen inactivas durante el tiempo que señala”. CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.487.

<sup>546</sup> MUÑOZ ROJAS, T.: *Caducidad de la instancia judicial*, Estudio General de Navarra, Ediciones Rialp, Madrid, 1963, pág.11 y 14.

entenderlo caducado. Sin embargo, al prevalecer o imperar el impulso procesal de oficio, no es necesario que los litigantes insten el desarrollo sucesivo de los actos procesales, si no, *ipso iure* se produce la preclusión y el órgano judicial, de oficio, da al proceso el curso que corresponda (arts.306 y 307 de la L.E.C.)<sup>547</sup>. Al establecerse en el sistema español el impulso oficial, la caducidad ha perdido importancia práctica, aunque todavía puede tener aplicación en los supuestos donde el proceso queda paralizado por expresa voluntad de las partes. En conclusión, pues, la caducidad se produce por el transcurso de los plazos legales sin que los litigantes realicen los actos necesarios para continuar el proceso.

Para que pueda producirse la caducidad de la instancia, también es necesario que la falta de actuación de las partes se enmarque en un proceso pendiente. La litispendencia se configura, pues, como uno de los presupuestos de la caducidad. Hay litispendencia desde que se constituye la relación procesal con la presentación de la demanda hasta que termina el proceso<sup>548</sup>. Como es sabido, el recurso de apelación es una fase de dicho proceso, por tanto, al estar aún éste pendiente, se puede producir la caducidad en trámite de apelación.

En relación al término exigido para tener por caducado el juicio, aunque el art.411 de la L.E.C. habla de término, es más correcto calificarlo de plazo ya que consiste en el transcurso de espacios de tiempo. Estos plazos son distintos según la fase del proceso donde nos encontremos: en primera instancia son cuatro años; en segunda deben transcurrir dos años; y en casación un año (art.411 de la L.E.C.). Se computan a partir del día de la última notificación que se hubiese hecho a las partes.

Además se exige que la paralización se realice respecto a actos procesales, no respecto a cualquier tipo de acto. También es necesario que la actuación de las partes sea injustificada. Según el art.412 de la L.E.C., será justificada cuando la paralización se produzca por fuerza mayor o por causas independientes de la voluntad de los litigantes.

---

<sup>547</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.310. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS (con Miguel Ángel Fernández): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.441. En idéntico sentido, GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.256 y 257. MUÑOZ ROJAS, T.: *Caducidad de la instancia judicial*, ob. cit., págs.21 y 35 a 37.

<sup>548</sup> MUÑOZ ROJAS, T.: *Caducidad de la instancia judicial*, ob. cit., pág.13.

Como en el caso del desistimiento los efectos de la caducidad son distintos según se produzca en primera o segunda instancia (o recurso de casación). En la primera instancia queda imprejuizada la pretensión procesal, que podrá reproducirse en un proceso posterior, aplicándose las reglas generales de la condena en costas. En segunda instancia, en cambio, el art.415 de la L.E.C. establece unos efectos diferentes: al transcurrir los plazos respectivos se entiende abandonado el recurso; queda firme la resolución apelada, con fuerza de cosa juzgada; se devuelven los autos al Tribunal o Juez inferior; y se condena en costas a quien ha dejado de actuar. Al devenir firme la resolución dictada en primera instancia, se cierra la posibilidad, no sólo de impugnarla posteriormente (cosa juzgada formal), sino de reproducir en un nuevo proceso lo que se decidió en aquélla (cosa juzgada material). Si ninguna de las partes insta la continuación del recurso, se entiende que se conforman y se someten a lo decidido en la resolución impugnada<sup>549</sup>.

La caducidad de la instancia se produce *ope legis*: una vez cumplidos los requisitos procesales (inactividad voluntaria de las partes durante un plazo determinado), no es que la partes quieran o no quieran poner fin al proceso, es que no pueden evitar su extinción, ni pretender que continúe paralizado.

## 6. LAS CITADAS ACTUACIONES EN LA NUEVA L.E.C.

**El desistimiento.** Frente a la regulación comentada, la nueva L.E.C. que pretende reemplazar la L.E.C. de 1881, unifica, afortunadamente, esta regulación y la extiende al desistimiento de toda clase de recursos. El art.450 del Proyecto remitido al Senado por el Congreso, sólo habla de desistimiento y elimina el término separación<sup>550</sup>. Únicamente, como se ha visto, se conserva la deserción cuando no se presenta el escrito

---

<sup>549</sup> MUÑOZ ROJAS, T.: *Caducidad de la instancia judicial*, ob. cit., pág.52.

<sup>550</sup> Art.450 del mencionado Proyecto de L.E.C.: 1. "Todo recurrente podrá desistir del recurso ante de que sobre él recaiga resolución"; 2. "Si, en caso de ser varios los recurrentes, sólo alguno de ellos desistieran, la resolución recurrida no será firme en virtud del desistimiento, pero se tendrán por abandonadas las pretensiones de impugnación que fueren exclusivas de quienes hubieren desistido".

de interposición del recurso de apelación (art.458.2 de dicho Proyecto de L.E.C.). De esta forma, se admite que el recurrente pueda desistir de su recurso en cualquier momento, antes de que recaiga sobre él resolución. Por lo tanto, en el recurso de apelación, el apelante puede desistir de su recurso tanto ante el Juez *a quo* como ante el Tribunal *ad quem*.

A continuación, el art.450.2 del mencionado Proyecto establece: “Si, en caso de ser varios los recurrentes, sólo alguno o algunos de ellos desistieran, la resolución recurrida no será firme en virtud del desistimiento, pero se tendrán por abandonadas las pretensiones de impugnación que fueren exclusivas de quienes hubieren desistido”. Se solventan así los casos en que sólo quiera desistir alguno de los recurrentes. A falta de regulación específica, parece razonable incluir en el supuesto de este precepto los apelados que han impugnado la apelación (antigua adhesión a la apelación), ya que al considerarse un recurso autónomo, son, a la vez, apelados y apelantes.

Este artículo, ni ningún otro, no regula qué sucede cuando el desistimiento del recurrente se produce antes de llegar el momento procesal oportuno para que el apelado presente su impugnación. No se concede, como está previsto actualmente, un plazo al apelado después del desistimiento (tres días) para que formule, si lo desea, su impugnación. En cambio, cuando la nueva L.E.C. regula el desistimiento en primera instancia (art.20.3 del Proyecto remitido al Senado tras su aprobación por el Congreso<sup>551</sup>), se prevé dar traslado al demandado del escrito de desistimiento para que dé su conformidad o se oponga a él. En el supuesto de que el demandado se oponga al desistimiento, el Proyecto de L.E.C., remitido al Congreso de los Diputados por el Consejo de Ministros, estableció que el proceso siguiera adelante. Pero, esta regulación del desistimiento en primera instancia ha cambiado a raíz del Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia del Congreso (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 27 de julio de 1999), pues aconseja matizar lo establecido en el art.18.3 de este último Proyecto introduciendo parte de la enmienda

---

<sup>551</sup> Art.20.3 “Emplazado el demandado, del escrito de desistimiento se le dará traslado por plazo de diez días”. “Si el demandado prestare su conformidad al desistimiento o no se opusiere a él dentro del plazo expresado en el párrafo anterior, el tribunal dictará auto de sobreseimiento y el actor podrá promover nuevo juicio sobre el mismo objeto”. “Si el demandado se opusiera al desistimiento, el juez resolverá lo que estime oportuno”.

nº.1053 del GP Catalán (CiU). De esta forma, si el demandado se opone al desistimiento del actor, en lugar de continuar el proceso sin más trámite, se prevé que “(...) el juez resolverá lo que estime oportuno”(art.20.3 del Proyecto remitido al Senado). Ahora, pues, será el juez el que decidirá si el proceso sigue adelante o se paraliza ante el desistimiento del demandante. De todos modos, si esto se permite en primera instancia, por qué no debe admitirse en la segunda cuando existe una resolución judicial que puede resultar desfavorable para el apelado. Además, lo que continuaría en apelación es el recurso del apelado presentado por medio de la impugnación, y quedaría firme las pretensiones de impugnación formuladas en exclusiva por el apelante desistido. Por lo tanto, en apelación el desistimiento no tendría un carácter bilateral como sucede en primera instancia al exigirse el consentimiento del demandado, pues los pronunciamientos impugnados por el apelante desistido quedarían firmes y la apelación solamente versaría sobre las pretensiones formuladas por el apelado. Surge, pues, la necesidad de solventar esta situación, teniendo en cuenta las afirmaciones que se han realizado anteriormente sobre este tema.

**La renuncia en el recurso de apelación** se encuentra admitida expresamente en la nueva L.E.C., concretamente en el art19.3 del Proyecto remitido al Senado: “Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia”. Entre estos actos se encuentra la renuncia.

La facultad de utilizar **el allanamiento en el recurso de apelación** se reconoce expresamente en la nueva L.E.C.. El art.19.3 del Proyecto de L.E.C., remitido al Senado tras su aprobación por el Congreso de los Diputados, establece que el allanamiento podrá realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencias<sup>552</sup>.

La nueva L.E.C. prevé **la transacción judicial** con base en el derecho de disposición de los litigantes sobre el objeto del litigio, excepto cuando lo prohíba la ley

---

<sup>552</sup> Art. 19.3 del Proyecto de L.E.C.: “Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia”.

o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de terceros (art.19.1 del Proyecto remitido al Senado por el Congreso)<sup>553</sup>. Esta transacción podrá realizarse en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos (art.19.3 del mismo Proyecto). Es necesario tener en cuenta que fue el Proyecto de L.E.C. aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de octubre de 1998, el que añadió la forma en que debe plasmarse en el proceso pendiente la transacción judicial, cuestión no prevista en el Anteproyecto de L.E.C.. Esa regulación se ha mantenido en el art.19.2 del Proyecto de L.E.C. remitido al Senado. De esta forma, se establece: “Si las partes pretendieren una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin”. Este artículo únicamente prevé que el Tribunal homologará la transacción judicial, pero no especifica cómo debe realizarse tal homologación. Parece, pues, necesario que la nueva L.E.C. concrete que la homologación se produce mediante auto que pone fin al proceso. La regulación aún parece más conveniente en el ámbito de los recursos, sobre todo del recurso de apelación, pues el auto que homologue la transacción judicial, además de poner fin al proceso, debe dejar sin efectos la resolución dictada en primera instancia, ya que si no se anula alcanza firmeza.

La nueva L.E.C., a diferencia de la transacción judicial, sí que prevé de forma satisfactoria la traslación de una **transacción extrajudicial** al proceso pendiente para ponerle fin. El art.22.1 del Proyecto de L.E.C., remitido al Senado después de ser aprobado por el Congreso, establece: “Cuando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvenición, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconviniente o por cualquier otra causa, podrá ponerse de manifiesto al tribunal esta circunstancia y, si hubiere acuerdo de las partes, se decretará, mediante auto, la terminación del proceso. El auto de terminación del proceso tendrá los mismos efectos que una sentencia absolutoria firme, sin que proceda

---

<sup>553</sup> Art.19.1 del Proyecto mencionado: “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”.

condena en costas”. El supuesto de hecho de este precepto concuerda perfectamente con la transacción extrajudicial. Este artículo también puede aplicarse al ámbito de los recursos en virtud del art.19.3 del mismo Proyecto, y soluciona el problema que se ha puesto de manifiesto en párrafos anteriores, pues al dictarse un auto que tiene los mismos efectos que una sentencia absolutoria firme, se anula la resolución de primera instancia y se pone fin al proceso.

**Caducidad de la instancia.** Aunque podría parecer que el establecimiento del impulso de oficio de las actuaciones elimina la figura de la caducidad de la instancia, la tan citada nueva L.E.C. ha mantenido la regulación del art.411 de la L.E.C. de 1881. Los arts.234 a 238 del Proyecto, remitido al Congreso de los Diputados por el Consejo de Ministros, regulan este instituto y lo admiten tanto en primera instancia como en los recursos. Se consideran abandonadas las instancias y los recursos en toda clase de pleitos si, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produce actividad procesal alguna en el plazo de dos años, si estuviere en segunda instancia (establece un plazo de cuatro años para la primera instancia y de tres para el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación). El Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia del Congreso (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 27 de julio de 1999), modifica estos plazos incorporando la enmienda nº.284 del GP Socialista: cuando el pleito se hallare en segunda instancia o pendiente de recurso extraordinario por infracción procesal o de recurso de casación, el plazo de caducidad pasa a ser de un año. En el mismo sentido se ha mantenido en el Proyecto de L.E.C. remitido al Senado por el Congreso (arts.236 a 240). No se produce caducidad si la falta de actuación se produce por fuerza mayor o contra la voluntad de las partes. Los efectos de la caducidad en segunda instancia son tener por desistida la apelación y firme la resolución recurrida, sin imposición de costas, y se devolverán las actuaciones al Tribunal del que procedieren (art.240 del Proyecto remitido al Senado).



## V. PLURALIDAD DE PARTES EN CUALQUIERA DE LAS POSICIONES PROCESALES.

La existencia de una pluralidad de partes en la posición procesal activa (demandantes) o en la pasiva (demandados) en primera instancia, puede dar lugar a consecuencias distintas en apelación. Puede suceder que todos quieran interponer el recurso, que sólo alguno o uno de ellos lo presente o, incluso, que ninguno interponga recurso de apelación. Vamos a tratar ahora la interposición del recurso de apelación por varios sujetos, sean demandantes o demandados en primera instancia. En apartados posteriores analizaremos los supuestos de pluralidad de apelados.

Cuestión fundamental, como hemos analizado con anterioridad, es que sólo podrán interponer el recurso los litigantes que resulten perjudicados por la resolución de primera instancia, aunque se trate de una pluralidad. Cualquiera de ellos conserva su derecho de impugnación de forma individual, de manera que no es necesario que todos interpongan la apelación. Otra cosa es que los efectos de la impugnación repercutan en todos los sujetos (si se trata de situaciones materiales inescindibles) o sólo en los singulares sujetos recurrentes (si se trata de situaciones sustantivas escindibles)<sup>554</sup>.

Si interponen recurso de apelación varios demandados (casos de litisconsorcio, etc.), y alguno de ellos no se persona ante el Tribunal *ad quem*, no puede declararse desierto el recurso. Con que se personen alguno de ellos o incluso uno, la apelación continua su tramitación, aunque, únicamente, respecto a los personados.

En aquellos supuesto en que exista una pluralidad de sujetos en la parte pasiva, y sólo uno o alguno de ellos presente impugnación, se plantea el singular problema de si la impugnación afecta únicamente a los apelados, o también puede producir efectos frente a los integrantes de la misma parte que recurre, pero que se conformaron con el fallo. Nuestra Ley procesal no soluciona este problema, cosa que produce una serie de desajustes en la práctica. Hay quien habla del efecto extensivo, refiriéndose a los casos

---

<sup>554</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., pág.8676.

donde aparecen una pluralidad de litisconsortes y un objeto común a todos ellos, que, si bien durante el proceso la actividad de cada litisconsorte es independiente, en los recursos de apelación, aunque sólo recurra uno de ellos, el éxito del recurso afectará a los demás, pero la desestimación de la apelación afectará únicamente al recurrente y no a los otros litisconsortes que no ejercitaron su derecho a recurrir<sup>555</sup>. También se afirma que si uno de los pronunciamientos afecta a varios litigantes, basta que uno apele para que el Tribunal pueda revisarlo y modificar la sentencia, incluso con respecto a los litigantes que se aquietaron, ya que de otro modo se llegaría a fallos contradictorios<sup>556</sup>.

Desde el derecho romano clásico, pasando por las fuentes medievales, ya se establecía el llamado efecto extensivo. Derivado de él, la decisión favorable de la apelación afectaba, no sólo al apelante que había interpuesto el recurso, sino también a todos aquellos que habían sido condenados solidariamente en la misma sentencia, aunque no hubiesen apelado o no hubiesen seguido el recurso. Pero, esta extensión a los no litigantes se producía, únicamente, cuando el que continuó litigando venció; si no vencía o, incluso, se veía más perjudicado por la resolución recaída en la alzada, no repercutía en los demás<sup>557</sup>. Las doctrinas civilista y canonista entendían que este efecto operaba si concurrían las siguientes circunstancias: colitigantes condenados por la misma sentencia, actuando en la misma causa, alegando un derecho común y utilizando idénticos medios de defensa. Con la codificación, las Leyes de Enjuiciamiento no preveían de forma expresa este efecto, porque se consideró que quedaba integrado en la eficacia de la cosa juzgada, sobre todo en los supuestos de litisconsorcio necesario<sup>558</sup>.

El T.S. en algunas de sus resoluciones indica que, si alguno de los codemandados afectados por la resolución recurrida, decide no interponer apelación, se entenderá que consienten la resolución del órgano inferior, y el Tribunal *ad quem* no

---

<sup>555</sup> GUERRA PALACIOS, M.: *Cuestiones procesales surgidas en la apelación civil...*, ob. cit., pág.259. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.286.

<sup>556</sup> FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3369. En el mismo sentido, BARRON DE BENITO, J.L.: *El recurso de apelación en el juicio verbal civil de tráfico*, ob. cit., págs.74 a 77. CORDÓN MORENO, F. (*Proceso civil del declaración*, ob. cit., pág.322), también habla del efecto extensivo, pero lo limita a los supuestos de solidaridad: "A pesar de que conforme al artículo 408 las resoluciones se entenderán consentidas por la parte que no recurra contra ellas, queda a salvo cuando se trata de demandados unidos por el vínculo de solidaridad de tal manera que si uno recurre lo es con efecto extensivo a los demás"

<sup>557</sup> Partidas 3, 22, 21 y 3, 23, 5. Espéculo 5, 14, 19. Doctrinal 5, 1, 18 y 6, 1, 6.

<sup>558</sup> AIKÍN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., págs.218, 219 y 220. GISBERT POMATA, M.: *Tratado de la apelación civil...*, ob. cit., pág.56.

podrá resolver al respecto<sup>559</sup>. Esta doctrina parece contraria a la expuesta por el mismo Tribunal en otras sentencias antiguas, como en la S.T.S. de 21 de noviembre de 1885:

*“(...) la sentencia al absolver a todos los demandados, así a los que apelaron del fallo del Juzgado como a los que no lo hicieron, no infringe la ley ni la doctrina legal que se invoca, porque dados los términos del litigio, todos los demandados pueden y deben ser considerados comuneros, y, por tanto, la sentencia les aprovecha a todos”<sup>560</sup>.*

Pero, en realidad la contradicción no es tal, ya que el T.S., en resoluciones posteriores, lo aclara afirmando:

*“(...) es doctrina de esta Sala que cuando hay pluralidad de obligaciones reclamadas a diversos sujetos, la sentencia de primera instancia que se les impuso a ambas, y de la que apeló uno sólo, quedó firme en cuanto al otro, porque la alzada debe entenderse limitada a la parte de la sentencia que fuera gravosa al apelante, y el Tribunal de apelación sólo puede conocer de los extremos a que ésta se refiere, regla general que no tiene más excepciones que el caso de ejercitarse contra todos los demandados la misma acción o razón de pedir, con idéntica finalidad, y solicitando lo mismo de todos, porque entonces existe una solidaridad jurídica, que hace imposible resoluciones distintas”<sup>561</sup>.*

Se admite, por tanto, el efecto extensivo en el recurso de apelación, en el sentido de que los fallos favorables aprovechan a todos los litisconsortes, aunque no hayan apelado. Ahora bien, limitadamente en los supuestos en que las situaciones planteadas sean iguales para todos los litigantes, y no para los casos donde se piden varias pretensiones diferentes para cada uno de los colitigantes. Nuestro alto Tribunal introduce a este fin el concepto de “solidaridad jurídica”, que consiste en ejercitar conjuntamente contra varios demandados la misma acción nacida de los mismo hechos, colocándolos en la misma situación procesal, invocando los mismos fundamentos y apoyando la pretensión en alegaciones que hacen idéntica la condición de los codemandados y el resultado esperado. Esta es una de las excepciones al principio de jurisdicción rogada que informa la L.E.C., del que es expresión, en el ámbito de los recursos, el art.408 de la L.E.C..

---

<sup>559</sup> S.T.S. de 23 de octubre de 1920; S.T.S. de 4 de mayo de 1950 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.3348 y 3354, respectivamente).

<sup>560</sup> En FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3547. En el mismo sentido, la S.T.S. de 27 de enero de 1893 (en FENECH, *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3370).

<sup>561</sup> S.T.S. de 18 de enero de 1934 (en FENECH, *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3371). En el mismo sentido la S.T.S. de 4 de mayo de 1950 (en FENECH, *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3372); S.T.S. de 26 de abril de 1951 (en FENECH, *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3374).

También las Audiencia Provinciales permiten que el recurso de apelación extienda sus efectos al demandado absuelto en primera instancia, con base al concepto de solidaridad jurídica o procesal: S.A.P. de Almería, de 12 de noviembre de 1992 (A.C., @215, 15 de marzo de 1993).

Frente a esta doctrina, consideramos más acertada la postura que, siguiendo a la doctrina italiana, separa entre situaciones escindibles e inescindibles. El sistema italiano pretende que en el juicio de impugnación participen todos los que fueron parte en primera instancia. Por ello distingue, por una parte, las causas inescindibles (litisconsorcio necesario) y las causas dependientes entre sí por algún vínculo (prejudicialidad), de, por otro lado, las causas escindibles (litisconsorcio voluntario o acumulación subjetiva de acciones). En las primeras, se exige que la impugnación se dirija frente a todos los que han participado en la fase anterior (art.331 del C.P.C.), dando lugar a un litisconsorcio necesario en sede de recursos, que el Juez debe integrar si no se produce (“integración del contradictorio”). En las segundas, al ser las impugnaciones separables, nada impide que se produzca cosa juzgada formal o la firmeza de la resolución sólo respecto a alguno de los sujetos que integraban la pluralidad (art.332 del C.P.C)<sup>562</sup>. Asimismo, se considera que en los casos de solidaridad, el efecto extensivo produce que el recurso interpuesto por un deudor solidario se extienda al que no recurrió. Este efecto es aplicable cuando el recurso de apelación revoca la condena dictada en primera instancia por inexistencia o inexigibilidad de la prestación, “(...) pero no opera cuando el acogimiento del recurso tiene como base causas subjetivas afectantes a los recurrentes”. Esto sucede cuando la condena es susceptible de individualización<sup>563</sup>.

---

<sup>562</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., pág.8677. Como señala CARNELUTTI (*Instituciones del proceso civil*, ob. cit., págs.209 a 213), la integración del procedimiento de impugnación consiste en que “si la demanda de impugnación no ha sido notificada a todas las partes, independientemente de su interés respecto de la impugnación y, por tanto, independientemente del éxito respecto de ellas del procedimiento impugnado, el juez tiene que fijar un plazo dentro del cual debe notificarse la demanda también a las partes a las cuales no se la notificó inicialmente (arts.331 y 332)”. Este autor, sin embargo, considera que el “art.331 se resuelve, pues, en una doble tautología: si la litis es una, no puede ser inescindible; si la litis son varias entre varias partes, no pueden menos de ser dependientes entre sí; dicha fórmula, no pudiera habérsela redactado peor”. CARNELUTTI: *Sistemas de derecho procesal civil*, ob. cit., págs.645 y ss.

<sup>563</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Problemas procesales de la solidaridad. Las relaciones intraprocesales de los deudores solidarios demandados*, Ponencia presentada en el curso «El procés civil», organizado por el Consejo General del Poder Judicial y Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya.

CARRERAS DEL RINCÓN, J.: *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, ed. Bosch, Barcelona, 1990, págs.220 y 238, por su parte, entiende que la resolución de la apelación sólo se extiende a los colitigantes inactivos cuando se prevea la inexistencia o la inexigibilidad de la condena dictada en la instancia anterior. Afirma: “En la solidaridad, en cambio, cualquier hecho impeditivo, extintivo o excluyente de la acción que sea estimado por el Tribunal de apelación no sólo conllevará la absolución de los apelantes, sino también de los litisconsortes inactivos”. “(...) la apelación ganada por

En todos aquellos supuestos en que exista litisconsorcio necesario, la indivisibilidad de los pronunciamientos determina que la apelación realizada por uno de los litisconsortes aproveche también a los que se aquietaron, de forma que la resolución recurrida no pasa en autoridad de cosa juzgada formal ni siquiera frente a los que no recurrieron. En cambio, en los casos de litisconsorcio voluntario, puesto que los pronunciamientos son divisibles a cada litisconsorte aprovecha o perjudica lo realizado por él<sup>564</sup>. El sistema procesal español no regula expresamente estas situaciones, pero parece que las interpretaciones efectuadas por la jurisprudencia sostienen la idoneidad de esta distinción.

En efecto, en los casos de responsabilidad extracontractual, por ejemplo, responsabilidad por vicios en la construcción, por negligencia profesional o cualquier otro que implique reparar un daño, donde se demande a una pluralidad de sujetos, una consolidada doctrina del T.S. ha establecido que la condena es de carácter solidario cuando es imposible individualizar las concretas responsabilidades; pero las responsabilidades serán individualizadas cuando se pueda separar las que correspondan a cada uno de los litigantes. En el primer caso, al ser inescindibles las responsabilidades, la apelación se debería dirigir frente a todos, pero como la L.E.C. no lo exige, si sólo interpone apelación uno de ellos, sus efectos alcanzan a los colitigantes solidarios. Se configura, pues, como una excepción a la regla establecida en el art.408 de la L.E.C. de que las resoluciones se entenderán consentidas y, por tanto, firmes y con autoridad de cosa juzgada, si la parte no recurre contra ellas<sup>565</sup>. En el segundo supuesto, al poderse

---

un litisconsorte solidario aprovecha a los demás sujetos solidarios litigantes condenados en primera instancia, siempre que verse sobre un elemento común o relativo a la naturaleza de la obligación”.

<sup>564</sup> MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.512. ROSENBERG (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.368) también lo manifiesta: “la apelación puede interponerse (...) por todo litisconsorte (independientemente, y sólo para su proceso; sólo en el caso del litisconsorcio necesario también con efectos para los consortes inactivos)”.

<sup>565</sup> La S.T.S. de 29 de junio de 1990 (R.J.4945) manifiesta: “(...) el vínculo entre los litigantes sea de tal naturaleza que ninguna de las partes en causa pueda considerarse extraña a lo resuelto, ni ajena a las necesarias consecuencias de la sentencia, (...)”; “(...) no existe incongruencia cuando... habiendo apelado un solo condenado, la Audiencia revocó la sentencia respecto de él y del otro condenado que se abstuvo de ejercitar la alzada, porque es oportuno resaltar que establecida en primera instancia la condena solidaria de ambos..., ha de afirmarse que los efectos de la actuación procesal de uno de los condenados alcanzan a su coobligado solidario, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta, que hace de toda lógica que, la declaración anulatoria de la condena al pago, respecto de uno de los obligados solidarios por inexistencia objetiva de la obligación de indemnizar, afecte, con igual

separar las concretas prestaciones, es posible que sólo intervenga en apelación alguno de los litisconsortes, quedando firme la resolución de primera instancia para los restantes<sup>566</sup>.

---

*extensión, a los demás que con él fueron solidariamente condenados, ya que otra cosa iría contra la naturaleza y conexidad del vínculo solidario proclamado en los artículos 1141, 1148 y concordantes del Código Civil (...)*".

S.T.S. de 7 de mayo de 1993 (R.J.3464): En apelación se reduce la condena al recurrente, por lo que, al entender el T.S. que estamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual solidaria, la apelación de uno beneficia a los demás, por tanto, también se debe reducir la condena de los deudores solidarios no apelantes.

La S.T.S. de 27 de febrero de 1995 (R.J.1645) plantea un supuesto de extensión de la apelación a un no apelante: interponen recurso de apelación dos de los actores mientras que el otro no apela ni comparece en apelación. Sin embargo, el Tribunal de apelación le extiende la condena en costas. Interpone recurso de casación alegando incongruencia *extra petita* pero el T.S. no la estima, permitiendo la extensión de los efectos de la apelación a un no apelante.

También, S.T.S. de 17 de julio de 1984 (R.J.4075); S.T.S. de 3 de marzo de 1990 (R.J.1664); S.T.S. de 25 de marzo de 1995 (R.J.2139).

La S.A.P. de Almería, de 12 de noviembre de 1992 (A.C., @215, 1993-1): "*(...) el principio general que proclama, que en la segunda instancia no cabe favorecer la situación de quien no apela ni se adhiere a la apelación, ni es dable entrar a conocer cuestiones consentidas por los litigantes, quiebra en los supuestos en que los pronunciamientos deban ser absolutos e indivisibles por su naturaleza, y en aquellos otros que haya solidaridad procesal al ejercitarse conjuntamente la misma acción frente a varias personas colocadas en idéntica situación procesal, nacida de unos mismos hechos, con invocación de los mismos fundamentos legales y apoyada en alegaciones que hacen idéntica la condición de los litigantes, bastando por tanto el recurso de uno de ellos, para que el tribunal de apelación pueda conocer el problema en toda su amplitud*".

La S.A.P. de Barcelona, de 5 de marzo de 1994 (R.A.C.496), entiende que "*(...) cuando se trata de demandados unidos por el vínculo de solidaridad, de tal manera que si uno de ellos recurre lo es con efecto extensivo a los demás, ya que teniendo en cuenta las consecuencias legales que produce la solidaridad, es manifiesto que el codeudor solidario apelante puede asumir la representación de los demás codemandados que estén ligados con él por dicho vínculo*". En el mismo sentido, la S.A.P. de La Coruña, de 4 de febrero de 1994 (R.A.C.202); S.A.P. de Málaga, de 26 de mayo de 1995 (A.C., @210, 15 de febrero de 1996); S.A.P. de Asturias, de 13 de febrero de 1998 (R.A.C.279).

<sup>566</sup> S.T.S. de 20 de diciembre de 1989 (R.J.8846): En un proceso se ejercitó acción por responsabilidad por culpa extracontractual contra dos demandados. El Juzgado de primera instancia condena, en forma solidaria, a los codemandados. Interpuso apelación sólo uno de ellos que fue absuelto por la Audiencia. El codemandado que no interpuso apelación, presenta recurso de casación alegando *reformatio in peius*, y el T.S. considera acertada la decisión de segunda instancia ya que el Tribunal *ad quem* "*(...) se ha limitado a estimar el recurso de apelación interpuesto (...), por entender que ésta no intervino, con conducta culposa o negligente, en la producción del resultado dañoso, y a mantener subsistente el fallo condenatorio de primer grado (...)* y ello no sólo porque ésta había consentido y no apelado el referido pronunciamiento condenatorio (...), sino por entender que esta última entidad ha sido la única que, con su conducta culposa o negligente, fue la determinante de la producción del evento dañoso. Porque la solidaridad, en materia de responsabilidad por culpa extracontractual, sólo es predicable, obviamente respecto de aquellas personas (físicas o jurídicas) que con su concurrente conducta culposa o imprudente hayan contribuido a la producción del evento dañoso (...)"

La S.T.S. de 1 de febrero de 1994 (R.J.854), dice: "*Tampoco se da en el caso el efecto extensivo del recurso (excepcional) reservado para los casos de litisconsorcio necesario, que no se da en el caso. La entidad aseguradora tiene autonomía de la posición procesal a raíz de que se reconoce al perjudicado la acción directa contra la aseguradora*".

La S.T.S. de 25 de marzo de 1994 (R.J.2533), afirma: "*la solidaridad muere con la absolución de uno de los codemandados, pues sólo hay solidaridad entre los condenados*".

El T.C. también ha acogido esta doctrina, aunque no de forma unánime, distinguiendo las situaciones donde la condena es individualizada para cada colitigante, de aquéllas en que la decisión del órgano judicial es conjunta e inseparable para todos ellos. La Sentencia 163/1996, de 28 de octubre, en un juicio de desahucio por precario, en que sólo apeló uno de los codemandados, presenta un caso de condena inescindible en la que, según lo expuesto, se extienden los efectos del fallo revocatorio de la sentencia de instancia incluso a quien no ha interpuesto recurso de apelación. El T.C. considera que no se produce incongruencia *extra petita*, al desestimar el Tribunal de apelación la demanda no sólo respecto de la demandada que apeló, sino también respecto de una persona que consintió la resolución de primera instancia ya que:

*“(...) el juicio de desahucio, siendo un proceso excepcional de carácter sumario, tiene por fin exclusivamente la rescisión del contrato de arrendamiento y el restablecimiento del derecho posesorio, o sea la recuperación de la posesión, de suerte que, si la Sentencia estimatoria de esa acción hubiere de declarar haber lugar al desahucio, habría que pronunciarse en relación con todos los arrendatarios o precaristas demandados, mientras que si es desestimatoria, habrá de declarar simplemente no haber lugar al desahucio (...)”.*

De esta forma, la doctrina constitucional expone que en este caso concreto la decisión del Tribunal se extiende a todos los colitigantes, aunque no hayan apelado, pues debe recaer un pronunciamiento igual para todas las partes, al resultar incompatible que el contrato de arrendamiento resulte simultáneamente válido en relación con algunos litigantes e inválido para los otros. Esto no impide, que en otras situaciones, que permitan pronunciamientos distintos para cada colitigante, el T.C. indique que la decisión de apelación pueda ser diferente para aquéllos. El T.C., en la misma sentencia, añade:

*“En realidad, pues, aunque en la Sentencia se pronunciase la absolución respecto de ambos demandados, tal pronunciamiento, meramente formal en acatamiento a lo dispuesto en el art.359 L.E.C., se limita a rechazar la acción recuperatoria por inadecuación de procedimiento y afecta por tanto a todos los demandados que poseen la cosa (aunque uno de ellos no hubiere impugnado la Sentencia de instancia) y no puede por tanto apreciarse incongruencia en cuanto no hubo extensión de los efectos materiales del fallo a la demandada no apelante ya que sólo con la desestimación de la acción de desahucio quedaba decidida la situación posesoria del demandante”<sup>567</sup>.*

---

<sup>567</sup> Pero, la opinión del T.C. no es unánime al respecto. La misma S.T.C. 163/1996, de 28 de octubre, tiene un Voto Particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. don Tomás S. Vives Antón, que entiende que debería haberse acogido en amparo por vulneración del art.24.1 C.E.. Afirma que la Sentencia de la

En el A.T.C. 270/1985, de 24 de abril, nos habla de la solidaridad jurídica como determinante de la extensión del fallo de la resolución a quien no ha recurrido:

*“La misma carencia de fundamento constitucional cabe apreciar respecto a la cuestión que suscita la demanda de amparo, en cuanto a la indebida extensión que denuncia de los efectos de las Sentencias impugnadas para la cónyuge del demandado en el proceso a quo, al no haber comparecido ésta en dicho proceso y ser, en consecuencia, declarada en rebeldía. La pretensión de que los fallos desestimatorios de la demanda del actor limitasen sus efectos a la persona del demandado aparece, sin embargo, como una solicitud que resultaba de imposible estimación, pues, según se afirma atinadamente en el Auto por el que se declara no haber lugar a los escritos de súplica y aclaración formulados por el actor, dada la solidaridad jurídica que existe entre los esposos interpelados, al ser la misma acción que contra ambos se ejercitaba, idéntica la razón de pedir y análoga su finalidad, al exigírseles una misma pretensión, no existía posibilidad legal de fallar con respecto a ambos de forma distinta, ya que ello conduciría al absurdo de la existencia de dos fallos contradictorios basados en unas mismas circunstancias”.*

Así, vemos como el T.C. se decanta por afirmar que en los supuestos donde las relaciones existentes entre los colitigantes son inseparables, los fallos deben ser comunes para todos ellos, incluso cuando alguno no litigue o no interponga apelación.

Antes de entrar en un análisis más profundo sobre esta materia, surge la necesidad de realizar una precisión muy importante para entender la incidencia que tiene la existencia de una pluralidad de partes en la posición procesal para el recurso de apelación. Hemos dicho que cuando no se pueden individualizar las prestaciones que exige el demandante a los codemandados, la decisión del Juez tiene un carácter solidario afectando o favoreciendo a todos por igual, lo que implica que la apelación se dirija frente a todos, aunque sólo la interponga uno de ellos. Pero una cosa es que la obligación material objeto del litigio sea solidaria y otra, muy distinta, es que la decisión del órgano jurisdiccional tenga un carácter solidario. Esta distinción evita muchas confusiones, aunque no siempre la asume nuestra doctrina y jurisprudencia. De esta

---

*Audiencia Provincial de Madrid “(...) estima el recurso de apelación y declara improcedente el procedimiento seguido para decretar el desahucio de la recurrente con una fundamentación que podrá parecer discutible; pero que no puede considerarse arbitraria. Sin embargo, al hacerlo extiende dicho pronunciamiento a una tercera persona que, al no recurrir, habría dejado adquirir firmeza a la Sentencia de desahucio en cuanto a ella se refería. Ese pronunciamiento me parece palmariamente incongruente y no veo cómo puede soslayarse tal incongruencia: Que no proceda el desahucio por precario frente a la madre no implica, en modo alguno, que sea improcedente contra la hermana, cuya conducta procesal ha sido muy distinta y cuyo parentesco comporta consecuencias diferentes”.*



forma, lo que interesa en sede de apelación es saber si la decisión del Juez de Primera Instancia tiene o no un carácter solidario, es decir, si los pronunciamientos de la resolución son indivisible o se pueden individualizar entre los litisconsortes, siendo diferentes para cada uno de ellos, ya que la extensión subjetiva del recurso de apelación será distinta. Asimismo, el Tribunal *ad quem* también puede pronunciarse sobre si existe o no tal solidaridad.

No interesa, pues, a efectos de la apelación, si en primera instancia había un litisconsorcio voluntario o necesario, o si los codemandados estaban unidos por vínculos de solidaridad. En el recurso de apelación lo que se impugna es la resolución dictada por el Juez, no la situación existente en primera instancia. Como se ha visto anteriormente, esta fórmula ya la ha utilizado nuestro T.S., aunque no siempre con claridad, al introducir el concepto de solidaridad jurídica. Si bien, en lugar de hablar de solidaridad, sería más conveniente, para evitar posibles confusiones, valorar simplemente la individualización o no de la condena dictada por el Juez *a quo*.

No obstante todo lo anterior y ante el posible error del Juez *a quo* que ha dictado una decisión distinta para cada uno de los litisconsortes, si alguno de ellos considera que la misma no se podía individualizar, también debe tener la posibilidad de interponer recurso. Esto sucederá en aquellas causas contra varios litigantes fundadas en los mismos hechos, fundamentos legales y alegaciones.

Los principales problemas en el recurso de apelación surgen en el segundo supuesto, esto es, cuando las prestaciones son escindibles y la sentencia de primera instancia condena a alguno de los codemandados, pero no a todos, o cada uno de los demandados puede estar sujeto a soluciones diferentes: ¿quién puede intervenir en apelación? y ¿qué efectos produce la apelación de uno de ellos respecto a los restantes?:

- Por una parte, la condena de un demandado y la absolución del otro no impide que el demandante pueda dirigir la apelación frente al absuelto. Así lo manifiesta la S.T.S. de 20 de abril de 1992:

*“(...) no es posible aceptar la argumentación de la falta de interés en el demandante para que se condene a todos los demandados (...) pues bien pudiera ser que ese cuarto responsable, que a la parte recurrente le*

*parece tan innecesaria su condena, fuera precisamente la única persona solvente*"<sup>568</sup>.

El demandante también puede solicitar la condena del codemandado absuelto por vía de adhesión a la apelación, aunque el recurso inicial lo haya presentado el codemandado condenado<sup>569</sup>. Además, el Tribunal de apelación no puede, de oficio, decretar la condena del codemandado absuelto en primera instancia<sup>570</sup>.

- Por otra, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias consideran que si se absuelve a uno de los codemandados, los condenados litisconsortes sólo pueden pedir en apelación su

---

<sup>568</sup> S.T.S. de 20 de abril de 1992 (R.J.3314). También, las S.S.T.S. de 26 de diciembre de 1984 (R.J.4358); de 30 de junio de 1988 (R.J.5193); de 25 de noviembre de 1988 (R.J.8707); de 17 de febrero de 1992 (R.J.1262).

La S.T.S. de 15 de febrero de 1990 (R.J.686), plantea un caso peculiar: El demandante, Sr. M., pide la condena de tres Compañías de seguros al pago de diferentes cantidades, por el incendio de su almacén de calzados. La sentencia de primera instancia condena a los tres codemandados al pago de sus respectivas cantidades, pero no estima el 20% de recargo. Interponen recurso de apelación el actor (por el 20% de recargo) y los tres codemandados (pidiendo su absolución), pero una de las Compañías no se persona ante el Tribunal *ad quem* en el término del emplazamiento, con lo que queda firme su condena. No obstante, la Audiencia revoca en parte la sentencia apelada, manteniendo la condena de una de las Compañías, pero absolviendo a las otras dos, entre las que se encuentra la no personada. El T.S. considera esta absolución indebida, ya que al no comparecer ante el Tribunal de apelación consintió el fallo condenatorio para ella dictado en primera instancia, pasando en autoridad de cosa juzgada (art.840 y 408 de la L.E.C.).

Igualmente, la S.A.P. de Almería, de 4 de julio de 1998 (R.A.C.1548).

<sup>569</sup> S.T.S. de 18 de marzo de 1985 (R.J.1170); S.T.S. de 20 de abril de 1992 (R.J.3314): "*Resulta rigurosamente cierto que frente a una demanda dirigida solidariamente contra tres demandados, si uno de ellos resulta absuelto, los condenados litisconsortes sólo pueden postular en su recurso una absolución que les equipare con su compañero, pero en ningún caso pedir la condena de éste, ya que su impugnación no produce efectos extensivos; pero éste no es el caso que se plantea en el motivo, aquí quien pide la condena del absuelto es el demandante, cuya pretensión inicial ha sido desestimada en este concreto extremo, y que, con su apelación adhesiva, trata de someter nuevamente a revisión; razonar de otro modo sería tanto como, establecer el principio de que el litisconsorte absuelto en la primera instancia, en ningún caso puede ser condenado en la segunda; y no cabe argumentar en contra, que el demandante pudo apelar directamente, y al no hacerlo así consintió la sentencia, pues eso iría contra el concepto de la apelación adhesiva, la que, una vez interpuesta, produce los efectos plenos de una apelación, en relación a los extremos que perjudiquen al inicialmente apelado*".

<sup>570</sup> Esto se extrae de la S.T.S. de 30 de mayo de 1961 (R.J.2344): "*(...) a través de numerosos fallos de este Tribunal que proclaman la facultad de la Sala de instancia para valorar el material probatorio de distinto modo que el Tribunal de primer grado, revisar íntegramente el proceso, y llegar a conclusiones concordantes o discordantes, total o parcialmente con las mantenidas en primera instancia, más su posición frente a los litigantes había de ser la por estos mantenida, y si nadie en el trámite del recurso de apelación postuló la sentencia de condena para el señor O.G., el apelado señor M. que la interesó en primera instancia tenía consentido el fallo absolutorio del señor G., ni lo apeló. Ni se adhirió al recurso, y el apelante señor D.C. no intervino en ningún pasaje del litigio la sentencia de condena para el señor G., limitándose en la contestación a la demanda y en la dúplica a suplicar su absolución, tesis única que podía desarrollar y así lo hizo en el recurso ante la Territorial, por cuyas poderosas razones, la absolución decretada para el señor G.O. por el Juzgado quedó firme e inalterable, y al rectificarla el Tribunal por ausencia de todo estímulo de parte, incurrió en el reparo grave de incongruencia*".

También, en la S.T.S. de 6 de febrero de 1997 (R.J.681): Únicamente interpone apelación el codemandado condenado. Los otros colitigantes y el actor se limitan a pedir la confirmación de la resolución recurrida. El apelante tampoco solicita la condena del absuelto, con lo que la sentencia de apelación ha incurrido en incongruencia al condenar a uno de los codemandados absueltos sin que nadie lo haya pretendido y sin darle las armas suficientes para defenderse.

absolución, pero nunca pueden postular la condena del absuelto, al no estar legitimados por no causarles gravamen esta situación<sup>571</sup>. No se produce, pues, el efecto extensivo. Un litisconsorte no puede interponer apelación contra otro, porque este recurso únicamente se dirige frente a la parte contraria, y los litisconsortes ocupan la misma posición procesal<sup>572</sup>. Según la S.T.S. de 7 de mayo de 1993 (R.J.3463),

*“(...) sería un manifiesto error procesal que (el recurrente-demandado) intente subrogarse en el lugar de la demandante que se conformó con el fallo de primer grado. No puede, por tanto, un demandado pedir la condena de otro absuelto en primera instancia, porque, según se dice, no fue él quien ejercitó la acción en la demanda, sino sólo los demandantes”.*

Será en el oportuno juicio posterior donde el codemandado podrá conseguir la condena del absuelto, si tuviera algún derecho para ello<sup>573</sup>.

De esta doctrina jurisprudencial podemos extraer los siguientes postulados:

- Si un codemandado es absuelto y el actor no apela la sentencia, tal resolución pasa en autoridad de cosa juzgada respecto de él.
- El codemandado condenado no puede dirigir su impugnación frente al colitigante absuelto que considera responsable, en todo o en parte, del daño producido.
- El colitigante condenado sólo puede pedir su absolución, demostrando su ausencia de responsabilidad, pero nada más.
- El actor es el único que puede solicitar en apelación la condena del codemandado absuelto.

---

<sup>571</sup> ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8114. CORDÓN MORENO, F.: *Proceso civil de declaración*, ob. cit., pág.319. RICHARD GONZÁLEZ, M.: *La segunda instancia en el proceso civil*, ob. cit., págs.119, 326 y 327.

<sup>572</sup> ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.369.

<sup>573</sup> En idéntico sentido, las S.S.T.S. de 17 de julio de 1984 (R.J.4075); de 22 de abril de 1988 (R.J.3274); de 30 de junio de 1988 (R.J.5193); de 20 de diciembre de 1989 (R.J.8846); de 3 de enero de 1990 (R.J.4); de 24 de octubre de 1990 (R.J.8044); de 28 de diciembre de 1990 (R.J.10377); de 20 de marzo de 1991 (R.J.2422); de 16 de abril de 1991 (R.J.2694); de 10 de junio de 1991 (R.J.4434); de 22 de julio de 1991 (R.J.5405); de 17 de febrero de 1992 (R.J.1262); de 20 de abril de 1992 (R.J.3314); de 8 de junio de 1992 (R.J.5168); de 1 de febrero de 1993 (R.J.789); de 21 de abril de 1993 (R.J.3111); de 25 de marzo de 1994 (R.J.2533); de 31 de octubre de 1995 (R.J.7654); de 21 de febrero de 1997 (R.J.1186); de 20 de octubre de 1997 (R.J.7274), entre otras.

También se pronuncian al respecto, la S.A.P. de Toledo de 31 de enero de 1994 (R.A.C.6); la S.A.P. de Granada, de 25 de octubre de 1994 (R.A.C.2384); la S.A.P. de Segovia, de 29 de mayo de 1996 (A.C., @1321, de 30 de septiembre de 1996); S.A.P. de Asturias, de 10 de julio de 1996 (R.A.C.1757); S.A.P. de Jaén, de 14 de enero de 1998 (R.A.C.3132); S.A.P. de León, de 30 de septiembre de 1998 (R.A.C.6446).

El T.S. utiliza varios argumentos para fundar estas afirmaciones, que es necesario rebatir:

- El T.S. mantiene que sólo el actor puede pedir la condena del colitigante absuelto, porque es el único a quien perjudica esta decisión y, por tanto, el único legitimado para recurrir este extremo<sup>574</sup>. No encontramos una explicación lógica al hecho de que sólo el demandante pueda impugnar esta absolución, ya que no es él el único gravado por la misma. Los codemandados también pueden resultar perjudicados por ella. Si decimos que están legitimados para intervenir en apelación los afectados por la resolución de primera instancia, los colitigantes condenados resultan perjudicados, ya que su cuota de responsabilidad es mayor de la que sería si hubiera más condenados (no es lo mismo repartir la responsabilidad entre dos que distribuirla entre tres). Consideramos, por tanto, que los codemandados están legitimados para pedir en apelación la condena del colitigante absuelto, al resultar perjudicados por esta decisión.

- También propugna que un colitigante no puede pretender la condena de su codemandado absuelto, porque se produciría un cambio de posición procesal de las partes, pasando el recurrente-demandado, desde su lugar de tal al opuesto de demandante. Ya hemos dicho que la posición de apelante la puede ocupar tanto el demandante como el demandado, igual que la de apelado, sin que por ello se produzca ningún cambio de posición procesal respecto a la ostentada en primera instancia.

- Asimismo, los condenados no pueden instar la condena del absuelto, porque esto implica dejarle sin oportunidades de defensa. Siempre hay para que éste pueda ser oído alegando lo que a su derecho convenga. Pero, además, entendemos que no se produce esta falta de defensa, porque si quien interpone la apelación es un codemandado condenado (apelante) y, lo hace frente al absuelto, éste será el apelado, y tendrá todas las oportunidades de defensa que tiene cualquier apelado en apelación.

Estas tesis apoyan y corroboran opiniones de alguna autora a tenor de las cuales citada doctrina jurisprudencial lleva aun callejón sin salida: En primer lugar porque,

---

<sup>574</sup> Véase nota 248.

(...), la Jurisprudencia no consiente que un codemandado pida, mediante reconvencción, la condena de otro codemandado. Y en segundo lugar, el codemandado condenado no puede dirigir su recurso de apelación contra un codemandado absuelto. El resultado final es el apuntado: en el proceso donde se ventilan y depuran responsabilidades civiles sólo el actor con su actuación puede delimitar el alcance de la condena. Ello es lógico y de acuerdo con el principio dispositivo. Pero pienso que una vez introducido en el proceso el objeto litigioso y la correspondiente legitimación pasiva (por absoluta disposición del actor), el mencionado principio no alcanza estos otros extremos; sobre todo porque todos los que han sido parte en dicho proceso deben tener la oportunidad no sólo de exonerarse de su responsabilidad sino también de inculpar a sujetos que - participando en él con todas las garantías procesales - puedan resultar agentes productores del daño reclamado”<sup>575</sup>.

Además de compartir plenamente estas consideraciones, entendemos que esta Jurisprudencia del T.S. elimina la función principal de la apelación, centrada en controlar la actuación del Juez inferior. Al permitir únicamente al actor apelar la absolución de un codemandado, si éste no lo hace así, la absolución alcanza firmeza. Unido a ello, como se indicó, debe recordarse que uno de los fundamentos del recurso de apelación es corregir el posible error en que puede incurrir el Juez de primera instancia al dictar su resolución, ya que antes que órgano jurisdiccional es persona. Este órgano judicial también puede equivocarse al decretar la absolución de un codemandado, y no vemos ninguna razón lógica para admitir que sea sólo el actor el que ponga de manifiesto este error, ya que los otros demandados también son parte en el proceso y perjudicados por su decisión.

---

<sup>575</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., págs.8680 y 8681: “Así lo aconseja el principio de economía procesal y de unidad de las impugnaciones [en nuestro sistema, por el contrario, el condenado deberá recurrir a un nuevo proceso contra el codemandado absuelto, con el riesgo de que se pudiera acoger la excepción de cosa juzgada]; así lo impone la lógica necesidad de evitar el riesgo de sentencias contradictorias (en nuestro sistema, en condenado por la totalidad de los daños en el primer proceso podría ver aminorada o eliminada su responsabilidad en el segundo); y sobre todo, así lo indica una buena técnica procesal, al permitir la resolución integral del conflicto entre unos sujetos que deben tener la oportunidad de ver su pretensión satisfecha sin remisiones inútiles a procesos ulteriores”. TAPIA defiende los mismo postulados en su libro: *La reconvencción. Límites. Jurisprudencia*, ed. General de Derecho, 1994.

En esta línea interpretativa, el T.S. ha cambiado su postura en alguna de sus resoluciones acercándose a la que se ha apuntado. En la S.T.S. de 29 de junio de 1990 (R.J.4945), en un supuesto donde se plantea una acción de responsabilidad extracontractual contra un médico, la Seguridad Social y la Red de Asistencia Sanitaria, en primera instancia se absolvió al médico, condenando a las dos entidades. Apelada la sentencia únicamente por la Seguridad Social, la Audiencia condenó a los tres demandados. El médico interpuso recurso de casación, alegando la inaplicación de la doctrina jurisprudencial según la cual el codemandado condenado no puede plantear en apelación la condena del colitigante absuelto, de forma que si el actor, como único perjudicado por esta absolución, no la impugna, adquiere firmeza. El T.S. desestimó el motivo considerando que

*“(...) esta doctrina no es aplicable al caso de que el vínculo entre los litigantes sea de tal naturaleza que ninguna de las partes en causa pueda considerarse extraña a lo resuelto, ni ajena a las necesarias consecuencias de la sentencia (...), por lo que en los supuestos de culpa extracontractual la obligación de reparar exigible a los varios intervinientes en la causación de un mismo evento dañoso, tiene carácter solidario (...) obligación que por su carácter solidario obstaba a que la sentencia de primer grado jurisdiccional quedara firme para los demandados absueltos en el supuesto de que el condenado recurriera de la misma y no lo efectuara la parte actora”.*

No cabe, sin embargo, hablar de un cambio en la doctrina jurisprudencial, esto sólo se mantiene en determinadas sentencias, según las circunstancias concretas del caso, en tanto en la mayoría de las resoluciones que tratan este tema se sigue postulando que los condenados no pueden pedir la condena del litisconsorte absuelto.

Las Audiencias Provinciales, por su parte, también comparten que, según las circunstancias del caso, los codemandados puedan pedir en apelación la condena del colitigante absuelto en primera instancia. En este sentido, la S.A.P. de Almería, de 12 de noviembre de 1992 (A.C., @215, 15 de marzo de 1993), en un proceso de responsabilidad por vicios en la construcción, la sentencia de primera instancia condena a dos codemandados y absuelve al tercero. La actora consiente esta resolución, pero los litigantes condenados interponen recurso de apelación solicitando su absolución o, alternativamente, la condena solidaria del absuelto. La A.P. admite la condena del absuelto con base en las siguientes razones:

*“El principio general que proclama, que en la segunda instancia no cabe favorecer la situación de quien no apela ni se adhiere a la apelación, ni es dable entrar a conocer cuestiones consentidas por los litigantes, quiebra en los supuestos en que los pronunciamientos deban ser absolutos e indivisibles por su naturaleza, y en aquellos otros en que haya solidaridad procesal al ejercitarse conjuntamente la misma acción frente a varias personas colocadas en idéntica situación procesal, nacida de unos mismos hechos, con invocación de los mismos fundamentos legales y apoyada en alegaciones que hacen idéntica la condición de los litigantes, bastando por tanto el recurso de uno de ellos, para que el Tribunal de apelación pueda conocer el problema en toda su amplitud”<sup>576</sup>; concretamente, refiriéndose al caso, añade “(...) esta solidaridad de carácter material, trasciende al ámbito del proceso, produciéndose una solidaridad de orden procesal que alcanza a todos ellos, por lo que habiendo recurrido la sentencia de primera instancia los demandados que han sido condenados, el recurso de apelación seguido por éstos incluye virtualmente al otro posible deudor solidario (absuelto en la sentencia)”*

Igualmente, la S.A.P. de Castellón, de 30 de abril de 1997 (R.A.C.1684) admite que un codemandado solicite la condena en apelación de un codemandado absuelto. En primera instancia se reclama el pago de una cantidad por los daños causados en una casa, al haberse realizado defectuosamente los trabajos de limpieza, a Don J. y a su compañía aseguradora por tener suscrito un seguro de responsabilidad civil. El Juez de Primera Instancia absuelve a la aseguradora por que considera que el siniestro objeto de la reclamación no se encuentra comprendido en la cobertura del seguro. El actor interpone recurso de apelación ya que entiende que sus derechos económicos quedan mejor garantizados si la condena afecta solidariamente a ambos demandados. Don J. (codemandado) también presenta el recurso contra el otro codemandado absuelto, por que así queda salvaguardado su patrimonio al tener un seguro de responsabilidad civil. No obstante, el Tribunal de apelación reconoce que si el recurso de apelación se configura como una revisión de lo actuado en la instancia, de manera que se pretende la satisfacción de la parte que no ha visto atendidas las pretensiones que en su día oportunamente formuló, la petición de Don J. comporta la introducción en apelación de algo distinto a lo que se impetró en primera instancia (únicamente pidió su absolución). Pero el Tribunal *ad quem* no desestima el recurso por la falta de legitimación para recurrir del apelante. Considera que al oponerse la aseguradora en primera instancia alegando que el siniestro no era objeto de cobertura, podría oponerse la excepción de

---

<sup>576</sup> Señala para fundar estos postulados, las S.S.T.S. de 29 de noviembre de 1960, de 29 de marzo de 1980

cosa juzgada en un pleito posterior en que el asegurado accionase contra la aseguradora con base en el contrato de seguro, pues se traería a colación una sentencia firme, la recaída en el presente proceso, y se cumplirían las identidades exigidas por el art.1252 de la L.E.C.. Así, se permite que el codemandado solicite en apelación la condena del codemandado absuelto<sup>577</sup>.

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre resoluciones inescindibles que afectan a una pluralidad de sujetos. Este es el caso de la S.T.S. de 3 de enero de 1948 (R.A.C.11), que plantea un supuesto de pretensión alternativa, de manera que, admitida la existencia del crédito, la condena de uno de los demandados significaba la absolución del otro, debiendo el fallo establecer dos pronunciamientos inseparables. Al tratarse de una decisión conexa, se permite a la Audiencia condenar al absuelto y absolver al condenado, aunque sólo haya apelado uno de ellos, y no puede aplicarse el argumento de que por no haberse adherido a la apelación el demandante, el Tribunal únicamente podía decidir sobre la absolución o condena del apelante, ya que dicha condena va inescindiblemente ligada a la de su colitigante.

De esta forma, es posible permitir que un codemandado recurra la absolución de su codemandado y solicite su condena, bajo determinadas condiciones:

- La resolución judicial de primera instancia cause gravamen al codemandado que pretenda interponer apelación.

---

y de 26 de septiembre de 1984.

<sup>577</sup> Incluso lo admiten en caso de que se trate de codemandantes: un codemandante puede interponer recurso de apelación en perjuicio de otro codemandante. Así lo manifiesta la S.A.P. de Baleares, de 25 de octubre de 1994 (R.A.C.2033): *"En el caso de autos sucede que el pronunciamiento de la sentencia dictada en primera instancia que concede la indemnización por el fallecimiento de las tres religiosas a sus familiares es impugnado por la representación de la "Congregación Hermanas de la Caridad de San Vicente de Paul", pero ocurre que dicha parte no es, propiamente, la parte contraria pues, al igual que los parientes de las difuntas, ocupa la posición de actora" (...)* *"Hacer depender la posibilidad de un pronunciamiento que favorezca a una actora - apelante en perjuicio de otra actora de la circunstancia de que el demandado por ambas y condenado en primera instancia a pagar sólo a una parte recurra la sentencia, podría provocar una evidente indefensión ya que no es de esperar del demandado una conducta que no obedece a sus propios intereses sino a los de la contraparte"*. La compañía religiosa pretendía recibir una indemnización en detrimento de la concedida a los familiares de las religiosas (todos ellos demandantes en primera instancia).

La S.A.P. de Barcelona, de 18 de septiembre de 1996 (R.J.C., nº61), plantea un supuesto donde el codemandado condenado interpone recurso de apelación al que se adhiere el actor. Ambos solicitan la condena de colitigante absuelto en la instancia. La A.P. afirma, *"(...) en el caso de la existencia de dos o más demandados, la conformidad de uno de ellos no puede perjudicar a los otros, pues lo contrario*



- La resolución dictada en apelación, al adquirir fuerza de cosa juzgada respecto a los litigantes, haga imposible que el codemandado inicie otro proceso declarativo contra el otro codemandado. En caso contrario, se permite que una resolución judicial alcance firmeza, sin que todos los colitigantes hayan podido defender sus intereses legítimos en el proceso y se impide que dicha defensa pueda realizarse en otro proceso.

Por último, los efectos de la caducidad de la instancia judicial también son distintos si existe una pluralidad de partes en la posición procesal. También es necesario separar los supuestos de decisiones individualizadas o no. Si la resolución del Juez *a quo* ha sido independiente para cada colitigante, en el supuesto de que uno de los litisconsortes pide la reanudación del proceso, no lo hace en nombre de todos sino en el suyo propio, de forma que el proceso no caducará respecto a él, pero sí respecto a los otros colitigantes. La situación es distinta en el caso de que la decisión no sea individualizada, sino conjunta para todos ellos, ya que si sólo alguno de los litisconsortes insta la reanudación del procedimiento, aunque los demás permanezcan inactivos, la caducidad no se produce respecto a ninguno, de la misma forma que la cosa juzgada material se extiende a todos, incluso si no han actuado en el proceso<sup>578</sup>. En los casos de obligaciones solidarias, se entiende que la caducidad de la instancia afectará a todos los litigantes, aunque únicamente intervenga en el proceso uno de ellos. Estas consecuencias también pueden aplicarse a los supuestos en que, existiendo varias personas físicas o jurídicas en una parte, sólo desista del recurso alguna de ellas.

De todo lo expuesto concluimos que la existencia de una pluralidad de sujetos en la parte activa o pasiva en primera instancia, produce diferentes consecuencias en apelación, sobre todo cuando en dicho recurso sólo interviene alguno de aquellos litigantes. Así, de la doctrina y jurisprudencia analizadas, deducimos la siguientes reglas:

- Si la decisión contenida en la resolución de primera instancia es inescindible, de manera que afecta por igual a todos los litigantes, en apelación se produce el efecto extensivo. Esto es, si sólo recurre alguno de los sujetos, consintiendo la decisión los

---

*supondría dividir la continencia de la causa, sin que quepa olvidar que la acción ejercitada en la tercera es indivisible”.*

<sup>578</sup> MUÑOZ ROJAS, T.: *Caducidad de la instancia judicial*, ob. cit., pág.63.

restantes, los efectos resultantes de la apelación se extenderán a todos, aunque no hayan intervenido en el recurso.

-. En cambio, si la decisión de la resolución de primera instancia es separable, de forma que es diferente para cada colitigante, e, incluso, absolutoria para unos y condenatoria para otros, el recurso de apelación es independiente, o sea, si sólo recurre un litigante no se extiende a los no apelantes. Además, se dan circunstancias especiales:

-. Si el actor es quien apela, su recurso puede dirigirse frente a cualquier codemandado, aunque esté absuelto.

-. Si interpone recurso de apelación un colitigante, éste, según la jurisprudencia mayoritaria, sólo puede pedir su absolución y no la condena del colitigante absuelto. Pero existe alguna jurisprudencia que, según las circunstancias del caso, admite que un codemandado solicite la condena del absuelto. Sobre todo son casos en que el Juez de Primera Instancia ha entendido que su decisión podía ser distinta y separable para los codemandados, y el Tribunal de apelación considera que estamos ante un supuesto de decisión inescindible (solidaria). Entendemos que esta segunda doctrina debería ser la aplicable a todos los procesos donde un codemandado crea que su colitigante también debería ser condenado o, incluso, pueda demostrar que el exento de responsabilidad es él y el único responsable es el absuelto en primera instancia.

A pesar que, en numerosas ocasiones, sólo planteamos las cuestiones respecto a los codemandados, ya que es donde encontramos más problemas en la práctica, estas reglas también se aplican en caso de pluralidad de actores.

Todos estos problemas se solucionarían si la L.E.C. estableciera expresamente las consecuencias jurídicas en estos casos. A falta de regulación debemos estar a la interpretación de los órganos judiciales, aunque no parece del todo acertada. Sería, pues, conveniente introducir una normativa al respecto.

La nueva L.E.C., lamentablemente, incurre en el mismo error que la L.E.C. de 1881 y no establece ninguna regulación que solucione los problemas mencionados anteriormente, tan presentes en la práctica de nuestros Tribunales.

## VI. SITUACIONES ESPECÍFICAS.

### 1. LA REBELDÍA.

Interesa ahora analizar las actuaciones en el recurso de apelación, de quien, permaneciendo en rebeldía en primera instancia, decida tener alguna participación en la apelación. Podemos distinguir dos situaciones: que interponga el recurso de apelación (apelante); que el recurso se dirija frente a él (apelado); añadiendo una tercera: que continúe estando en situación de rebeldía durante la apelación.

Los supuestos de falta de comparecencia o inactividad de los litigantes, una vez interpuesto recurso de apelación, ya han sido tratados. Recordemos, a grandes rasgos, que la incomparecencia del apelante provoca la deserción del recurso y la del apelado la continuación del mismo. Sólo en este último caso hay quien habla de rebeldía, pero como una situación que no precisaría declaración expresa de ningún órgano.

La rebeldía se entiende como una especial posición de la parte en el decurso del pleito, por tanto, no es un tipo o clase de proceso, sino una manera especial de sustanciarse cualquier clase de juicio<sup>579</sup>. Nuestro sistema procesal sólo permite la rebeldía del demandado, ya que la declaración de rebeldía es el efecto de la falta de personación y no de cualquier otra inactividad ulterior (incluso si el demandado, después de personado, deja de contestar a la demanda, no se constituye por ello en rebeldía). Por eso, nuestra legislación no conoce la rebeldía del actor, pues la presentación de la demanda comprende por necesidad la comparecencia o personación del demandante<sup>580</sup>. Así, rebelde es el demandado que no se persona en primera instancia

---

<sup>579</sup> GÓMEZ ORBANEJA (con Herce Quemada): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.171. MONTERO AROCA, J (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.157. MUÑOZ ROJAS, T.: *Sobre la rebeldía y el recurso de audiencia al demandado*, en «Revista de Derecho Procesal», 1981- 2 y 3, pág.382. VERGÉ GRAU, J.: *La rebeldía en el proceso civil*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1989, págs.51 y ss. BACHMAIER WINTER: *La rebeldía en el proceso civil norteamericano y español*, Madrid, 1994.

<sup>580</sup> HERCE QUEMADA: *La denominada rebeldía del actor en el proceso civil*, en «Revista Temis», nº2, Zaragoza, 1957, págs.79 a 85.

adquiriendo tal condición de tal, en algunos juicios mediante declaración expresa del órgano judicial de oficio<sup>581</sup>, o en otros, por la simple incomparecencia<sup>582</sup>. Esta declaración encuentra su base en que la comparecencia, como primer acto de toda una serie de actuaciones, es una carga, y no un deber del demandado y, por consiguiente, la incomparecencia no está sancionada jurídicamente. Si no comparece, sobre él recaerá el posible perjuicio de tal inactividad. La rebeldía no tiene además otro significado que el de la inactividad, sin que no implique allanamiento ni reconocimiento de los fundamentos de hecho de la demanda<sup>583</sup>.

Que la intervención del rebelde se inicie en apelación se deduce del art.766 de la L.E.C. al establecer que “Cualquiera que sea el estado del pleito en que el litigante rebelde comparezca, será admitido como parte, y se entenderá con él la sustanciación, sin que ésta pueda retroceder en ningún caso”. Ahora bien, el compareciente no podrá efectuar aquellas actuaciones para las cuales ha finalizado el plazo legalmente previsto de realización, esto es, no está facultado para llevar a cabo las actitudes propias de la primera instancia, por haber precluido. Esto supone que el demandado que deja de estar en rebeldía asume el proceso en el estado en que se encuentre<sup>584</sup>. La rebeldía cesa, por tanto, tan pronto como se persone o comparezca el litigante rebelde. La S.T.S. de 25 de febrero de 1995 (R.J.1136), en un caso donde el demandado, declarado rebelde en primera instancia, se persona cuando le fue notificada personalmente la sentencia para interponer recurso de apelación contra la misma, indica:

*“(...) quedó precluido para él el trámite de alegaciones en el juicio de menor cuantía (...). Si comparece por primera vez para apelar la sentencia recaída en virtud del art.766 L.E.C., obsta a que el pleito pueda retroceder en ningún caso, lo cual lleva aparejado que, si bien la rebeldía no implica allanamiento a la demanda ni libera al actor de probar los hechos constitutivos del derecho que reclama, e incluso le cabe al demandado el acreditar su inexactitud si el estado del proceso lo*

---

<sup>581</sup> En los juicios de mayor y menor cuantía (art.528.II y 685), el juicio de cognición (art.43 del Decreto de 21 de noviembre de 1952), el juicio ejecutivo (art.1462), entre otros.

<sup>582</sup> Por ejemplo, en el juicio verbal (art.729), en el de retracto (art.1623), en el de desahucio (art.1578), en los interdictos (art.1644), etc.

<sup>583</sup> Existen algunas excepciones: las tercerías (art.1541.II de la L.E.C.), donde la falta de contestación a la demanda se hace equivaler a la admisión de los hechos alegados por el actor; el juicio de desahucio (art.1578 de la L.E.C.), la falta de comparecencia al juicio verbal se considera un allanamiento.

<sup>584</sup> S.T.C. 184/1989, de 6 de noviembre.

En el mismo sentido, MONTERO AROCA, J. (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.157.

*permite, no puede, en cambio, el litigante rebelde utilizar excepciones tardíamente alegadas ni suscitar cuestiones distintas planteadas en la demanda, que es donde quedaron definitivamente fijados los términos de la cuestión litigiosa, al no existir cuestión que se le opusiere. Por lo tanto, el demandado en rebeldía no puede introducir en el recurso de apelación la resolución del contrato de compraventa por no alegarse en el momento procesal oportuno (...)*<sup>585</sup>.

La única excepción a esta prohibición de retroacción se encuentra en materia de prueba, como veremos en su momento en el art.767 de la L.E.C.<sup>586</sup>.

Por otro lado, el hecho de que el rebelde mantenga la condición de parte aunque no comparezca en la instancia, también justifica su intervención en apelación, ya que, como sabemos, legitimados activa o pasivamente en apelación lo están aquéllos que han sido parte, porque a ellos les causará algún efecto, gravándolos o favoreciéndolos, la resolución dictada por el Juez *a quo*, con independencia de que también afecte a quien no ostente tal condición<sup>587</sup>. De esta forma, para poder interponer recurso de apelación y ser parte apelante, el rebelde tiene que padecer un gravamen o perjuicio inferido por la resolución dictada en primera instancia. Sin embargo, como no ha intervenido en la misma no ha introducido su petición sobre el sentido de dicha resolución, por eso, la apelación del rebelde únicamente puede basarse en su vencimiento<sup>588</sup>.

La L.E.C. prevé expresamente la posibilidad de que el declarado rebelde utilice el recurso de apelación en los arts.771 y 772. El art.771 establece, “el litigante rebelde a quien haya sido notificada personalmente la sentencia definitiva sólo podrá utilizar contra ella el recurso de apelación, y el de casación cuando proceda, si lo interpone dentro del término legal”. Por su parte, el art.772 dispone, “los mismos recursos podrán

---

<sup>585</sup> En el mismo sentido, la S.T.S. de 3 de febrero de 1973 (R.J.404); S.T.S. de 29 de diciembre de 1997 (R.J.9191).

También, la S.A.P. de Granada, de 26 de septiembre de 1995 (R.A.C.1552); S.A.P. de Sevilla, de 28 de noviembre de 1995 (R.A.C.2080); S.A.P. de Madrid, de 27 de enero de 1996 (R.A.C.295).

Por su parte, la S.A.P. de Cuenca, de 16 de febrero de 1982 (La Ley, 1982-2, 1998): “(...) *es obvio que el rebelde recurrente tan solo podrá manifestarse en la alzada acerca de las cuestiones en que quedó planteada la litis en primera instancia (...)*”.

<sup>586</sup> Este artículo establece: “si compareciere después del término de prueba en primera instancia o durante la segunda, se recibirán en ésta precisamente los autos a prueba, si lo pidiere y fueren de hecho las cuestiones que se discutan en el pleito”.

<sup>587</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., pág.8676. FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El Proyecto de Ordenanza Procesal civil austríaco*, ob. cit., pág.501.

<sup>588</sup> MORÓN PALOMINO, M.: *Derecho procesal civil...*, ob. cit., pág.354.

utilizar los litigantes declarados en rebeldía a quienes no haya sido notificada personalmente la sentencia. En este caso, el término legal para interponerlos se contará desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial de la provincia”<sup>589</sup>. Si se trata de una resolución interlocutoria, de los arts.762 y 281 de la L.E.C. se deduce que, al notificarse al rebelde toda resolución en estrados, los plazos para la interposición del recurso correrán desde el preciso instante en que se efectúe esa notificación.

Desde el punto de vista de los antecedentes históricos no siempre se ha admitido la apelación del rebelde. En la primera etapa del derecho romano era imprescindible y necesaria la presencia del demandado, pero, posteriormente, la regulación cambió admitiéndose la rebeldía, cosa que incidió en la facultad de apelar del declarado rebelde. Se estableció que cuando la ausencia de la parte no se podía justificar por alguno de los motivos reconocidos por la Ley, el contumaz o rebelde perdía la posibilidad de apelar. A partir de este principio, se deduciría que únicamente la ausencia sin justificación podía excluir el derecho de apelar la resolución. De esta forma, se establecían dos clases de incomparecencia: la simple ausencia, que se justificaba en alguna causa no imputable a la parte, y que no impedía un ulterior recurso de apelación; y la “absentia per contumacia”, debida a la mera voluntad de la parte de no comparecer y que hacía perder la legitimación en apelación. La escuela de la Glosa realizó un profundo estudio de estas situaciones, ya que en la práctica se daban con mucha frecuencia. Los glosadores, con mayores o menores matices, mantuvieron la distinción. Las Partidas, por su parte, regularon exhaustivamente estos supuestos, separando la ausencia necesaria, debida a la fuerza mayor o causa similar, y la negligente, causada por servir a Dios o estar en prisión; de lo que era propiamente rebeldía o contumacia. En los primeros supuestos, quedaba establecido el ámbito de la ausencia por motivos no imputables a la voluntad de la parte, motivos que, debidamente justificados ante el Juez, no eliminaban la

---

<sup>589</sup> SAMANES ARA, C.: *La tutela del rebelde en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1993, pág.116. Vemos que el plazo para interponer recurso de apelación comenzará el día siguiente al de la notificación de la resolución de primera instancia al rebelde. En el caso de que se realicen dos notificaciones, la primera en estrados y la segunda personalmente, dicho plazo empezará el día siguiente al de la última notificación realizada, por ser prevalente a la edictal. En este sentido, la A.A.P. de Barcelona, de 25 de enero de 1991 (R.J.C., pág.453); S.A.P. de Zaragoza, de 25 de febrero de 1992 (R.A.C.195). Sin embargo, aunque la notificación no se haya producido, si el rebelde tiene conocimiento de la sentencia por otros medios, se entiende que corre el plazo para apelar y la falta de notificación no causa indefensión. Así lo manifiesta la S.A.P. de Teruel, de 28 de mayo de 1993 (R.A.C.923), que al tener el rebelde la condición de esposo de la también demandada ahora apelante, considera que tuvo conocimiento de la resolución dictada, aunque no se le notificó.

posibilidad de apelar. No obstante, en el caso del rebelde o contumaz, o sea, de incomparecencia voluntaria, sin justificación, desobedeciendo la llamada del Juez, se perdía la posibilidad de apelar, se imponían sanciones pecuniarias además de la condena en costas y se abría un procedimiento cautelar contra los bienes del rebelde (“asentamiento”). Además, la parte no citada en regla no podía ser declarada rebelde. Pero, algunos autores pusieron de manifiesto que en la realidad de los tribunales no se aplicaban estas reglas: ni se citaba a las partes para la publicación de la sentencia; y se permitía al rebelde, que no comparecía a la lectura, apelar<sup>590</sup>. Las Leyes de Enjuiciamiento simplificaron este esquema. Establecieron una única figura de rebelde: era todo litigante que citado no comparecía al proceso. Así, se le notifica en los estrados del Tribunal, y puede comparecer en cualquier estado del pleito y ser admitido como parte, aunque sin retroceder el procedimiento. Sin embargo, la L.E.C. de 1855 estableció que si el rebelde había sido citado personalmente no podía recurrir en apelación. Esto fue modificado por la L.E.C. vigente actualmente, ya que cualquiera que sea la forma de la citación, permite al rebelde apelar la resolución dictada en rebeldía dentro del plazo establecido por la Ley, contado desde el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial de la provincia. Así, se elimina la regulación separada y específica de la rebeldía voluntaria e involuntaria, estableciendo la misma facultad de intervenir en apelación para ambas.

Según la regulación actual, tanto si el rebelde actúa como apelante como si lo hace como apelado, le serán de aplicación todas las reglas señaladas anteriormente y dejará sin efectos la rebeldía decretada en primera instancia<sup>591</sup>. Las especialidades de su intervención en el recurso de apelación vienen dadas por la prohibición de retroceder las actuaciones, como ya se señaló, ya que habrá perdido la posibilidad de reconvenir, alegar hechos, pretensiones, plantear excepciones, solicitar la práctica de pruebas, etc., o sea, de realizar las actividades propias de quien ocupa la parte pasiva en el proceso. De hecho, lo que se discute en materia de apelación es si este rebelde, al ver precluida la

---

<sup>590</sup> Para saber más detalladamente la regulación en nuestras fuentes legislativas de la apelación del rebelde, véase AIKIN ARALUCE (*El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., págs.112 y ss.), ya que, por ser muy amplia, hemos optado por no reproducirla en toda su amplitud, al no ser éste el objeto principal de nuestro estudio, y sólo hemos apuntado un pequeño resumen, que siempre resultará incompleto.

<sup>591</sup> Lo manifiesta así: la S.T.S. de 3 de marzo de 1992 (R.J.1838); la S.T.S. de 17 de julio de 1995 (R.J.5591). También la S.A.P. de Cuenca, de 16 de febrero de 1982 (La Ley, 1982-2, 1998); S.A.P. de Huesca, de 22 de octubre de 1994 (R.A.C.2436).

oportunidad de realizar estas alegaciones en la primera fase del proceso, puede efectuarlo en la segunda: ¿puede introducir nuevos hechos, nuevas pretensiones, nuevas pruebas?. Todas estas facultades están relacionadas con la determinación del objeto y alcance del recurso de apelación, que, como hemos manifestado, serán analizadas en el capítulo cuarto de este trabajo, por tanto, nos remitimos al mismo.

En el derecho procesal alemán, a modo de ejemplo o referente de derecho comparado, no permite al rebelde condenado en primera instancia interponer recurso de apelación contra la parte que ha pedido su condena (apartado primero de §513 ZPO). Únicamente puede utilizar “Einspruch”, que es un medio de impugnación parecido a nuestra audiencia al rebelde (apartado segundo de §513 ZPO)<sup>592</sup>. Parece que esta regulación puede ser correcta, en orden a evitar actuaciones meramente dilatorias de demandados que se sitúan voluntariamente en la posición de rebeldía con mala fe.

El T.C., por su parte, ha dicho reiteradamente que si quien no comparece lo hace libremente, esta actitud no le causa indefensión ni se vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva por mermar su defensa, pues la rebeldía se debe exclusivamente a su voluntad<sup>593</sup>. Pero, también ha recordado que si la incomparecencia resulta de una causa externa no imputable a la parte, supone un detrimento de sus derechos de defensa, sobre todo cuando se basa en un error judicial, y debe declararse la nulidad de todo lo actuado y la retroacción de las actuaciones judiciales al momento procesal inmediatamente anterior al de cometerse dicha lesión constitucional. Así lo expone la S.T.C. 195/1990, de 29 de noviembre:

*“A ello ha de añadirse en este supuesto, que la posibilidad de petición de prueba o incluso de alegación e intervención que regulan los arts.766 y 767 de la L.E.C. con relación a las situaciones de rebeldía procesal según la fase del proceso en que comparezca el rebelde, deben entenderse asentadas en la previa corrección de la declaración judicial de rebeldía, no siendo trasladables a aquellos supuestos en los que tal condición procesal respecto de uno de los litigantes no obedece a su*

---

<sup>592</sup> Claro que el tratamiento de la rebeldía en el derecho alemán también es distinto del de el derecho español: si el demandado no comparece se le tiene por confeso (“geständnissiktion”), siempre que lo pida el actor. La sentencia en rebeldía, condenando al rebelde, se dicta después de una simple comprobación de que los hechos se adecuan a la tutela solicitada. No es necesaria la existencia de ninguna prueba (§331.I.1 ZPO).

<sup>593</sup> A.T.C. 152/1984, de 7 de marzo; A.T.C. 1110/1986, de 22 de diciembre; S.T.C. 102/1987, de 17 de junio, entre otras.



*voluntaria incomparecencia inicial en el proceso, sino a un llamamiento judicial del que no tuvo conocimiento real y efectivo; porque si aquella institución se aplica sin atender a la anterior consideración y desvinculada de su presupuesto esencial, se desvirtúa su naturaleza esencial, y ello implica no sólo una defectuosa interpretación de la legalidad procesal, sino también la privación del fundamental derecho de defensa - intervención, alegación y contradicción en la causa - sin que exista justificación alguna que pueda razonablemente motivar tal limitación de ese derecho esencial”.*

Últimamente el T.C. ha reconocido que la facultad probatoria concedida por el art.862.5 de la L.E.C. al declarado en rebeldía en primera instancia sólo puede ser utilizada por el rebelde involuntario, pues es el dato de la incomparecencia voluntaria en primera instancia del recurrente la circunstancia que determina la denegación de la apertura del periodo probatorio en la segunda. Así lo afirma la S.T.C. 190/1997, de 10 de noviembre:

*“La negativa judicial a la apertura del periodo probatorio estaría, así, fundada en una estricta aplicación de las normas procesales, cuya interpretación y aplicación al supuesto que se examina no puede tildarse ni de manifiestamente arbitraria ni de irrazonable”.*

En lo que a nuestro análisis atañe principalmente, en ningún caso el T.C. ha entendido que únicamente la rebeldía involuntaria permite intervenir en apelación, y que si el litigante se ha colocado en tal condición voluntariamente ha eliminado su facultad de recurrir.

Si en el recurso de apelación continúa la situación de rebeldía iniciada en primera instancia, es lógico que sólo se manifieste en la parte apelada, pues si el rebelde interpone el recurso desaparece tal condición. Como bien hemos dicho, si el apelado no comparece, continúa la apelación llegando a su resolución por el Tribunal, siendo de aplicación todo lo expuesto en anteriores epígrafes<sup>594</sup>.

Siguiendo lo ya analizado es necesario precisar que si la resolución de primera instancia afecta de forma solidaria, esto es, indivisible, a los codemandados y uno de

---

<sup>594</sup> Se plantea uno de estos casos en la S.T.S. de 5 de noviembre de 1983 (R.J.5958): los demandados fueron declarados en rebeldía en primera instancia y tampoco se personaron en la segunda..

ellos interpone recurso de apelación, éste beneficia a los demás, no apelantes, aunque hayan sido declarados en rebeldía y no comparezcan en ninguna de las dos instancias<sup>595</sup>.

Finalmente, una de las consecuencias más importantes que produce la intervención del rebelde en apelación, es la imposibilidad de otorgar la audiencia en rebeldía de los arts.773 y ss. de la L.E.C. No es posible por no cumplirse dos de los tres requisitos exigidos por el art.773: el demandado no ha permanecido constantemente en rebeldía, pues al comparecer más tarde, aunque sea en apelación, ha finalizado su primitiva actitud; precisamente, se encuentra en alguno de los casos de los dos artículos que preceden el art.773, que, como hemos visto, son los que permiten al rebelde apelar<sup>596</sup>. Así lo recuerda la S.T.S. de 20 de junio de 1996 (R.J.5076),

*“Si el recurrente pudo apelar la sentencia que se le notificó, la ley quiere que se acuda al recurso de apelación y no al extraordinario y excepcional de audiencia al rebelde, que implica dejar sin efectos una sentencia firme ya”.*

De esta forma, no se podrá acudir a la audiencia al rebelde, ni cuando el mismo ha interpuesto apelación, ni cuando se le ha notificado personalmente la sentencia y tiene la oportunidad de presentarla.

La L.E.C. de 1881 permite al rebelde interponer recurso de apelación, tanto si se ha colocado en tal situación de forma voluntaria, o sea, siendo plenamente consciente de la tramitación del proceso, como si ha adquirido la condición de rebelde por falta de citación o algún otro error o circunstancia ajena a su voluntad. Pero, como se verá, además admite que dicho rebelde - tanto el voluntario como el involuntario - practique en segunda instancia toda la prueba que convenga a su derecho. No obstante, la jurisprudencia y, sobre todo, el T.C. ha ido matizando tal facultad, limitándola en aquellos casos donde el rebelde fue declarado como tal por su negligencia, desidia o estricta voluntad.

---

<sup>595</sup> En este sentido, la S.A.P. de Málaga, de 26 de mayo de 1995 (A.C., 15 de febrero de 1996, @210).

<sup>596</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: *El demandado cuyo procurador apeló de la sentencia de primera instancia, ¿puede utilizar con éxito el recurso de audiencia?*, en «Clínica procesal», ed. Porrúa, 1982. FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El Proyecto de Ordenanza procesal civil austriaco*, ob. cit., pág.501. MUÑOZ ROJAS, T.: *Sobre la rebeldía...*, ob. cit., pág.402. CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., págs.495 y 506. VERGÉ GRAU, J.: *La rebeldía en el proceso civil*, ob. cit., pág.111.

## 1.1 Configuración de este supuesto por la nueva L.E.C.

Por su parte, la nueva L.E.C. ha recogido esta jurisprudencia y, aunque permite que tanto el rebelde voluntario como el involuntario interponga recurso de apelación (art.500 del Proyecto de L.E.C. remitido al Senado por el Congreso de los Diputados)<sup>597</sup>, sólo faculta al rebelde involuntario practicar toda la prueba que convenga a su derecho (art.460.3 del mencionado Proyecto)<sup>598</sup>.

Esta configuración resulta razonable al no permitir al rebelde voluntario practicar prueba en segunda instancia y, en cambio, se admita su intervención en el recurso, pues se ha colocado en tal situación por su voluntad o negligencia y debe asumir los efectos de su actuación. Pero no tiene sentido la referencia al rebelde involuntario, pues si se le ha declarado en rebeldía por falta de notificación u otro error o circunstancia ajena a su voluntad, su actuación debe ir dirigida a pedir la audiencia al rebelde para obtener la retroacción de las actuaciones al momento en que se ha producido la falta y la rescisión de la sentencia firme. El análisis de la prueba en segunda instancia del rebelde será ampliado en el siguiente capítulo.

## 2. EL MINISTERIO FISCAL.

Por todos es sabido que el proceso civil no es el campo donde la actuación del Ministerio Fiscal resulta más frecuente, pero es necesario aludir a los casos concretos en que la Ley prevé su intervención y, especialmente, su posible participación en la sustanciación del recurso de apelación. Deberá examinarse además que la actuación del Ministerio Fiscal no siempre es de igual intensidad: unas veces se le atribuye la

---

<sup>597</sup> Art.500 de dicho Proyecto de L.E.C.: "El demandado rebelde a quien haya sido notificada personalmente la sentencia, sólo podrá utilizar contra ella el recurso de apelación, y el extraordinario por infracción procesal o el de casación, cuando procedan, si los interpone dentro del plazo legal"; "Los mismos recursos podrá utilizar el demandado rebelde a quien no haya sido notificada personalmente la sentencia, pero en este caso, el plazo para interponerlos se contará desde el día siguiente al de la publicación del edicto de notificación de la sentencia en los Boletines Oficiales del Estado, de la Comunidad Autónoma o de la Provincia".

<sup>598</sup> Art.460.3 del mismo Proyecto: "El demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiere personado en los autos después del momento establecido para proponer la

condición de parte, permitiéndole interponer pretensiones y oponerse a ellas; en otras, su actuación es informadora, de emisión de una opinión jurídica llamada dictamen, informe o audiencia; y, finalmente, también puede actuar como representante de menores, incapacitados y ausentes<sup>599</sup>.

En los supuestos en que se atribuye al Ministerio Fiscal la plena condición de parte, si bien será una parte especial al representar los intereses de la sociedad y no los privados o propios, actuando en defensa de la legalidad, puede realizar cualquier acto procesal como son los de apelar o ser apelado, excepto los de renuncia del derecho material (renuncia, allanamiento). Concretamente, los procesos donde el Ministerio Fiscal será parte son: los procesos matrimoniales (de nulidad (art.74 C.C.), del art.75 del C.C. y en los casos en que intervenga algún menor incapacitado o ausente (Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio)); los procesos de filiación en que intervenga un menor (arts.129 y 137 C.C.); los juicios de incapacitación; la suspensión de pagos; los procesos de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales; los juicios sobre grandezas y títulos nobiliarios. En estos procesos donde el Ministerio Fiscal ha de intervenir en el proceso por disposición de la Ley en calidad de parte o de mero informador, debe ser emplazado o se le deben comunicar las actuaciones para que pueda cumplir su función. Si se omitiere este emplazamiento, no se le citase para la realización de los actos procesales o no se le notificase la sentencia recaída, se debería decretar la nulidad de lo actuado y retroceder las actuaciones al día de la vulneración, tanto si la misma se produce en primera instancia como en el recurso de apelación<sup>600</sup>.

---

prueba en la primera instancia podrá pedir en la segunda que se practique toda la que convenga a su derecho”.

<sup>599</sup> MONTERO AROCA, J. (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.81. MONTERO AROCA, J.: *La legitimación en el proceso civil...*, ob. cit., págs.71 y 72.

<sup>600</sup> Así lo hizo el T.S. en la Sentencia de 11 de febrero de 1997 (R.J.941) en un supuesto donde la Audiencia no citó al Ministerio para el acto de la vista ni se le notificó la sentencia recaída. También, la S.T.S. de 9 de julio de 1992 (R.J.6273).

S.A.P. de Teruel, de 8 de noviembre de 1993 (R.A.C.2240); S.A.P. de Toledo, de 26 de mayo de 1997 (R.A.C.1181): recaída sentencia en primera instancia, no fue notificada al Ministerio Fiscal y interpuesta apelación no fue emplazado ante la Audiencia, ni se le dio trámite de instrucción, ni fue notificado del señalamiento, por lo que no pudo comparecer al acto de la vista, por lo que se decreta la nulidad de actuaciones.

De esta forma, si el Ministerio Público ha tenido en el procedimiento impugnado la posición de actor o demandado, está legitimado para la apelación<sup>601</sup>. Pero esta legitimación le viene dada por ser parte en determinados procesos previstos legalmente, y no por el gravamen que le ocasiona la resolución que se pretende impugnar. Esta diferencia de trato proviene de la función particular que realiza en el proceso<sup>602</sup>. Está, pues, legitimado para interponer apelación (apelante), para que el recurso se dirija frente a él (apelado), o, incluso, en este último caso, tiene la posibilidad de adherirse a la apelación, además de realizar todas las actuaciones inherente a su posición de apelante o de apelado<sup>603</sup>.

Es precisamente en este marco de la intervención del Ministerio Fiscal, donde el T.S. ha introducido una excepción a la regla general de que la no personación del apelante ante el Tribunal *ad quem* en el plazo del emplazamiento, provoca la declaración de recurso desierto. Si quien interpone la apelación es el Ministerio Fiscal, debe tenerse por comparecido sin necesidad de que se persone, ya que por la función que ejerce siempre debe estar presente en los Tribunales respectivos. La S.T.S. de 11 de febrero de 1886 declaró: “Considerando que la sentencia no infringe las disposiciones legales y doctrina que se invoca en el primer motivo, pues si bien es cierto que con arreglo a ella, el Ministerio Fiscal, en los juicios en que interviene representando al Estado, se haya sujeto como todo litigante a los trámites, términos y formalidades de la ley Procesal, debe establecerse diferencia entre los demás casos y aquél en que sólo se trate de comparecer como apelante en la segunda instancia, acto que, dadas las funciones permanentes que dicho Ministerio ejerce, y la circunstancia de que en aquellos asuntos está siempre presente en los Tribunales respectivos, tienen éstos por realizado, según la práctica observada, sin necesidad de escrito o gestión alguna”<sup>604</sup>.

---

<sup>601</sup> CARNELUTTI: *Instituciones del proceso civil*, ob. cit., págs.188 y 189. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (con otros): *Los recursos en el proceso civil*, ob. cit., pág.150. RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.711.

<sup>602</sup> FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3526.

<sup>603</sup> La S.A.P. de Valencia, de 16 de octubre de 1992 (R.A.C.1344), plantea un caso de adhesión a la apelación del Ministerio Fiscal. También, el A.A.P. de Alicante, de 9 de noviembre de 1992 (R.A.C.1593); la S.A.P. de Barcelona, de 5 de marzo de 1994 (A.C., 30 de septiembre de 1994, @1349).

<sup>604</sup> Transcrita por MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.98 y 99. Sin embargo, MANRESA considera esta declaración como procedente y aconseja que el Ministerio Fiscal se persone en los autos ante la Audiencia dentro del término del emplazamiento cuando sea apelante, para conseguir una aplicación estricta de la Ley y evitar las cuestiones y recursos de la parte

Existe otra excepción a la regulación general para el caso de que el Ministerio Fiscal, apelante, pretenda desistir o separarse del recurso. Precisa, en estos casos, estar autorizado por una Real Orden.

La nueva L.E.C. prevé expresamente la intervención del Ministerio Fiscal en determinados procesos especiales. El art.749 del Proyecto de L.E.C., remitido al Senado tras su aprobación por el Congreso, establece dicha intervención como parte en los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación. El Ministerio Fiscal será siempre parte en los mencionados procesos, aunque no los haya promovido, ni deba asumir la defensa de alguna de las partes. En los demás procesos previstos en el Título J del Libro Cuarto de la nueva L.E.C., la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal<sup>605</sup>. En este sentido, el Ministerio Fiscal también podrá intervenir en el recurso de apelación.

### 3. LA ADMINISTRACIÓN.

Las Administraciones Públicas no asumen su condición de parte en el proceso en situación de igualdad con las partes privadas, sino que poseen ciertos privilegios o especialidades procesales. Una de estas especialidades es que la asistencia letrada reside en un órgano específico<sup>606</sup>. Sin embargo, son parte en el proceso y, como tales, pueden interponer recurso de apelación o éste puede dirigirse en su contra, realizando todas las

---

contraria. También por FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.6084 y 6085. NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.776.

<sup>605</sup> Art.749 del Proyecto de L.E.C.: 1. “En los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes”; 2. “En los demás procesos a que se refiere este Título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal”.

<sup>606</sup> La del Estado la ostenta el Abogado del Estado, que no necesitan procurador ni estar colegiados (arts.439.2 y 447 de la L.O.P.J.); las Comunidades Autónomas serán representadas y defendidas por los Letrados que sirvan en sus servicios jurídicos, pero el art.447.2 de la L.O.P.J. establece que también

actitudes inherentes a su posición procesal. Al ser entes con personalidad jurídica propia, serán sus respectivos Abogados quienes los representarán en juicio y, concretamente, en apelación<sup>607</sup>. Aunque su posición es privilegiada en determinados aspectos, deben realizar las mismas actuaciones que cualquier apelante o apelado<sup>608</sup>.

La S.T.S. de 23 de febrero de 1995 (R.J.1701) es un ejemplo de que la actuación del los Letrados representantes de la Administración es la misma que la de cualquiera que participe en apelación. El Abogado del Estado (representando a la Hacienda Pública) formuló apelación y se personó debidamente pero no asistió al acto de la vista oral, por eso no se le permite alegar vicio de incongruencia por no haberse resuelto sus peticiones de parte apelante, pues la vista de las apelaciones sirve para comunicar y exponer al Tribunal los argumentos que conforman el recurso planteado, y si el Abogado no compareció, a él se deben imputar las consecuencias de su decisión voluntaria.

#### 4. INTERVENCIÓN PROCESAL.

En primer lugar es necesario especificar el concepto de intervención y sus diferentes clases, ya que en función de las mismas la actuación procesal del interviniente será distinta en apelación. Después separaremos dos supuestos: la intervención producida durante la primera instancia y su incidencia en la tramitación del recurso de apelación, y la posibilidad de que el interviniente inicie su actuación en la alzada. Si se admite que el tercero puede iniciar su intervención en el recurso de apelación, ya que la resolución que se pretende apelar puede producirle algún efecto gravoso supuesto que ha sido examinado, en general, en el capítulo segundo se debe estudiar también si todas las clases de intervención pueden surgir en apelación.

---

pueden comparecer por medio de Abogados colegiados; la misma regulación se aplica a las Entidades locales.

<sup>607</sup> MONTERO AROCA, J. (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., págs.77 y ss. RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.711.

<sup>608</sup> Sin embargo, MANRESA afirma que para separarse de la apelación necesitan estar autorizados, y en el caso del Abogado del Estado debe estarlo por Real orden (*Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.107).

Ante la falta de configuración legal, partimos de entender que la intervención consiste en permitir la entrada en un proceso pendiente a un tercero ajeno al litigio por tener algún interés en el mismo, o sea, la entrada de aquellos sujetos que, sin ser los que pretenden o frente a quienes se pretende la tutela, pueden resultar afectados por lo que se resuelva en ella. En el momento previo a la intervención siempre se hablará de tercero, tanto si la misma se produce en primera instancia como en apelación. Una vez admitida la intervención procesal, el tercero deja de ser tal para convertirse en interviniente y, según la opinión dominante, en parte. Pero esta posibilidad del tercero es meramente facultativa. Si decide no intervenir, no obstante su interés en el proceso, se mantendrá como tercero procesal en una posición extra - litis, adoptando una actitud, a lo sumo, contemplativa. Este derecho de intervención tiene su razón de ser en motivos de justicia, de evitar gastos y generar nuevos litigios<sup>609</sup>.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 ignora por completo la institución de la intervención procesal. La doctrina también ha criticado esta falta de regulación, ya que la necesidad de tutela y protección de terceros no litigantes que pueden verse afectados por la resolución recaída en un proceso es palpable. Pero, a partir de la doctrina de diversos autores, el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales, ante la aparición de casos problemáticos en la práctica judicial, progresivamente han ido admitiendo este tipo de intervención y, así, han ido supliendo la falta de previsión legal.

Es necesario en este momento determinar las clases de intervención para, después, analizar si es posible su actuación en el recurso de apelación.

#### 4.1. Clases de intervención.

Realizar una clasificación de los distintos supuestos en que debe ser admitida la intervención procesal es tarea difícil. Normalmente suele distinguirse entre intervención

---

<sup>609</sup> SUREDA, H.: *El tercero procesal*, en «Revista de Derecho Procesal», 1946, nº3, págs.449 y ss.: “(...) a la ley procesal ha de corresponder, si no la definición, por lo menos señalar el concepto de tercero



voluntaria e intervención provocada. La voluntaria se divide en principal y adhesiva; y la adhesiva en simple y litisconsorcial<sup>610</sup>.

Parece extraño que nuestro derecho histórico, desde el derecho romano, regulara todas estas hipótesis de intervención y la legislación procesal actual no las tenga en cuenta. La única explicación posible es que nuestro legislador consideró más importante potenciar el principio de dualidad de partes, impidiendo la entrada de quien no era parte originaria. No obstante, la literatura científica ha mitigado esta concepción rígida del principio de dualidad de partes, entendiendo que se trata de una dualidad de posiciones procesales, permitiéndose que cada una de ellas esté integrada por varias personas, dando lugar a supuestos de pluralidad de partes que pueden mantener pretensiones autónomas<sup>611</sup>.

Efectivamente, en el derecho romano, a pesar de la prohibición establecida para el tercero de apelar, se impuso la norma de que la legitimación para reclamar pertenecía a la persona que con justa causa tuviera interés en ello, cosa que dio lugar en las fuentes clásicas a una casuística sobre los terceros, que debido a su relación con el objeto litigioso, se les reconocía el derecho de la apelación: el vendedor evicto, el legatario, el acreedor pignoraticio etc. Los glosadores recogieron esta práctica, englobándola dentro del concepto de interés, distinguiendo dos ámbitos: el interés pecuniario y el afectivo (los relacionados con el parentesco). Las Partidas y demás fuentes, al establecer un criterio objetivo de legitimación procesal para apelar basado en el gravamen admitieron como legitimados, no sólo a las partes de la primera instancia, sino también a los terceros que pudieran deducir un interés legítimo sobre la causa: “Alzar se puede todo ome libre de juicio que fuese dado contra él si se sentiere por agraviado” y estaban legitimados para apelar “a quien pertenesciese la pro et el daño que veniese de aquel

---

procesal, acoplándolo bajo la fórmula del interés o del perjuicio que puede nacerle de la relación procesal nacida de un litigio”.

<sup>610</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., T.II, pág.326.

<sup>611</sup> BERZOSA, V.: *Principios del proceso*, ob. cit., págs.560 y ss. MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil*, ed. Hispano Europea, 1972, Barcelona, pág.72. En este sentido, MONTERO AROCA afirma: “No tratamos de afirmar que en el proceso civil pueda haber una tercera posición diferente de la de actor y demandado. Todas las personas que intervienen en el proceso lo han de hacer ocupando una de estas posiciones. Afirmamos que dentro de una de esas posiciones, o de las dos, puede haber más de una persona y tratarse de un único proceso, de tal forma que tiene plena vigencia el principio de dualidad de posiciones procesales fundamentales - actor y demandado - pero hay pluralidad - más de dos - de partes, porque las

juicio<sup>612</sup>. Toda esta casuística se mantuvo intacta hasta el siglo XIX, basándose en el interés del tercero, aumentando cada vez más sus facultades en la apelación y en la intervención en la segunda instancia. Los primeros en ampliar sus facultades fueron los comentaristas que permitieron a los terceros: apelar la sentencia inapelable para las partes, por existir alguna prohibición o conformidad entre ambas; adherirse a la apelación; apelar por sí mismos sin afectarles la renuncia de las partes; otorgándoles un plazo de diez días desde que tuvieron conocimiento de la sentencia. Sin embargo, esta materia fue poco desarrollada durante seis siglos porque se entendía más conveniente intervenir en el proceso desde su principio para apelar siempre que se tuviera la condición de parte. Las Leyes de Enjuiciamiento Civil no tratan la cuestión, y se limitan a establecer una norma muy general sobre la capacidad procesal<sup>613</sup>.

En el ámbito de la intervención procesal se distingue entre intervención voluntaria y intervención provocada. La primera, a su vez, se divide en intervención principal y intervención adhesiva. La última también se subdivide entre simple y litisconsorcial.

El objeto de este trabajo no es realizar un estudio exhaustivo de la intervención procesal. Sólo nos interesa en la medida que tenga alguna incidencia en el recurso de apelación. Por esta razón el análisis de las clases de intervención será breve, ya que

---

personas demandantes o demandadas no componen conjuntamente la parte procesal, sino que cada una de ellas es parte, pudiendo mantener distintas posiciones materiales y procesales”.

<sup>612</sup> Partidas 3, 23, 2 y 4; Espéculo 5, 14, 2; Doctrinal 6, 1, 3. MANRESA (*Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.168 y ss.), presenta una serie de supuestos recogidos en las Partidas donde se permitía a terceros apelar: “Según las leyes 2ª, 4ª y 7ª, tit.23 de la Partida 3ª, pueden apelar por dicha razón, sin haber litigado durante la primera instancia: el hijo de familia, respecto de la sentencia que se diere contra su padre sobre los bienes de los peculios que éste administre; el vendedor que no litigó, por la evicción a que está obligado, si el comprador que fuese vencido y obligado a entregar la cosa a un tercero no apelare; el comprador, cuando fuere vencido el vendedor en igual caso: si uno u otro apelaren y siguieran la apelación puede también personarse en la alzada el comprador o vendedor, respectivamente, e intervenir en ella y deducir las alegaciones que estimare, si sospecha que el apelante no procede derechamente; el acreedor pignoraticio, si no apelare el deudor de la sentencia que se dictare sobre la cosa que había empeñado; mas si habiendo apelado recelare el acreedor que no obraba derechamente en el seguimiento de la apelación, puede continuarla por sí, como si la hubiese él interpuesto; el fiador, respecto de la sentencia que se diere contra el fiado sobre la deuda o cosa que fue objeto de la fianza, o de la dictada contra el comprador de cosa afianzada por el deudor, aunque la hubiesen consentido ambos; y, finalmente, los legatarios, en cuanto al fallo que se diese contra el heredero, si éste no apelare, en pleito movido por los parientes del testador sobre nulidad del testamento; pero si aquél hubiere apelado, podrán también continuar el recurso los legatarios si sospecharan que estaba de acuerdo con dichos parientes para defraudar su derecho a la herencia”.

<sup>613</sup> MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., págs.167 y ss. AIKÍN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en el derecho castellano*, ob. cit., págs.102 y ss.

únicamente pretendemos situar las distintas figuras para, después, determinar su alcance y efectos en la apelación.

La intervención voluntaria se inicia con la solicitud de intervención del mismo tercero. En estos casos, es el posible interviniente el que pide que se le admita en el proceso pendiente.

La intervención principal, como intervención voluntaria, supone que un tercero en un proceso pendiente interpone una demanda contra el actor y el demandado simultáneamente, solicitando una tutela jurídica contraria al interés de quienes son parte originaria<sup>614</sup>. En principio, esta clase de intervención da lugar al ejercicio de tres acciones distintas<sup>615</sup>: a) la acción del actor frente al demandado, que dio lugar al proceso inicial, preexistente a la intervención; b) la acción del tercero frente al demandante; c) la dirigida por el tercero frente al inicial demandado<sup>616</sup>. Asimismo, existen dos concepciones distintas de esta figura: a) la tendencia germánica, aceptada por las legislaciones latinas, entiende que se amplía el primer procedimiento con dos nuevos procesos; la sentencia será única formalmente, pero contendrá más de un pronunciamiento; b) la doctrina italiana, por contra, plasmada paradójicamente en las legislaciones germánicas, habla de acumulación subjetiva de pretensiones, formándose un litisconsorcio; se forman dos procesos, con dos sentencias distintas<sup>617</sup>. Sin embargo, es necesario indicar que esta clase de intervención, tiene poca incidencia en la práctica judicial de aquellos países cuyos ordenamientos la regulan.

---

<sup>614</sup> Los ejemplos son sencillos: A exige a B la propiedad de una finca, y comparece C como interviniente principal alegando que la finca litigiosa es de su propiedad.

<sup>615</sup> El tratamiento de estas tres acciones en un mismo proceso ha provocado muchos problemas, resueltos de forma diversa por los Ordenamientos que más han estudiado esta figura, el alemán y el italiano.

El derecho alemán distingue claramente el proceso principal del que se origina con la intervención, de manera que la incoación del segundo no produce ninguna modificación en el primero. El interviniente no participa en el proceso principal, hasta el punto de que la sentencia del proceso de intervención no produce cosa juzgada entre los litigantes del proceso principal.

El derecho italiano configura la intervención principal como una entrada en el proceso pendiente, de manera que el tercero pasa a ser parte, dictándose una única sentencia que produce fuerza de cosa juzgada respecto a todos los litigantes, incluido el interviniente. Este sistema tiene el inconveniente de ocasionar un procedimiento excesivamente complicado al tener que conjugar las distintas relaciones.

<sup>616</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., T.II, pág.327.

<sup>617</sup> MONTERO AROCA, J.: *la intervención adhesiva simple...*, ob. cit., págs.29 y 30.

El Derecho procesal español desconoce la intervención principal. Nuestro T.S. ha examinado muy pocos casos donde podría existir una posible intervención principal, y en todos ellos siempre ha mostrado una cierta reticencia a la hora de emitir alguna opinión al respecto, aunque nunca ha aceptado tal intervención<sup>618</sup>. Esto ha llevado a algunos autores a afirmar que las ventajas de esta intervención, pueden obtenerse en nuestro derecho con la acumulación de autos<sup>619</sup>.

La intervención adhesiva, como otra clase de intervención voluntaria, consiste en que un tercero solicita y obtiene del Juez la intervención en un proceso pendiente entre otras personas, apoyando la posición jurídica de una de las partes (demandante o demandado). La L.E.C. no prevé esta figura, aunque en algunos preceptos permite que en el proceso pendiente estén presentes personas distintas del actor y demandado: el art.260.II ordena notificar las resoluciones judiciales no sólo a las partes, sino también “a quienes se refieran o puedan parar perjuicio”, entre otros. Pero estos artículos no son base suficiente para crear la figura de la intervención adhesiva. Sin embargo, otras leyes procesales regulan institutos que nos permiten afirmar que la intervención adhesiva tiene cabida en nuestro sistema: los arts.12.2 y 14.3 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, regulan un supuesto de intervención adhesiva, calificándolo de coadyuvante, para proteger los intereses de los terceros no litigantes que se ven alcanzados por los efectos reflejos de la sentencia, esto es, por los efectos que la resolución como hecho jurídico puede producir, aunque se aplica en el ámbito de la garantía contencioso - administrativa. Además, en el capítulo anterior, al cual nos remitimos en este punto, ya hemos visto que nuestra jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que intervengan en el proceso personas distintas de quienes son partes litigantes, por ostentar algún interés en el resultado del pleito<sup>620</sup>. De esta forma, se deduce que la intervención adhesiva está permitida en el sistema procesal español. No obstante, debido a su falta de regulación

---

<sup>618</sup> S.T.S. de 8 de mayo de 1990 (R.J.3691).

<sup>619</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., T.II, pág.329. MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple...*, ob. cit., pág.32.

<sup>620</sup> Indicamos, a modo de ejemplo, algunas sentencias del T.S.: la S.T.S. de 4 de octubre de 1989 (Ar.6883), afirma, “(...) no es de apreciar tal situación (de litisconsorcio necesario) cuando los posibles efectos hacia terceros se producen con carácter reflejo, bien por una lejana o mediata conexión, bien porque la relación material sobre que se produce la declaración les afecta con carácter prejudicial o indirecto, ya que ello podría en todo caso originar una intervención adhesiva, mas no litisconsorcial”.

expresa, existen multitud de problemas prácticos, entre otros, los relativos al momento y la forma en que debe producirse la intervención y las actitudes y facultades del tercero interviniente, concretamente, para lo que ahora nos interesa, su intervención en el recurso de apelación.

Asimismo, la intervención adhesiva se subdivide entre<sup>621</sup>:

- Intervención adhesiva litisconsorcial: se permite cuando a una persona no demandada, puedan alcanzarle los efectos directos de cosa juzgada de la sentencia que se dicte. Son terceros que pueden afirmar la cotitularidad de la relación jurídica material deducida en el proceso por las partes iniciales, y que no participaron desde el comienzo en el pleito porque su presencia no era imprescindible. Se trata, por ejemplo, del acreedor solidario que no demandó, del deudor solidario inicialmente no demandado, del coheredero en el supuesto del art.1084 del C.C., del comunero en el proceso iniciado por otro comunero, etc. También caven los supuestos de defectuosa constitución del litisconsorcio necesario, cuando el litisconsorte no demandante o no demandado intervenga voluntariamente en el proceso, integrando el contradictorio. Éstos defenderán derechos propios, pero sin cambiar la pretensión ya ejercitada por el demandante<sup>622</sup>.

- Intervención adhesiva simple: se produce cuando los efectos de la resolución judicial alcancen al tercero de forma refleja o indirecta. El interviniente afirma la titularidad de otra relación jurídica, que es dependiente de la inicialmente alegada en el proceso. Esta dependencia es lo que determina la eficacia refleja de la cosa juzgada, ya que “la decisión que en el proceso se adopte será hecho constitutivo, modificativo o extintivo de la relación segunda”. Así, se define la intervención adhesiva simple como “la injerencia de un tercero en un proceso pendiente entre otras personas, con el fin de evitar el perjuicio jurídico que pueda ocasionarle, como consecuencia de los efectos

---

<sup>621</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., T.II, págs.335 y ss. MONTERO AROCA, J. (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., págs.61 a 63. MONTERO AROCA, J.: *la legitimación en el proceso civil...*, ob. cit., págs.78 y ss. SALGADO CARRERO, C.: *La tutela de los terceros en el proceso civil: la intervención procesal. La intervención adhesiva*, en «Cuadernos de Derecho Judicial (Jurisdicción, competencia y partes en el proceso civil)», 1996-XIII, pág.393.

<sup>622</sup> MONTERO AROCA, J. (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.62. MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple...*, ob. cit., págs.161 y ss.

reflejos de la cosa juzgada, la derrota procesal de una de las partes”<sup>623</sup>. Esta intervención tampoco supone el ejercicio de una nueva pretensión, y se clasifica como un supuesto de legitimación extraordinaria<sup>624</sup>. No obstante, no existen unos límites precisos entre el interés directo y el indirecto, por lo que, en la práctica judicial, en ocasiones es muy difícil distinguir estas figuras.

No hay dudas de que el tercero puede intervenir en un proceso pendiente, pero para que su intervención sea admisible debe tener un interés en el resultado del pleito. Dicho interés no puede ser de mero hecho o moral, sino ha de ser un interés jurídico y legítimo. Como se ha afirmado, “(...) el tercero está legitimado para intervenir, cuando la sentencia que se dicte entre las partes litigantes pueda afectarle de modo reflejo, de manera que la sentencia, como hecho jurídico, pueda integrar (soja o junto con otros hechos) un supuesto de hecho del que se deriven consecuencias perjudiciales para el tercero”<sup>625</sup>. Así, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias hablan del efecto reflejo o indirecto de la cosa juzgada, como determinante del interés para recurrir. Como ya hemos apuntado, este efecto reflejo no es identificable con la cosa juzgada. Esta afirmación se sustenta en las siguientes razones:

- El efecto reflejo o indirecto puede producirse sin necesidad de que la sentencia haya adquirido cosa juzgada, esto es, sin que la resolución sea firme<sup>626</sup>.
- Como dice un reconocido autor, son “efectos colaterales que no tienen nada que ver con lo que la sentencia es conceptualmente. La sentencia los produce, pudiéramos decir, como por añadidura”. Por tanto, no tiene que coincidir con el objeto del proceso. “(...) en cuanto a su extensión, no estando delimitado por el objeto, y quedando fuera de la vinculación de la cosa juzgada, ni los límites objetivos ni los subjetivos de ésta operan”<sup>627</sup>.
- En los supuestos donde la resolución dictada en primera instancia produce un efecto reflejo, afectando a un tercero y otorgándole legitimación para intervenir en apelación, no se considera la declaración de la sentencia, sino el hecho de la sentencia, como hecho

---

<sup>623</sup> MONTERO AROCA, J. (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.63.

<sup>624</sup> MONTERO AROCA, J.: *La legitimación en el proceso civil...*, ob. cit., pág.81.

<sup>625</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., T.II, pág.335.

<sup>626</sup> GONZÁLEZ MONTES, J.L.: *Distinción entre cosa juzgada y otros efectos de la sentencia*, en «Cuadernos de Derecho Judicial (efectos jurídicos del proceso)», XXV, 1995, pág.114.

jurídico que modifica, crea o extingue una relación jurídica material prevista legalmente<sup>628</sup>.

Tanto los efectos de cosa juzgada como los reflejos o indirectos pueden irrogar algún gravamen a un sujeto y, basándose en este gravamen o interés, por verse perjudicado en su esfera de derechos y relaciones jurídicas, podrá intervenir en el proceso pendiente, en cualquiera de sus fases, incluida la apelación. Sin embargo, cuando la sentencia o resolución dictada en primera instancia ha adquirido firmeza, al tercero si que le puede afectar el llamado efecto positivo de la cosa juzgada: el Juez en un proceso posterior tendrá que aceptar las declaraciones judiciales de una anterior sentencia, por ser conexas a las que se plantean en el segundo pleito.

En reiteradas ocasiones lo ha manifestado nuestra jurisprudencia. La S.T.S. de 7 de marzo de 1996, expone,

*“(...) hay que partir pues de aquella declaración judicial firme de nulidad del acuerdo que si no afecta a la aquí recurrida de modo directo por el efecto de cosa juzgada, art.1252 del Código Civil, sí lo hace por modo indirecto por el mecanismo del, en ocasiones, denominado efecto reflejo de la cosa juzgada, en cuanto participe de una relación jurídica subordinada a la decidida en el proceso anterior, efecto éste estudiado y admitido por un parte de la doctrina, que no comporta la necesidad de que el tercero al que le alcanza o pueda alcanzar sea llamado a ese procedimiento precedente, sí se admite por el contrario su participación en él mediante una intervención adhesiva simple, efecto que ha sido aceptado también por la jurisprudencia (...), y en el que si no se comprende el denominado efecto negativo de la cosa juzgada, si cabe que ésta produzca frente al tercero su efecto positivo, el de obligar al juzgador en otro proceso ulterior a aceptar las declaraciones efectuadas en la anterior sentencia en cuanto sean conexas con las que, en el segundo se plantean, afectando así al tercero con carácter prejudicial (...)”<sup>629</sup>.*

---

<sup>627</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E. (con Herce Quemada): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.455 y 456.

<sup>628</sup> *Ibidem*.

<sup>629</sup> S.T.S. de 7 de marzo de 1996 (R.J.1942). Igualmente, S.T.S. de 16 de diciembre de 1986 (R.J.7448); S.T.S. de 23 de febrero de 1988 (R.J.1274); S.T.S. de 4 de octubre de 1989 (R.J.6883); S.T.S. de 24 de abril de 1990 (R.J.2799); S.T.S. de 23 de octubre de 1990 (R.J.8036); S.T.S. de 25 de febrero de 1992 (R.J.1549); S.T.S. de 12 de diciembre de 1994 (R.J.10248); S.T.S. de 13 de noviembre de 1995 (R.J.8644); S.T.S. de 18 de septiembre de 1996 (R.J.6726): *“(...) no es de apreciar tal situación litisconsorcial cuando los posibles efectos hacia terceros se producen, con carácter reflejo, por una simple o mediata conexión, o porque la relación material sobre la que recae produce la declaración sólo les afecta con carácter prejudicial o indirecto; en estos casos su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario, sino voluntario o adhesivo, ya que la extensión de los efectos de la cosa juzgada no les alcanza, ni se produce para ellos indefensión (...)”*.

En el mismo sentido, la S.A.T. de Pamplona, de 17 de noviembre de 1987 (La Ley, 1988-1, 8246).

Por su parte la S.T.C. 171/1991, de 16 de septiembre, afirma,

*“(...) es constitucionalmente posible que una decisión judicial pueda tener efectos en sujetos que no han participado en el proceso, ni figuren como condenados en la sentencia, pero que sean titulares de una situación jurídica dependiente o condicionada por un derecho ajeno sobre la que incide el contenido de esa sentencia, lo que ocurre cuando la Ley establezca inequívocamente una necesaria conexión e interdependencia entre la situación jurídica creada por la primera sentencia y la que se debata en el segundo proceso”<sup>630</sup>.*

Como hemos visto, el requisito determinante de la intervención de un tercero en el proceso es que tenga un interés jurídico. La doctrina alemana ha señalado que dicho interés concurre cuando: a) la sentencia dictada en el proceso principal extiende sus efectos de cosa juzgada al tercero; b) la sentencia fuera ejecutable frente al tercero; c) la sentencia produzca efectos reflejos frente al tercero; d) la sentencia pueda producir efectos probatorios en futuros procesos que se entablen contra el tercero<sup>631</sup>.

Actualmente está fuera de dudas que la intervención adhesiva es posible en nuestro Derecho. La S.T.S. de 9 de marzo de 1989, declara,

*“(...) esta Sala tiene manifestado, en S.S.T.S. 16 de diciembre de 1986 y 22 de abril de 1987, que si los efectos hacia terceros se producen con carácter indirecto, su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario, pudiendo serlo de carácter adhesivo”<sup>632</sup>.*

Por su parte, en cambio, la intervención provocada es la llamada al proceso hecha por alguna de las partes litigantes a un tercero ajeno al mismo, por la que este último pasa a formar parte del litigio. La llamada o comunicación de la existencia del proceso se denomina *litis denuntiatio*. Esta intervención no es forzosa ya que el provocado no tiene la obligación sino la carga de comparecer<sup>633</sup>.

Nuestro derecho sólo permite la llamada realizada por las partes litigantes. El órgano judicial en ningún caso puede realizarla, pues el Juez civil es un mero espectador

---

<sup>630</sup> Esta sentencia también señala: las S.S.T.C. 58/1988 y 207/1989.

<sup>631</sup> GOLDSCHMIDT, J. (traducción de Prieto-Castro): *Derecho procesal civil*, 1936, Barcelona, pág.477.

<sup>632</sup> S.T.S. de 9 de marzo de 1989 (R.J.2029). También, S.T.S. de 2 de junio de 1965 (R.J.3433); S.T.S. de 25 de febrero de 1976 (R.J.883).

<sup>633</sup> LÓPEZ-FRAGOSO, T.: *La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español*, ed. Marcial Pons, 1990, Madrid, págs.165 y ss.



y no el director del proceso<sup>634</sup>. Como ha señalado el T.S. no se permite la intervención *iussu iudicis*: S.T.S. de 19 de febrero de 1990 (R.J.701),

“(…) no encaja en nuestro sistema positivo procesal civil, regido por el principio dispositivo, que el Juez investigue si hay o no otros posibles interesados en la pretensión mantenida; el Juez no estaba facultado para llamar de oficio al proceso a otras personas posiblemente afectadas (a diferencia del Code Civil Francés, art.311.10)”.

Sin embargo, creemos que si la finalidad de la justicia es la búsqueda de la verdad, debe darse la órgano judicial todos los medios necesarios para alcanzarla, y uno de esos medios es la intervención *iussu iudicis*, aunque ello implique reducir el principio dispositivo a sus justos límites<sup>635</sup>.

Algunos casos de intervención provocada son:

- La llamada en garantía hecha por el comprador al vendedor en el caso de que otra persona reclame la titularidad de la cosa vendida (arts.1475 y ss. del C.C.). El proceso está pendiente entre el comprador y el nuevo posible titular, mientras que el vendedor entra en el mismo como tercero.

- Intervención del coheredero no demandado (art.1084.II del C.C.).

- La *laudatio auctoris* se trata de la obligación genérica del poseedor inmediato (usufructuario, arrendatario, etc.), de poner en conocimiento del propietario cualquier acto de un tercero que pueda perturbar o lesionar su derecho de propiedad. Si no realiza esta comunicación responderá de los daños y perjuicios causados al propietario. Parece lógico que esta perturbación o lesión del derecho de propiedad pueda originarse por medio de un proceso.

Vistas las distintas clases de intervención, surge la necesidad de precisar dos situaciones relacionadas con el recurso de apelación: a) producida la intervención en primera instancia, ¿puede el interviniente actuar como apelante o como apelado?; b) ¿es posible que la intervención procesal se realice en el recurso de apelación, sin haberse producido anteriormente, y el interviniente actúe como apelante o apelado?.

---

<sup>634</sup> MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple...*, ob. cit., pág.39.

#### 4.2. Intervención procesal y recurso de apelación.

La protección de los intereses de los terceros no litigantes está garantizada en el proceso declarativo por el art.1252.I del C.C., que exige, para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, “(...) que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron”, circunscribiendo los efectos de la resolución judicial a quienes fueron parte en el proceso. Pero esto no es suficiente, porque la existencia de una sentencia es siempre un hecho jurídico producido que puede tener consecuencias en la esfera patrimonial de personas que no han litigado, sin necesidad de que la cosa juzgada se extienda a las mismas. La intervención aparece, pues, para salvaguardar los intereses legítimos de estos terceros, concediéndoles la oportunidad de comparecer en un proceso pendiente y alegar lo que convenga a su derecho, con la finalidad de evitar pronunciamientos desfavorables para ellos. Es necesario llegar a un equilibrio entre la protección del interés del tercero interviniente y el interés de quienes ya son partes litigantes, ya que un excesivo celo por evitar la lesión de los primeros puede dejar sin protección a los segundos, perdiendo de vista el verdadero objeto del proceso<sup>636</sup>.

Asimismo, el derecho procesal español (art.1252.II y III del C.C.) prevé supuestos específicos donde la cosa juzgada se extiende a terceros no litigantes: “cuestiones relativas al estado civil de las personas o nulidad de las disposiciones testamentarias”; también cuando la parte en el segundo proceso fuese “causahabiente de los que contendieron en pleito anterior o unidos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las pretensiones entre los que tienen derecho a exigir las u obligación de satisfacerlas”. Si les afecta la cosa juzgada de la resolución cabría cuestionarse la posibilidad de interponer apelación, en el momento procesal oportuno, para evitar dicha afección. Sin embargo, el T.S. ha mitigado la eficacia de estas disposiciones con la institución del litisconsorcio necesario (normalmente pasivo), la irregular constitución de la litis y *exceptio plurium litisconsortium*, ya que si se

---

<sup>635</sup> MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple...*, ob. cit., pág.39: “Las razones de oportunidad deben ser suficientes para la admisión de la intervención *iussu iudicis*”.

<sup>636</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., T.II, págs.324 y 325.

estiman el Juez no debe pronunciarse sobre el fondo. Además, también se ha puesto de manifiesto que no existe extensión de la cosa juzgada a los deudores solidarios no demandados, como salvaguarda del principio de contradicción y la prohibición de indefensión. Se deduce, pues, que únicamente se produce una verdadera extensión de la cosa juzgada en los casos relativos al estado civil<sup>637</sup>.

En los supuestos de solidaridad, si bien los efectos directos de la cosa juzgada (función negativa) no alcanzan al sujeto solidario no litigante, la resolución que se dicte, cuando la acción ejercitada es de condena, puede tener una eficacia refleja con respecto a los demás acreedores o deudores solidarios no litigantes. Esta eficacia refleja de la sentencia se traduce en la llamada función positiva o prejudicial de la cosa juzgada<sup>638</sup>.

La intervención se mueve, así, en el difícil equilibrio entre, de un lado, el respeto al principio de audiencia y, de otro, la inconveniencia o imposibilidad de que todos los sujetos implicados de cualquier forma en las complejas relaciones o derechos discutidos en el pleito intervengan en el proceso. Pueden intervenir los afectados por una resolución, aunque no hayan sido parte, pero no “(...) que les afecte de cualquier forma, sino por incidir sobre una situación jurídica de esos terceros procesales que sea idéntica a la de las partes o sobre derechos - no simples intereses, de cualquier intensidad - propios de esos terceros, también idénticos a los de los litigantes, o, cuando menos, en situaciones o derechos directamente ligados a aquéllos, de las partes procesales, sobre los que sí versó pronunciamiento jurisdiccional”<sup>639</sup>. Si bien la utilización de estos términos implica una cierta vaguedad, dicha vaguedad se mitiga cuando se analiza y pondera el caso concreto. “Con otras palabras: el principio de audiencia no exige que esté en el proceso cualquiera que tenga algún interés lícito en el resultado del mismo, porque pueda verse en alguna medida afectado: se debe exigir un interés, ante todo calificable de jurídico, que revista, por así decirlo, una especial intensidad. Y, a nuestro parecer, esa intensidad especial la presta - en el proceso civil - la mayor o menor

---

<sup>637</sup> MONTERO AROCA, J. (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., págs.372 a 374. DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Sobre la cosa juzgada...*, ob. cit., págs.45 y ss.

<sup>638</sup> CARRERAS DEL RINCÓN, J.: *La solidaridad de las obligaciones...*, ob. cit., págs.168 y ss.

<sup>639</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Sobre la cosa juzgada...*, ob. cit., págs.48 y 49.

proximidad jurídica entre la *res de qua agitur* y la posición o situación jurídica del sujeto que en principio sería tercero en ese proceso<sup>640</sup>.

En el momento previo a la intervención, la persona que la solicita siempre es un tercero ajeno al litigio entablado. A continuación, si la intervención se admite, se plantean dudas sobre si el interviniente es parte en el proceso y, en consecuencia, si debe otorgársele la posibilidad de realizar todas las actuaciones inherentes a tal condición, o es un simple coadyuvante de la parte principal que, en todo caso, su actuación sirve de simple ayuda a la de la misma, sin poder realizar ninguna actividad procesal autónoma. Según la opinión que se adopte el interviniente podrá o no actuar como apelante o apelado. Es necesario tratar este tema separando las distintas clases de intervención.

4.2.A. Intervención procesal en primera instancia: consecuencias en el recurso de apelación.

#### *4.2.A.1. Intervención principal.*

Hemos constatado que el sistema procesal español no prevé esta clase de intervención, a diferencia de otros ordenamientos de nuestro entorno, y la jurisprudencia, aunque sus pronunciamientos al respecto son escasos, no la admite<sup>641</sup>. Se trata, pues, de una figura de escasa aplicación práctica y, mayoritariamente, no aceptada en nuestro sistema.

#### *4.2.A.2. Intervención adhesiva.*

Más difícil resulta precisar cuál es la situación en el recurso de apelación de la persona que ha utilizado la intervención adhesiva procesal en primera instancia. Sobre este extremo se plantean varias cuestiones: a) si el interviniente puede por si solo

---

<sup>640</sup> Ibidem.

<sup>641</sup> S.T.S. de 8 de mayo de 1990 (R.J.3691), donde un tercero no demandado pretendía, por medio de la intervención, que se otorgara escritura pública a su favor y no a favor del actor. El Tribunal entendió

interponer recurso de apelación o que el mismo se dirija únicamente frente a él; b) o, por contra, sólo puede actuar como apelante o apelado cuando también lo haga la parte a la que se ha adherido. También debemos tener presente que la intervención adhesiva simple, como hemos visto, supone, por definición, apoyar la posición jurídica de una de las partes (actor o demandado): pero, ¿debe significar esto una unión radical e inescindible con la mencionada parte, de manera que el interviniente no pueda realizar alegaciones o actuaciones distintas, incompatibles o excluyentes de las que aquella lleve a cabo?

Para algunos autores el interviniente es un mero coadyuvante de la parte, que ayuda a ésta en todas las fases del proceso (presentando escritos de alegaciones, solicitando pruebas, etc.), pero no puede realizar de forma autónoma actos de cierta importancia, como es interponer recurso de apelación o ser el único apelado<sup>642</sup>. Esta opinión es defendible en un sistema carente de una regulación expresa al respecto.

Por contra, otro grupo considera al interviniente como parte en el proceso y, por tanto, tendrá todos los poderes y facultades inherentes a tal condición, como es intervenir en apelación de modo autónomo<sup>643</sup>. Dichos autores basan esta afirmación en el posible pacto fraudulento entre actor y demandado de tramitar un proceso, con el solo

---

indebida su admisión al pleito y declaró la nulidad de actuaciones desde el momento que se le tuvo como parte.

<sup>642</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E. (con Herce Quemada): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.166 y 167. GUASP, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., págs.217 y 218. Representando a la doctrina italiana más moderna, también lo cree así CARNELUTTI: *Instituciones del proceso civil*, ob. cit., págs.188 y 209. Incluso cuando se dice que el interviniente es parte se estima que su función es colaborar o coadyuvar: MORÓN PALOMINO: *El proceso civil y la tutela de terceros...*, ob. cit., págs.161 y ss.

También, la S.A.P. de Barcelona nº14/1998, no admite el recurso de apelación en un procedimiento de tercera instancia de un interviniente adhesivo simple en primera instancia, por considerar que es un simple coadyuvante de la parte y que la interposición del recurso sin tener el concurso de aquélla, implica extralimitarse en sus facultades. Como veremos la postura jurisprudencial dominante es la contraria.

<sup>643</sup> Como dice MONTERO AROCA (*La intervención adhesiva simple...*, ob. cit., págs.173, 230 y 231), "Si la finalidad de la intervención adhesiva simple va a ser el apoyar, el cooperar, el colaborar, el coadyuvar a la victoria de una de las partes originarias, en la mayoría de los casos la intervención no sería útil ni económica. Si el interviniente se ha de limitar a complementar la prueba de la parte originaria, pero no a realizar actos contrarios a ella, ¿para qué interviene?, ¿acaso no puede colaborar extraprocesalmente, entregando a la parte el documento de que ésta no dispone, o poniendo en su conocimiento los hechos que desconoce?. Si solo puede interponer recursos, siempre que la parte originaria los interponga, ¿para qué va a intervenir?. Si la parte coadyuvada puede disponer en cualquier momento del proceso (allanándose, renunciando, etc.), ¿qué finalidad persigue la intervención?. (...). Si la intervención adhesiva simple ha de conseguir algún resultado práctico, no puede limitarse el interviniente a colaborar con una de las partes".

objeto de obtener una sentencia cuyos efectos reflejos perjudiquen al tercero. Este es el caso, por ejemplo, de la existencia de un subarrendamiento entre B y C, en base a un previo arrendamiento entre A (propietario) y B; A y B realizan un pacto con la exclusiva finalidad de extinguir el subarriendo a favor de C, planeando un proceso convenido en el que B se allanará a la demanda de A; en este caso la Ley no exige que la demanda se dirija frente al subarrendatario, por lo que es posible que la sentencia rescinda el contrato de arrendamiento sin que haya intervenido C; esta sentencia no produce cosa juzgada respecto al subarrendatario, pero como una de las causas de rescisión del subarrendamiento es, precisamente, la cesación del contrato de arrendamiento, le afecta de modo reflejo ya que el resultado es, asimismo, el fin del contrato de subarriendo. Este fraude se puede evitar permitiendo al tercero intervenir en el proceso como parte, incluso en apelación, aunque nunca se podrán retrotraer las actuaciones<sup>644</sup>.

Según los casos el tercero coadyuvará a la victoria de alguna de las partes, suplirá la inactividad de la parte originaria o, incluso, tendrá que enfrentarse a ella cuando se trate de un proceso fraudulento o simulado. El tercero pretende defender su propio interés y si su intervención se redujera a colaborar con alguna de las partes iniciales, en la mayoría de los casos sería inútil y poco económica. Por eso, parece razonable otorgar al interviniente la condición de parte, con todos los poderes procesales inherente a tal condición, puesto que, en caso contrario, estaríamos ante una institución inútil<sup>645</sup>.

---

<sup>644</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.: *Derecho procesal práctico*, ob. cit., T.II, págs.334 y 367: “pueden recurrir todos aquéllos que han sido admitidos como parte, y con independencia de la posición que ocupen en el proceso (actor, demandado, interviniente)”. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., págs.318 y 328: “La efectividad de la tutela judicial de este tipo de interviniente (adhesivo simple), inclina para admitir el recurso independiente salvo expresa prohibición”. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., págs.173 y 174. SALGADO CARRERO, C.: *La tutela de los terceros...*, ob. cit., págs.418 y 446.

<sup>645</sup> MONTERO AROCA, J. (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.63. MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple...*, ob. cit., págs.230 y 231. TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., pág.8676. CORDÓN MORENO, F.: *Proceso civil de declaración*, ob. cit., pág.318. DE LA PLAZA, M.: *Derecho procesal civil español*, ob. cit., V.II, pág.754. GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C.: *las resoluciones interlocutorias en el proceso civil. Sistema de recursos*, ob. cit., págs.34 y 35. CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.526: “el derecho de apelar corresponde (...) al interviniente adhesivo y forzoso”.

Por su parte, SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Intervención de terceros en el proceso*, ob. cit., págs.269 y ss: admite claramente la autonomía del interviniente litisconsorcial, pero no lo acepta en la intervención adhesiva simple calificándole de simple coadyuvante, aunque, en todo caso, acaba aceptando la

Así lo ha afirmado también el T.S. en su Sentencia de 17 de octubre de 1961, permite al interviniente en primera instancia continuar el proceso en las sucesivas instancias aunque el demandado se había allanado:

*“(...) cuando los terceros no demandados tienen un interés legítimo en la cuestión litigiosa, es admisible su intervención en el proceso (...) bien colaborando en la defensa del derecho ejercitado o atacado o utilizando, por el principio de contradicción, derechos opuestos, lo que implica el que esta intervención pueda ser con contenido propio contradictoria de las pretensiones del actor (...)”<sup>646</sup>.*

La S.T.S. de 17 de febrero de 1951 (R.J.589), admite la intervención en el proceso de un tercero en las sucesivas instancias, pero no permite la retroacción de las actuaciones, ya que el tercero debe aceptar el pleito en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención:

*“(...) la intervención de don A.C., pues, sólo puede admitirse con las limitaciones propias de tal tercero, una de las cuales es la de que ha de entrar en el litigio en el estado en que se encuentre en el momento procesal de su intervención, sin facultad de hacer retroceder la tramitación”.*

Además, también hay que tener presente que la intervención adhesiva simple no provoca la suspensión del procedimiento.

Parece más acertada esta segunda opinión, ya que si se permite la intervención procesal mientras está pendiente un proceso debe admitirse con toda su extensión, de forma que el tercero interviniente pueda defender sus intereses como le convenga en todas las fases del proceso, incluida también la apelación, y sin necesitar el concurso del otro litigante.

---

legitimación del interviniente para interponer recurso de apelación de forma autónoma, ya que el mismo es parte a todos los efectos desde el momento de la intervención.

<sup>646</sup> S.T.S. de 17 de octubre de 1961 (R.J.3604). En el mismo sentido, S.T.S. de 29 de septiembre de 1961 (R.J.3270): *“(...) mediante la actuación de los llamados intervinientes adhesivos, que pueden contradecir, oponiéndose al derecho que interesa la parte que promueve la acción, facultándole para personarse directamente en los autos, no sólo a los que están demandados en concepto principal, que son llamados a juicio por el actor, sino también a otros, a terceros, a los que puede afectar la resolución que se dicte”.* S.T.S. de 21 de marzo de 1911 (Jurisprudencia civil, tomo 120, págs.788 a 806), en MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple...*, ob. cit., págs.121 a 123.

Si la intervención se produce en primera instancia, es razonable que el tercero interviniente pueda interponer recurso de apelación si resulta perjudicado por la resolución dictada por el Juez *a quo* (apelante). Será aplicable tanto si se trata de intervención adhesiva simple como litisconsorcial<sup>647</sup>. Lo que no está tan claro es si dicho recurso pueda dirigirse sólo frente a él (apelado). Es lógico que la apelación se dirija a la vez frente a la parte originaria y al interviniente, pues la demanda se presentó únicamente frente a la parte inicial. Pero existe un caso en que puede admitirse que el recurso se presente frente al interviniente: cuando la parte originaria se aquieta y el tercero interviniente solicita continuar el proceso con triunfo final en la sentencia.

La S.T.S. de 11 de mayo de 1992, plantea un supuesto equiparable a la intervención adhesiva simple. El actor interpuso la acción de retracto frente al comprador y el vendedor. Éste último fue tenido como parte aunque no era necesario dirigir la demanda frente a él para que la relación procesal estuviera válidamente constituida. El vendedor interpuso recurso de apelación frente a la sentencia estimatoria, y la Audiencia desestimó el recurso alegando falta de interés para apelar del recurrente por no tener la condición de parte. El T.S. revoca la sentencia en este punto, afirmando que el vendedor, aunque no precise ser demandado, puede intervenir en el proceso,

*“(...) bien colaborando en la defensa del derecho ejercido o atacado, o utilizando por el principio de contradicción derecho opuesto, lo que implica que esta intervención lo pueda ser con contenido propio, contradictoria de las pretensiones del actor”.*

El T.S. añade que si no se permitiera al vendedor, considerado parte por habersele dirigido la demanda, interponer el recurso de apelación, se le privaría de una posibilidad que si habría tenido si hubiera actuado como interviniente, como parte sobrevenida<sup>648</sup>.

---

<sup>647</sup> MONTERO AROCA, J.: *La legitimación en el proceso civil...*, ob. cit., pág.81, para el caso de intervención adhesiva litisconsorcial.

<sup>648</sup> S.T.S. de 11 de mayo de 1992 (R.J.3896). También, la S.T.S. de 18 de septiembre de 1996 (R.J.6726), permite al interviniente adhesivo simple en primera instancia interponer recurso de apelación: considera acertada la sentencia de la Audiencia Provincial que revoca la decisión del Juzgado de Primera Instancia de que se trataba de una situación litisconsorcial, y la entiende como un caso de intervención, que faculta al interviniente para interponer el recurso, además de utilizar todos los medios de defensa que la Ley procesal concede a las partes. En este proceso se pide la resolución del contrato de permuta entre la Sra. A y un Constructor de un solar, por el que el Constructor se obligaba a construir un edificio dando a cambio a la Sra. A tres pisos, con la condición de que cualquier otra transmisión quedaba supeditada al cumplimiento de la obligación de entregar los pisos. Ante la no realización del edificio, la Sra. A inició el proceso, al que no se personó el demandado, pero si lo hizo una Comunidad alegando que el Constructor le había vendido el terreno litigioso y que tuvo conocimiento del pleito en virtud de otro proceso. Así el Juzgado tuvo a la Comunidad como interviniente adhesivo. El Juzgado entiende que concurre la



Una situación similar plantea la S.T.C. 112/1987, de 2 de julio, en un proceso civil de resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio por causa de cesión o traspaso ilegal. No es necesario, porque la Ley no lo exige, demandar al cesionario del local, bastando con traer al juicio al cedente o arrendatario. Pero, si por voluntad del actor se llama al cesionario como demandado, se le debe tener por parte en el proceso y sus sucesivas instancias,

*“(...) con sus derechos anejos, el fundamental el de sostener en la vista de la apelación sus pretensiones impugnatorias, a ser oídas y a que se decidiera el asunto congruentemente en la sentencia”.*

De esta forma, si quien es tercero ajeno a la relación jurídica del contrato litigioso, interviene como parte en primera instancia, sea como inicial demandado, por ser calificado así por el actor, o como interviniente, por decidirlo voluntariamente, ha de tener todas los poderes inherentes a tal condición, y, como no, el de intervenir en apelación.

Sin embargo, es obligado reconocer que el único supuesto donde la Ley admite expresamente la intervención adhesiva simple (arts.12.2 y 14.3 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona), se califica al tercero de mero coadyuvante, otorgándole poderes muy limitados e impidiéndole recurrir con independencia de la parte con la que coadyuva. Pero, también hay que tener presente que esta regulación se debe al carácter especial de la protección de los derechos fundamentales de las personas, y, ante la falta de previsión legal en los demás procesos, no puede extrapolarse la misma conclusión.

En orden a concluir en torno a este tema, la intervención adhesiva simple implica, entendemos, apoyar la posición de alguna de las partes originarias en el proceso, pero, una vez producida, al tener el interviniente los mismos poderes que cualquier parte procesal, puede llevar a cabo una actuación autónoma y, por tanto, podrá actuar en el recurso de apelación de forma independiente. Apoyar la postura de alguna de las partes no comporta, necesariamente, ser un mero ayudante de las mismas, ya que

---

excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y no entra en el fondo. Contra esta resolución la Comunidad interpone recurso de apelación y la Audiencia revoca la sentencia anterior afirmando que estamos ante un caso de intervención adhesiva simple, y resuelve el contrato de permuta.

se puede apoyar la posición tomando una postura y actuación separada. Se evitan, así, los posibles pactos fraudulentos entre sujetos con el único objetivo de que el proceso afecte de modo indirecto a un tercero. No obstante, esta intervención es una carga para el tercero, no una obligación, por lo que su falta de actuación voluntaria sólo le afecta a él, aceptando los efectos perjudiciales de su decisión.

#### 4.2.A.3. *Intervención provocada.*

La llamada de un tercero realizada por alguna de las partes durante la primera instancia produce una intervención provocada, aunque nunca obligatoria, de una persona en un proceso pendiente. Cuestión distinta es si puede intervenir de forma independiente a la parte que le ha dirigido el llamamiento, esto es, si podrá el interviniente provocado interponer recurso de apelación o ser apelado si no actúa al mismo tiempo la parte que le ha llamado. Las escasas normas procesales reguladoras de esta intervención guardan silencio al respecto. La solución será distinta según cual sea el status procesal del interviniente. Por un lado, si se entiende que es un mero coadyuvante que auxilia a la parte que le ha llamado, no podrá realizar actuaciones autónomas; si se considera que es parte en el proceso, podrá realizar todas las actuaciones inherentes a tal condición, incluido actuar en apelación. La jurisprudencia menor ha permitido, en algunos casos, que un interviniente forzoso en primera instancia interponga recurso de apelación<sup>649</sup>.

En los supuestos de llamada en garantía y en los casos de *laudatio auctoris* donde el demandado, a pesar de la intervención del llamado, decide continuar en la causa, normalmente se entiende que el llamado adoptará la posición jurídica de interviniente adhesivo simple o litisconsorcial<sup>650</sup>. Al ostentar tal posición es posible aplicar lo dicho anteriormente respecto a su intervención en apelación.

Cabe concluir que en la medida que el interviniente provocado en primera instancia ostente un interés propio, al resultarle perjudicial la resolución dictada por el Juez *a quo*, puede actuar en apelación. Al tener las mismas facultades procesales que las

---

<sup>649</sup> La S.A.P. de Jaén, de 5 de diciembre de 1994 (R.A.C.2547), permite a un interviniente forzoso en primera instancia interponer recurso de apelación.

partes debe admitirse tal actuación. Pensemos en los supuestos de evicción donde es evidente el interés del comprador de ir contra el vendedor. Así como los casos de asociaciones de consumidores llamadas al proceso por un consumidor que ha visto vulnerado sus derechos; estas asociaciones tienen un interés difuso propio para intervenir por sí solas en apelación.

#### 4.2.B. Intervención procesal iniciada en apelación.

##### 4.2.B.1. *Intervención adhesiva.*

Queda por analizar aquellos casos donde, terminada por resolución definitiva la primera instancia de un proceso, resultan perjudicados por la misma terceros no litigantes que pretenden intervenir en apelación. Si, como hemos dicho, al ser la sentencia un hecho jurídico que puede afectar a sujetos que no han intervenido en el proceso, esos efectos perjudiciales pueden producirse con mayor razón cuando la resolución se ha dictado sin su intervención.

La entrada en el proceso en el recurso de apelación nunca podrá constituir una intervención principal, pues debido a la naturaleza de la apelación como revisión de la instancia anterior no se permite que en ella se introduzcan cuestiones nuevas no alegadas en primera instancia, y mucho menos que se interponga una nueva demanda contra quienes han sido parte en la misma.

En todo caso, únicamente podrá ser una intervención adhesiva simple o litisconsorcial, ya que el posible interviniente en apelación apoyará la posición de una de las partes en primera instancia, aunque ésta no participe en el recurso, pues en la alzada no se pueden introducir cuestiones nuevas y siempre debe estarse a lo actuado en la primera fase del proceso sin retroceder en el procedimiento. Con base en el ejemplo utilizado, para el caso de intervención adhesiva simple, el subarrendatario C (que no ha intervenido en primera instancia) ¿podrá interponer recurso de apelación frente al propietario A, por que le perjudica la rescisión del contrato de arrendamiento, apoyando

---

<sup>650</sup> MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple...*, ob. cit., págs.49 y 50.

la posición del arrendatario, aunque éste no interponga recurso de apelación?. Por lo que se refiere a la intervención adhesiva litisconsorcial, ¿es posible que el acreedor solidario, parte en primera instancia, no interponga apelación y, en cambio, otro acreedor solidario, no litigante hasta el momento, considere necesario para la defensa de sus intereses interponer el recurso?.

Como se ha puesto de manifiesto, apoyar una posición procesal no implica ser un mero colaborador de la parte inicial, aunque también cabe la posibilidad de actuar junto a la misma en el recurso. En este sentido, la S.T.S. de 10 de junio de 1996, presenta un supuesto de intervención de tercero en apelación y la califica de adhesiva simple:

*“Conviene previamente fijar la posición procesal de dicha Entidad Local que recurre en casación, toda vez que no fue parte demandada en el pleito y su acceso al mismo tuvo lugar en el trámite del recurso de apelación, en razón a haber alegado derechos e intereses por el uso de las zonas en conflicto. Su legitimación procesal se presenta no como un supuesto de intervención principal, que exige coincidencia en las titularidades dominicales e incompatibilidad conexas de pretensiones, viniendo de esta manera a ejercitarse como nuevo, o en todo caso, como pretensión. Se presenta así como una especie de intervención procesal adhesiva simple, en razón a los intereses del Ayuntamiento que pudiesen resultar afectados en forma indirecta o refleja por la sentencia que se pronuncie”<sup>651</sup>.*

De esta forma, se permite a los sujetos interesados en el pleito intervenir mientras el proceso se encuentre pendiente, por tanto, el momento inicial se sitúa cuando se produce la litispendencia, o sea, desde que el actor interpone la demanda y ésta es admitida<sup>652</sup>, y el final cuando el pleito termina por sentencia firme. Se acepta, así,

---

<sup>651</sup> S.T.S. de 10 de junio de 1996 8R.J.4752). Igualmente, la S.T.S. de 15 de marzo de 1988 (R.J.1970): *“En el recurso de apelación se personó don Valeriano L.F. en concepto de interviniente adhesivo, en defensa de la apelante - actora por estar interesado en el resultado de la sentencia definitiva que al efecto se dictó por la Sala a quo, en el sentido de rechazar la excepción formulada por la demandada - apelada y entrando a conocer del fondo del asunto desestimó las acciones ejercitadas. Tal intervención adhesiva se deriva del interés que puede comprender la existencia de un contrato privado (...)”*

<sup>652</sup> MONTERO AROCA, J.: *la intervención adhesiva simple...*, ob. cit., pág.177, “la litispendencia se ha de producir, pues, en el momento de la admisión de la demanda, como estima la mayor parte de la doctrina española, pero con efecto retroactivo al momento de su presentación, por imponerlo así evidentes razones de justicia”. Esta es la doctrina que va imponiéndose en el derecho procesal español sobre el momento de producción de la litispendencia, aunque han existido otras: a) desde el emplazamiento; b) desde el emplazamiento y la contestación a la demanda. SALGADO CARRERO, C.: *La tutela de los terceros...*, ob. cit., págs.426 a 428.

que el tercero inicie su comparecencia después de dictada sentencia definitiva, mediante la interposición de un recurso y atribuyéndole la condición de parte a efectos de ejercer su derecho de impugnación. Sin embargo, el interviniente debe aceptar el juicio en el momento procesal en que se encuentre, sin que sea posible retrotraer las actuaciones ni suspender su curso, ya que no es parte originaria sino sobrevenida<sup>653</sup>.

---

<sup>653</sup> GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1341: “no ocurre lo mismo en otros recursos, como en la apelación, donde, ante el silencio de la ley, la práctica, manteniendo un criterio tradicional, ha venido a legitimar al tercero para apelar de una sentencia que le puede representar daño o perjuicio”. DE LA PLAZA, M.: *Derecho procesal civil español*, ob. cit., V.II, pág.754: únicamente otorga el derecho de apelar a los terceros que se ven perjudicados por los efectos de cosa juzgada, excluyendo la intervención de los afectados por un efecto reflejo o indirecto. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., T.II, págs.332 y 333, no obstante, en sede de intervención admite la iniciada por el tercero en un recurso, pero cuando analiza los recursos (pág.367) no lo cree posible: “Los terceros no pueden, en ningún caso, interponer recursos (salvo que hayan sido previamente admitidos como partes, en cuyo caso han dejado de ser terceros)”. Incurre en una patente contradicción que denota la necesidad de delimitar esta figura. Sin embargo, el mismo MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., vol.I, pág.521 expone, “también es posible que el tercero comparezca después de dictada sentencia definitiva (pero aún no firme), precisamente para interponer un recurso (en especial los de carácter devolutivo)”. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca y Gómez Colomer): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.368, admite que la intervención del tercero se produzca precisamente con la interposición de recursos “por el art.24.1 C.E. y por la consideración dogmática de que la intervención es admisible mientras dure la litispendencia”, pero acepta que algunos preceptos específicos son contrarios a esta solución, como el art.1691 de la L.E.C. (recurso de casación). En ediciones posteriores realiza la misma afirmación (véase nota 23, pág.327). TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., págs.8675 y 8976, en un primer momento afirma que los extraños al proceso no tienen legitimación para recurrir, pero, posteriormente, acoge la jurisprudencia del T.S. que admite la interposición de un recurso a aquellas personas que sin haber sido partes en primera instancia, se ven envueltos en los efectos de la resolución recaída, causándoles un perjuicio. MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple...*, ob. cit., págs.246 y 247: “Los medios de impugnación no son sino actos de ataque y defensa, que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las partes, y como tales deben ser considerados al estudiar la posibilidad de que el interviniente, que es parte, haga uso de ellos. Establecimos, en su momento, que de todos los medios de ataque y defensa puede hacer uso el interviniente y, por lo tanto, no vemos obstáculo a que éste impugne, de modo autónomo, todas y cada una de las resoluciones judiciales, incluidas las sentencias definitivas. En el caso de que la parte coadyuvada no haya comparecido, o cuando no se oponga a la impugnación de la resolución realizada por el interviniente, la doctrina se muestra, pues, mayoritariamente partidaria de permitirla; pero aun en el caso de que se oponga, si el interviniente tiene la condición de parte, como afirmamos, no puede existir obstáculo para la impugnación autónoma. El interviniente es o no es parte; una figura intermedia y desdibujada no es viable prácticamente”. MONTERO AROCA, J.: *la legitimación en el proceso civil...*, ob. cit., pág.81, admite que la intervención adhesiva litisconsorcial puede iniciarse en cualquier momento de la pendencia del proceso, incluso en los recursos. MORÓN PALOMINO, M.: *Derecho procesal civil...*, ob. cit., pág.353. No obstante, el mismo autor (MORÓN PALOMINO, J.: *El proceso civil y la tutela de terceros...*, ob. cit., págs.25 y 26) afirma: “(...) esa posibilidad resultará dificultada, cuando no impedida en un sistema de *revisio prioris instantiae*, que ciña al Tribunal *ad quem* al examen y consiguiente aprobación o enmienda de lo resuelto por el juez *a quo*”. NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., págs.506 a 513 y 614 a 616: “Resumiendo lo expuesto, puede establecerse que en todos los supuestos en que la naturaleza de la relación jurídico - material que se ventile desemboque a la formación de una cosa juzgada, de la cual resulte perjuicio para un tercero procesal, no parte en la litis, será lícita su intervención en el proceso, así como la utilización del recurso de apelación dentro del plazo que la ley señale para ello, con fundamento en el interés jurídico que rige esta clase de recursos, y aplicable no sólo a quienes reúnen la condición de parte litigante, sino también a los terceros”. RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.711. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.173. FEIXO:

Permitir la intervención durante la pendencia de un proceso es una de las razones que justifican la admisión de la intervención procesal iniciada en apelación. Existen, además, otros motivos que fundamentan dicha intervención:

a) Resultar gravado por la resolución dictada en primera instancia. Legitimado para intervenir en apelación lo está cualquier sujeto que resulte gravado por la resolución de primera instancia. Como ya hemos reparado en su momento, este gravamen puede ser indirecto o reflejo, ya que la sentencia, como hecho jurídico que produce efectos en la esfera de las personas, puede afectar a quien no ha sido parte en primera instancia, o directo, respecto a un cotitular de la relación jurídica material discutida que no ha participado en primera instancia porque su intervención no es necesaria. Únicamente en el último caso podemos hablar de cosa juzgada. Para estos perjudicados, la intervención en el proceso puede comenzar en el momento de formular el recurso.

- Evitar el fraude o confabulación entre actor y demandado en perjuicio de un tercero. Esta importante aportación que justifica la admisión de la intervención iniciada en apelación, no ha sido aún puesta de manifiesto. Bien es sabido que uno de los argumentos que fundamenta la intervención adhesiva en primera instancia, es el deseo

---

*Situación y posibilidades del tercero en el derecho procesal civil*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1955, págs.214 y ss.: “si el tercero puede entrar en el proceso durante la primera instancia, y en cualquier estado del proceso sin retrotraerle, no hay duda que siempre que ejercite el recurso dentro del plazo, tiene derecho a apelar y utilizar los recursos contra la sentencia del pleito que puede dañarle o afectarle”. SALGADO CARRERO, C.: *La tutela de los terceros...*, ob. cit., págs.418 y 446: “Por el contrario, manteniendo, como así lo hemos hecho, que el interviniente adhesivo debe ser considerado como parte a todos los efectos, no puede existir obstáculo para su impugnación autónoma de las resoluciones judiciales”. REVILLA GONZÁLEZ: *La acción directa contra el asegurador en el proceso civil*, Madrid, 1996, pág.283, entiende que el asegurado puede comparecer en el proceso mientras el proceso se encuentre pendiente y, por tanto, también puede hacerlo en la segunda instancia. En el mismo supuesto de asegurador y asegurado, también lo entiende en este sentido BARRON DE BENITO, J.L.: *El recurso de apelación en el juicio verbal civil de tráfico*, ob. cit., págs.66 y 67, “Evidentemente, la posibilidad de intervención adhesiva de terceros en el proceso puede tener un amplio - e inédito - campo operativo en el ámbito del seguro de responsabilidad civil, por cuanto el asegurador, no demandado en el pleito promovido por el perjudicado contra su asegurado, tiene un patente interés directo e intenso en el resultado del mismo, ya que la declaración de responsabilidad del asegurado constituye el previo requisito lógico de la funcionalidad de la cobertura, predicándose, a mayor abundamiento, la regla de la solidaridad pasiva entre el responsable y su asegurador”.

Como nos muestra CARNELUTTI (*Instituciones del proceso civil*, ob. cit., págs.235 a 237), el derecho procesal italiano prevé expresamente la intervención del tercero en apelación, pero sólo de los que puedan proponer la oposición de tercero. Según esta dicción, la intervención debe limitarse a la principal. CARNELUTTI no entiende porque se elimina al interviniente adhesivo en estos casos. Igualmente, GHIOVENDA (*Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.539) afirma “(...) mientras en primer grado pueden intervenir todos los terceros que tienen interés, de las categorías antes anunciadas, en apelación no pueden intervenir los terceros de la segunda categoría (por ejemplo, los acreedores), sino

de evitar el fraude o confabulación que para un tercero puede suponer un proceso convenido entre actor y demandado, con el único motivo de que la sentencia produzca efectos reflejos o perjudiciales para dicho tercero. El mismo argumento se puede utilizar para fundar la intervención de ese tercero en apelación, pero con más razón, pues ya se ha tramitado la primera fase del proceso y ya existe una resolución definitiva que le perjudica. Además, es muy importante resaltar que dicha resolución se ha dictado sin otorgar al tercero, posible perjudicado por la misma, la oportunidad de realizar las oportunas alegaciones para defender sus intereses legítimos. Existe una resolución judicial en la que el tercero no ha podido influir, razón de más para admitir su intervención en apelación.

-. Según el art.260.II de la L.E.C. las resoluciones dictadas en primera instancia se notificarán, además de a las partes, a quienes puedan deparar perjuicio, cuando se mande. Por tanto, el tercero puede tener el primer conocimiento del pleito en ese momento, cuando ya se ha dictado resolución definitiva y se procede a su notificación. Parece, pues, razonable que se acepte su intervención procesal en apelación para que pueda actuar contra ese perjuicio, aunque nunca retrocediendo en las actuaciones y sin cambiar la naturaleza meramente revisora de la apelación. Al interpretar este artículo cabe concluir, que la finalidad legislativa de esta notificación no puede quedar agotada con la simple notificación del perjuicio, sino que existe una ulterior finalidad de ofrecer a estos presuntos perjudicados una oportunidad de intervenir en el proceso pendiente de forma voluntaria.

Como ya se ha señalado, pero no importa reiterar, la intervención de un tercero iniciada en el recurso de apelación no modifica la naturaleza revisora de este recurso. Dicho tercero no podrá cambiar el objeto del proceso, ni introducir cuestiones nuevas y tendrá que partir, en todo caso, de la resolución dictada en primera instancia en la medida que le ocasionen algún gravamen.

En un primer momento el T.S., en la sentencia de 26 de diciembre de 1932, donde Don Ramón B., una vez dictada la resolución de la Audiencia revocando la sentencia apelada, presentó un escrito solicitando su admisión como parte por ostentar

---

cuando puedan demostrar el dolo o la colusión en el daño". En cambio, este autor opina que esta

un interés directo y interpuso recurso de casación; no aceptó su intervención en el proceso porque la L.E.C. no lo autorizaba. Ésta únicamente permitía intervenir a quienes eran parte, y por ser el procedimiento una cuestión de orden público, era inconcebible ampliar o restringir sus disposiciones. De esta forma, si no se era parte en el proceso no se podía interponer recurso de apelación<sup>654</sup>. En un primer momento, el T.S. no permitió dicha intervención cuando se pretendía iniciarla en trámite de recursos. Sin embargo, la citada sentencia de 1932 va más lejos, negando toda posibilidad de intervención, ya que no se limita a impedir la intervención en el recurso de casación, sino que declara que la L.E.C. no autoriza la intervención como parte de otras personas que no sean actor y demandado. Progresivamente, la jurisprudencia del T.S. ha ido admitiendo la intervención de los terceros en el proceso e, incluso, que su participación se iniciara en apelación por encontrarse aún pendiente el proceso<sup>655</sup>.

En la actualidad, la jurisprudencia del T.S., como se ha puesto de manifiesto en anteriores apartados de este trabajo, otorga a los terceros la posibilidad de interponer recursos, pero únicamente cuando resulten gravados por la resolución dictada por el Juez *a quo*. En este sentido, la S.T.S. de 10 de noviembre de 1981 (R.J.4471), afirma:

*“(...) la posibilidad de interponer recursos, corresponde únicamente a quien ocupe la posición de parte agraviada o siendo tercero le alcancen los efectos de la cosa juzgada, por lo que es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir (...)”<sup>656</sup>.*

Igualmente, la S.A.P. de Navarra, de 28 de abril de 1995 (R.A.C.738), al resolver un recurso de queja, permite que la recurrente interponga el recurso de apelación que le fue inadmitido por el Juez *a quo* por no ostentar la condición de parte, por tener un interés en el resultado del pleito:

*“Así, en lo que concierne a la catalogación de parte, es verdad que la recurrente no ostenta la consideración de parte ejecutada “strictu*

---

regulación se refiere a todos los casos de intervención voluntaria y excluye la forzosa.

<sup>654</sup> S.T.S. de 26 de diciembre de 1932 (R.J.1383). Igualmente, la primera jurisprudencia del T.S. se inclinó por no aceptar la intervención adhesiva iniciada en apelación: la S.T.S. de 7 de febrero de 1902 (Jurisprudencia civil, tomo 93, págs.218 a 226), no aceptó esta intervención (en MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple...*, ob. cit., págs.113 a 116), aunque las sentencias anteriores parecían abrir la puerta a la intervención adhesiva.

<sup>655</sup> S.T.S. de 11 de julio de 1950 (R.J.1197); S.T.S. de 17 de octubre de 1961 (R.J.3604).

<sup>656</sup> S.T.S. de 10 de noviembre de 1981 (R.J.4471). También, la S.T.S. de 5 de noviembre de 1983 (R.J.5958); S.T.S. de 10 de noviembre de 1983 (R.J.6074); S.T.S. de 15 de marzo de 1988 (R.J.1970); S.T.S. de 10 de junio de 1996 (R.J.4752).



*sensu”; pero no lo es menos que sus derechos e intereses están seriamente entredicho desde el momento en que se ordena el embargo de sus bienes de conquista - luego llevado a cabo -: tan es así que el propio Juzgado notificó su decisión a la señora A. ... En definitiva, no resulta muy congruente notificar una resolución para a renglón seguido vedar su impugnación, generando así una patente indefensión”<sup>657</sup>.*

Sin embargo, también existen resoluciones de Audiencias Provinciales que no admiten la intervención de terceros iniciada en apelación. Este es el caso de la S.A.P. de Asturias, de 2 de mayo de 1995 (R.A.C.943), que en un juicio de desahucio, considera tercero en el proceso al titular del embargo del derecho de traspaso del arrendamiento de local de negocio objeto del aludido proceso, y no le permite interponer recurso de apelación ya que las únicas legitimadas son las partes.

Es necesario, no obstante, distinguir dos tipos de terceros:

a) Tercero que no fue llamado en primera instancia, pero que debió ser parte en la misma. Éste ostenta un interés directo en el resultado del pleito. No hay dudas de que dicho tercero está legitimado para apelar, como señala la S.T.S. de 6 de marzo de 1946 (R.J.260):

*“(...) procede desestimar el primer motivo del recurso en el que se acusa incongruencia en el fallo recurrido, manteniendo (...) la tesis de que no ha debido admitirse como parte al apelante ni en consecuencia podían atenderse sus pretensiones en forma congruente por haber sido indebida y extemporáneamente formuladas, particular este último que en cierto modo está supeditado al problema capital de legitimación del compareciente, siendo de tener en cuenta que admitida su intervención en el proceso cuando ya se había dictado sentencia en primera instancia, sin que adquiriera firmeza, la apelación que interpuso en tiempo hábil le permitió solicitar, como solicitó y obtuvo la revocación de la sentencia apelada, razón por la cual el fallo recurrido se ajusta a una pretensión formulada por el apelante, sin que a ello obste el allanamiento de la viuda demandada”<sup>658</sup>.*

---

<sup>657</sup> S.A.P. de Navarra, de 28 de abril de 1995 (R.A.C.738). En el mismo sentido, la S.A.P. de Tarragona, de 10 de junio de 1997 (R.J.C., nº78): “En el supuesto enjuiciado, no puede desconocerse que el rematante y cesionarios (que no han sido partes) pueden sin duda alguna verse afectados por la pretensión que se formula en esta alzada por la parte apelante, en cuanto que a través de la misma se pretende dejar sin efecto la cesión del remate verificada en el procedimiento, en base a la alegación de haberse verificado fuera del plazo legalmente establecido al efecto; por lo que no cabe duda de que deberá reconocérseles legitimación suficiente para intervenir como parte en defensa de sus derechos (intervención que comienza en apelación) (...)”.

<sup>658</sup> También, S.T.S. de 22 de diciembre de 1952 (R.J.2614): “(...) que nuestra jurisprudencia legitima la intervención voluntaria de terceros en el proceso a que no están convocados (...) por la fraudulenta omisión del que debía ser demandado y no lo es”.

b) Tercero que, sin ser necesaria su intervención como parte desde un inicio, ostenta un interés digno de protección porque la resolución dictada por el Juez *a quo* les causa algún gravamen. Como se ha visto, la mayoría de la doctrina, y la más reciente de forma unánime, admiten su legitimación para apelar. Pero, si este tercero afectado por la resolución tuviera otras vías para defender sus intereses, como sucede en el caso de las tercerías, no se debe admitir su intervención en el proceso mediante la interposición de un recurso. Como bien sabemos, en la inmensa mayoría de las situaciones esto no sucede (vendedor por evicción, subarrendatario etc.). Por eso, la jurisprudencia y la doctrina han ampliado el círculo de los legitimados para recurrir en apelación, incluyendo a los terceros que demuestren que la resolución dictada en primera instancia les produce un perjuicio. Incluso el T.C. ha admitido esta posibilidad en casos donde estaban en juego la vulneración de derechos fundamentales: la S.T.C. 171/1991, de 16 de septiembre, manifiesta:

*“(...) es constitucionalmente posible que una decisión judicial pueda tener efectos en sujetos que no han participado en el proceso ni figuren como condenados en la Sentencia, pero que sean titulares de una situación jurídica dependiente o condicionada por un derecho ajeno sobre la que incide el contenido de esa sentencia, lo que ocurre cuando la Ley establezca inequívocamente una necesaria conexión e interdependencia entre la situación jurídica creada por la primera sentencia y la que se debate en el segundo proceso”.*

Aceptada mayoritariamente la intervención procesal iniciada en apelación (las posturas reticentes son minoritarias), es necesario precisar bajo qué condiciones debe admitirse para no dar más protección al tercero que a la propia parte. A tales efectos deben concurrir dos presupuestos:

a) Ostentar un interés jurídico, legítimo, propio y actual<sup>659</sup>. En apelación dicho interés se traduce, como se ha visto, en haber sufrido un gravamen causado por la resolución dictada en primera instancia. Sólo tras justificar la existencia de dicho gravamen la personación en apelación del tercero será admisible. Cuando de terceros se trate este interés o gravamen consistirá en los efectos reflejos perjudiciales que derivan de la resolución que se pretende impugnar.

---

<sup>659</sup> MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple...*, ob. cit., págs.193 a 196. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., págs.327 y 328. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., vol.I, pág.523. SALGADO CARRERO, C.: *La tutela de los terceros...*, ob. cit., pág.426.

b) Existencia de un proceso pendiente. Esta pendencia siempre se produce en el recurso de apelación, pues sólo se ha dictado una resolución judicial definitiva, al considerarse la apelación como una fase del proceso que da continuidad al mismo.

Podría ocurrir, empero, que la falta de actuación del tercero obedeciera a una intención fraudulenta, a su propia desidia o falta de diligencia, esto es, a pesar de tener conocimiento de la tramitación de un proceso, haber observado una actitud pasiva en la primera instancia con el objeto de que su situación sea mejor con posterioridad. Para mitigar dicho riesgo y evitar el desequilibrio procesal entre los intervinientes y las partes y los posibles fraudes de los terceros, parece conveniente admitir sólo su intervención en el recurso cuando su falta de participación anterior sea involuntaria, es decir, su falta de intervención en primera instancia se deba a una causa ajena a su voluntad como el desconocimiento de la tramitación del proceso.

Este aspecto, juntamente con el gravamen padecido por el interviniente, deberían convertirse en un presupuesto de admisión de la apelación, apreciable por el Juez *a quo* en el trámite de admisión de la misma. La decisión de admisibilidad del recurso del interviniente, podrá ser revisada por el Tribunal *ad quem* si considera que no concurren las condiciones anteriores. En todo caso, si el Juez *a quo* inadmite la apelación, parece conveniente permitir al tercero interviniente interponer recurso de queja ante el Tribunal superior. Igual recurso puede utilizar el apelado si considera inadmisibles la aceptación de la intervención<sup>660</sup>.

Esta condición de que la falta de participación anterior del tercero sea involuntaria como requisito de admisión del recurso, se extrae también de la jurisprudencia del T.C.. La Sentencia 123/1989, de 6 de julio, así lo manifiesta:

*“En efecto, el derecho a la defensa reconocido en el art.24.1 de la Constitución, como tantas veces ha afirmado este Tribunal, implica la posibilidad de un juicio contradictorio en que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos, por ello es necesario que sean traídos al proceso todas aquellas personas que puedan verse afectadas*

---

<sup>660</sup> No compartimos, pues, la opinión de TAPIA FERNÁNDEZ (*Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., pág.8675) que considera el gravamen necesario para apelar como una cuestión de fondo apreciable por el Tribunal *ad quem*, sobre todo cuando quien interpone el recurso de apelación es un extraño al proceso.

*en aquellos derechos e intereses por la resolución que se dicte en su seno, de modo que si la llamada al proceso no se produce, esto es, si el interesado no es emplazado, privándosele de la posibilidad de alegar y probar en contradicción con la pretensión que incide sobre sus derechos e intereses, con infracción de los principios de audiencia bilateral y contradicción, se desconocería el derecho fundamental consagrado en el art.24.1 de la Constitución”.*

*“Ahora bien, si lo anterior es cierto, no lo es menos que no toda resolución judicial dictada inaudita parte implica necesariamente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por causar indefensión, pues la indefensión que proscribe el art.24.1 de la Constitución es la material, esto es, la que se traduce en una real privación o limitación del derecho de defensa como directa consecuencia de una acción u omisión del órgano judicial, pero no aquella que es imputable al propio interesado que no actuó con la diligencia exigible para comparecer en el proceso tras conocer por otros medios distintos del emplazamiento la existencia del proceso, o que, pese a tal conocimiento, adoptó una actitud pasiva con el fin de obtener una ventaja de la marginación procesal en la que se encontraba”.*

En el caso de autos se ejercitó una acción de resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio, sin notificarla al subarrendatario. Éste interpone recurso de amparo alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva causante de indefensión, ya que la falta de notificación impidió que tuviera conocimiento del proceso que afectaba a sus derechos e intereses legítimos e impidió su intervención en el mismo. El T.C. afirma que este recurso no puede prosperar, ya que, aunque no se le notificó la pendencia del proceso, tuvo conocimiento del mismo por otros medios distintos del emplazamiento, como es la declaración como testigo en el período probatorio de la primera instancia de un Consejero Delegado de la Sociedad subarrendataria.

*“Es claro, pues, que ésta, hoy demandante de amparo, tuvo conocimiento de la existencia del proceso en el que se ventilaba la resolución del contrato de arrendamiento del local de negocio que ocupaba (...) durante la tramitación del juicio en primera instancia. Si no compareció en autos en dicho momento, dejando que el procedimiento siguiera su curso hasta dictarse sentencia en ambas instancias y proceder a la ejecución de lo resuelto, ello es exclusivamente imputable a su propia desidia y falta de diligencia, actitud pasiva que adoptó porque tal vez convenía a sus intereses (...)”<sup>661</sup>.*

Otro requisito necesario para que la intervención del tercero comience en apelación, es que acepte el proceso en el estadio en que se encuentre en el momento de su personación. Esto es, el tercero podrá iniciar su intervención en el recurso de

---

<sup>661</sup> En situaciones parecidas, S.T.C. 141/1987, de 23 de julio; S.T.C. 155/1995, de 24 de octubre..

apelación, pero sólo podrá realizar las actuaciones pendientes a partir de ese momento y nunca las ya concluidas en primera instancia<sup>662</sup>.

Nuestras Leyes procesales no regulan la forma en que debe efectuarse esta intervención en apelación, y la práctica judicial tampoco aporta soluciones al respecto al no proceder de una manera uniforme. Así las cosas, debemos aplicar las reglas generales del proceso civil lo que no impide, obviamente, que puedan existir diferentes soluciones todas ellas razonables. Lo más acertado es que el tercero presente un escrito con un doble contenido: a) petición de que su intervención sea admitida, donde fundamente fáctica y jurídicamente su interés en apelar, o sea, que la resolución dictada en primera instancia le causa algún perjuicio aunque sea de forma refleja, quedando así fijada su legitimación para intervenir en el recurso; b) solicitud de que la pretensión inicialmente esgrimida por el actor sea estimada o desestimada, con lo que determina la cuestión de fondo y la posición que apoya (la del actor o la del demandado) mediante la interposición del recurso de apelación<sup>663</sup>. En primer lugar, se analizará la primera petición y sólo si se admite la intervención, pasará a valorar la segunda<sup>664</sup>. Lo que si es indiscutible es que la intervención del tercero no debe suspender, en ningún caso, el curso del procedimiento, ya que también es necesario tener en cuenta los derechos procesales de las partes litigantes<sup>665</sup>.

A lo dicho debe añadirse que este tercero, interviniente adhesivo en apelación, podrá actuar mediante la interposición del recurso esto es, como apelante. Existen dudas, sin embargo, sobre si podrá actuar como apelado. La razón es clara: quien ha sido parte en primera instancia nunca interpondrá recurso frente a un tercero que no ha

---

<sup>662</sup> S.T.S. de 17 de febrero de 1951 (R.J.589).

<sup>663</sup> MONTERO AROCA, J.: *La legitimación en el proceso civil...*, ob. cit., pág.84.

<sup>664</sup> No obstante, GUTIÉRREZ GONZÁLEZ (*las resoluciones interlocutorias en el proceso civil. Sistema de recursos*, ob. cit., pág.35) considera que no puede plantearse de forma automática, en un mismo escrito, la solicitud de intervención como parte en el proceso y la interposición del recurso frente a una determinada resolución, ya que para tener legitimación para recurrir se debe ser parte en el proceso, por eso el interviniente tiene que obtener en primer lugar la declaración del Juez en tal sentido, para después tener la posibilidad de interponer la apelación. En aras a la economía procesal, no entendemos por que las dos peticiones no se pueden efectuar en el mismo escrito, puesto que el Juez, primero, se pronunciará sobre la admisión de la intervención y, una vez admitida, pasará a evaluar la interposición del recurso. Pero si en un inicio no permite la intervención, ya no entrará en la apelación interpuesta por el frustrado interviniente.

<sup>665</sup> SALGADO CARRERO, C.: *La tutela de los terceros...*, ob. cit., pág.423.

intervenido en el proceso, ya que no tiene la condición de parte procesal. Su pretensión como apelante no se dirigirá contra él, sino frente a la otra parte, por lo tanto, el tercero nunca será apelado inicial<sup>666</sup>. No obstante, parece plausible que el mencionado tercero pueda apoyar la posición del inicial apelado y adherirse a la apelación, ya que se admite su intervención mientras esté pendiente el proceso. Además, la adhesión a la apelación se configura como un recurso autónomo al originariamente interpuesto. Pese a ello, no hemos encontrado ningún supuesto en la práctica judicial que sustente esta afirmación<sup>667</sup>, aunque algún autor si que contempla esta posibilidad<sup>668</sup>.

Resulta especialmente ilustrativo señalar en esta sede algunos supuestos de terceros procesales, afectados por la resolución de primera instancia y con legitimación para recurrir:

- El subarrendatario que pretenden lanzar por medio de un acuerdo fraudulento entre arrendador y arrendatario, pactando el allanamiento del arrendatario ante la demanda de extinción del contrato de arrendamiento interpuesta por el arrendador.
- Los litisconsortes necesario que, si no intervienen, la sentencia desestimaré de oficio la demanda por defecto en la constitución de la relación jurídico - procesal. Pero, si por alguna razón, error, fuerza mayor, etc., la sentencia no la desestima o no se articula la excepción de falta de legitimación, el tercero resultará perjudicado por la resolución de un proceso en el que no intervino. Para evitar que la autoridad de la cosa juzgada le irroque indeseables perjuicios, debe dársele la oportunidad de intervenir voluntariamente en el proceso tan pronto tuviera noticia de su existencia por medio de la intervención procesal.
- Los responsables solidarios que, aunque no es necesario demandarlos a todos, si les perjudica la resolución dictada en primera instancia, a pesar de no haber intervenido, han de poder utilizar el recurso de apelación. En estos caso, se ven afectados por el efecto reflejo de la sentencia ya que sin haber participado en el proceso, como deudor o

---

<sup>666</sup> GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1353, donde añade que la legitimación del tercero para apelar es un supuesto totalmente excepcional y, por tanto, ha de ser interpretado de forma limitada y rigurosa.

<sup>667</sup> Por contra, la S.T.S. de 17 de julio de 1995 (R.J.5588), en un juicio sobre retracto de bienes gananciales, no permite la adhesión a la apelación de los maridos por carecer de la condición de apelados, ni aun indicando en que les era perjudicial la sentencia, ya que la condición de apelado "(...) es carácter imprescindible para poder adherirse a la apelación como exige el art.892 de la L.E.C."

acreedor solidario se le exigirá lo que le corresponda según lo resuelto en el mismo (ver arts.1141 y ss. del C.C.). Esta forma de intervención de terceros en el proceso es absolutamente posible dentro de los parámetros de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero otra cosa es que sea conveniente o útil: “Si no puede ser condenado en ese proceso, ni se puede extender el título ejecutivo contra él ¿qué interés tendrá en someterse a ese proceso?”<sup>669</sup>.

Permitir la intervención del tercero procesal en el recurso de apelación encuentra su fundamento en evitar la multiplicidad de juicios y de sentencias contradictorias. Las mismas finalidades se podrían conseguir en la práctica promoviendo un segundo pleito, igual a aquel en que se pretende introducir al tercero y llegado el momento oportuno pedir la acumulación de autos. No parece lógico, sin embargo, en aras a la economía procesal y a la tan deseada aceleración de la justicia, permitir el comienzo de otro proceso para llegar a los mismos objetivos que se conseguirían aceptando la intervención del tercero en un proceso pendiente mediante la tramitación de un recurso de apelación.

---

<sup>668</sup> LEGIDO LÓPEZ, E.: *El objeto del proceso civil y los recursos...*, ob. cit., pág.372. BARRON DE BENITO, J.L.: *El recurso de apelación en el juicio verbal civil de tráfico*, ob. cit., pág.92, 93 y 97.

<sup>669</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Problemas procesales de la solidaridad...*, ob. cit.. Por su parte, CARRERAS DEL RINCÓN, J. (*La solidaridad de las obligaciones...*, ob. cit., pág.237) afirma: “El sujeto solidario no demandado difícilmente intervendrá voluntariamente en el proceso incoado. De hacerlo, la mayoría de las veces actuará con el carácter de coadyuvante o simple interviniente, para evitar que le pueda perjudicar la eficacia refleja o prejudicial de la sentencia que se dicte”

En la S.T.S. de 6 de marzo de 1946 (R.J.260), Don Luis F. formuló demanda de desahucio de local de negocio por falta de pago contra Doña Caterina M., que reconoce los hechos, por lo que el Juez declara haber lugar la desahucio. Notificada la sentencia se persona Don Carlos E., hijo del arrendatario y de la demandada, copropietario del negocio, consignó las rentas y interpuso recurso de apelación solicitando que se le tuviera por parte. El T.S. entendió, “*considerando que si bien es norma corriente en nuestro Derecho Procesal, predominantemente informado por el principio de rogación civil, admitir en concepto de parte demandada, exclusivamente a quien ha sido llamado a juicio por el demandante, esta norma no es absoluta y sí compatible con situaciones excepcionales que tienen su apoyo - en otros casos que no guardan relación con el litigio - en la naturaleza del derecho material puesto en ejercicio, que sí afecta a diferentes personas, puede impedir que se constituya válidamente la relación procesal si no se da entrada a todos ellos en la contienda, particularmente si los que no han sido llamados estuvieren unidos a los que lo fueron por vínculos de solidaridad o por los que surgen de la indivisibilidad de las pretensiones reclamadas, determinando la extensión de los efectos de la cosa juzgada a quienes por no haber sido convocados a juicio no han podido ser oídos, con la grave consecuencia, además, de que se produzca el fraude procesal*”; “*considerando que en este sentido y con el sugestivo precedente de la Ley cuarta, título veintitrés de la Partida tercera, se ha proclamado la doctrina jurisprudencial proclamada en múltiples sentencias, entre las que, por decidir caso análogo al que ahora es objeto de litigio, destaca la de 21 de marzo de 1911 que acogió la teoría del interés y, como consecuencia, la del litisconsorcio necesario en su manifestación de intervención de terceros, doctrina perfectamente aplicable al caso ahora discutido (...)*”.

En idéntico sentido, la S.T.S. de 11 de julio de 1950 (R.J.1197).

Además, nuestro sistema procesal se caracteriza por la amplia generosidad respecto del objeto y una férrea clausura respecto de los sujetos<sup>670</sup>. No se sabe cuáles son las razones que justifican esta regulación.

Todo lo relacionado con las facultades de alegación y prueba del interviniente en el recurso de apelación serán analizadas en el siguiente capítulo.

#### *4.2.B.2. Intervención provocada.*

En otro orden de cosas, nuestro sistema procesal no admite la intervención provocada iniciada en apelación. Aunque nuestra L.E.C. no prevea expresamente la figura de la intervención provocada, se ha visto que existen algunos supuestos que entran dentro de este instituto. Sin embargo, los preceptos que los regulan se refieren siempre a la intervención provocada en primera instancia. El art.1482 del C.C., para la llamada en garantía, establece que el comprador demandado, dentro del término previsto por la L.E.C. para contestar a la demanda, podrá pedir que se notifique la demanda a los vendedores (terceros en el proceso). Por lo tanto la llamada debe realizarse en el plazo para contestar la demanda y no posteriormente y mucho menos en apelación. Ante el silencio de la Ley, esta norma también se aplica a la intervención de coherederos (art.1084.II del C.C.)

#### 4.3. La intervención procesal según la nueva L.E.C.

Todos estos aspectos los ha recogido la nueva L.E.C: la intervención procesal aparece regulada en los arts.13 y 14 del Proyecto de L.E.C., remitido al Senado tras su aprobación por el Congreso de los Diputados, - el primero sobre la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados y el segundo dedicado a la intervención provocada.

---

<sup>670</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I: *La reconvencción...*, ob. cit..



En relación con la actuación en apelación de quien ha actuado en primera instancia en virtud de una intervención adhesiva, la nueva L.E.C. considera al tercero que ha intervenido en un proceso pendiente como parte “(...) a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa” (art.13.3, párrafo 1º del Proyecto remitido al Senado por el Congreso).

Al tener la condición de parte, también se establece expresamente la posibilidad de que utilice los recursos que procedan. El art.13.3, párrafo 3º del mencionado Proyecto prevé: “El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte”. Al hablar de interviniente y no de tercero, es posible entender que esta facultad sólo se concede a quien ha utilizado la intervención en primera instancia por tener un interés directo y legítimo (art.13.1 del Proyecto de L.E.C. remitido al Senado<sup>671</sup>). La posibilidad de que un tercero, que no ha intervenido anteriormente, interponga recurso de apelación será analizada en próximos apartados. Además, este precepto exige al interviniente uno de los presupuestos necesarios para la admisión del recurso de apelación: que la resolución dictada por el Juez *a quo* resulte perjudicial o gravosa a su interés.

De esta forma, se otorga al tercero la condición de parte por medio de la intervención y se le coloca en un plano de igualdad con el resto de partes procesales, ya que podrá utilizar los mismos medios de ataque y de defensa. Asimismo, se le permite intervenir en el recurso de apelación del mismo modo que puede hacerlo cualquier parte. Parecen sorprendentes las facultades que posee el interviniente para continuar el procedimiento en contra de la voluntad de su litisconsorte, suprimiéndose hasta su disponibilidad sobre el objeto del proceso (allanamiento, renuncia, desistimiento, apartamiento del proceso o consentimiento de la sentencia), resultando excesivo por muy legítimo que sea el interés del tercero. De ahí que se añada una exigencia más al

---

<sup>671</sup> Art.13.1 de dicho Proyecto de L.E.C.: “Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito”.

carácter legítimo del interés del interviniente: además del carácter legítimo del interés lesionado debería ser preciso también que el interés legítimo fuese lesionado de forma ilegítima, como sucede, por ejemplo en el tan traído ejemplo de la confabulación fraudulenta entre arrendador y arrendatario para perjudicar al subarrendatario<sup>672</sup>.

Sin tener en cuenta estas consideraciones, la nueva L.E.C. permite al interviniente en primera instancia intervenir en un recurso de apelación con independencia a la parte originaria. Puede utilizar los recursos que procedan pudiendo actuar como apelante y como apelado, y, en su caso, podrá impugnar (antigua adhesión) y oponerse a la apelación. Sobre las facultades del interviniente en relación a las alegaciones y pruebas que puede realizar en apelación nos remitimos al siguiente capítulo del presente trabajo.

El art.14 del Proyecto de L.E.C., remitido al Senado por el Congreso, regula la intervención provocada, distinguiendo si la llamada la realiza el demandante (art.14.1) o la lleva a cabo el demandado (art.14.2). En el primer caso, otorga al tercero las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes. En cambio, en el segundo no regula nada al respecto. Se observa, pues, que la nueva L.E.C. no resuelve el problema de que actuación tiene el interviniente provocado en el recurso apelación, ya que otorgar las mismas facultades que las partes no significa que se le considere como tal. Parece plausible que al tener las mismas facultades de actuación, si ha intervenido en primera instancia podrá utilizar el recurso de apelación de forma autónoma respecto de quien ha solicitado su intervención. Pero esto sólo en el caso que la llamada la realice el demandante. Análogamente podría aplicarse también a la solicitud de intervención forzosa del demandado. Pero, no resulta razonable que ante una nueva Ley ya se tenga que acudir a la analogía. El Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia del Congreso (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 27 de julio de 1999) aconseja añadir un supuesto a los anteriormente mencionados: si el demandado considerare que su lugar en el proceso debe ser ocupado por el tercero comparecido, se produce una sucesión procesal si el órgano judicial lo

---

<sup>672</sup> ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: *La intervención adhesiva litisconsorcial del art.8 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, comunicación presentada en la Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, 7 al 10 de octubre de 1997, págs.33 y ss.

considera procedente (arts.13.2.4º y 16 bis. del Informe). Esta es la regulación aprobada por el Congreso de los Diputados y fijada en los arts.14.2.4ª y 18 del Proyecto de L.E.C. remitido al Senado.

La regulación efectuada en la nueva L.E.C. sobre la intervención, apoya nuestros argumentos respecto a la intervención adhesiva iniciada en el recurso de apelación. El art.13 del mencionado Proyecto remitido al Senado no pone obstáculos para que, quien no actuó en primera instancia (tercero), intervenga en la segunda, ya sea como apelante ya como apelado<sup>673</sup>. Tres son los extremos que fundamentan esta afirmación:

1.- El art.13.1 dispone que el tercero podrá intervenir “mientras se encuentre pendiente un proceso”. Se ha reiterado en numerosas ocasiones que el recurso de apelación en el proceso civil se configura como una fase procesal por ser una continuación del proceso, y, por tanto, el pleito se mantiene pendiente durante la sustanciación de la apelación. La resolución dictada en primera instancia es definitiva pero no firme, pues puede ser revisada en la alzada. De esta forma, el tercero tiene la posibilidad de intervenir no sólo para interponer el recurso, sino también antes y después de su interposición, mientras la resolución judicial que se haya dictado no sea firme.

2.- El art.13.3, atribuye al tercero interviniente la condición de parte a todos los efectos. Bien es sabido que una de las actuaciones procesales inherentes a la condición de parte es la interposición de los recursos que sean procedentes, entre ellos el recurso de apelación<sup>674</sup>.

3.- El art.13.3, párrafo 3º, establece “El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte”. Aunque se refiere al interviniente, cosa que puede hacer pensar que sólo podrá recurrir quien haya intervenido previamente, parece admitirse también cuando se trata de un tercero, pues, como se ha dicho, la intervención es posible durante la pendencia de un proceso. Además, exige uno de los presupuestos de admisión del recurso de apelación: que la resolución que se pretenda impugnar cause

---

<sup>673</sup> ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: *La intervención adhesiva...*, ob. cit., pág.40.

<sup>674</sup> Art. 13.3 del Proyecto: “Admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier causa”.

gravamen, lo que legitima al tercero, que no ha intervenido en primera instancia, para apelar.

La citada regulación suscita, empero, algunas dudas. El mismo art.13.1 del Proyecto remitido al Senado por el Congreso prevé que el tercero “(...) podrá ser admitido como demandante o demandado”, de lo que cabe deducir que no es posible admitirlo como apelante o apelado. Si se llegase a dicha conclusión, el apartado 1 del art.13 sería contradictorio en sus propios términos ya que, por un lado, admitiría la intervención mientras el proceso se encuentre pendiente y, por otro, acto seguido, no la permitiría en el recurso de apelación donde dicha pendencia se mantiene. Por eso, parece lógico afirmar que la intención del legislador cuando añadió la admisión como demandante o demandado, iba dirigida a no permitir la intervención principal en nuestro sistema procesal, manteniéndose la dualidad de posiciones procesales. Pero, no se puede negar que dicha dicción es desafortunada. Para evitar dudas al respecto, sería conveniente utilizar, en lugar de demandante o demandado, los términos *posición activa o posición pasiva* de la relación procesal, o añadir a dicha expresión dudosa la locución *apelante o apelado o, recurrente o recurrido*.

En efecto, el art.13 de dicho Proyecto de L.E.C. establece los presupuesto o requisitos, analizados en párrafos anteriores, para admitir la intervención del tercero iniciada en apelación. Además de requerir la pendencia del proceso, exige la existencia de un gravamen producido por la resolución impugnada (art.13.3, párrafo 3º). Pero, asimismo, el art.13.1 del Proyecto remitido al Senado obliga al tercero, para que su intervención sea admisible, “(...) que acredite tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito”. En definitiva, se establece su legitimación para actuar. Como se sabe, este interés, cuando se trate del recurso de apelación, viene determinado por el perjuicio o gravamen que causa una resolución judicial definitiva, más aún cuando dicha resolución ya se ha dictado. Sin embargo, se exige un interés directo, cosa que puede llevar a confusión. Existen muchos casos donde el interés que justifica la intervención de un tercero en un proceso pendiente, o en el recurso de apelación, es indirecto, por afectarles los llamados efectos reflejos o indirectos de la resolución judicial que pueda dictarse o que ya se ha dictado. La resolución judicial como hecho jurídico puede

ocasionar efectos perjudiciales o gravosos en la esfera jurídica de un tercero. Esta terminología está comúnmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia. Sería conveniente, pues, aclarar que dicho interés directo también engloba el reflejo o indirecto, ya que, de no hacerse así, se reduce la eficacia de la intervención procesal.

Asimismo, el tercero, para tener legitimación, también tiene que acreditar un interés legítimo. Es necesario que dicho interés legítimo sea lesionado de forma ilegítima, más aún cuando la intervención se inicia en apelación, pues se darían más facultades al tercero que a las propias partes<sup>675</sup>. Es posible conectar esta lesión ilegítima, con lo que se ha expuesto en párrafos anteriores para justificar la intervención en apelación ante la falta de regulación de este instituto. La lesión ilegítima del interés legítimo puede producirse por no tener conocimiento anterior de la tramitación del proceso, o por haber actuado las partes de forma fraudulenta, ocultando la existencia del mismo.

Sin embargo, esta admisión de la intervención iniciada en apelación parece quedar mitigada por el art.448 del Proyecto remitido al Senado por el Congreso: “Contra las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley”. Este precepto, además de exigir el gravamen para la interposición de los recursos, considera que son las partes quienes deben presentarlos. Queda claro, pues, que podrán interponer recurso el demandante, el demandado e, incluso, el interviniente en primera instancia al tener la condición de parte. Parece, no obstante, excluir al tercero ya que en el momento anterior a la intervención no es parte. La contradicción es latente: mientras el art.13 del mencionado Proyecto permite la intervención de los terceros en tanto el proceso esté pendiente; el art.448, sólo otorga a las partes la oportunidad de interponer recursos. Sería necesario aclarar esta confusión para saber si un tercero puede o no interponer recursos o, incluso, limitar su intervención a alguno de ellos, como es el recurso de apelación, por cumplirse unos determinados requisitos. Los casos surgidos en la práctica forense, justifican sobradamente la conveniencia de aclarar esta regulación.

---

<sup>675</sup> ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G: *La intervención adhesiva...*, ob. cit., pág.34.

Por otro lado, las últimas tendencias legislativas plasmadas en la nueva L.E.C., que cambia los preceptos de la L.E.C. de 1881, no admiten que el interviniente provocado inicie su actuación en apelación. Esto se deduce del art.14 del Proyecto remitido al Senado, ya que cuando es el demandante el que llama al tercero, la solicitud de intervención debe realizarse en la demanda, salvo que la Ley disponga expresamente otra cosa. Igualmente, cuando es el demandado quien llama a un tercero, únicamente puede hacerlo en el plazo otorgado para contestar a la demanda, o, si se trata de un juicio verbal sin contestación escrita, antes del día señalado para vista. Vemos, por tanto, que no es posible en el recurso de apelación.

**CAPÍTULO CUARTO:  
OTROS COMPORTAMIENTOS DE LOS  
SUJETOS DE LA APELACIÓN.  
EN ESPECIAL LAS FACULTADES  
ALEGATORIAS Y PROBATORIAS**

## **CAPÍTULO CUARTO: OTROS COMPORTAMIENTOS DE LOS SUJETOS DE LA APELACIÓN. EN ESPECIAL LAS FACULTADES ALEGATORIAS Y PROBATORIAS.**

De todo lo expuesto en los capítulos anteriores, es posible concluir que los sujetos intervinientes en apelación son los que fijan el objeto de la misma: el apelante, al indicar los pronunciamientos de la resolución de primera instancia que le son perjudiciales y pretende recurrir; y el apelado, a través de la oposición al recurso o, en su caso, de la adhesión a la apelación en lo que le resulte perjudicial. Normalmente, es el apelante quien determina los puntos sobre los que versará el recurso, siendo éstos, en todo caso, aquellos que le causen gravamen. Por esta razón, puede interponer recurso únicamente respecto de alguno de los pronunciamientos perjudiciales, dejando los restantes, igualmente gravosos, firmes. Asimismo, puede interponer apelación sin fijar los extremos que impugna, en cuyo caso se entienden apelados todos los que le perjudiquen. Pero el apelado también contribuye a fijar el ámbito del recurso de apelación, ya sea con su oposición o con su adhesión. Todas estas cuestiones y algunas más, apuntadas en otros apartados de este trabajo, son las que pretendemos analizar aquí, tomando siempre como punto de partida los postulados informadores del recurso de apelación en el derecho procesal español. Aunque pueda pensarse que estas cuestiones obedecen más al objeto de la apelación que al aspecto subjetivo de ésta, siempre se analizan tomando como punto de partida a los sujetos del recurso para ir recogiendo sus facultades alegatorias y probatorias en apelación, ya que son estos litigantes los que determinan el ámbito devolutivo de este recurso.



## I. LAS FACULTADES ALEGATORIAS EN RELACIÓN CON LA MÁXIMA *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM*.

### 1. INCIDENCIA DE LA MÁXIMA *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM* EN LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Este es uno de los postulados básicos del recurso de apelación, unánimemente aceptado por nuestra doctrina<sup>676</sup>. Según esta regla, la apelación sólo puede conocer de los puntos a que se contraiga, o sea, aquellos que las partes en apelación han sometido expresa o tácitamente al órgano judicial superior en virtud del efecto devolutivo. Se enmarca y predetermina, así, el alcance de su decisión, de manera que quedan firmes los restantes pronunciamientos al ser consentidos por los sujetos intervinientes. En muchas ocasiones esta firmeza resulta de la voluntad presunta de las partes, al silenciar en el recurso alguno de los extremos de la resolución de primera instancia que les afectan.

---

<sup>676</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1070, “Pero además, como lo que origina las atribuciones del Juez o Tribunal *ad quem*, como la de cualquier otro órgano de la Jurisdicción, es la pretensión de la parte que en este caso recibe el nombre particular de recurso de apelación, los límites de dicha pretensión son asimismo límites de aquellas atribuciones: *tantum devolutum quantum appellatum*”. MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.179, “(...) y si la sentencia o resolución apelada contiene varios extremos, y sólo se admite la apelación de alguno de ellos, el tribunal superior únicamente puede conocer de los puntos o cuestiones sobre que ha sido admitida la apelación o se hubiese adherido oportunamente el apelado, careciendo de competencia respecto de los consentidos o no apelados. De aquí la regla o apotegma jurídico, admitido en las legislaciones modernas, que el derecho romano expresó con estas palabras: *tantum devolutum quantum appellatum*”. GÓMEZ ORBANEJA, E. (con Herce Quemada): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.472, “El ámbito del juicio de apelación, sin embargo, no coincide estrictamente con el de primer grado, en cuanto que viene determinado, no directamente por la demanda y la excepción deducidas oportunamente en primera instancia, sino, con relación a ellas, por la pretensión o pretensiones impugnatorias”. PRIETO CASTRO y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.253, “el Tribunal *ad quem*, dentro de un sistema donde rige el principio de justicia rogada o dispositivo, sólo puede conocer de los puntos a que se contraiga el recurso, quedando firmes los restantes por la voluntad presunta de las partes”. DE LA PLAZA, M.: *Derecho procesal civil español*, ob. cit., V.II, pág.750. CHIOVENDA: *Principio de derecho procesal civil*, ob. cit., págs.532 y ss. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.332. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.510 y 511. MORÓN PALOMINO, M.: *Derecho procesal civil...*, ob. cit., pág.360. CORDÓN MORENO, F.: *Proceso civil de declaración*, ob. cit., pág.323. RAMOS MÉNDEZ, F. (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.728). SOLÉ RIERA, J. (*El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.61), califican la norma *tantum devolutum quantum appellatum* como el aspecto positivo del efecto devolutivo, efecto inherente al recurso de apelación. CAPILLA RONCERO, F.: *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1989*, en «Cuadernos

Dichos extremos consentidos no pueden ser alterados por el órgano *ad quem*. Son los sujetos de la apelación, tanto apelante como apelado, por tanto los que determinan el ámbito devolutivo de la misma, es decir, lo que el Tribunal superior debe resolver. No obstante, para dicha delimitación ha de tenerse en cuenta no sólo la apelación o apelaciones iniciales, sino también la ulterior modificación introducida por una eventual apelación adhesiva de alguno de los apelados, que incrementa el alcance devolutivo del recurso y amplíe, en consecuencia, los poderes de cognición del órgano superior.

En este sentido, el T.C. ha admitido, desde sus primeras resoluciones, la imposibilidad en apelación de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por los litigantes, al no ser objeto de impugnación<sup>677</sup>. Asimismo, el T.S. ha declarado que sólo los pronunciamientos apelados por los sujetos de la apelación pueden ser objeto de la misma<sup>678</sup>. La llamada “jurisprudencia menor” también lo ha destacado en numerosas resoluciones<sup>679</sup>.

---

Civitas de Jurisprudencia Civil», nº21, septiembre - diciembre, 1989, págs.544 y ss. LEGIDO LÓPEZ, E.: *El objeto del proceso civil y los recursos...*, ob. cit., pág.344.

<sup>677</sup> A.T.C. 464/1983, de 13 de octubre; S.T.C. 86/1986, de 25 de junio; S.T.C. 15/1987, de 11 de febrero; S.T.C. 143/1988, de 12 de julio; S.T.C. 120/1989, de 3 de julio; S.T.C. 40/1990, de 12 de marzo; S.T.C. 279/1994, de 17 de octubre; A.T.C. 315/1994, de 21 de noviembre; S.T.C. 120/1995, de 17 de julio; S.T.C. 3/1996, de 15 de enero; S.T.C. 9/1998, de 13 de enero.

En materia penal también se pronuncia en el mismo sentido: S.T.C. 54/1985, de 18 de abril; S.T.C. 84/1985, de 8 de julio; S.T.C. 115/1986, de 6 de octubre; S.T.C. 202/1988, de 31 de octubre; S.T.C. 242/1988, de 19 de diciembre; S.T.C. 19/1992, de 14 de febrero; S.T.C. 25/1994, de 27 de enero.

<sup>678</sup> S.T.S. de 9 de octubre de 1889 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3345). S.T.S. de 1 de junio de 1900 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3346). S.T.S. de 10 de julio de 1918 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3347). S.T.S. de 23 de octubre de 1920 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3348). S.T.S. de 3 de octubre de 1927 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3547). S.T.S. de 15 de octubre de 1928 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3350). S.T.S. de 30 de junio de 1958 (R.J.2520). S.T.S. de 30 de mayo de 1961 (R.J.2344). S.T.S. de 10 de marzo de 1965 (R.J.1447). S.T.S. de 10 de junio de 1976 (R.J.2694). S.T.S. de 26 de septiembre de 1984 (R.J.4358). S.T.S. de 18 de noviembre de 1985 (R.J.1986/325). S.T.S. de 29 de abril de 1986 (R.J.2066). S.T.S. de 2 de octubre de 1987 (R.J.6709). S.T.S. de 30 de marzo de 1989 (R.J.2283). S.T.S. de 5 de marzo de 1990 (R.J.1667). S.T.S. de 30 de abril de 1991 (R.J.3116). S.T.S. de 25 de marzo de 1992 (R.J.2561). S.T.S. de 6 de junio de 1992 (R.J.5008). S.T.S. de 21 de abril de 1993 (R.J.3111). S.T.S. de 1 de febrero de 1994 (R.J.854). S.T.S. de 25 de marzo de 1994 (R.J.2533). S.T.S. de 23 de febrero de 1995 (R.J.1465). A.T.S. de 11 de abril de 1995 (R.J.10032). S.T.S. de 14 de octubre de 1996 (R.J.8587). S.T.S. de 5 de diciembre de 1996 (R.J.8786). S.T.S. de 31 de diciembre de 1996 (R.J.9482) afirma, “(...) la posición del Tribunal de apelación (...), pero sólo puede conocer de los extremos a que la apelación se contraiga, pues los que no fueron objeto de ella quedaron firmes”. S.T.S. de 21 de febrero de 1997 (R.J.1186). S.T.S. de 20 de marzo de 1997 (R.J.2184). S.T.S. de 26 de noviembre de 1997 (R.J.8401). S.T.S. de 28 de julio de 1998 (R.J.6377).

<sup>679</sup> S.A.T. de Oviedo, de 24 de septiembre de 1962 (R.G.D., 1963, pág.187); S.A.T. de Valencia, de 29 de septiembre de 1966 (R.G.D., 1966, pág.1097), afirma que “(...) constituye principio jurídico procesal en materia de recurso de apelación, que el Tribunal *ad quem* sólo puede conocer de los puntos a que se contraiga el recurso, quedando firmes los pronunciamientos de la sentencia impugnada que no fueron

Todo esto no ha de llevar a confusiones, ya que el objeto del proceso es el mismo tanto en primera como en segunda instancia, aunque el ámbito de la impugnación puede ser distinto, dando lugar a un objeto del recurso de apelación igual o más reducido, más en ningún caso más amplio del planteado en el primer grado del proceso. El objeto del proceso queda perfectamente delimitado e inalterable con las peticiones de las partes expuestas en sus escritos alegatorios de primera instancia (demanda, contestación; réplica y dúplica, cuando los hubiere), de forma que no pueden modificar sus pedimentos, sino sólo limitarlos en apelación<sup>680</sup>.

Pero esta doctrina no impide que interpuesto recurso de apelación sin limitar las peticiones de la anterior instancia que se someten a impugnación, se admita la apelación respecto todas las pretensiones perjudiciales para el recurrente o que no hayan sido favorablemente acogidas en primera instancia<sup>681</sup>. El T.S. lo ha aceptado en reiteradas ocasiones:

---

*recurridos, y por tanto, la parte apelada, que no se adherió a la apelación en momento adecuado, no puede pretender solicitar con éxito, in voce en el acto de la vista del recurso, la condena en costas de la primera instancia a la parte contraria, pronunciamiento que fue por ella tácitamente consentido, al no haberse adherido a la apelación”; S.A.P. de Vitoria, de 1 de julio de 1982 (La Ley, 1982-4, 2628); S.A.P. de Granada, de 21 de enero de 1992 (R.A.C.183); S.A.P. de Madrid, de 3 de mayo de 1993 (R.A.C.1818): “en el recurso de apelación rige la regla tantum appellatum quantum devolutum, que es manifestación del principio dispositivo, lo que supone que el examen y decisión del órgano judicial ad quem se ha de contraer a los motivos de impugnación realizados o esgrimidos por la apelante, que así delimita los términos del recurso en su facultad de consentir o disentir de la sentencia que recurre y concretar qué es lo que de ella disiente o consiente, salvo en cuanto a cuestiones de orden público, examinables de oficio”; S.A.P. de Huesca, de 14 de julio de 1993 (R.A.C.1561); S.A.P. de Granada, de 22 de marzo de 1994 (R.A.C.473); S.A.P. de Tarragona, de 6 de julio de 1994 (R.A.C.1271); S.A.P. de Sevilla, de 4 de octubre de 1995 (R.A.C.1838); S.A.P. de Barcelona, de 28 de diciembre de 1995 (R.A.C.2280); S.A.P. de Cuenca, de 26 de junio de 1996 (R.A.C.1211); S.A.P. de Sevilla, de 16 de mayo de 1997 (R.A.C.1039); S.A.P. de Las Palmas, de 9 de enero de 1998 (R.A.C.2879); S.A.P. de Almería, de 10 de marzo de 1998 (R.A.C.4003); S.A.P. de Castellón, de 22 de abril de 1998 (R.A.C.4467); S.A.P. de Vizcaya, de 4 de mayo de 1998 (R.A.C.5368); A.A.P. de León, de 22 de mayo de 1998 (R.A.C.6113); S.A.P. de Córdoba, de 9 de julio de 1998 (R.A.C.1296); S.A.P. de León, de 30 de septiembre de 1998 (R.A.C.6446); S.A.P. de Granada, de 6 de octubre de 1998 (R.A.C.1985); S.A.P. de Tarragona, de 20 de octubre de 1998 (R.A.C.2085); S.A.P. de Granada, de 3 de noviembre de 1998 (R.A.C.2273); S.A.P. de La Rioja, de 2 de diciembre de 1998 (R.A.C.2547); S.A.P. de Granada, de 18 de enero de 1999 (R.A.C.44); S.A.P. de La Coruña, de 3 de febrero de 1999 (R.A.C.192).*

<sup>680</sup> Así lo señala GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.472 y 473, “el ámbito del juicio de apelación, sin embargo, no coincide estrictamente con el de primer grado, en cuanto que viene determinado, no directamente por la demanda y la excepción deducidas oportunamente en primera instancia, sino, con relación a ellas, por la pretensión o pretensiones impugnatorias”.

<sup>681</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., 1991, pág.388. NOGUERA ROIG Y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.413.

“(…) pues cuando la apelación se formula sin limitaciones somete al Tribunal que de ella entiende el total conocimiento del litigio en términos que le faculta para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio, dentro de los límites de la obligada congruencia”<sup>682</sup>.

Igualmente lo han reconocido las decisiones de las Audiencias Provinciales<sup>683</sup>.

Se deduce, pues, que el gravamen causado a una persona a resultas de la decisión del Juez inferior también determina el ámbito devolutivo del recurso de apelación, al permitirse que el Tribunal de apelación pueda conocer de todos los pronunciamientos de primera instancia siempre que afecten al litigante. Aparece, pues, como una manifestación de la regla *iura novit curia*.

De lo expuesto se deduce que el fundamento de la regla *tantum devolutum quantum appellatum* es manifestación del principio dispositivo o de jurisdicción rogada imperante en materia civil. Son las partes las que someten a los órganos jurisdiccionales la materia sobre la que versa el litigio y debe pronunciarse la resolución judicial<sup>684</sup>. Sin embargo, en el recurso de apelación este principio se encuentra limitado en dos sentidos: las pretensiones del recurrente únicamente pueden tratar de alguna de las cuestiones

---

<sup>682</sup> S.T.S. de 13 de mayo de 1992 (R.J.3922). En el mismo sentido, S.T.S. de 16 de noviembre de 1904 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3346). S.T.S. de 3 de octubre de 1927 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3547). S.T.S. de 6 de julio de 1962 (R.J.3119). S.T.S. de 23 de marzo de 1963 (R.J.1845). S.T.S. de 18 de enero de 1988 (R.J.123). S.T.S. de 11 de julio de 1990 (R.J.5853). S.T.S. de 17 de julio de 1995 (R.J.5591); S.T.S. de 19 de febrero de 1998 (R.J.9646).

<sup>683</sup> También, S.A.T. de Sevilla, de 6 de diciembre de 1984 (La Ley, 1985-2, 5226); S.A.P. de Valencia, de 5 de mayo de 1992 (R.A.C.692); S.A.P. de Huesca, de 14 de julio de 1993 (R.A.C.1561); S.A.P. de Madrid, de 28 de septiembre de 1993 (A.C., 1994, @121): “(…) nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, aun concibiendo el recurso de apelación como una simple revisión del proceso anterior, sin posibilidad de reiteración de todos sus trámites, permite sin embargo al Tribunal ad quem conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito, y consiguientemente si la parte actora ha interpuesto recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, y no ha concretado cuáles eran las pretensiones que excluía de tal recurso, resulta evidente que la Audiencia pudo valorar todo el material probatorio y revisar íntegramente el proceso en cuanto a todas las pretensiones que en él se habían actuado por dicha parte demandante”; S.A.P. de Murcia, de 24 de febrero de 1994 (R.A.C.348); S.A.P. de Vizcaya, de 29 de abril de 1994 (R.A.C.688); S.A.P. de Zaragoza, de 17 de junio de 1995 (A.C., 1995, @1873).

<sup>684</sup> FRANZ KLEIN, que contribuyó a la preparación del Proyecto de la Ordenanza Procesal Civil austríaca, como muestra FAIRÉN GUILLÉN (*El Proyecto de Ordenanza procesal civil austríaco*, ob. cit., pág.15), ya lo afirmaba: “Queda confiado a las partes el derecho sobre el cual han de atacar y defenderse, y sobre cuya pretensión solicitan un pronunciamiento judicial; en tanto que se trate de derechos privados, son las partes las que resuelven sobre la extensión y contenido de sus peticiones, no pudiendo actuar sobre las mismas el poder de dirección del proceso del Juez”. En el mismo sentido, MONTERO AROCA, J.: *Ámbito devolutivo del recurso de apelación*, ob. cit., pág.23.

planteadas en primera instancia y éstas deben causar gravamen o perjuicio a quien recurre. En este sentido, será improcedente el recurso de apelación que se formule en contradicción con lo que el recurrente sostuvo en la primera instancia del proceso<sup>685</sup>. Así, pues, es posible encontramos ante dos situaciones: que el objeto del recurso de apelación recaiga sobre la decisión de primera instancia en su integridad; o bien, que recaiga solamente sobre alguno de sus pronunciamientos. En el primer caso, el litigio en el recurso es el mismo que se planteó ante el Juez *a quo*. En el segundo, el debate de apelación se circunscribe a los extremos apelados<sup>686</sup>.

No obstante, la doctrina de que en apelación no debe resolverse más de lo que alguna de las partes han hecho objeto del recurso, no puede aplicarse cuando la sentencia de primera instancia acoge íntegramente la pretensión de una de ellas. En tal caso, el Tribunal superior conoce de toda la cuestión debatida, ya que el totalmente favorecido no puede interponer apelación. La S.T.S. de 31 de mayo de 1927, así lo afirma:

*“(...) al haber obtenido el máximo absoluto de lo pedido con la declaración de no haber lugar a la nulidad ni a la rescisión del contrato y la absolución total, el demandado favorecido no tenía por qué apelar recurso, que, después de todo, es dudoso le hubiere sido permitido ante el fallo favorable, y al interponerlo en su integridad la parte demandante a quien fue completamente adverso, sometió al Tribunal de apelación todos y cada uno de los puntos debatidos y excepciones propuestas, según lo dicho, y tuvo la Audiencia competencia indiscutible para examinar las excepciones opuestas a la demanda desestimadas en su totalidad, ya que era preciso al Tribunal de alzada examinar los*

---

<sup>685</sup> DE LA PLAZA, M.: *Derecho procesal civil español*, ob. cit., V.I, pág.646, “Siendo la impugnación un medio de fiscalizar un acto que puede llegar a ser sentencia, pero que todavía no lo es, resultaría exorbitante que para hacerlo pudiese alterar los términos en que, en todos sus aspectos, se constituyó la relación en el proceso gravado; de ahí que en el impugnatorio no sea lícito pedir más ni de otro modo que lo que en aquél pudo solicitarse; en cambio, puede pedirse menos, dejando subsistente en parte lo resuelto”. ROBLES GARZÓN: *Apelación y segunda...*, ob cit, págs.55 y ss.. ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8121.

S.T.S. de 17 de marzo de 1896 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.3365 y 3366). S.A.P. de Madrid, de 24 de marzo de 1998 (R.A.C.4845).

<sup>686</sup> Como afirma CARNELUTTI (*Instituciones del proceso civil*, ob. cit., pág.193), “(...) quien impugna una sentencia solamente en cuanto a una parte, se entiende, en consecuencia, que ha hecho aquiescencia tácita a las otras partes de ella respecto de las cuales sea vencido”. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., T.IV, pág.222, “Si actor y demandado apelan directamente y por separado la sentencia en aquellos extremos en que crean que le es desfavorable, el ámbito de la apelación, o lo que igual, la materia que se somete a conocimiento del Juez superior, será aquella que efectivamente impugnen ambas partes en sus correspondientes escritos. Pero, si apela sólo una parte, la Audiencia no puede en principio entrara a conocer sobre los pronunciamientos que no fueron objeto de recurso. A no ser que el apelado se adhiera a la apelación”.

*fundamentos en que se apoyaba la acción, los que a ellos se oponían en la contestación y los del mismo fallo recurrido para adoptar la resolución que le pareciera más justa y pertinente, tanto más cuanto que en este especial caso en la parte dispositiva, el Juzgado no había hecho declaración sobre la incompetencia (...)*<sup>687</sup>.

Vemos, pues, que la regla *tantum devolutum quantum appellatum* exige que la apelación quede limitada por lo planteado por los litigantes de lo juzgado en primera instancia, causante de algún gravamen, pero no sólo a lo estrictamente planteado, sino también a todos aquellos extremos que tengan alguna relación o complementen los pronunciamientos apelados<sup>688</sup>. Un claro ejemplo de esta conexión es el llamado efecto extensivo del recurso, al que ya hemos aludido al hablar de la pluralidad de sujetos apelantes o apelados, ya que el vínculo entre los litigantes es de tal naturaleza que ninguna de las partes puede considerarse extraña a lo resuelto, ni ajena a las necesarias consecuencias de la sentencia, de forma que la misma afecta a todas por igual<sup>689</sup>. De esta forma, el T.S. ha afirmado que la sentencia en su fallo puede extenderse a aquellos pronunciamientos que, aun no solicitados expresamente por las partes, sean consecuencia lógica de lo pedido<sup>690</sup>. Tal jurisprudencia se reitera en las Audiencias Provinciales<sup>691</sup>.

Si, por cualquier razón, el Tribunal *ad quem* incumple esta regla pronunciándose sobre aspectos consentidos y, por tanto, no recurridos por los litigantes, incurre en

---

<sup>687</sup> En FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.3367 y 3368.

Igualmente, S.A.T. de Las Palmas, de 20 de marzo de 1982 (La Ley, 1982-4, 3223-R).

<sup>688</sup> CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.533, afirma: "Pero si los extremos de la sentencia son dependientes uno de otro, la apelación,, aunque limitada al principal, confiere al juez facultad (y deber) de conocer lo subordinado y de lo accesorio". CARNELUTTI: *Sistemas de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.676.

<sup>689</sup> La S.T.S. de 29 de junio de 1990 (R.J.4945), así lo expone: " (...) no existe incongruencia cuando habiendo apelado un solo condenado, la Audiencia revocó la sentencia respecto de él y del otro condenado que se abstuvo de ejercitar la alzada, porque es oportuno resaltar que establecida en primera instancia la condena solidaria de ambos, ha de afirmarse que los efectos de la actuación procesal de uno de los condenados alcanzan a su coobligado solidario, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta, que hace de toda lógica que, la declaración anulatoria de la condena al pago, respecto de uno de los obligados solidarios por inexistencia objetiva de la obligación de indemnizar, afecte, con igual extensión, a los demás que con él fueron solidariamente condenados, ya que otra cosa iría contra la naturaleza y conexidad del vínculo solidario proclamado en los artículos 1141, 1148 y concordantes del Código Civil".

<sup>690</sup> S.T.S. de 27 de febrero de 1987 (R.J.1002). S.T.S. de 20 de junio de 1991 (R.J.4528). S.T.S. de 7 de octubre de 1991 (R.J.7443): "(...) de acuerdo con la doctrina jurisprudencial ya consolidada, según la cual no incurre en incongruencia las sentencias que incluyen aspectos complementarios de la pretensión en la decisión o deservuelven peticiones implícitas".

incongruencia, vulnera la cosa juzgada e incurre en una extralimitación de su competencia<sup>692</sup>. En idéntico sentido lo ha reconocido el T.C.<sup>693</sup> y el T.S.<sup>694</sup>.

Esta regla también implica que las situaciones procesales acaecidas en primera instancia, en concreto las preclusiones, producen efectos en la segunda. Por ejemplo, no se puede alegar en apelación la excepción de incompetencia si en primer grado no la ha opuesto el demandado; no se pueden plantear nuevas pruebas, excepto en los supuestos establecidos en los arts.862 y 863 de la L.E.C., diferentes de las practicadas en la primera fase del proceso; no está permitido ampliar o modificar la demanda ni la contestación, reconvenir o alegar hechos que pudieron introducirse mediante el llamado escrito de ampliación (arts.563 y 564 de la L.E.C.). Los escritos de demanda y contestación tienen como principal función la de fijar los límites objetivos y subjetivos del proceso, de manera que deben contener todas las cuestiones que según las partes tengan alguna relevancia para la resolución del litigio. La preclusión impide que puedan introducirse con posterioridad<sup>695</sup>. Así lo ha mantenido también nuestra jurisprudencia<sup>696</sup>.

---

<sup>691</sup> S.A.T. de Barcelona, de 23 de abril de 1986 (La Ley, 1986-4, 6732).

<sup>692</sup> ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8121. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.511.

<sup>693</sup> S.T.C.86/1986, de 25 de junio: "(...) a partir de la doctrina dictada por este Tribunal sobre incongruencia procesal, según la cual ésta constituye la inadecuación o desviación de las resoluciones judiciales respecto a las pretensiones de las partes, que vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional protegida por el art.24 de la Constitución cuando la inadecuación o desviación es de tal naturaleza e intensidad que produce una modificación sustancial de los términos en que se planteó el debate procesal". También las sentencias, 20/1982, de 5 de mayo; 14/1984, de 3 de febrero; 120/1984, de 10 de diciembre; 116/1986, de 8 de octubre; 142/1987, de 23 de julio; 46/1993, de 8 de febrero.

<sup>694</sup> S.T.S. de 1 de octubre de 1897 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3346). S.T.S. de 15 de junio de 1923 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3349). S.T.S. de 25 de octubre de 1928 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3351). S.T.S. de 14 de abril de 1989 (R.J.3054). S.T.S. de 17 de abril de 1990 (R.J.2722): "Si la demanda se basa en que el cónyuge binubo pierde la facultad de designar herederos y por ello se pide la nulidad de todas las escrituras públicas, al apreciar la Audiencia un abuso de derecho, con ánimo de beneficiar a la segunda esposa, no alegado por la parte actora, incurre en incongruencia y altera los componentes fácticos y jurídicos de la acción". S.T.S. de 6 de junio de 1992 (R.J.5008).

<sup>695</sup> CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.521. ORTELLS RAMOS, M. (Coordinador Cortés Domínguez): *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1985, pág.645. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con Gimeno Sendra y Moreno Catena): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.348 y 349. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., págs.246 y 247.

<sup>696</sup> S.T.S. de 24 de mayo de 1997 (R.J.4323). Igualmente, S.A.P. de León, de 26 de mayo de 1994 (R.A.C.934); S.A.P. de Granada, de 28 de julio de 1995 (R.A.C.1369); S.A.P. de Baleares, de 7 de octubre de 1996 (R.A.C.1971).

El problema surge al no establecer la L.E.C. en qué momento procesal los litigantes deben formular estos pedimentos del recurso, ya que el objeto de la apelación queda indeterminado hasta que no se fijan los concretos pronunciamientos que se apelan. En el proceso civil no existe obligación de fundamentar la apelación. En los juicios de mayor y menor cuantía no es necesario, aunque puede hacerse, concretarlos en el escrito de interposición del recurso de apelación y dicha concreción suele realizarse en el acto de la vista oral. Esto, además de dificultar la defensa del apelado, hace que hasta el momento de la vista no se sepa cuál es el objeto o ámbito de la apelación e impide la determinación de la congruencia de la sentencia de apelación si se pretende recurrir en casación. Sin embargo, en estos procesos, la adhesión a la apelación funciona de forma distinta; al establecer la L.E.C. que en estos casos se deben especificar los puntos perjudiciales para el adherido, se deduce que será en el escrito de adhesión donde se determinará con precisión lo que se recurre por adhesión<sup>697</sup>. Por contra, en los juicios verbales y de cognición, la L.E.C. prevé que los pedimentos específicos de la apelación, así como la fundamentación de los mismos, se especifiquen en el escrito de interposición del recurso (art. 62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 y art.733 de la L.E.C.), regulación introducida por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. La misma normativa debería aplicarse a los juicios de mayor y menor cuantía y así se solventarían los problemas de defensa del contrario al quedar fijado desde un inicio el objeto del recurso<sup>698</sup>.

No obstante, la exposición de las alegaciones en las que se base el recurso de apelación en los juicios verbales y de cognición también ocasiona algunos problemas. Las dificultades aparecen al plantearse si la falta de tal requisito es subsanable o, por el

---

<sup>697</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con otros): *Comentarios a la reforma...*, ob. cit., pág.646, afirma que el apelado adherido tiene "(...) una carga de determinación positiva de los pronunciamientos, carga que, además, debe asumir en un momento anterior a la vista", aunque acaba diciendo que no hay acuerdo sobre esta interpretación en la doctrina.

<sup>698</sup> MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.511. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., págs.338 y ss.

No está del todo de acuerdo COBOS GAVALA (*La fundamentación de la impugnación...*, ob. cit., pág.401) cuando manifiesta: "Por todo ello, el sistema vigente en la apelación civil, puede mantenerse, y con él la no exigencia de motivación de la apelación. Ciertamente ese sistema, como cualquier otro, no está exento de algún inconveniente. Pero bien pensado, su modificación volviendo al antiguo escrito de agravio o mediante cualquier otra solución posible comportaría más inconvenientes que ventajas".



contrario, provoca la declaración de inadmisibilidad del recurso<sup>699</sup>. Incluso las Audiencias Provinciales no se ponen de acuerdo al respecto: la S.A.P. de Madrid, de 8 de enero de 1993, se decanta por la segunda tesis, al ser la motivación del recurso un requisito esencial y no una simple irregularidad o formalismo, de forma que el Tribunal se extralimita cuando concede un plazo para subsanar el defecto de falta de fundamentación<sup>700</sup>; en cambio, la S.A.P. de Murcia, de 24 de febrero de 1994, considera que no produce la inadmisibilidad el hecho de que no se fundamente el recurso en el escrito de interposición, ya que no se trata de un requisito formal de la apelación, sino de un simple ofrecimiento a la parte apelante para argumentar su disconformidad con la resolución apelada, cuya omisión es subsanable, y lo equipara con la incomparecencia del apelante al acto de la vista, al estar comúnmente aceptado que no supone la desestimación del recurso<sup>701</sup>. Incluso, se llegó a matizar esta última posición, afirmando

---

<sup>699</sup> CORDÓN MORENO, F.: *Proceso civil de declaración*, ob. cit. págs.326 y ss..

<sup>700</sup> S.A.P. de Madrid, de 8 de enero de 1993 (R.G.D. 1993, págs.3757 y ss.). En el mismo sentido, S.A.P. de Madrid, de 9 de septiembre de 1993 (R.A.C.1970): *“Es evidente que los Tribunales no pueden admitir en modo alguno el recurso preparado mediante un escrito no razonado, ya que este proceder deja indefensas a las otras partes del proceso, dañando la regularidad del procedimiento y los intereses de la contraparte (...) y asimismo vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial del favorecido por la sentencia recurrida, pues del mismo modo que un órgano judicial no puede inadmitir un recurso previsto por la Ley, tampoco le está permitido pronunciarse en vía de recurso cuando viene a faltar un requisito tan esencial como es su fundamentación (...)”*; A.A.P. de Salamanca, de 25 de junio de 1992 (A.C., 1992, @348); A.A.P. de Zaragoza, de 3 de febrero de 1993 (R.G.D. 1993, pág.6602); A.A.P. de Cantabria, de 10 de febrero de 1993 (R.A.C.193); S.A.P. de Madrid, de 12 de febrero de 1993 (R.G.D. 1993, pág. 6275); S.A.P. de Madrid, de 2 de abril de 1993 (R.A.C.895); S.A.P. de Madrid, de 21 de mayo de 1993 (R.A.C.1850); A.A.P. de Alicante, de 3 de junio de 1993 (R.A.C.1240); S.A.P. de Madrid, de 23 de junio de 1993 (R.A.C.1339); S.A.P. de Córdoba, de 25 de junio de 1993 (R.A.C.1160); A.A.P. de Cantabria, de 4 de noviembre de 1993 (R.A.C.2361); S.A.P. de Alicante, de 16 de marzo de 1994 (A.C., 1994, @652); A.A.P. de Alicante, de 19 de octubre de 1994 (A.C., 1995, @5); S.A.P. de Las Palmas, de 9 de enero de 1998 (R.A.C.2879): *“(...) el incumplimiento por el apelante de la carga de motivar el escrito de interposición con las alegaciones en que sustente la apelación, entrañe la inobservancia de un requisito procesal esencial para el correcto desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva en la fase de recurso, cuya omisión permitirá acordar la inadmisión del recurso en la fase inicial del procedimiento o, en su caso, facultará al órgano «ad quem» para desestimar el recurso sin entrar en el fondo de la pretensión impugnatoria”*; S.A.P. de Murcia, de 3 de marzo de 1998 (R.A.C.4069): *“(...)esta exigencia, que comporta presupuesto legal para la admisibilidad del recurso, si no se cumple, produce el efecto de la pérdida del derecho o trámite en que se anuda, no como sanción a la parte que no cumple con el requisito de fundamentación, sino como garantía objetiva del procedimiento”*; S.A.P. de Castellón, de 15 de mayo de 1998 (R.A.C.5259): *“El cumplimiento de tales exigencias resulta así imprescindible para la admisibilidad del recurso, pues operan a modo de presupuesto de legal para ello, de modo que su inobservancia, alegada que sea o detectada de oficio en el ejercicio de la función revisora que el Tribunal «ad quem» cumple mediante el ordinario recurso de apelación, constituye causa de desestimación”*; S.A.P. de Madrid, de 10 de julio de 1998 (R.A.C.5826); S.A.P. de Madrid, de 21 de diciembre de 1998 (R.A.C.2421). Se extrae que la postura que va alcanzando mayor aceptación en la práctica es la de que la falta de fundamentación en el escrito de interposición es una causa de inadmisión del recurso que se convierte en causa de desestimación, al ser un requisito esencial de la apelación.

<sup>701</sup> S.A.P. de Murcia, de 24 de febrero de 1994 (R.G.D. 1994, pág.13625). Igualmente, S.A.P. de Huesca, de 27 de enero de 1993 (R.A.C.648); S.A.P. de Córdoba, de 26 de marzo de 1993 (R.A.C.320); A.A.P. de

que la subsanación debe realizarse en el plazo que resta de los cinco días prescritos para apelar, respetando, así, el principio de preclusión<sup>702</sup>. Algunas Audiencias, de forma minoritaria, mantienen también que no es necesaria la subsanación, pues si en el escrito de interposición del recurso no se exponen las alegaciones en las que se basa la impugnación, el Tribunal *ad quem* podrá examinar todas las cuestiones planteadas en la primera instancia, equiparándolo al supuesto de incomparecencia del apelante a la vista del recurso en los juicios de mayor y menor cuantía, ya que en la apelación se plantea de nuevo el juicio en toda su dimensión<sup>703</sup>. En todo caso, se acepta de forma unánime la subsanación de la falta de motivación en los recursos de apelación interpuestos al tiempo de producirse la reforma procesal que implantó el requisito, dada su profundidad, la premura de su entrada en vigor y atendiendo a las circunstancias del caso<sup>704</sup>.

El Tribunal Supremo también incurre en la misma confusión. La S.T.S. de 20 de julio de 1996, considera que la omisión de alegaciones en el escrito de interposición del recurso de apelación planteado en un juicio de cognición no es un acto que prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento, porque se puede subsanar en escrito posterior<sup>705</sup>.

Esta diversidad de criterios ha sido resuelta por el T.C. al afirmar en la Sentencia 3/1996, de 15 de enero, que la falta de motivación del escrito de interposición del

---

Segovia, de 16 de abril de 1993 (R.A.C.428); S.A.P. de Murcia, de 3 de mayo de 1993 (R.A.C.1840); S.A.P. de León, de 5 de mayo de 1993 (A.C., 1993, @1425); S.A.P. de Cuenca, de 21 de marzo de 1994 (R.A.C.1683). Todas estas resoluciones de las Audiencias basan su posición en la jurisprudencia mantenida por el T.C., hasta ese momento, de que un simple requisito formal no podía impedir el acceso a un recurso legalmente previsto, porque se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a los recursos. Por eso, debía permitirse su subsanación, debiéndose interpretar las causas de inadmisión de una manera restrictiva y siempre favorable al mantenimiento del recurso. También, S.A.P. de Málaga, de 8 de enero de 1998 (R.A.C.61).

En el mismo sentido, BARRÓN DE BENITO, J.L.: *El recurso de apelación en el juicio verbal civil de tráfico*, ob. cit., págs.144 a 146, que afirma que el requisito establecido en el art.733 de la L.E.C. debe ser interpretado sin excesivos rigorismos que pudieran frustrar el logro del mismo y, siempre, potenciando el interés legítimo del recurrente.

<sup>702</sup> A.A.P. de Granada, de 30 de junio de 1993 (R.A.C.1340); S.A.P. de Málaga, de 26 de enero de 1994 (A.C., 1994, @804).

<sup>703</sup> S.A.P. de Ciudad Real, de 31 de octubre de 1995 (R.A.C.1833); S.A.P. de Murcia, de 7 de noviembre de 1995 (R.A.C.2137).

<sup>704</sup> S.A.P. de Valencia, de 2 de abril de 1993 (R.G.D., 1993, pág.4201).

recurso en los juicios verbales y de cognición entraña la inobservancia de un requisito procesal esencial

*“(…) cuya omisión permitirá acordar la inadmisión del recurso en la fase inicial del procedimiento o, en su caso, facultará al órgano ad quem para desestimar el recurso sin entrar en el fondo de la pretensión impugnatoria”<sup>706</sup>.*

Observamos, sin embargo, una contradicción entre esta jurisprudencia del T.C. y la que el mismo Tribunal sostiene en relación a la incomparecencia del apelante al acto de la vista<sup>707</sup>. Como hemos señalado, en los juicios de mayor y menor cuantía, y en los verbales y de cognición antes de la reforma de 1992, el acto de la vista de la apelación era el único momento procesal oportuno para que el apelante fundamentase su impugnación. El T.C., ante la incomparecencia del apelante a dicho acto, cosa que impide la formulación de los motivos de fundamentación del recurso, afirma que no puede provocar la paralización de la apelación porque no se vulnera la defensa del apelado y, en todo caso, el Tribunal *ad quem* podrá pronunciarse sobre todos los extremos que causen gravamen al apelante, con lo que queda delimitado el ámbito del recurso. No obstante tal doctrina, la nueva jurisprudencia del T.C. en los juicios verbales y de cognición tras la reforma de 1992, basándose en el mismo supuesto de falta de motivación del recurso, considera que produce la inadmisibilidad o desestimación del recurso por tratarse de un requisito procesal esencial. El T.C. debería explicar que es lo que fundamenta su diferente criterio en supuestos idénticos. Tal doctrina, además, implica una excepción a la regla de que si las partes presentan el recurso sin hacer

---

<sup>705</sup> S.T.S. de 20 de julio de 1996 (R.J.6063). En este caso, se entregó una copia a la parte recurrida (demandada) de la motivación del recurso y ésta ya pudo presentar el escrito impugnatorio del art.734 de la L.E.C., con lo que no se vulnera el art.24.1 de la C.E.

<sup>706</sup> Anteriormente, en la S.T.C. 64/1992, de 29 de abril, se había llegado a la misma conclusión respecto al proceso de protección de derechos fundamentales, al establecer el art.9.2 de la Ley 62/1978 que la interposición del recurso de apelación y la formulación de los motivos que sustentan la impugnación, se realicen en la misma fase procesal: *“En definitiva, la sentencia que declaró mal admitido el recurso de apelación preparado por el actor no vulneró el art.24.1 C.E., quien vio satisfecho el núcleo de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al obtener una sentencia fundada en Derecho sobre la inadmisión de su recurso como consecuencia del negligente incumplimiento de un requisito esencial, y quien igualmente vio respetado su derecho a los recursos establecidos por la Ley, porque la denegación a trámite decretada por la Sentencia emitida en grado de apelación aplicó de manera no arbitraria una causa de inadmisión prevista por la Ley, que por su naturaleza, es insubsanable, pues afecta a la preclusión del procedimiento, garantía implícita en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que, con mayor rigor, ha de observarse en un procedimiento sustancialmente acelerado como ha de serlo el contencioso - administrativo especial de protección de los derechos fundamentales”.*

<sup>707</sup> CORDÓN MORENO, F.: *Proceso civil de declaración*, ob. cit., pág.328. MONTERO AROCA, J.: *El juicio verbal de tráfico...*, ob. cit., págs.438 a 444.

ninguna alegación se somete a la resolución del Tribunal *ad quem* todo lo planteado en la instancia precedente.

Es indudable que el hecho que el apelante concrete y delimite los extremos sobre los que debe versar la apelación en el escrito de interposición resulta más útil y beneficioso para la defensa de sus pretensiones y para la actividad del órgano judicial, que no el dejar al arbitrio del Tribunal superior la suerte del recurso. También permite al apelado conocer desde un principio los aspectos que se tratarán en apelación, facilitando su defensa e, incluso, la decisión de adherirse a la apelación o de interponer su propio recurso en el momento oportuno. Es importante por tanto regular estos extremos, y, así, contribuir a una mejor Administración de la justicia. Asimismo, la motivación expresa en el escrito de interposición del recurso de apelación tiene importancia para el mismo apelado, ya que todos los extremos que no se sometan a la consideración del órgano judicial superior devienen firmes e inimpugnables.

### 1.1. Su regulación en la nueva L.E.C.

La nueva L.E.C. ha tratado de solucionar estos problemas. Se establece una única regulación para el recurso de apelación, eliminando las consecuencias injustificadas que produce la diversidad de regímenes. De esta forma, se prevé un trámite de preparación del recurso donde el apelante cita la resolución apelada, manifiesta su voluntad de recurrir y expresa los pronunciamientos de dicha resolución que impugna (art.457 del Proyecto de L.E.C. remitido al Senado tras su aprobación por el Congreso de los Diputados)<sup>708</sup>.

---

<sup>708</sup> Art.457 del dicho Proyecto de L.E.C.: 1. “El recurso de apelación se preparará ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de cinco días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla”; 2. “En el escrito de preparación el apelante se limitará a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que impugna”; 3. “Si la resolución impugnada fuera apelable y el recurso se hubiere preparado dentro de plazo, el tribunal tendrá por preparado el recurso y emplazará a la parte recurrente por veinte días para que lo interponga, conforme a lo dispuesto en los artículos 458 y siguientes”; 4. “Si no se cumplieren los requisitos a que se refiere el apartado anterior respecto de la preparación del recurso, el tribunal dictará auto denegándola. Contra este auto sólo podrá interponerse el recurso de queja”; 5. “Contra la providencia en la que se tenga por preparada la apelación no cabrá recurso alguno, pero la parte recurrida podrá alegar la

Analizada la concurrencia de estos requisitos, se exige al apelante la presentación de un escrito de interposición (art.458 del mismo Proyecto)<sup>709</sup>. Ambos trámites se realizan ante el Juez que ha dictado la resolución que se impugna (*a quo*), con la pretensión que sea ante dicho órgano judicial donde ya quede determinado el objeto del recurso. Puede surgir alguna duda sobre el contenido del escrito de interposición, ya que la primera versión del Anteproyecto de L.E.C. establecía la necesidad de que dicho escrito expusiera las alegaciones en que se basa la impugnación, mención que no consta en la redacción del Proyecto presentado a las Cortes Generales. Esto podría hacer pensar que la motivación de la apelación no debía realizarse en este momento y cabría preguntarse cuándo puede motivarse el recurso. Por eso, el Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia del Congreso (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 27 de julio de 1999), propone a dicha Comisión la incorporación de la enmienda 442 del GP Socialista, para introducir la exigencia que en el escrito de interposición se expongan las alegaciones en que se base la impugnación. Se resuelve, así, el problema de la indeterminación objetiva del recurso de apelación hasta el acto de la vista del recurso, ya que dicho objeto queda perfectamente delimitado al iniciarse la impugnación ante el Juez *a quo* (art.458 del Proyecto remitido al Senado).

De esta forma, se mantiene la regla de *tantum devolutum quantum appellatum*: son las partes, quienes a través de sus escritos de preparación, interposición, impugnación u oposición, delimitan el ámbito del recurso de apelación. Esta determinación únicamente podrá versar sobre las cuestiones planteadas en primera instancia, debido a la naturaleza revisora de la apelación (art.456.1 de dicho Proyecto)<sup>710</sup>. Manifestación de esta regla se encuentra en el art.465.4 del Proyecto

---

inadmisibilidad de la apelación en el trámite de oposición al recurso a que se refiere el artículo 461 de esta Ley”.

<sup>709</sup> Art.458.1 del Proyecto de L.E.C.: “Dentro del plazo establecido en el artículo anterior, el apelante habrá de interponer la apelación ante el tribunal que hubiere dictado la resolución recurrida. Tal apelación deberá realizarse por medio de escrito en el que se expondrán las alegaciones en que se base la impugnación”.

<sup>710</sup> Art.456.1 del Proyecto remitido al Senado tras su aprobación por el Congreso: “En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las prestaciones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante

remitido al Senado cuando establece: “La sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461”.

## 2. ASPECTOS INHERENTES A LA REGLA *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM*.

De la regla *tantum devolutum quantum appellatum* se extrae, pues, la necesidad de que sean el apelante y el apelado quienes, a través de su actuación, determinen el ámbito devolutivo del recurso de apelación. Parece razonable analizar ahora las manifestaciones de dicha regla, ya que su influencia en el comportamiento de los sujetos de la apelación es notable y permite delimitar con mayor precisión la actuación de los litigantes en el recurso.

### 2.1. Firmeza de las cuestiones no apeladas (art.408 de la L.E.C.).

El art.408 de la L.E.C., regula la firmeza de las resoluciones judiciales o su fuerza de cosa juzgada formal, estableciendo: “Transcurridos los términos señalados para preparar, interponer o mejorar un recurso sin haberlo utilizado, quedará de derecho consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada la resolución judicial a que se refiera, sin necesidad de declaración expresa sobre ello”. La misma idea prevé el art.369 de la L.E.C. cuando define las sentencias firmes como aquellas contra las que no cabe recurso alguno “(...) ya por su naturaleza, ya por haber sido consentidas por las partes”. El art.408 de la L.E.C. regula la eficacia de cosa juzgada formal de las resoluciones judiciales, de forma que no puede ser objeto de la apelación los extremos de la resolución impugnada que hayan sido consentidos, expresa o tácitamente, por las

---

aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta ley, se practique ante el tribunal de apelación”.

partes<sup>711</sup>. La inadmisión como objeto de la apelación de los extremos consentidos por los litigantes, también ha sido destacada por nuestros Tribunales<sup>712</sup>.

Al decir “quedará de derecho consentida”, el art.408 de la L.E.C. nos muestra el fundamento subjetivo de la firmeza, centrado en la voluntad presunta de los litigantes. Son éstos quienes, finalizada la primera instancia, deben actuar interponiendo, preparando o mejorando el recurso, de forma que si no lo hacen la resolución judicial adquiere cosa juzgada formal. Pero, también existe un fundamento objetivo de la firmeza, debido a la necesidad de dotar, en algún momento, de la cualidad de inimpugnable a la resolución judicial, y al carácter perentorio de los plazos señalados para la interposición de los recursos. El simple transcurso de estos plazos produce, por ministerio de la Ley, la producción de cosa juzgada formal, sin necesidad de que se declare por el órgano jurisdiccional que la resolución ha quedado firme<sup>713</sup>. Es una regla de orden público, de obligatoria observancia para los Tribunales y los litigantes<sup>714</sup>.

Existe una limitación subjetiva a esta norma: no se puede extender a los que no han sido parte legítima en el pleito, ya que si nunca han intervenido, no puede entenderse que consientan la resolución judicial.

La firmeza o autoridad de cosa juzgada formal produce los siguientes efectos:

- La preclusión de las impugnaciones.
- servir de base para la cosa juzgada material (si se trata de una resolución sobre el fondo).
- Permitir la ejecución de las sentencias.

---

<sup>711</sup> CORDÓN MORENO, F.: *Proceso civil de declaración*, ob. cit., pág.320. ROBLES GARZÓN: *Apelación y segunda...*, ob. cit.. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., págs.74 y ss.

<sup>712</sup> S.T.S. de 5 de febrero de 1955 (R.J.731); S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650); S.T.S. de 29 de abril de 1986 (R.J.2066), entre otras. En el mismo sentido, S.A.P. de Granada, de 6 de octubre de 1998 (R.A.C.1985).

<sup>713</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1127. MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.214.

<sup>714</sup> S.T.S. de 25 de junio de 1962 (R.J.3026). S.T.S. de 25 de febrero de 1983 (R.J.1054). S.T.S. de 21 de junio de 1988 (R.J.5118). S.T.S. de 3 de marzo de 1990 (R.J.1664). S.T.S. de 25 de octubre de 1991 (R.J.7250).

De esta forma, todos los extremos consentidos por las partes litigantes, esto es, los no sometidos a la consideración del Tribunal de apelación, quedan firmes. Por eso, según la regla *tantum devolutum quantum appellatum*, la apelación sólo puede versar sobre los pronunciamientos de la resolución de primera instancia alegados por las partes, ya que los restantes adquieren fuerza de cosa juzgada al ser consentidos en virtud de lo que establece el art.408 de la L.E.C.. En cambio, con la interposición de un recurso de apelación se impide la firmeza de los extremos de la resolución que han sido apelados, manteniéndose firmes dichos extremos hasta que se resuelva la inadmisibilidad del recurso o se tenga por desistido al recurrente.

La jurisprudencia ha reiterado, en múltiples ocasiones, que la falta de decisión en apelación sobre un aspecto consentido por los litigantes no admite denunciar la incongruencia para servir de apoyo a un hipotético recurso de casación, ya que por haber sido consentido adquirió fuerza irrevocable perdiendo quien consintió su legitimación procesal para interponer este recurso extraordinario<sup>715</sup>. En efecto, los Jueces y Tribunales están obligados a acomodar sus resoluciones a los términos del planteamiento de las cuestiones propuestas, sin rebasar los límites trazados por los litigantes. Por tanto, si el Tribunal superior rebasa estos límites, pronunciándose sobre extremos consentidos, incurre en incongruencia<sup>716</sup>. En efecto, como viene manteniendo desde antaño la jurisprudencia del T.S., los pronunciamientos de la resolución judicial

---

<sup>715</sup> S.T.S. de 17 de diciembre de 1914 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3343). S.T.S. de 30 de octubre de 1986 (R.J.6018). S.T.S. de 27 de febrero de 1987 (R.J.1002). S.T.S. de 13 de junio de 1987 (R.J.9964). S.T.S. de 2 de octubre de 1987 (R.J.6709). S.T.S. de 18 de enero de 1988 (R.J.123). S.T.S. de 23 de marzo de 1988 (R.J.2227). S.T.S. de 20 de diciembre de 1988 (R.J.9736). S.T.S. de 5 de junio de 1989 (R.J.4296). S.T.S. de 29 de octubre de 1990 (R.J.8261). S.T.S. de 30 de abril de 1991 (R.J.3116). S.T.S. de 25 de octubre de 1991 (R.J.7250): "(...) lo que no fue objeto de apelación quedó firme y la Audiencia no podía extender su resolución, en perjuicio de la entidad recurrente, a extremos que, por no haber sido objeto del recurso y estar aceptados por quien no apeló, tenían la firmeza que el consentimiento de ambas partes les prestaba, o, dicho de otra manera, el hoy recurrente en casación no puede pedir más que aquello con lo que se conformó, que lo concedido por la sentencia de primera instancia". S.T.S. de 9 de enero de 1992 (R.J.175), por su parte afirma que el hecho de pretender en casación que quede sin efecto un pronunciamiento de la primera instancia que no fue impugnado en apelación, entraña un manifiesto abuso de derecho o un fraude de ley procesal, sancionado en el art.11.2 de la L.O.P.J.. S.T.S. de 30 de octubre de 1992 (R.J.8186). S.T.S. de 23 de junio de 1994 (R.J.4969). S.T.S. de 15 de julio de 1996 (R.J.5669). S.T.S. de 31 de diciembre de 1996 (R.J.9482). S.T.S. de 26 de febrero de 1997 (R.J.709).

<sup>716</sup> S.T.C. 19/1992, de 14 de febrero, "(...) los pronunciamientos de la Sentencia apelada, no impugnados por ninguno de los litigantes, han de quedar fuera de la función revisora del órgano judicial de segunda instancia, de tal forma que el apelante queda a salvo de la posibilidad de que la Sentencia de apelación exceda de los límites en que formula su recurso y, en consecuencia, que éste no servirá de cauce para que los pronunciamientos de la Sentencia que le son favorables se revoquen en su perjuicio".



no apelados por la parte a quien perjudican, quedan totalmente fuera del ámbito de conocimiento del recurso de apelación<sup>717</sup>. Esta regulación ha sido acatada por las Audiencias Provinciales<sup>718</sup>.

No obstante, el art.408 de la L.E.C. no puede ser de aplicación cuando los pronunciamientos dictados en la sentencia de primera instancia son absolutos e indivisible por su naturaleza, al haberse demandado a varios sujetos, sobre todo cuando están unidos por vínculos de solidaridad. En estos casos, aunque sólo interponga recurso de apelación uno de ellos, los efectos de la resolución de segundo grado incidirán por igual en todos los demandados<sup>719</sup>. Como ya hemos visto en el capítulo anterior, se trata

---

<sup>717</sup> S.T.S. de 22 de enero de 1902 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3358). S.T.S. de 17 de febrero de 1904 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3354). S.T.S. de 9 de febrero de 1928 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.3355 y 3356). S.T.S. de 30 de mayo de 1961 (R.J.2344). S.T.S. de 17 de diciembre de 1964 (R.J.5891). S.T.S. de 10 de marzo de 1965 (R.J.1447). S.T.S. de 23 de noviembre de 1982 (R.J.6556). S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650). S.T.S. de 15 de octubre de 1985 (R.J.4898). S.T.S. de 18 de marzo de 1988 (R.J.2218). S.T.S. de 11 de abril de 1988 (R.J.3118). S.T.S. de 28 de septiembre de 1988 (R.J.6863). S.T.S. de 30 de marzo de 1989 (R.J.2283). S.T.S. de 14 de abril de 1989 (R.J.3054). S.T.S. de 22 de septiembre de 1989 (R.J.6349). S.T.S. de 5 de marzo de 1990 (R.J.1667). S.T.S. de 20 de marzo de 1991 (R.J.2422). S.T.S. de 30 de octubre de 1991 (R.J.7489). S.T.S. de 2 de diciembre de 1991 (R.J.8905). S.T.S. de 13 de marzo de 1992 (R.J.2175). S.T.S. de 3 de junio de 1992 (R.J.4990). S.T.S. de 6 de junio de 1992 (R.J.5008): "(...) aquellos pronunciamientos de la sentencia de primera instancia que hayan sido consentidos (no apelados) por la parte a quien perjudiquen, al deber ser tenidos los mismos por firmes y con autoridad de cosa juzgada (art.408 de la L.E.C.), no pueden volver a ser considerados y resueltos por la sentencia de apelación, al haber quedado totalmente fuera de su ámbito de conocimiento (...)". S.T.S. de 24 de febrero de 1993 (R.J.1298). S.T.S. de 25 de marzo de 1993 (R.J.2234). S.T.S. de 7 de febrero de 1994 (R.J.919). S.T.S.J. de Navarra, de 23 de febrero de 1995 (R.J.1465). S.T.S. de 14 de marzo de 1995 (R.J.2429). S.T.S. de 9 de junio de 1995 (R.J.4912). S.T.S. de 16 de noviembre de 1995 (R.J.8259). S.T.S. de 21 de febrero de 1997 (R.J.1186).

<sup>718</sup> S.A.P. de Zaragoza, de 15 de diciembre de 1993 (R.A.C.2463); S.A.P. de Sevilla, de 6 de octubre de 1994 (R.A.C.1875); S.A.P. de Segovia, de 6 de julio de 1995 (R.A.C.1322); A.A.P. de Jaén, de 7 de octubre de 1995 (R.A.C.1964); S.A.P. de Lleida, de 5 de diciembre de 1995 (R.A.C.30); S.A.P. de Barcelona, de 28 de diciembre de 1995 (R.A.C.2280); S.A.P. de Madrid, de 4 de septiembre de 1996 (R.A.C.2502); S.A.P. de Córdoba, de 6 de julio de 1998 (R.A.C.1362); S.A.P. de Córdoba, de 1 de octubre de 1998 (R.A.C.7565).

<sup>719</sup> S.T.S. de 26 de abril de 1951 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3374), en un supuesto donde apelaron todos los demandados, pero sólo se personó uno de ellos, declarándose desierto el recurso respecto a los otros, la sentencia absuelve no solamente al apelante sino también a las demandadas que no mantuvieron el recurso. En casación se plantea que la Sala sentenciadora obró con exceso de poder, infringiendo el art.359 L.E.C., así como la regla de que los Tribunales tienen limitada su competencia en aquellas cuestiones que le sometieron las partes al apelar, y ninguna cuestión propusieron las demandadas al no sostener la apelación. Pero, el T.S. no comparte esta opinión, afirmando: "(...) aunque los principios expuestos sean exactos, no pueden aplicarse cuando los pronunciamientos hechos en las sentencias son absolutos e indivisibles por su naturaleza, como sucede con los relativos al estado civil, que afectan y son eficaces no ya respecto a todos los litigantes, sea cualquiera su actitud en el pleito, sino hasta para terceros, aunque no hubiesen litigado, porque no se concibe que nadie pueda tener un estado civil con relación a determinadas personas y carecer de él con respecto a otras, y por ello el principio de jurisdicción rogada que informa la L.E.C. y de que es expresión, entre otros, el art.408 de la misma, no puede ser de aplicación al caso debatido". S.T.S. de 3

del llamado efecto extensivo<sup>720</sup>. Pero esta afirmación no es unánime, puesto que la S.T.S. de 4 de mayo de 1989, parece admitir la producción de cosa juzgada respecto a los codemandados, condenados solidariamente en primera instancia, que no interpusieron recurso de apelación<sup>721</sup>.

Lo establecido en el art.408 de la L.E.C. se convierte, asimismo en una garantía para el apelado. En efecto, si el apelante manifiesta que apela únicamente en cuanto a alguno de los extremos y que acepta el resto, el apelado tiene derecho a esperar que ese resto no apelado quede inalterado, adquiriendo fuerza de cosa juzgada, y, de esta forma, renunciar a una posible adhesión a la apelación que, en otro caso, podría haber formulado si alguno de los pronunciamientos de la resolución impugnada no le eran plenamente satisfactorios<sup>722</sup>.

## 2.2. La prohibición de *reformatio in peius*.

De la norma que establece que las atribuciones del Tribunal de apelación vienen determinadas por las pretensiones esgrimidas por las partes en el recurso (*tantum devolutum quantum appellatum*), se deduce la importante consecuencia de que una resolución judicial no podrá ser reformada en perjuicio del recurrente, excepto si la parte

---

de marzo de 1990 (R.J.1664): "(...) si bien y conforme a lo dispuesto en el art.408 de la L.E.C. las resoluciones se entenderán consentidas por la parte que no recurra contra ellos, queda a salvo cuando se trata de demandados unidos por el vínculo de solidaridad de tal manera que si uno de ellos recurre lo es con efecto extensivo a los demás (...)". S.T.S. de 29 de junio de 1990 (R.J.4945). S.T.S. de 24 de octubre de 1990 (R.J.8044): permite al demandado solidario, que aceptó la resolución de primera instancia, recurrir en casación por extenderle la resolución de la apelación, aunque no había interpuesto el recurso.

<sup>720</sup> CORDÓN MORENO, F.: *Proceso civil de declaración*, ob. cit., pág.322.

<sup>721</sup> S.T.S. de 4 de mayo de 1989 (R.J.3587): "(...) al haberse condenado en primera instancia solidariamente a los tres demandados y, no haber recurrido en apelación más que uno de ellos, la Compañía de Seguros, lo que quiere decir que los dos particulares codemandados se aquietaron con dicha resolución, no tenía facultades la Sala de Apelación para enmendarla, pues ello contradice los principios de seguridad jurídica y paralelamente el valor de la cosa juzgada material conforme el artículo 1252 del Código Civil, ya que como dice la sentencia de 30 de mayo de 1925, es cosa juzgada la decidida en juicio contradictorio por una sentencia válida, no susceptible de recurso alguno o que se haya expresa o tácitamente consentido, constituyendo la principal especie de las presunciones iuris et de iure, por lo que vincula el pronunciamiento de primer grado no sólo a quien no interpuso recurso de apelación oportunamente sino el Tribunal que conozca de éste por la interposición de algún disidente, máxime cuando en este supuesto la condena solidaria no obsta a la reclamación futura inter partes de los obligados solidarios o contra quien se estima debió serlo".

contraria ha deducido una pretensión en este sentido, interponiendo su propio recurso o adhiriéndose a la apelación. Se trata de la llamada prohibición de *reformatio in peius*. En este sentido, el T.C. ha afirmado que esta prohibición sólo se infringe cuando la condición del recurrente empeora como consecuencia de su impugnación, pero no cuando se produce con base en otras apelaciones formuladas de forma concurrente o incidental<sup>723</sup>. El T.S., por su parte, ha mantenido esta máxima desde sus más antiguas resoluciones hasta las más recientes<sup>724</sup>. Las Audiencias Provinciales, por último, también han reconocido esta prohibición<sup>725</sup>.

Ahora bien, si la adhesión o el nuevo recurso son parciales, la prohibición de *reformatio in peius* afecta sólo a los extremos no sometidos a la consideración de la Audiencia por el nuevo apelante. Se configura, así, como una garantía para el recurrente

---

<sup>722</sup> S.A.P. de Zaragoza, de 17 de julio de 1995 (A.C., 1995, @1873); S.A.P. de Córdoba, de 6 de julio de 1998 (R.A.C.1362).

<sup>723</sup> A.T.C. 304/1984; A.T.C. 701/1984, de 21 de noviembre; S.T.C. 54/1985, de 18 de abril; S.T.C. 84/1985, de 8 de julio; S.T.C. 92/1987, de 3 de junio; S.T.C. 116/1988, de 20 de junio; S.T.C. 202/1988, de 31 de octubre; S.T.C. 120/1989, de 3 de julio; S.T.C. 40/1990, de 12 de marzo; S.T.C. 45/1993, de 8 de febrero; S.T.C. 25/1994, de 27 de enero; S.T.C. 9/1998, de 13 de enero.

<sup>724</sup> S.T.S. de 23 de junio de 1948 (R.J.963), afirmando que el Tribunal de apelación, "(...) no puede agravar con su resolución la situación del litigante que recurre establecida por la sentencia de primera instancia, a menos que la otra parte apele también del fallo aludido o ejercite la adhesión a la apelación contraria (...), porque en tal caso es cuando resultarían sometidos a la jurisdicción y conocimiento del Tribunal de apelación los puntos litigiosos a los que éste se refería, con el alcance, extensión y sentido en que quedaron fijados al trabarse la litis, y sólo cuando se verifica aquella concurrencia, se hace posible la denominada *reformatio in peius* de la resolución recurrida". También, S.T.S. de 17 de diciembre de 1864 (R.J.5891); S.T.S. de 10 de marzo de 1965 (R.J.1447); S.T.S. de 31 de mayo de 1967 (R.J.2844); S.T.S. de 22 de junio de 1967 (R.J.3491); S.T.S. de 8 de febrero de 1969 (R.J.656); S.T.S. de 20 de noviembre de 1976 (R.J.4929); S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650); S.T.S. de 6 de octubre de 1984 (R.J.4770); S.T.S. de 14 de diciembre de 1984 (R.J.6115); S.T.S. de 13 de febrero de 1985 (R.J.810); S.T.S. de 4 de noviembre de 1987 (R.J.8136); S.T.S. de 9 de febrero de 1989 (R.J.824); S.T.S. de 28 de noviembre de 1989 (R.J.7914); S.T.S. de 1 de diciembre de 1989 (R.J.8783); S.T.S. de 20 de diciembre de 1989 (R.J.8846); S.T.S. de 3 de abril de 1990 (R.J.2690); S.T.S. de 24 de mayo de 1990 (R.J.4080); S.T.S. de 12 de diciembre de 1990 (R.J.9995); S.T.S. de 6 de junio de 1991 (R.J.4424); S.T.S. de 7 de octubre de 1991 (R.J.7443): "(...) claro resulta que la cualidad de apelado adherido a la apelación, produce la conversión del apelado en apelante y, en este sentido, la prohibición de la *reformatio in peius* cede ante el cambio asumido de posición procesal(...)"; S.T.S. de 9 de enero de 1992 (R.J.175); S.T.S. de 21 de abril de 1993 (R.J.3111); S.T.S. de 16 de febrero de 1995 (R.J.845); S.T.S. de 7 de junio de 1996 (R.J.4828); S.T.S. de 30 de julio de 1996 (R.J.6064); S.T.S. de 7 de octubre de 1996 (R.J.7056); S.T.S. de 12 de junio de 1997 (R.J.4771).

<sup>725</sup> S.A.P. de Cuenca, de 23 de diciembre de 1987 (La Ley, 1988-2, 8521); S.A.P. de Valencia, de 18 de marzo de 1991 (R.G.D., 1991, pág.6767); S.A.P. de Baleares, de 3 de octubre de 1991 (R.A.C.373); S.A.P. de Madrid, de 3 de febrero de 1992 (R.A.C.303); S.A.P. de Teruel, de 10 de septiembre de 1992 (R.A.C.1238); S.A.P. de Huesca, de 14 de julio de 1993 (R.A.C.1561); S.A.P. de Cádiz, de 22 de octubre de 1993 (R.A.C.2604); S.A.P. de Sevilla, de 6 de octubre de 1994 (R.A.C.1875); S.A.P. de Baleares, de 25 de octubre de 1994 (R.A.C.2033); S.A.P. de Sevilla, de 28 de noviembre de 1995 (R.A.C.2080); S.A.P. de Cuenca, de 26 de junio de 1996 (R.A.C.1211); S.A.P. de Lleida, de 14 de enero de 1997

(sea demandante o demandado) de que su situación no empeorará, aunque si puede verse mejorada<sup>726</sup>. Por el contrario, el apelado, al consentir la resolución de primera instancia, puede verse perjudicado, pero nunca beneficiado<sup>727</sup>.

La L.E.C. no prevé expresamente esta prohibición, sino que ha sido fruto de decisión jurisprudencial<sup>728</sup>. El T.S., desde antaño, se ha pronunciado en este sentido, deduciendo su existencia de los principios rectores del Ordenamiento procesal español, y singularmente el dispositivo o de la condición de rogada que tiene la jurisdicción

---

(R.A.C.829); S.A.P. de Madrid, de 13 de marzo de 1998 (R.A.C.5156); S.A.P. de Madrid, de 10 de julio de 1998 (R.A.C.5826).

<sup>726</sup> S.T.C. 143/1988, de 12 de julio: “En relación con el recurso ordinario de apelación civil, (...) dicha prohibición es garantía procesal de que los pronunciamientos de la Sentencia apelada no impugnados por ninguno de los litigantes quedarán fuera de la función revisora del órgano judicial de segunda instancia, de tal forma que el apelante quedará a salvo de la posibilidad de que la Sentencia de apelación exceda de los términos en que formula su recurso y, en consecuencia, que éste no servirá de cauce para que los pronunciamientos de la Sentencia que le son favorables se revoquen en su perjuicio, al menos en los supuestos en que la contraparte se limita a pedir su confirmación”; S.T.C. 120/1989, de 3 de julio: “La transformación de una pretensión favorable en una decisión desfavorable para el recurrente, por su única impugnación y, en base a unas pretensiones y argumentos no invocados por nadie en la apelación, ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (...)”; S.T.C.19/1992, de 14 de febrero.

<sup>727</sup> GUASP (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1070): “existe *reformatio in peius* cuando una resolución judicial es revocada, no concediendo o negando lo que pedía el apelante, sino agravando la resolución en su perjuicio sin que esto sea pedido por otro apelante o adherido a la apelación”. En el mismo sentido, GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.473; FENECH: *Proceso civil de declaración*, ob. cit., pág.3354; DE LA PLAZA, M.: *Derecho procesal civil español*, ob. cit., págs.662 y 663; FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Doctrina general de los medios de impugnación...*, ob. cit., págs.279 y 280; CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., págs.533 y 534; ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., págs.321 y 322. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.509 y 510, “Como regla, la sentencia de segunda instancia puede conceder al apelante más de lo que le concedió la sentencia apelada, pero no menos”; ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8121, afirma, “En atención a dichos límites (*tantum devolutum quantum appellatum*), toda resolución de un recurso que introduzca un empeoramiento para quien impugna, sin provenir de la pretensión de mejora de la otra parte (a través de recurso o adhesión al interpuesto) incurre en incongruencia, vulnera la cosa juzgada, y provoca una extralimitación competencial en el órgano *ad quem*”; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con Gimeno Sendra y Moreno Catena): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.349. CORDÓN MORENO, F.: *Proceso civil de declaración*, ob. cit., pág.324; y *La congruencia en segunda instancia*, en «Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón», nº96. MORÓN PALOMINO, M.: *Derecho procesal civil...*, ob. cit., págs.360 y 361. NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.417.

<sup>728</sup> MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva) (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.509 y 510), considera que esta prohibición es una clara opción de política legislativa, que podría ser sustituida perfectamente por la contraria: “(...) puesto que el Juez de segunda instancia debe colocarse en la misma situación que el de primera en el momento de dictar sentencia, concédasele jurisdicción sobre todos los pronunciamientos que aquella contiene y con independencia de a quien favorecen. Sin embargo, se ha preferido limitar el alcance de la apelación entendiendo - no sin buenas razones - que si el apelado se aquietó, consiente el pronunciamiento en la medida en que le es desfavorable, y su revisión queda sustraída al Juez de segunda instancia por aplicación del principio dispositivo”.

civil<sup>729</sup>. También las Audiencias Provinciales lo han entendido de esta forma<sup>730</sup>. En cambio, el derecho comparado lo recoge expresamente, como en el párrafo §536 de la Z.P.O. alemana. En el derecho procesal penal español sí que está establecida esta interdicción en el art.902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque refiriéndose al recurso de casación en el orden jurisdiccional penal. No hay un precepto similar en el proceso civil.

De igual modo, debido a la escasez de preceptos legales sobre la materia en nuestro Derecho, el T.C. ha consagrado la línea doctrinal en virtud de la cual la interdicción de la reforma peyorativa constituye un principio general de derecho procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art.24 de la C.E., con encaje constitucional a través de la prohibición de indefensión y por las exigencias del régimen de garantías inherentes al proceso. Así lo manifiesta la S.T.C. 84/1985, de 8 de julio:

*“(...) existe una dimensión constitucional de la interdicción de la reforma peyorativa, que desemboca en el conjunto de derechos reconocidos por el art.24 de la Constitución, a través de una de las siguientes vías: la prohibición de la indefensión del art.24.1 de la C.E., cuando se produce en la segunda instancia una condena de empeoramiento, sin haberse dado al recurrente condenado la posibilidad de conocer los motivos de impugnación de la Sentencia recurrida y de defenderse sobre ellos; el régimen de las garantías procesales y de los recursos, por entenderse que forma parte de él una limitación de los poderes decisorios del Juez superior; y, finalmente, la idea misma de tutela jurisdiccional efectiva de derecho e intereses, en la medida en que, constituyendo el interés en la impugnación uno de los presupuestos de la admisibilidad de la misma, la apelación única del condenado no puede conducir a unos resultados que estén en contraste o en contradicción con dicho interés”<sup>731</sup>.*

---

<sup>729</sup> S.T.S. de 17 de febrero de 1904 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3355). S.T.S. de 23 de junio de 1948 (R.J.963). S.T.S. de 14 de octubre de 1952 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3357). S.T.S. de 31 de mayo de 1967 (R.J.2844). S.T.S. de 15 de marzo de 1988 (R.J.1970); S.T.S. de 5 de junio de 1989 (R.J.4296); S.T.S. de 18 de marzo de 1993 (R.J.2022); S.T.S. de 7 de octubre de 1996 (R.J.7056), afirma que la *reformatio in peius* contraría el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art.24.1 de la C.E..

<sup>730</sup> S.A.P. de Cuenca, de 23 de diciembre de 1987 (La Ley, 1988-2, 8521): “(...) la primera prohibición viene establecida en aras de no favorecer la situación de quien no apela y en definitiva consiente la sentencia, suponiendo, por demás, un quebrantamiento del principio de rogación y consecuentemente causando indefensión, ya que quien apela lo hace sobre los extremos que le son adversos(...)”; la S.A.P. de Granada, de 22 de marzo de 1994 (R.A.C.473); la S.A.P. de Sevilla, de 6 de octubre de 1994 (R.A.C.1875).

<sup>731</sup> Sentencia que recoge la doctrina plasmada en diversos autos de inadmisión, entre los que se encuentran: A.T.C. 304/1984; A.T.C. 701/1984, de 21 de noviembre. También, con posterioridad: S.T.C.

Concretamente, al tratar la interdicción de la *reformatio in peius* en el ámbito del proceso civil, el T.C. ha hecho una aplicación analógica, añadiendo que la doctrina y la jurisprudencia la suelen construir como una consecuencia necesaria del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, proyección a su vez del principio dispositivo, y esa prohibición resulta constitucionalmente exigible en la medida que su desconocimiento comporta indefensión o pueda contravenir la necesaria congruencia<sup>732</sup>.

Permitir que el órgano competente en apelación modifique de oficio, en perjuicio del apelante, la resolución judicial consentida por el apelado, es tanto como autorizar que el recurrente pueda ser penalizado por el mero hecho de interponer un recurso. Esto supondría introducir en el sistema procesal de apelación civil, regido por el principio dispositivo, un elemento disuasorio al ejercicio del derecho constitucional a los recursos establecidos en la Ley, cosa que produciría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>733</sup>.

El T.C., en muchas de sus resoluciones, cuando considera que se ha producido *reformatio in peius*, entiende que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión<sup>734</sup>. No se comprende el por qué del añadido “sin indefensión”, ya que si hemos dicho que uno de los fundamentos de la prohibición de la reforma peyorativa es evitar la producción de indefensión cuando se ha realizado un empeoramiento de la situación del apelante debida únicamente a su recurso, el T.C. habla de “sin indefensión”.

Se ha dicho en reiteradas ocasiones que la prohibición de *reformatio in peius* es una manifestación particular de la congruencia, pues, si se produce, la sentencia incurre en vicio de incongruencia denunciable en casación, al otorgarse a quien no ha apelado lo

---

115/1986, de 6 de octubre; S.T.C. 91/1988, de 20 de mayo; S.T.C. 116/1988, de 20 de junio; S.T.C. 143/1988, de 12 de julio; S.T.C. 242/1988, de 19 de diciembre; S.T.C. 120/1989, de 3 de julio; S.T.C. 19/1992, de 14 de febrero; S.T.C. 53/1992, de 8 de abril; S.T.C. 144/1996, de 20 de junio; S.T.C. 9/1998, de 13 de enero.

<sup>732</sup> S.T.C. 15/1987, de 11 de febrero; S.T.C. 91/1988, de 20 de mayo; S.T.C. 116/1988, de 20 de junio; S.T.C. 120/1989, de 3 de julio; S.T.C. 40/1990, de 12 de marzo; S.T.C. 45/1993, de 8 de febrero; S.T.C. 120/1995, de 17 de julio.

Igualmente, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de julio de 1998 (R.J.6376).

<sup>733</sup> S.T.C. 143/1988, de 12 de julio; S.T.C. 45/1993, de 8 de febrero; S.T.C. 120/1995, de 17 de julio.

También, S.A.P. de Baleares, de 25 de octubre de 1994 (R.A.C.2033).

que no ha pedido. Igual que en primera instancia, la resolución que resuelve la apelación debe ser congruente con las peticiones oportunamente deducidas por los recurrentes, al ser perfectamente aplicable el art.359 de la L.E.C.. En consecuencia, la sentencia dictada en segunda instancia puede ser incongruente tanto por *extra petita*, como por *ultra petita*, como por omisión de pronunciamiento. Sin embargo, al no ser la apelación un nuevo proceso, presenta algunas peculiaridades al respecto, como es la *reformatio in peius*. El juego de la congruencia es idéntico en primera y en segunda instancia cuando la sentencia es absolutoria en todos sus pronunciamientos y sólo apela el actor; también si el perjuicio es parcial y apelan ambos litigantes. La peculiaridad de la *reformatio in peius* surge si apela una de las partes o si, apelan las dos, no lo hacen respecto a la totalidad de los extremos de la resolución<sup>735</sup>.

Congruencia y *reformatio in peius* se entienden estrechamente conectadas entre sí, pero se las considera dos instituciones diversas<sup>736</sup>. Así lo ha manifestado nuestra jurisprudencia, aunque en ocasiones diga que la *reformatio in peius* es una modalidad de la congruencia.

No obstante, hay quien entiende que la prohibición de *reformatio in peius* no se basa tanto en la posible incongruencia de la sentencia, sino en que los pronunciamientos de la resolución consentidos por la parte a quien perjudican deben quedar firmes y producen cosa juzgada (art.408 de la L.E.C.)<sup>737</sup>.

En efecto, así lo mantuvo durante un tiempo el T.S. cuya doctrina, en un primer momento, estimó la reforma peyorativa como cuestión incluida, a efectos de casación,

---

<sup>734</sup> S.T.C. 143/1988, de 12 de julio; S.T.C. 120/1989, de 3 de julio.

<sup>735</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1070. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.322; “Si la resolución no puede ser modificada más que en la medida de lo pretendido por el recurrente, y si el recurrente no puede pretender admisiblemente una reforma que empeore su situación, porque faltaría el gravamen, la resolución que, de oficio, introdujera una reforma peyorativa incurriría obviamente en incongruencia”. CORDÓN MORENO: *La congruencia en segunda...*, ob. cit.. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.509.

<sup>736</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., T.IV, pág.264

<sup>737</sup> RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.732. ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.394 y 395, afirma, “(...) pero también que la sentencia no puede ser modificada en su perjuicio respecto de su contenido capaz de autoridad de cosa juzgada; es decir, no puede serle desconocido o impuesto nada de lo que le reconocía o no imponía la sentencia impugnada (...)”.

en los problemas que afectan a la congruencia del fallo. Pero esta doctrina pronto fue modificada. A partir de la Sentencia de 23 de mayo de 1929, se afirmó que el defecto de *reformatio in peius* no constituye incongruencia en el sentido técnico procesal de la palabra, sino que, más bien, se conecta con las normas de competencia jerárquica, gradual o funcional, o incluso con el art.408 de la L.E.C.<sup>738</sup>; lo que significa que los pronunciamientos de la Sentencia apelada que no hubieran sido impugnados por ninguno de los litigantes quedan excluidos de toda posibilidad de revisión por parte del órgano judicial de apelación, al quedar delimitada la actividad decisoria de tal órgano, tanto subjetiva como objetivamente, por lo planteado en el recurso de apelación, de manera que si el Tribunal *ad quem* se pronuncia sobre alguno de estos extremos consentidos, agravando la situación del único recurrente, incurre en *reformatio in peius*. La Sentencia de 4 de octubre de 1985 (R.J..4572), el T.S. volvió a modificar su postura, manifestando que no siempre es fácil distinguir la incongruencia y la prohibición de *reformatio in peius*. Aunque admite que la interdicción de reforma peyorativa está más bien referida al ámbito objetivo y funcional de la competencia del Tribunal *ad quem*, en el sentido que éste no puede conocer de oficio los extremos del pleito consentidos por la parte que no ha apelado, perjudicando al recurrente, ya que han alcanzado cosa juzgada, también afirma que la relación entre ambas instituciones es patente. Hay una interferencia o concurrencia en cuanto al efecto que se produce: la sentencia incongruente, al no ajustarse a las pretensiones de las partes, o bien al dar más de lo pedido, incide en la prohibición de la *reformatio*, en cuanto grava o perjudica al apelante<sup>739</sup>. El considerar la prohibición de *reformatio in peius* en uno u otro sentido

---

<sup>738</sup> S.S.T.S. de: 19 de junio de 1948 (R.J.790); 23 de octubre de 1963 (R.J.4195); 12 de junio de 1965 (R.J.3647); 18 de diciembre de 1965 (R.J.5899); 8 de junio de 1972 (R.J.2607); 24 de enero de 1975 (R.J.95); 12 de julio de 1982 (R.J.4231); 23 de noviembre de 1982 (R.J.6556); 22 de junio de 1983 (R.J.3650).

<sup>739</sup> Este cambio de criterio se empieza a notar en la S.T.S. de 24 de febrero de 1983 (R.J.1071), donde se dice que aunque la apelación somete al Tribunal el conocimiento de todo el litigio, para valorar la prueba y las cuestiones debatidas, no puede, sin embargo, agravar el fallo en perjuicio del recurrente cuando su contrario no recurre no se adhiere a la apelación, lo que, en el caso, provocó la admisión del recurso de casación que alegaba la incongruencia de la sentencia, por violación de los arts.359, 408 y 858 de la L.E.C.. También, S.T.S. de 15 de octubre de 1985 (R.J.4898); S.T.S. de 4 de noviembre de 1987 (R.J.8136); S.T.S. de 14 de abril de 1989 (R.J.3054); S.T.S. de 28 de noviembre de 1989 (R.J.7914); S.T.S. de 20 de diciembre de 1989 (R.J.8846); S.T.S. de 13 de marzo de 1990 (R.J.1693); S.T.S. de 24 de mayo de 1990 (R.J.4080); S.T.S. de 19 de junio de 1990 (R.J.4795); S.T.S. de 10 de diciembre de 1990 (R.J.9902); S.T.S. de 25 de marzo de 1991 (R.J.2442); S.T.S. de 7 de octubre de 1991 (R.J.7443); S.T.S. de 2 de diciembre de 1991 (R.J.8905); S.T.S. de 9 de enero de 1992 (R.J.175); S.T.S. de 6 de junio de 1992 (R.J.5008); S.T.S. de 18 de marzo de 1993 (R.J.2022); S.T.S. de 1 de febrero de 1994 (R.J.854);



tiene trascendencia práctica, pues cuando el T.S. consideraba esta interdicción derivada del art.408 de la L.E.C., no admitía el motivo del recurso de casación donde se alegaba incongruencia (art.359 de la L.E.C.) por haberse producido reforma gravosa.

No podemos negar que la reforma peyorativa produce el vicio de incongruencia, pues, como define el T.C., con la incongruencia se produce una inadecuación o desviación de la parte dispositiva o fallo de la resolución judicial respecto a las pretensiones de las partes, produciéndose una modificación sustancial de los términos en que se planteó el debate procesal, efectos que también ocasiona la *reformatio in peius*. En tal sentido, el T.C. ha venido manteniendo que la interdicción de reforma peyorativa es una manifestación del principio constitucional de la congruencia en segunda instancia, implícito en el derecho a la tutela<sup>740</sup>. Las Audiencias Provinciales mantienen esta doctrina del T.C. y del T.S.<sup>741</sup>.

Si bien, la prohibición de *reformatio in peius* es una manifestación de la congruencia, no siempre que se produzca incongruencia en el recurso de apelación habrá *reformatio in peius*. Como señala la S.T.S. de 30 de mayo de 1986,

*“(...) una cosa es la reformatio in peius, que se produce cuando la parte apelante obtiene una resolución de segundo grado más gravosa que la de primer grado que él había impugnado, situación procesal no atendible cuando la contraparte también ha apelado o se ha adherido al recurso de apelación, y otro fenómeno distinto es la incongruencia por extra petita cuyas coordenadas se inscriben forzosamente en la obligada*

---

S.T.S. de 16 de febrero de 1995 (R.J.845); S.T.S. de 9 de junio de 1995 (R.J.4912); S.T.S. de 15 de julio de 1998 (R.J.5549); S.T.S. de 28 de julio de 1998 (R.J.6376).

<sup>740</sup> S.T.C. 20/1982, de 5 de mayo; 14/1984, de 3 de febrero; S.T.C. 120/1984, de 10 de diciembre. En concreto, refiriéndose al recurso de apelación, la S.T.C. 86/1986, de 25 de junio; S.T.C. 116/1988, de 20 de junio S.T.C. 143/1988, de 12 de julio: “(...) la *reformatio in peius* es una modalidad de incongruencia procesal producida en la segunda instancia (...)”; S.T.C. 242/1988, de 19 de diciembre; S.T.C. 19/1992, de 14 de febrero; S.T.C. 53/1992, de 8 de abril; S.T.C. 45/1993, de 8 de febrero; S.T.C. 279/1994, de 17 de octubre; S.T.C. 120/1995, de 17 de julio; S.T.C. 59/1997, de 18 de marzo; S.T.C. 9/1998, de 13 de enero: “Por lo que respecta a la *reformatio in peius* o reforma peyorativa, en cuanto constituye una modalidad de incongruencia procesal, la misma tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución que decide el recurso es un efecto contrario del perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación”.

<sup>741</sup> S.A.P. de Valencia, de 4 de marzo de 1993 (R.A.C.755); S.A.P. de Sevilla, de 6 de octubre de 1994 (R.A.C.1875).

*adecuación entre las pretensiones de las partes y los pronunciamientos de la resolución judicial*”<sup>742</sup>.

La S.T.C. 9/1998, de 13 de enero, por su parte, considera que no hay *reformatio in peius* y, en cambio, si se produce incongruencia *extra petita*.

En trámite de apelación, puede concederse más o cosa distinta de lo pedido por las partes, produciéndose una inadecuación entre las pretensiones de los litigantes y los pronunciamientos de la resolución judicial (incongruencia), sin agravar la situación del apelante (no hay *reformatio in peius*), o, incluso, favoreciéndolo aún más. La sentencia puede conceder más de lo pedido (incongruencia *ultra petita*); pronunciarse sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (incongruencia *extra petita*); dejar incontestadas o sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por los litigantes (incongruencia *citra petita*); prescindir de la causa de pedir y fallar conforme a otra distinta, causando indefensión. En todos estos casos hay incongruencia en apelación, y si, con ello, además, se agrava la situación del apelante, también hay *reformatio in peius*.

Para que concurra *reformatio in peius* y poder determinar el mayor perjuicio, son necesarios dos elementos de comparación: el pronunciamiento de la resolución de primera instancia y el pronunciamiento, más gravoso, de la segunda sentencia. Si falta alguno de estos elementos, no podremos hablar de reforma peyorativa aunque sí podrá producirse incongruencia. Esto sucede, por ejemplo, cuando la resolución de primera instancia deja la determinación de la condena para la fase de ejecución e, interpuesto recurso de apelación, la Audiencia procede a determinar dicha condena sin que ninguna de las partes lo haya pedido. No podemos saber si la misma es más o menos gravosa de la que se hubiera efectuado en ejecución, ya que faltan términos de comparación. Sin embargo, al pronunciarse el Tribunal *ad quem* sobre un aspecto no solicitado por ninguno de los litigantes, la determinación de la condena, incurre en el vicio de incongruencia por *extra petita*. La cuestión sería distinta, si alguna de las partes hubiera solicitado expresamente la cuantificación de la condena por considerar que su

---

<sup>742</sup> S.T.S. de 30 de mayo de 1986 (R.J..2833). En esta resolución se impone al apelado el pago de una indemnización, no pedida por ninguna de las partes, favoreciendo al apelante. Igualmente, S.T.S. de 24 de octubre de 1983 (R.J.5339); S.T.S. de 6 de marzo de 1984 (R.J.1202); S.T.S. de 30 de marzo de 1989

indeterminación le causa gravamen, ya que en estos casos el Tribunal de apelación está facultado para pronunciarse al respecto (*tantum devolutum quantum appellatum*)<sup>743</sup>.

La agravación del fallo de la resolución de apelación en perjuicio del recurrente, puede ser no sólo cuantitativa (A pide que se condene a B al pago de 50.000 ptas. La sentencia condena a B a pagar 25.000. A apela, sin que lo haga B o se adhiera, y el Tribunal de apelación rebaja la condena a 15.000 ptas.); sino también cualitativa, imponiendo nuevas prestaciones (el Tribunal concede una indemnización no pedida)<sup>744</sup>.

Además del supuesto en que la contraparte apele o se adhiera al recurso, esta prohibición tiene otras excepciones: las cuestiones de fondo o procesales que el Tribunal *ad quem* puede conocer y resolver de oficio, como es la aplicación de normas de orden público<sup>745</sup>; o cuando se hayan formulado pretensiones alternativas o subsidiarias y se apele por una de ellas, cuestiones que trataremos en el siguiente epígrafe<sup>746</sup>. En estos casos, el Tribunal de apelación tiene conocimiento pleno. Tampoco da lugar a la apreciación de *reformatio in peius*, los errores puramente numéricos, de deducción

---

(R.J.2283); S.T.S. de 22 de julio de 1993 (R.J.6279): estima la incongruencia omisiva, pero no la *reformatio in peius*, porque no se agrava la situación del recurrente.

<sup>743</sup> ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 29 de noviembre de 1993. Proceso civil. Informes técnicos preconstituídos y prueba pericial. Incongruencia de la sentencia de segunda instancia*, en «Revista General de Derecho», julio - agosto 1995, págs.8721 y ss.

<sup>744</sup> S.T.S. de 18 de diciembre de 1965 (R.J.5899).

<sup>745</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.322. ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.395.

También, S.T.C. 91/1988, de 20 de mayo; S.T.C. 116/1988, de 20 de junio; S.T.C. 40/1990, de 12 de marzo; S.T.C. 53/1992, de 8 de abril; S.T.C. 45/1993, de 8 de febrero; S.T.C. 279/1994, de 17 de octubre. En el mismo sentido, la S.A.P. de Sevilla, de 6 de octubre de 1994 (R.A.C.1875): "(...) *en detrimento de principio dispositivo, pueden los Jueces desligarse de las peticiones de las partes en cuestiones afectantes al interés público, por ejemplo, en los procesos que afectan al estado civil y condición de las personas*".

<sup>746</sup> Nos remitimos a lo señalado en el capítulo II de este trabajo. Máximo exponente de esta jurisprudencia es la S.T.S. de 18 de diciembre de 1965 (R.J.5899): "(...) *si bien es cierto que en los supuestos de vencimiento inverso o recíproco de los litigantes dentro del mismo proceso, la jurisprudencia de esta Sala, inspirada en los arts.359 y 408 L.E.C. y principio general del derecho tantum devolutum quantum appellatum no permite a los Tribunales de apelación emitir decisiones que cualitativa o cuantitativamente agraven la situación del recurrente, atenuando o eliminando el vencimiento de su adversario, a menos que éste también se hubiera alzado contra el fallo discutido o adherido al recurso (...) no lo es menos que esta doctrina, de ineludible observancia cuando las pretensiones de los litigantes sean independientes entre sí (...) no puede extenderse a aquellas otras hipótesis en que las mismas se hubieran formulado de alternativa o subsidiaria de suerte tal que el éxito de la primera impida la estimación de las restantes, dados los vínculos de subordinación incompatibilidad o conexión con que se hallan ligadas, porque entonces (...) no es posible obligar a interponer un remedio procesal de esta índole a la parte que obtuvo en primera instancia un acuerdo judicial que le era totalmente favorable, ni*

matemática; la aclaración de los puntos del fallo de la resolución impugnada; la fijación de la cantidad líquida de la prestación que no se hubiere determinado en la sentencia apelada o de cualquier extremo accesorio que facilite su ejecución<sup>747</sup>.

La absolución de uno de los demandados, no recurrentes, basada en la absolución de sus codemandados apelantes, no produce *reformatio in peius*, siempre que entre ellos exista solidaridad procesal o la prestación sea indivisible<sup>748</sup>. Sin embargo, en un proceso de responsabilidad por culpa extracontractual, en primera instancia se condenó solidariamente a los codemandados; apela sólo uno de ellos, que es absuelto por entender la Sala que su actuación no fue negligente, manteniendo la condena de los demás. El T.S. dijo que, en este caso, no se produce reforma peyorativa por no extender la absolución al codemandado solidario no recurrente, ya que la solidaridad, en materia de culpa extracontractual, sólo es predicable respecto a aquellas personas que con su concurrente culpa o imprudencia hayan contribuido a la producción del evento dañoso, por lo que si la Sala de apelación entiende que no concurre la misma en uno de los codemandados, pero si respecto a el otro, puede mantener la condena de este último, absolviendo al primero<sup>749</sup>. Se deduce, pues, que la regla de que la absolución de un codemandado solidario en apelación, comporta automáticamente, sin implicar reforma peyorativa, la de los otros codemandados solidarios, aunque no hayan recurrido, no siempre es aplicable, ya que el Tribunal *ad quem* puede entender que tal solidaridad no existe, sin que con esta afirmación ocasione *reformatio in peius*.

Cuando la sentencia de apelación se pronuncia fundándose en distintas apreciaciones jurídicas, no se incurre en *reformatio in peius* ya que en nuestro derecho rige el principio *iura novit curia*, entrando estas apreciaciones dentro de las facultades revisoras del Tribunal de alzada. La S.T.S. de 18 de junio de 1990, así lo afirma:

*“(...) la sentencia de apelación que partiendo de idénticos hechos e informes practicados, llega a la misma conclusión que el juzgador de*

---

*negar al Tribunal de segundo grado la facultad de analizar y resolver cuantas cuestiones se sometieron a debate (...)*”. También, entre otras muchas, la S.T.S. de 8 de febrero de 1969 (R.J.656).

<sup>747</sup> S.T.S. de 31 de octubre de 1995 (R.J.7654). También, S.A.P. de Huelva, de 1 de septiembre de 1998 (R.A.C.2221).

<sup>748</sup> S.T.S. de 18 de diciembre de 1965 (R.J.5899); S.T.S. de 31 de mayo de 1982 (R.J.2611).

Igualmente, S.A.P. de Cuenca, de 23 de diciembre de 1987 (La Ley, 1988-2, 8521).

<sup>749</sup> S.T.S. de 20 de diciembre de 1989 (R.J.8846).

*instancia y confirma su fallo, no puede incurrir en reformatio in peius por la simple circunstancia de especificar que la culpa ha de considerarse como lata y equiparable al dolo, según jurisprudencia, a los efectos del art.1102 C.c., máxime cuando en nuestro Derecho rige la doctrina de la sustanciación, el principio iura novit curia y, en el caso, hay absoluta conformidad con lo postulado, guardándose la correspondiente adecuación a los presupuestos fácticos de la litis”<sup>750</sup>.*

Asimismo, según el T.C. la diversa calificación jurídica de los hechos por el Tribunal de apelación no implica un reforma peyorativa<sup>751</sup>.

Tampoco opera la prohibición de *reformatio in peius* en aquellos supuestos donde el Juez de Primera Instancia ha dictado la absolución en la instancia por apreciar alguna excepción o vicio procesal, e interpone recurso de apelación uno de los litigantes frente a dicha resolución. Obviamente, el apelante está combatiendo esa sentencia porque ha rehusado entrar en el conocimiento de la cuestión de fondo, con lo que está expresamente propugnando su conocimiento por el Tribunal superior y admitiendo con ello la eventualidad de que sean rechazadas de plano las pretensiones de la demanda. De aceptarse, en estos casos, el juego de la prohibición de la reforma peyorativa, se caería en el absurdo procesal de que el órgano judicial superior se vería constreñido a fallar únicamente en el sentido favorable al apelante. Por tanto, la prohibición de la *reformatio in peius* no opera cuando el principio dispositivo a impulso del apelante abre el camino al Tribunal *ad quem* para que enjuicie y se pronuncie, por primera vez, sobre el fondo del tema controvertido<sup>752</sup>. En el mismo sentido se pronuncian las Audiencias Provinciales<sup>753</sup>.

---

<sup>750</sup> S.T.S. de 18 de junio de 1990 (R.J.4764). También, S.T.S. de 27 de febrero de 1987 (R.J.1002); S.T.S. de 14 de noviembre de 1988 (R.J.8444); S.T.S. de 26 de diciembre de 1989 (R.J.8872); S.T.S. de 9 de enero de 1992 (R.J.175); S.T.S. de 22 de julio de 1993 (R.J.6279); S.T.S. de 14 de diciembre de 1993 (R.J.9881).

En el mismo sentido, la S.A.P. de Valencia, de 4 de marzo de 1993 (R.A.C.755).

<sup>751</sup> S.T.C. 134/1986, de 29 de octubre: “(...) *La posible y suficiente defensa con alegaciones del condenado apelante frente a la postura del Ministerio Fiscal en la vista de la apelación excluye la relevancia constitucional de la reformatio in peius denunciada. La diversa calificación jurídica de los hechos por el Juez de apelación resulta así irreprochable desde la perspectiva de la indefensión*”.

<sup>752</sup> S.T.S. de 15 de marzo de 1988 (R.J.1970); S.T.S. de 12 de junio de 1989 (R.J.4423); S.T.S. de 11 de julio de 1990 (R.J.5853); S.T.S. de 13 de mayo de 1992 (R.J.3922); S.T.S. de 14 de octubre de 1996 (R.J.8587); S.T.S. de 5 de diciembre de 1996 (R.J.8786).

<sup>753</sup> En el mismo sentido, la S.A.P. de Valladolid, de 22 de noviembre de 1994 (R.A.C.2460); S.A.P. de Lugo, de 15 de diciembre de 1997 (R.A.C.2582); S.A.P. de Orense, de 31 de julio de 1998 (R.A.C.5967).

### 2.3. Prohibición de introducir nuevas pretensiones en apelación.

Otra de las manifestaciones de la regla *tantum devolutum quantum appellatum* que incide en el comportamiento de los litigantes en apelación, es la prohibición de invocar pretensiones o excepciones nuevas para pedir la reforma de la resolución judicial dictada en primera instancia, ya que se trata del mismo proceso con idéntico objeto. El Tribunal *ad quem* sólo puede conocer de las pretensiones oportunamente deducidas ante el primer Juez, aunque limitándose a la pretensión impugnatoria, y si las partes introducen alguna petición nueva, debe declinar su conocimiento de oficio. Se trata de la prohibición de la *mutatio libelis*. Si el Tribunal *ad quem* resolviera sobre cuestiones diferentes de las planteadas en primera instancia se vulneraría el principio general de derecho *pendente appellatione, nihil innovetur*<sup>754</sup>.

El problema estriba en definir la noción de pretensión nueva a efectos de esta prohibición. Una nueva pretensión es aquella que se funda en una *causa petendi* distinta de la planteada en primera instancia. Por tanto, si el actor en primera instancia demandó para conseguir una servidumbre de paso sobre el fundo de su vecino, en apelación no puede pretender la propiedad de dicha parte del fundo, por tratarse de una cuestión nueva<sup>755</sup>.

---

<sup>754</sup> GÓMEZ ORBANEJA (con Herce Quemada): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.472. FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3360: “No pueden plantearse en apelación cuestiones no debatidas en el pleito (...)”. PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.252: “Desde luego, no se permite el ejercicio de nuevas acciones, puesto que habrían quedado entonces privadas de una instancia”. PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ: *Limitaciones de la apelación*, ob. cit., pág.354. FAIREN GUILLÉN, V.: *Doctrina general de los medios de impugnación...*, ob. cit., pág.252. DE LA PLAZA, M.: *Derecho procesal civil español*, ob. cit., pág.661. CARNELUTTI: *Instituciones del proceso civil*, ob. cit., págs.228 y ss. CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.521. MONTERO AROCA, J.: *Ámbito del recurso de apelación*, ob. cit., pág.17. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., págs.212 y 213. CORDÓN MORENO: *Proceso civil de declaración*, ob. cit., págs.322 y ss.. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con Gimeno Sendra y Moreno Catena): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.349. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., pág.247. RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.729. GUERRA PALACIOS, M.: *Cuestiones procesales surgidas en la apelación civil...*, ob. cit., pág.261. NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., págs.890 y 891. ALVÁREZ ABUNDANCIA, R.: *La apelación civil plena y la apelación limitada...*, ob. cit., pág.1172. SALAS CARCELLER, A.: *Algunas consideraciones sobre la vista...*, ob. cit., pág.112.

<sup>755</sup> CARNELUTTI (*Instituciones del proceso civil*, ob. cit., pág.230) afirma, “la demanda es nueva cuando propone al juez de apelación la constitución o la declaración de certeza de una relación jurídica distinta de la deducida en la demanda de primer grado, o también de la misma relación jurídica si se ha cambiado el objeto de ella, o bien de la misma relación jurídica cuando se haya cambiado el título de ella

De esta forma, la determinación del objeto del recurso de apelación sólo puede consistir en mantener lo planteado en primera instancia o reducirlo, es decir, en limitar la impugnación a uno de los varios pronunciamientos existentes o a una parte del mismo, rechazándose cualquier petición que implique una novedad. No pueden ser objeto de decisión en apelación aquellas cuestiones que no fueron planteados en la primera instancia. Del art.359 de la L.E.C. se deduce que los escritos de alegaciones de la primera instancia (demanda, contestación, réplica y dúplica, en su caso) constituyen el límite preclusivo para la formulación de pretensiones<sup>756</sup>.

No obstante, no pueden entenderse como nuevos hechos las peticiones dirigidas a poner de manifiesto la existencia de defectos o irregularidades acaecidas en la resolución de la primera instancia, que persigan la revocación del primer pronunciamiento. Por ejemplo, una defectuosa apreciación de la prueba o la apreciación de un pronunciamiento incongruente<sup>757</sup>. También se entiende que no se vulnera la prohibición de introducir cuestiones nuevas en apelación cuando se examina si la ejecución está bien despachada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1440 L.E.C., en relación con los números primero y segundo del artículo 1467 de la L.E.C.<sup>758</sup>.

Lo que si se incluye dentro de la prohibición de introducir cuestiones nuevas en el recurso de apelación es la alegación de nuevas excepciones no propuestas anteriormente por el demandado, excepto cuando sean apreciables de oficio por el órgano judicial. Así lo ha afirmado en reiteradas ocasiones el T.S.<sup>759</sup>. En el mismo sentido se pronuncia la S.A.P. de Madrid, de 4 de septiembre de 1996:

*“En nuestro sistema procesal está rigurosamente vedada la introducción de hechos nuevos en la segunda instancia, por la evidente indefensión*

---

con relación al propuesto al primer juez en las conclusiones de la demanda” En idéntico sentido, CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.522.

<sup>756</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.339. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): Véase nota 23, pág.510. CORDÓN MORENO, F.: *Proceso civil de declaración*, ob. cit., pág.323.

<sup>757</sup> GARBERÍ LLOBREGAT y GÓNZALEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Apelación y casación en el proceso civil*, ob. cit., pág.73.

<sup>758</sup> En este sentido, la S.A.P. de Huesca, de 22 de octubre de 1994 (R.A.C.2436); la S.A.P. de Huesca, de 29 de junio de 1995 (R.A.C.1253); la S.A.P. de Castellón, de 7 de marzo de 1998 (R.A.C.520).

<sup>759</sup> S.T.S. de 7 de julio de 1986 (R.J.4414); S.T.S. de 20 de mayo de 1987 (R.J.3539); S.T.S. de 25 de febrero de 1995 (R.J.1136), entre otras.

*que sufriría la parte contraria al no poder rebatirlo ni articular prueba al respecto, de ahí que todos los hechos de carácter impositivo, extintivo y excluyente, que pueda interesar oponer a la parte demandada, han de ser excepcionados precisamente en el escrito de contestación a la demanda (...)*<sup>760</sup>.

Esta es la doctrina sancionada por la jurisprudencia del T.S.: las sentencias deben versar sobre las cuestiones planteadas oportunamente en el juicio, sin que puedan resolverse en ellas otros puntos de hecho o de derecho que los consignados en los escritos de demanda y contestación, o fijados en los escritos de réplica y dúplica, cuando procedan, en los que, conforme establece el art.548 de la L.E.C., deben quedar definitivamente planteadas las cuestiones a discutir y resolver en el litigio. En este sentido, la S.T.S. de 6 de marzo de 1984 (R.J.1201) afirma,

*“(...) como ya tiene declarado esta Sala en la Sentencia de 23 de junio de 1948 (Ar.963) el recurso de apelación en nuestro ordenamiento jurídico, aunque permita al Tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a aquél a resolver cuestiones o problemas distintos a los planteados en la primera instancia, dado que a ello se opone el principio general de derecho pendente appellatione, nihil innovetur”.*

Si el Tribunal de apelación se pronuncia sobre alguna pretensión nueva que no ha sido oportunamente deducida en las súplicas de los escritos rectores del proceso, incurre en incongruencia al producirse una discordancia entre la parte dispositiva de la resolución judicial y las pretensiones deducidas por los litigantes en la fase expositiva del pleito. La S.T.S. de 8 de febrero de 1994, así lo manifiesta, en un supuesto donde la resolución de la apelación, bajo el pretexto de aclarar la de primera instancia, reduce a la mitad la cantidad a satisfacer:

*“Así el novum introducido por la sentencia de alzada, bajo el pretexto de un supuesto error con proyección jurídica en el fallo, altera la causa petendi, corrige sin fundamento el petitum de la demanda e introduce incongruencia extra petita a la sentencia de primera instancia. De esto resulta una inadmisibles mutación del objeto litigioso atentatorio del principio dispositivo y que produce incongruencia (art.359 de la L.E.C.),*

---

<sup>760</sup> S.A.P. de Madrid, de 4 de septiembre de 1996 (R.A.C.2502). También, S.A.P. de La Rioja, de 17 de julio de 1992 (R.A.C.1073); S.A.P. de Madrid, de 20 de julio de 1992 (R.A.C.1146); S.A.P. de Valencia, de 4 de marzo de 1993 (R.A.C.755); S.A.P. de León, de 26 de mayo de 1994 (R.A.C.934); S.A.P. de Baleares, de 13 de diciembre de 1994 (R.A.C.2541); S.A.P. de Navarra, de 18 de enero de 1995 (R.A.C.67); S.A.P. de Granada, de 28 de julio de 1995 (R.A.C.1369); S.A.P. de Soria, de 11 de marzo de 1996 (R.A.C.571); S.A.P. de Pontevedra, de 11 de enero de 1997 (R.A.C.738); S.A.P. de Almería, de 10 de marzo de 1998 (R.A.C.4003).



*ya que el fallo no guarda la correlación debida con las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito*”<sup>761</sup>.

Similar afirmación realiza el T.C. en la sentencia 142/1987, de 23 de julio:

*“(…) Lo que supone el deber judicial de respuesta adecuada y congruente es el respeto a los hechos que determinan la causa petendi, de tal modo que sólo ellos, junto con la norma que les sea correctamente aplicable, sean los que determinen el fallo*”<sup>762</sup>.

También se pronuncian al respecto las Audiencias Provinciales. La de Castellón, de 2 de mayo de 1992 (A.C., 1992, @322), afirma:

*“(…) se oponen razones derivadas del conocido principio general del derecho pendiente appellatione nihil innovetur, que con fundamento en los principios de audiencia y contradicción imperantes en el*

---

<sup>761</sup> S.T.S. de 8 de febrero de 1994 (R.J.835). En idéntico sentido, S.T.S. de 10 de junio de 1892 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3360); S.T.S. de 28 de febrero de 1893 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3361); S.T.S. de 3 de octubre de 1919 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3362); S.T.S. de 6 de mayo de 1926 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.3362 y 3363); S.T.S. de 22 de febrero de 1949 (R.J.255): “(…) las peticiones deducidas en su demanda, en la que se había concretado a solicitar la condena al otorgamiento de escritura de venta de una finca señalada con determinación de sus linderos, subsidiariamente al pago de los daños y perjuicios y, en último término, al abono del importe duplicado de las arras con sus intereses; y al sostener ahora el citado motivo segundo que la Sala sentenciadora debió condenar a los demandados a otorgar escritura de venta de parte de dicha finca por haber sido enajenada la otra parte a favor de un tercero, viene a plantear así una cuestión no debatida en el pleito y que, dado el texto del tantas veces citado artículo 359 de la repetida Ley, no podía decidir el fallo de instancia por no haber sido suscitada en el debido momento procesal (...)”; S.T.S. de 30 de noviembre de 1953 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3365); S.T.S. de 2 de abril de 1962 (R.J.1670); S.T.S. de 16 de junio de 1976 (R.J.2816); S.T.S. de 28 de noviembre de 1983 (R.J.6682); S.T.S. de 6 de marzo de 1984 (R.J.1201); S.T.S. de 28 de enero de 1986 (R.J.442); S.T.S. de 20 de mayo de 1986 (R.J.2735); S.T.S. de 7 de julio de 1986 (R.J.4414); S.T.S. de 12 de mayo de 1987 (R.J.3435); S.T.S. de 16 de junio de 1988 (R.J.4933); S.T.S. de 17 de octubre de 1988 (R.J.7492); S.T.S. de 22 de mayo de 1989 (R.J.3875); S.T.S. de 19 de julio de 1989 (R.J.5759); S.T.S. de 25 de junio de 1990 (R.J.4891); S.T.S. de 20 de diciembre de 1991 (R.J.9471); S.T.S. de 9 de enero de 1992 (R.J.175); S.T.S. de 21 de abril de 1992 (R.J.3315); S.T.S. de 7 de mayo de 1993 (R.J.3459); S.T.S. de 12 de julio de 1993 (R.J.6009); S.T.S. de 1 de octubre de 1994 (R.J.7441); S.T.S. de 23 de febrero de 1995 (R.J.2773); S.T.S. de 17 de julio de 1995 (R.J.5706); S.T.S. de 7 de marzo de 1996 (R.J.1942): no constituye una cuestión nueva, no se altera la *causa petendi*, cuando en el recurso se citen como infringidos preceptos no citados en la demanda, ya que son tenidos en cuenta por el juzgador; S.T.S. de 10 de junio de 1996 (R.J.4752); S.T.S. de 11 de diciembre de 1996 (R.J.9015): “(…) se aduce incumplimiento de la Ley 26/1984, de 19 de julio de la Defensa de los Consumidores y Usuarios, precepto legal aducido por primera vez en apelación y cuestión nueva que de forma subrepticia intenta el recurrente introducir en la litis sin que haya sido objeto de alegación y prueba en la instancia. No se trata de un supuesto de iura novit curia, sino más bien de una auténtica cuestión de hecho no alegada anteriormente”; S.T.S. de 9 de junio de 1997 (R.J.4733); S.T.S. de 9 de diciembre de 1997 (R.J.8967).

<sup>762</sup> También, A.T.C. 27/1992, de 27 de enero: “(…) sin que en la fase de apelación y en la casacional se haya producido una mutación que suponga incorporación de hechos nuevos, modificación del objeto del litigio ni, finalmente, alteración de los términos del petitum, por lo que no se ha podido crear en el demandante una situación de indefensión con transcendencia constitucional, habiéndose producido la decisión de los órganos judiciales dentro de los términos en que el debate fue planteado”.

*ordenamiento jurídico español, perseguidores de que los litigantes se encuentren en igualdad de condiciones en orden a la discusión de los problemas suscitados y a fin de evitar la indefensión de alguno de ellos, vedan al Tribunal de apelación la posibilidad de resolver cuestiones o problemas distintos a los planteados en la primera instancia, entendiéndose por cuestiones nuevas “las no discutidas en los pleitos”, “las suscitadas con posterioridad a los períodos de alegación y discusión”, y “las deducidas por primera vez en el curso de la apelación”, que es lo que ha sucedido en el caso de autos, donde por el demandado, en la instancia, nada se opuso a la validez de los acuerdos que ahora impugna en claro quebranto del antedicho principio”.*

Igualmente, la Sentencia de la A.P. de Toledo, de 8 de febrero de 1996 (R.A.C.376):

*“(…) conviene rechazar sin efectuar pronunciamiento los motivos que se introducen como cuestiones nuevas, dado que la apelación es un recurso ordinario, y la comprobación que el órgano superior hace para verificar el acierto o desacierto de lo decidido en el proceso ordinario, es una comprobación de resultado, realizada mediante una propia revisio prioris instantia, en la que no están limitados los poderes del órgano revisor con relación a los del Juez inferior, por lo que se permite al Tribunal ad quem conocer y resolver todas las cuestiones planteadas, abarcando a todo el material valorado en la primera, pero sin constituir un nuevo juicio, ni autoriza al Tribunal a resolver problemas o cuestiones distintas de los planteados en primera instancia, ya que a ello se opone el principio legal de derecho pendente appellatione, nihil innovetur (...)”<sup>763</sup>.*

---

<sup>763</sup> S.A.P. de Cuenca, de 16 de febrero de 1982 (La Ley, 1982-2, 1998); S.A.T. de Bilbao, de 25 de marzo de 1986 (La Ley, 1986-2, 6402): “(...) deben reputarse como cuestiones nuevas, a todos los efectos, las suscitadas con posterioridad a los períodos de alegación y decisión, sin que al respecto basten meras alusiones”; S.A.T. de Barcelona, de 25 de abril de 1986 (La Ley, 1986-4, 8146-R); S.A.P. de Valencia, de 18 de enero de 1992 (R.A.C.596): “(...) el recurso de apelación no autoriza a resolver cuestiones distintas de las planteadas en primera instancia: es manifestación de varios principios entre ellos el de preclusión”; S.A.P. de Madrid, de 3 de marzo de 1992 (R.A.C.265); S.A.P. de Madrid, de 13 de julio de 1992 (R.A.C.1130); S.A.P. de Sevilla, de 31 de agosto de 1992 (R.A.C.1150); S.A.P. de Málaga, de 22 de septiembre de 1992 (R.A.C.1311); S.A.P. de Lleida, de 2 de enero de 1993 (La Ley, 1993-1, 501); S.A.P. de Valencia, de 26 de febrero de 1993 (R.A.C.707): “(...) postulada en la instancia por dicha parte una cantidad en concepto de alimentos para la hija de los hoy litigantes, no puede ahora traer en consideración mayor importe, como el que invoca, en cuanto ello supondría una alteración a destiempo de los términos del debate que resultan fijados a través de los escritos rectores de la litis, de manera que éstos determinan los límites de la controversia a contemplar en la alzada (...)”; S.A.P. de Toledo, de 4 de mayo de 1993 (R.A.C.1830); S.A.P. de Huesca, de 14 de julio de 1993 (R.A.C.1561); S.A.P. de Córdoba, de 11 de febrero de 1994 (R.A.C.313); S.A.P. de Madrid, de 26 de abril de 1994 (R.A.C.870); S.A.P. de Ciudad Real, de 15 de julio de 1994 (R.A.C.1659): “(...) no es admisible en esta alzada el planteamiento de cuestiones nuevas, que con la práctica del reconocimiento judicial se pretende, así como efectuar nuevas alegaciones, fundadas en acciones distintas a la ejercitada (art.361 C.C.) con proposición de prueba inclusive, aportación de fotografías, ya que las apelaciones han de referirse a lo que en el pleito se haya debatido, pues así lo exige el principio de preclusión como el de igualdad de las partes en el proceso, ya que de lo contrario, quedaría vulnerada la oportunidad procesal de defensa”; S.A.P. de Baleares, de 25 de octubre de 1994 (R.A.C.2033); S.A.P. de Baleares, de 13 de diciembre de 1994 (R.A.C.2541); S.A.P. de Barcelona, de 13 de enero de 1995 (R.A.C.143); S.A.P. de Toledo, de 24 de enero de 1995 (R.A.C.852); S.A.P. de Barcelona, de 15 de febrero de 1995 (R.A.C.354); S.A.P. de Cuenca, de 31 de julio de 1995 (A.C., 1996, @407); S.A.P. de Baleares, de 5 de diciembre de 1995

Únicamente de forma excepcional se permite aportar nuevos hechos y nuevas pruebas en apelación. Se trata de supuestos regulados en los preceptos relativos a la prueba en segunda instancia y, como veremos, se equiparan a los casos donde se puede ampliar el material de conocimiento en primera instancia, una vez cerrado el periodo alegatorio. De esta forma, la L.E.C. hace ciertas concesiones al *ius novorum* y permite la alegación de aquellos hechos producidos con posterioridad a la preclusión del periodo alegatorio y probatorio de la primera instancia (art.862.3º y 4º); y la practica de aquellas pruebas que, por diferentes cuestiones, no se practicaron en la instancia anterior (arts.862.1º y 2º, 863). Sin embargo, como se verá más adelante, todas estas prácticas están sometidas a una gran cantidad de condiciones que dificultan su admisión. Se adopta así una de las posibles opciones legislativas entre dos grandes modelos, como ya se dijo al inicio de este trabajo: uno, según el cual la apelación permite un examen libre y completo del asunto e, incluso, de nuevas pretensiones; otro, que reduce la apelación al conocimiento de las cuestiones deducidas en primera instancia. El sistema procesal español ha optado por un camino intermedio, matizando ambos modelos.

La prohibición de introducir en apelación pretensiones nuevas también debe aplicarse al rebelde en primera instancia. Si el declarado rebelde en primera instancia, comparece por primera vez para apelar la sentencia recaída en virtud del art.766 de la L.E.C., el pleito no podrá retroceder en ningún caso, lo que entraña que, si bien la rebeldía no implica allanamiento a la demanda ni libera al actor de probar los hechos constitutivos del derecho que reclama, no puede, en cambio, el litigante rebelde suscitar en apelación cuestiones distintas de las planteadas en la demanda, en la contestación o en la reconvencción, que es donde quedaron definitivamente fijados los términos de la

---

(R.A.C.2329); S.A.P. de Cáceres, de 18 de diciembre de 1995 (R.A.C.2397); S.A.P. de Málaga, de 24 de febrero de 1996 (R.A.C.285); S.A.P. de Baleares, de 7 de octubre de 1996 (R.A.C.1971); S.A.P. de Valencia, de 18 de noviembre de 1996 (Ar.2127); S.A.P. de Cuenca, de 19 de septiembre de 1997 (R.A.C.1824); S.A.P. de Córdoba, de 13 de enero de 1998 (R.A.C.69); S.A.P. de Baleares, de 22 de enero de 1998 (R.A.C.2713); S.A.P. de Barcelona, de 26 de enero de 1998 (La Llei, nº222, 379); S.A.P. de Almería, de 6 de febrero de 1998 (R.A.C.362); S.A.P. de Huesca, de 19 de febrero de 1998 (R.A.C.411); S.A.P. de Toledo, de 9 de marzo de 1998 (R.A.C.4139); S.A.P. de Cuenca, de 30 de marzo de 1998 (R.A.C.4338); S.A.P. de Baleares, de 15 de abril de 1998 (R.A.C.4573); S.A.P. de Baleares, de 27 de abril de 1998 (R.A.C.4572); S.A.P. de Salamanca, de 19 de mayo de 1998 (R.A.C.1107); S.A.P. de Málaga, de 21 de mayo de 1998 (R.A.C.5710); S.A.P. de Madrid, de 9 de junio de 1998 (R.A.C.5878); S.A.P. de Guadalajara, de 14 de julio de 1998 (R.A.C.6200); S.A.P. de Badajoz, de 15 de septiembre de 1998 (R.A.C.6481); S.A.P. de La Rioja, de 6 de diciembre de 1998 (R.A.C.2545).

cuestión litigiosa. De este modo se ha plasmado en la jurisprudencia del T.S.<sup>764</sup> y en las resoluciones de las Audiencias Provinciales<sup>765</sup>.

Por otra parte, como ha reiterado la jurisprudencia, los pronunciamientos que los litigantes invocan por primera vez en el acto de la vista del recurso de apelación deben reputarse como nuevos, por lo que no pueden ser objeto de pronunciamiento en la sentencia. Todas estas cuestiones han tenido su momento procesal oportuno anterior para ser alegadas y, por ello, son inadmisibles en el recurso de apelación. Además, vulneran el principio de contradicción, causando indefensión a la parte contraria, al no tener momento ni ocasión para oponerse a ello con garantías, para verificar, en tiempo y forma, las correspondientes alegaciones, ni para practicar la prueba que hubiere podido estimar conveniente con relación a ellas. Se le privan de este modo las oportunidades de alegación y prueba, transgrediendo los principios de igualdad, preclusión y oportunidad de defensa, al verse sorprendida la contraparte por unas alegaciones que no fueron objeto del debate. En este sentido, la Sentencia del T.S. de 9 de julio de 1994, en un supuesto donde en el suplico de la demanda se pedía la devolución del exceso de las primas vencidas por haber sobreseguro, pero en la vista del recurso de apelación se alteró lo suplicado, interesando el reintegro de la totalidad de las primas, declara:

*“(…) lo que generó clara situación de indefensión para la contraparte que la Sala de Instancia correctamente tuvo en cuenta, para decretar su rechazo y no admitir la concurrencia de enriquecimiento injusto”<sup>766</sup>.*

---

<sup>764</sup> S.T.S. de 3 de febrero de 1973 (R.J.404); S.T.S. de 25 de febrero de 1995 (R.J.1136).

<sup>765</sup> S.A.P. de Cuenca, de 16 de febrero de 1982 (La Ley, 1982-2, 1998); S.A.P. de Huesca, de 1 de marzo de 1994 (A.C., 1994, @746); S.A.P. de Huesca, de 22 de octubre de 1994 (R.A.C.2436); S.A.P. de Huesca, de 29 de junio de 1995 (R.A.C.1253); S.A.P. de Sevilla, de 28 de noviembre de 1995 (R.A.C.2080); S.A.P. de Madrid, de 4 de septiembre de 1996 (R.A.C.2502).

<sup>766</sup> S.T.S. de 9 de julio de 1994 (R.J.6383). Igualmente, S.T.S. de 6 de mayo de 1926 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.3362 y 3363); S.T.S. de 27 de octubre de 1982 (Ar.5576); S.T.S. de 6 de marzo de 1984 (R.J.1201); S.T.S. de 17 de abril de 1985 (R.J.1767); S.T.S. de 20 de mayo de 1986 (R.J.2735); S.T.S. de 16 de marzo de 1988 (R.J.1973); S.T.S. de 19 de julio de 1989 (R.J.5759); S.T.S. de 28 de septiembre de 1989 (R.J.6385); S.T.S. de 10 de noviembre de 1990 (R.J.8538); S.T.S. de 20 de diciembre de 1991 (R.J.9471); S.T.S. de 18 de abril de 1992 (R.J.3311); S.T.S. de 7 de octubre de 1992 (R.J.7535); S.T.S. de 16 de julio de 1993 (R.J.6155); S.T.S. de 27 de julio de 1994 (R.J.6787); S.T.S. de 23 de febrero de 1995 (R.J.2773); S.T.S. de 30 de mayo de 1995 (R.J.4206): “*Las alegaciones de la apelante que cuestionan la entidad de las obras realizadas constituye un motivo de oposición introducido en el proceso en la vista del recurso de apelación, lo que es inadmisibles, toda vez que en segunda instancia no cabe examinar ni decidir otras más cuestiones de hecho y derecho que las que se plantean ante el juzgador a quo*”; S.T.S. de 21 de febrero de 1997 (R.J.1186); S.T.S. de 9 de junio de 1997 (R.J.4733).

Las Audiencias Provinciales, por su parte, también entienden que las cuestiones nuevas planteadas *in voce* en el acto de la vista del recurso de apelación, no pueden ser estudiadas ni resueltas por el órgano judicial competente<sup>767</sup>.

La introducción de una nueva pretensión en el recurso de apelación, tanto si la realiza el apelante como el apelado, tiene como consecuencia inmediata: privar a la parte contraria de una instancia, esto es, de una de las posibilidades de defensa de sus derechos e intereses legítimos, vulnerándose los derechos reconocidos constitucionalmente. Se infringe así el doble grado de jurisdicción<sup>768</sup>.

El derecho procesal alemán, en cambio, permite que sean objeto de apelación pretensiones nuevas, es decir, planteadas por primera vez en esa instancia, aunque sólo si su ejercicio hubiera sido admisible en primera instancia<sup>769</sup>. El Código Procesal Civil francés, por su parte, en el art.563 establece: “Para justificar en apelación las pretensiones deducidas ante el primer Juez, las partes pueden invocar nuevas alegaciones, producir nuevos materiales o proponer nuevas pruebas”. Ambos sistemas son exponente del llamado sistema de apelación plena, diferente del imperante en el derecho procesal español, que es el de apelación limitada. Tanto en el sistema pleno como en el limitado se prohíben la introducción de nuevas pretensiones que impliquen

---

<sup>767</sup> S.A.P. de Vitoria, de 1 de julio de 1982 (La Ley, 1982-4, 2628); S.A.T. de Bilbao, de 25 de marzo de 1986 (La Ley, 1986-2, 6402): “(...) fijado el ámbito del proceso y de la jurisdicción por los escritos constitutivos de la relación jurídico - procesal, por el principio dispositivo que rige su planteamiento, las cuestiones nuevas planteadas *in voce* en el acto de la vista de un recurso no pueden ser estudiadas ni resueltas, puesto que, siendo las partes las que determinan las cuestiones sometidas a la decisión en el proceso, no puede variarse el contenido de las mismas, cuando sería imposible ofrecer alegaciones y pruebas para desvirtuarlas; por ello no pueden aceptarse las alegaciones planteadas después de los periodos de alegaciones y decisión(...)”; S.A.P. de Bilbao, de 9 de diciembre de 1986 (La Ley, 1987-2, 8687-R); S.A.P. de Palma de Mallorca, de 27 de febrero de 1989 (R.G.D., 1990, pág.812); S.A.P. de Madrid, de 15 de noviembre de 1993 (R.A.C.2596); S.A.P. de Córdoba, de 11 de febrero de 1994 (R.A.C.313); S.A.P. de Sevilla, de 1 de marzo de 1994 (R.A.C.554); S.A.P. de Valencia, de 14 de enero de 1995 (R.A.C.93); S.A.P. de Valencia, de 19 de enero de 1995 (R.A.C.840); S.A.P. de Valencia, de 20 de noviembre de 1995 (R.A.C.2090); S.A.P. de Málaga, de 27 de abril de 1996 (R.A.C.1656); S.A.P. de Córdoba, de 16 de septiembre de 1996 (R.A.C.1560); S.A.P. de Almería, de 9 de marzo de 1998 (R.A.C.4002); S.A.P. de Málaga, de 7 de abril de 1998 (R.A.C.4388); S.A.P. de Segovia, de 15 de abril de 1998 (R.A.C.4449).

<sup>768</sup> FAIREN GUILLÉN, V.: *El razonamiento de los tribunales de apelación*, ob. cit., págs.43 y 44. PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.252. CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup>.P.: *Breves consideraciones sobre el recurso de apelación y...*, ob. cit., págs.572 y 573. Igualmente, S.T.S. de 9 de diciembre de 1981 (R.J.5153); S.T.S. de 30 de octubre de 1984 (R.J.5151); S.A.P. de Jaén, de 25 de enero de 1996 (R.A.C.140).

<sup>769</sup> ROSENBERG: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.387.

un cambio del objeto del proceso enjuiciado por la resolución apelada y, su distinción se centra, pues, en la amplitud en que se admiten nuevos materiales en el recurso de apelación<sup>770</sup>.

De esta forma, en virtud del principio de audiencia, para preservar la seguridad jurídica y en aras al principio de preclusión, surge la necesidad de que las partes realicen cada acto en la fase que tenga asignada, ya que si no lo hacen así pierden la oportunidad de introducirlo con posterioridad. Pues bien, la determinación del objeto del proceso se efectúa en los escritos de demanda, contestación, reconvencción y réplica dúplica, en su caso, de forma que cualquier otra petición no introducida en estos escritos, aunque se realice en apelación, no puede ser resuelta por el órgano jurisdiccional competente.

#### 2.4. Facultades del Tribunal *ad quem* ante la devolución.

El ámbito devolutivo del recurso de apelación plantea algunos problemas en cuanto a sus límites, como ya hemos visto, y, sobre todo, al delimitarse la actividad del órgano judicial competente en cuanto a la extensión de los poderes que han de serle atribuidos al Juez o Tribunal *ad quem* una vez devuelta la jurisdicción.

En un primer momento puede parecer que estas facultades del Tribunal *ad quem* no deben ser analizadas en este trabajo, por no tener relación con las actuaciones de los sujetos intervinientes en apelación. Pero la necesidad de su análisis es evidente cuando se observa que tales facultades son manifestación de la regla *tantum devolutum quantum appellatum* e inciden en el comportamiento de los litigantes. Aún parece más razonable su estudio cuando la propia actuación de dichos litigantes delimita la competencia del Tribunal de apelación.

En efecto, lo que otorga las facultades al órgano de apelación, como a cualquier otro órgano de la jurisdicción civil, es la pretensión de la parte, por tanto, los límite de

---

<sup>770</sup> CARNELUTTI: *Instituciones del proceso civil*, ob. cit., págs.227 y 228.

dicha pretensión también serán límites de sus atribuciones: asimismo rige respecto a las mismas la regla *tantum devolutum quantum appellatum* y todas sus manifestaciones<sup>771</sup>.

El Tribunal *ad quem* tiene las mismas potestades y se encuentra en la misma posición frente a los litigantes de la que ocupó el Juez de Primera Instancia a la hora de conocer y resolver el recurso. La apelación somete al Tribunal el total conocimiento del litigio en términos que le facultan para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas en primera instancia según su propio criterio, apreciando del mismo o de distinto modo que el Juez inferior las cuestiones suscitadas. Por ello precisamente la segunda instancia se extiende tanto a las cuestiones de hecho como a las jurídicas. Se trata, pues, de un nuevo examen<sup>772</sup>. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia. Por su parte, la S.T.C. 323/1993, de 8 de noviembre:

*“Sin embargo, conviene recordar aquí y ahora que este Tribunal ya ha señalado en distintas ocasiones que el Juez o Tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo, dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de hecho o de Derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un novum iudicium”*<sup>773</sup>.

<sup>771</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.1070.

<sup>772</sup> FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3343. GÓMEZ ORBANEJA, E. (con Herce Quemada): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.464: “El juez de segunda instancia se encuentra frente a la demanda en la misma situación que el juez de primera en el momento de ir a fallar”. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.253: “Por la doctrina jurisprudencial se formula el principio de que en virtud del recurso de apelación, pasan al Tribunal *ad quem* todas las atribuciones que tuvo el Juez a quo”. DE LA PLAZA, M.: *Derecho procesal civil español*, ob. cit., pág.661. CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.523: “El juez de apelación encuéntrase frente a la demanda en la misma condición en que se encontraba el juez de primer grado en el momento de pronunciarla: tiene los mismos poderes y deberes”. MONTERO AROCA, J.: *Ámbito devolutivo del recurso de apelación*, ob. cit., págs.9 y 10. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., T.IV, págs.209 a 413. MORÓN PALOMINO, M.: *Derecho procesal civil...*, ob. cit., pág.359. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., págs.246 y 249. NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.412. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., págs.60, 61, 74 y 75. COBOS GAVALA, R.: *la fundamentación de la impugnación...*, ob. cit., pág.344. SALAS CARCELLER, A.: *Algunas consideraciones sobre la vista...*, ob. cit., pág.112.

<sup>773</sup> También, S.T.C. 54/1985, de 18 de abril. S.T.C. 86/1986, de 25 de junio. S.T.C. 109/1986, de 24 de septiembre. S.T.C. 145/1987, de 23 de septiembre, manifiesta: “(...) por la misma naturaleza del recurso de apelación que, como medio de impugnación ordinario, atribuye al Tribunal de segunda instancia la potestad necesaria para valorar y tener en cuenta sin condicionamiento alguno todas las pruebas practicadas en la primera instancia”. S.T.C. 194/1990, de 29 de noviembre. A.T.C. 315/1994, de 21 de noviembre: “En nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades, en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (arts.862 y 863 L.E.C.), como una revisio *prioris instantiae*, en la que el Tribunal superior u órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en los que afecta a los hechos (*quaestio facti*) como

Asimismo, la S.T.S. de 28 de julio de 1997, entre otras, afirma:

*“En cuanto a las facultades del Tribunal de apelación, es doctrina de esta Sala la de que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, aun concibiendo el recurso de apelación como simple revisión del procedimiento primitivo anterior, sin posibilidad de reiteración en todos sus términos permite, sin embargo, al Tribunal ad quem conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito, pues cuando la apelación se formula sin limitaciones somete al Tribunal que de ella entiende el total conocimiento del litigio en términos que le faculta para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio, dentro de los límites de la obligada congruencia”*<sup>774</sup>.

Las Audiencias Provinciales han realizado la misma interpretación al respecto<sup>775</sup>.

---

*en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la reformatio in peius, y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (tantum devolutum quantum appellatum)”. S.T.C. 176/1995, de 11 de diciembre: “(...) el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se plantean, sean de hecho o de Derecho (...)”. S.T.C. 103/1995, de 3 de julio: “Por la propia lógica del sistema, la segunda decisión ha de prevalecer sobre la anterior, que desaparece por absorción, si se ratifica o por anulación si se revoca”. S.T.C. 3 /1996, de 15 de enero.*

<sup>774</sup> S.T.S. de 28 de julio de 1997 (R.J.6309). En el mismo sentido, S.T.S. de 25 de febrero de 1944 (Ar.524). S.T.S. de 3 de enero de 1948 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3353). S.T.S. de 23 de junio de 1948 (R.J.963). S.T.S. de 26 de noviembre de 1982 (La Ley, 1983-1, 3084). S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650). S.T.S. de 16 de mayo de 1986 (R.J.2728). S.T.S. de 19 de febrero de 1991 (R.J.1511). S.T.S. de 3 de febrero de 1993 (R.J.801). S.T.S. de 18 de marzo de 1993 (R.J.2022). S.T.S. de 4 de junio de 1993 (R.J.4479). S.T.S. de 7 de febrero de 1995 (R.J.1227), afirma: *“La competencia del Tribunal de alzada, dado el alcance que la segunda instancia tiene en nuestra Ley procesal, le coloca en una posición frente a los litigantes que ha de ser la misma que ocupó el inferior en el momento de decidir, sin que esté autorizado para separarse de los términos en que el debate se desarrolló, debiendo conocer íntegramente sobre la cuestión resuelta en primera instancia, con plenitud de conocimiento o jurisdicción, eso sí, con el único límite adoptado por las partes en el recurso (...)”*. S.T.S. de 24 de marzo de 1995 (R.J.2403). S.T.S. de 7 de junio de 1996 (R.J.4828). S.T.S. de 31 de diciembre de 1996 (R.J.9482). S.T.S. de 25 de enero de 1997 (R.J.155). S.T.S. de 28 de enero de 1997 (R.J.22): *“Es doctrina constante y notoria que la Audiencia posee todas las facultades revisoras respecto a las cuestiones que han sido apeladas, no se excluye por lo tanto la prueba”*. S.T.S. de 18 de febrero de 1997 (R.J.1427). S.T.S. de 5 de mayo de 1997 (R.J.3669). S.T.S. de 12 de junio de 1997 (R.J.4771). S.T.S. de 3 de julio de 1997 (R.J.6149); S.T.S. de 29 de diciembre de 1997 (R.J.9604). S.T.S. de 15 de julio de 1998 (R.J.5549). S.T.S. de 28 de julio de 1998 (R.J.6377).

<sup>775</sup> S.A.T. de Valladolid, de 2 de noviembre de 1974 (R.G.D., 1975, pág.950): *“(...) el efecto devolutivo de la apelación significa someter al Tribunal que de ella entiende el total conocimiento del litigio que le faculta para apreciar en su integridad las cuestiones debatidas”*; S.A.P. de Cuenca, de 23 de diciembre de 1987 (La Ley, 1988-2, 8521); S.A.P. de Baleares, de 3 de octubre de 1991 (R.A.C.373); S.A.P. de Palma de Mallorca, de 3 de octubre de 1991 (La Ley, 1992-1, 618); S.A.P. de Granada, de 3 de diciembre de 1992 (R.A.C.1619); S.A.P. de Madrid, de 28 de septiembre de 1993 (A.C., 1994, @121); S.A.P. de Málaga, de 2 de febrero de 1994 (A.C., 1994, @1006); S.A.P. de Murcia, de 24 de febrero de 1994 (R.A.C.348); S.A.P. de Tarragona, de 6 de julio de 1994 (R.A.C.1271); S.A.P. de Sevilla, de 28 de noviembre de 1995 (R.A.C.2080); S.A.P. de Cuenca, de 5 de junio de 1996 (R.A.C.1187); S.A.P. de Cuenca, de 26 de junio de 1996 (R.A.C.1211); S.A.P. de Baleares, de 7 de octubre de 1996 (R.A.C.1971); S.A.P. de Málaga, de 8 de abril de 1997 (R.A.C.5002); S.A.P. de Córdoba, de 5 de mayo de 1997 (R.A.C.1034); S.A.P. de Sevilla, de 16 de mayo de 1997 (R.A.C.1039); S.A.P. de Málaga, de 9 de julio de 1997 (R.A.C.1471); S.A.P. de Toledo, de 3 de febrero de 1998 (R.A.C.3724); S.A.P. de Córdoba, de 13 de marzo de 1998 (R.A.C.3883); S.A.P. de Cuenca, de 30 de marzo de 1998



Esa plenitud de potestades, sin embargo, no podrá plasmarse sobre todo lo que fue objeto de la primera instancia, sino que dependerá de la extensión del efecto devolutivo, de las pretensiones en definitiva que los litigantes hayan sometido a la consideración del Tribunal superior. La norma *tantum devolutum quantum appellatum* exige que el objeto de apelación, sobre el que recaerá la actividad del Tribunal *ad quem*, esté fijado por las partes, quienes pueden determinar no sólo las cuestiones planteadas en primera instancia a las que extienden su impugnación, sino también el sentido y alcance con el que pretenden su reforma. Es una manifestación del principio dispositivo o de justicia rogada que rige nuestro Derecho. El órgano judicial de apelación tiene la obligación de no traspasar estos límites, en aras al deber de congruencia<sup>776</sup>.

Así lo han manifestado también nuestros Tribunales. El T.C. entiende que cuando se interpone un recurso de apelación, impugnando la resolución de primera instancia en todas o algunas de sus decisiones, la función del Tribunal de segunda instancia consiste en estimar o desestimar la acción impugnatoria del apelante, de forma que de no hacerlo así se puede negar la resolución de fondo del tema debatido, vulnerándose con ello la tutela judicial que concede el art.24 de la Constitución<sup>777</sup>.

Asimismo, el T.S. en la Sentencia de 30 de marzo de 1989, afirma:

*“(...) la Sala de la Audiencia, al recuperar, por virtud de la apelación, la total jurisdicción sobre el procedimiento a efectos revisorios, excepto en aquellos extremos que hubiesen sido consentidos y no recurridos por las partes”<sup>778</sup>.*

---

(R.A.C.4338); S.A.P. de Tarragona, de 16 de abril de 1998 (La Llei, nº219, 342); S.A.P. de Córdoba, de 9 de julio de 1998 (R.A.C.1296).

<sup>776</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.253. DE LA PLAZA, M.: *Derecho procesal civil español*, ob. cit., V.I, pág.662. CORDÓN MORENO, F.: *En torno a los poderes de dirección del juez civil*, en «Revista de Derecho Privado», 1979, págs.807 y ss.. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.332. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.497 y 498. ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, ob. cit., pág.8121. CORDÓN MORENO, F.: *Proceso civil de declaración*, ob. cit., pág.323. NOGUERA ROIG Y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., págs.407 y 413. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., págs.63 y 245.

<sup>777</sup> S.T.C. 86/1986, de 25 de junio. También, S.T.C. 115/1986, de 6 de octubre; S.T.C. 202/1988, de 31 de octubre; S.T.C. 45/1993, de 8 de febrero. S.T.C. 9/1998, de 13 de enero.

<sup>778</sup> S.T.S. de 30 de marzo de 1989 (R.J.2283). En el mismo sentido, S.T.S. de 17 de febrero de 1904 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3354). S.T.S. de 9 de julio de 1932 (R.J.1168). S.T.S. de 6 de enero de 1934 (R.J.28). S.T.S. de 18 de enero de 1934 (R.J.52). S.T.S. de 21 de abril de 1942 (R.J.477). S.T.S. de 25 de febrero de 1944 (R.J.524). S.T.S. de 23 de junio de 1948 (R.J.963). S.T.S. de 22 de febrero de 1949 (R.J.255). S.T.S. de 30 de mayo de 1961 (R.J.2344). S.T.S. de

Las Audiencias Provinciales también consideran que el Tribunal *ad quem* debe respetar el ámbito devolutivo del recurso de apelación fijado por los sujetos intervinientes, sin entrar a conocer sobre aquellos extremos que devienen firmes al haber sido consentidos por dichos litigantes<sup>779</sup>.

En efecto, dicha transferencia jurisdiccional al Tribunal *ad quem* no se produce de modo absoluto e incondicional, sino que siempre estará sometida a los límites inherentes en la regla *tantum devolutum quantum appellatum*: en virtud de la prohibición de *reformatio in peius*, no puede extender su resolución en perjuicio del recurrente, cuando el apelado no se ha adherido o no ha interpuesto su propio recurso de apelación. A tenor del propio art.408 de la L.E.C., el Tribunal no puede pronunciarse sobre extremos que no son objeto del recurso al estar aceptados por la parte a quien perjudican y que tienen la firmeza que el consentimiento de ambas partes les presta; en virtud de la norma *pendente appellatione, nihil innovetur*, el Tribunal de segunda instancia no puede resolver sobre cuestiones que no fueron formalmente planteadas en la primera, ya que el planteamiento de cuestiones nuevas, aun basadas en hechos que consten en autos, ha de reputarse improcedente<sup>780</sup>.

Asimismo, en el momento de dictar la sentencia de apelación el Tribunal superior puede encontrarse con una situación fáctica y jurídica distinta de la existente ante el Juez de Primera Instancia. Nuestra L.E.C., aunque concibe el recurso de apelación como una revisión de la instancia anterior permite la introducción de nuevos

---

17 de diciembre de 1964 (R.J.5891). S.T.S. de 31 de mayo de 1967 (R.J.2844). S.T.S. de 30 de marzo de 1989 (R.J.2283). S.T.S. de 5 de marzo de 1990 (R.J.1667). S.T.S. de 30 de mayo de 1992 (R.J.4830). S.T.S. de 25 de marzo de 1993 (R.J.2561). S.T.S. de 21 de abril de 1993 (R.J.3111). S.T.S. de 25 de marzo de 1994 (R.J.2533). S.T.S.J. de Navarra, de 23 de febrero de 1995 (R.J.1465). S.T.S. de 14 de marzo de 1995 (R.J.2429). S.T.S. de 31 de diciembre de 1996 (R.J.9482). S.T.S. de 29 de diciembre de 1997 (R.J.9604). S.T.S. de 21 de marzo de 1998 (R.J.1511). S.T.S. de 31 de marzo de 1998 (R.J.2038). S.T.S. de 30 de abril de 1998 (R.J.2602).

<sup>779</sup> También, S.A.P. de Vitoria, de 1 de julio de 1982 (La Ley, 1982-4, 2628); S.A.P. de Valencia, de 5 de mayo de 1992 (R.A.C.692); S.A.P. de Madrid, de 29 de enero de 1993 (R.A.C.53); S.A.P. de Madrid, de 3 de mayo de 1993 (R.A.C.1818); S.A.P. de Zaragoza, de 15 de diciembre de 1993 (R.A.C.2463); S.A.P. de Madrid, de 26 de noviembre de 1994 (A.C., 1995, @454); S.A.P. de Segovia, de 6 de julio de 1995 (R.A.C.1322); S.A.P. de Sevilla, de 16 de mayo de 1997 (R.A.C.1039); S.A.P. de Cuenca, de 19 de septiembre de 1997 (R.A.C.1824); S.A.P. de Las Palmas, de 9 de enero de 1998 (R.A.C.2879); S.A.P. de Córdoba, de 13 de marzo de 1998 (R.A.C.3883); S.A.P. de Vizcaya, de 4 de mayo de 1998 (R.A.C.5368); A.A.P. de León, de 22 de mayo de 1998 (R.A.C.6113); S.A.P. de Tarragona, de 20 de octubre de 1998 (R.A.C.2085); S.A.P. de La Rioja, de 2 de diciembre de 1998 (R.A.C.2547); S.A.P. de La Rioja, de 6 de diciembre de 1998 (R.A.C.2545).

hechos y nuevas pruebas, aunque siempre dentro de los supuestos marcados en los arts.862 y 863 de la L.E.C., que puede hacer variar dicha situación<sup>781</sup>. Además, el Tribunal de apelación no viene vinculado por la valoración de la prueba efectuada por el Juez *a quo*; puede apreciar las mismas pruebas de forma distinta.

Por otra parte y en virtud del principio *iura novit curia*, el órgano judicial de apelación puede cambiar el razonamiento jurídico planteado por las partes o por el Juez *a quo*, respetando, en todo caso, los hechos alegados por los litigantes en el período expositivo del proceso, la acción ejercitada y la causa de pedir, sin que puedan modificarse<sup>782</sup>. También debe ser fiel a los términos de los súplicos de la demanda y contestación, así como a las excepciones alegadas por el demandado. Pero no es necesario que los pronunciamientos del fallo se ajusten literal y rigurosamente a las pretensiones de las partes, pudiendo añadir extremos accesorios que conduzcan a la efectividad de la resolución judicial. De esta forma, el Tribunal *ad quem* puede calificar de manera diferente los hechos, la acción y las excepciones alegados y todo lo que se refiera a la aplicación de los preceptos jurídicos<sup>783</sup>. Tal parecer se recoge por las Audiencias en los mismos términos<sup>784</sup>.

---

<sup>780</sup> Nos remitimos a lo expuesto en los apartados anteriores.

<sup>781</sup> MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.498.

<sup>782</sup> FAIREN GUILLÉN: *El razonamiento de los tribunales de apelación*, ob. cit., págs.46 y 47. CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.505. CORDÓN MORENO, F.: *Proceso civil de declaración*, ob. cit., pág.323. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., págs.62 y 63. LEGIDO LÓPEZ, E.: *El objeto del proceso civil y los recursos...*, ob. cit., pág.344. COBOS GAVALA, R.: *la fundamentación de la impugnación...*, ob. cit., págs.349 a 352, pero añade una exigencia que se aplica en el orden contencioso - administrativo: "Sería deseable que también en lo civil, cuando el órgano jurisdiccional varía o va a variar el planteamiento jurídico, diera audiencia a las partes para que éstas se pronunciaran sobre ese nuevo planteamiento que, desde luego, está entre las facultades del Tribunal introducirlo".

<sup>783</sup> S.T.C. 14/1985, de 1 de febrero. S.T.C. 12/1987, de 4 de febrero: "(...) siempre sin merma del principio de congruencia, y a no ser que el ordenamiento imponga una motivación específica de la acción o recurso ejercitado, delimitando así su procedencia y objeto, es potestad del Tribunal de apelación llevar a cabo un nuevo examen de los hechos y del Derecho" "(...) el Tribunal de apelación podía, y aun debía, en virtud del efecto devolutivo y de la regla *iura novit curia*, aplicar el derecho en la forma que considere procedente y correcta, más aún en un recurso ordinario como aquél". En el mismo sentido, S.T.C. 142/1987, de 23 de julio; S.T.C. 19/1992, de 14 de febrero: "(...) si bien es cierto que el órgano jurisdiccional de apelación es libre de valorar, tanto el resultado probatorio, como la aplicación del Derecho efectuado por el Juzgador de instancia, tampoco lo es menos que dicha revisión no es absoluta, sino, antes bien, tiene como límite el principio de congruencia, trazado por las pretensiones de las partes en la segunda instancia (...)"; S.T.C. 112/1994, de 11 de abril.

<sup>784</sup> S.A.P. de Sevilla, de 31 de agosto de 1992 (R.A.C.1150): "Que al recurrir quisiera dar una mayor fundamentación jurídica a su reclamación es indiferente al respecto, porque definido el objeto del proceso, esto es, expuestos en la demanda unos determinados hechos y luego unas específicas peticiones, y solicitados en respuesta unos determinados fundamentos por la parte demandada, el juzgador

Estas facultades del Tribunal *ad quem* pueden llevar a confirmar la resolución recurrida con diferente fundamentación jurídica, pero, también, pueden revocar o enmendar lo decidido y recurrido, cosa que, en algunos casos, planteará situaciones de indefensión para quien no pudo recurrir por serle favorable la decisión judicial<sup>785</sup>.

Por otra parte, en algunas cuestiones el Tribunal de apelación no está sometido a estos límites. Se trata de aquellas que los órganos jurisdiccionales deben apreciar de oficio, independientemente de las pretensiones de los litigantes e, incluso, en contra del interés del apelante. Respecto a las mismas, es admisible que cualquier parte, en el acto de la vista del recurso, alegue su concurrencia, si el Tribunal no lo ha observado<sup>786</sup>. En un recurso de apelación, el Juez o Tribunal *ad quem* debe conocer de oficio:

- Los presupuestos procesales: jurisdicción, competencia objetiva o funcional, capacidad de las partes, la idoneidad del procedimiento seguido en la primera instancia, analizar si la resolución sometida a recurso es recurrible y los demás requisitos formales condicionadores de la interposición y admisibilidad del recurso de apelación (el plazo y su computación, firmas de letrado y procurador,

---

*resolverá ateniéndose desde luego a tales hechos y peticiones, pero bien con base en las mismas normas jurídicas aducidas por aquéllos, bien en otras que no hubieran tenido en cuenta”.*

<sup>785</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., págs.8688 y 8689, nos muestra un supuesto: “(...) el actor ejercita una acción de daños basada en culpa contractual contra un demandado y pide una indemnización; se trata de un actor arrendatario de un inmueble que ha sufrido tales daños por un incendio debido a la defectuosa instalación eléctrica del inmueble; y basa su petición en el art.1554.2 del C.c.. La sentencia opina que el arrendador no incumplió su obligación de efectuar las reparaciones necesarias en la instalación eléctrica; pero aplicando los principios de la culpa extracontractual del art.1902, condena al demandado arrendador por su omisión negligente. El demandado apela alegando prescripción de la acción por transcurso de un año. La Audiencia acoge el recurso, por apreciar la prescripción. En este caso, el actor - que no fue parte vencida, sino vencedora, y no pudo recurrir esta sentencia -, se encuentra en la apelación absolutamente indefensa para defender el tipo de culpa contractual (del art.1554 C.c.) origen de su acción”.

<sup>786</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El razonamiento de los tribunales de apelación*, ob. cit., págs.42 y 43. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., págs.332 y 340. ORTELLS RAMOS, M. (coord. Cortés Domínguez): *Comentarios a la reforma...*, ob. cit., pág.648. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.498 y 511. CORDÓN MORENO, F.: *Proceso civil de declaración*, ob. cit., págs.325 y 326. NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., págs.417 a 419. COBOS GAVALA, R.: *la fundamentación de la impugnación...*, ob. cit., pág.359.

También, S.T.C. 45/1993, de 8 de febrero. S.A.P. de Madrid, de 3 de mayo de 1993 (R.A.C.1818).

consignación, ...), etc.. En este sentido lo ha admitido el T.C.<sup>787</sup>. Esta doctrina es coincidente con la del T.S.<sup>788</sup> y la de las Audiencias<sup>789</sup>.

-. Los defectos constitutivos de la relación jurídico - procesal, falta de legitimación activa o pasiva<sup>790</sup>.

-. La nulidad de actos procesales. El órgano de apelación puede analizar la regularidad de la actividad procesal de primera instancia, depurando los vicios cometidos en ésta que hayan causado indefensión. Incluso, puede abstenerse de seguir conociendo y remitir los autos al Juez de Primera Instancia para que subsane la falta y reproduzca el proceso.

-. Ciertos aspectos del fondo del asunto afectados por normas de *ius cogens*: pactos contrarios a la Ley o la moral; caducidad de derechos.

-. Procesos donde esté en juego el interés público u otras cuestiones de orden público: procesos que afectan al estado civil y condición de las personas<sup>791</sup>.

-. Pronunciamientos que afectan a varios litigantes, que en virtud del efecto extensivo, permite que, apelando uno de ellos, el Tribunal pueda revisar y modificar la sentencia, incluso respecto a los litigantes que no apelaron. De otro modo se llegaría a fallos contradictorios.

---

<sup>787</sup> S.T.C. 90/1986, de 2 de julio: "(...) El que la ley encomiende al órgano inferior la vigilancia del cumplimiento de estos requisitos procesales no supone excluir del poder de revisión de la segunda instancia tanto la existencia de tales requisitos como la propia decisión del órgano inferior sobre tales requisitos, pues el órgano judicial superior ha de conocer la total actividad del órgano de primera instancia y, por tanto, su juicio sobre la existencia de los requisitos de la admisión del recurso. En el caso de que el órgano de instancia decidiera la inadmisión, este conocimiento tiene lugar, en su caso, a través del recurso de queja; mientras que en los casos en que la decisión de instancia sea de admisión, sólo podrá realizarse en la decisión final de la sentencia de apelación (...)". S.T.C. 113/1990, de 18 de julio.

<sup>788</sup> S.T.S. de 13 de octubre de 1953 (R.J.2505); S.T.S. de 14 de mayo de 1992 (R.J.3984); S.T.S. de 4 de julio de 1992 (R.J.6053); S.T.S. de 11 de marzo de 1993 (R.J.1791).

<sup>789</sup> S.A.P. de Teruel, de 16 de noviembre de 1993 (R.A.C.2256); S.A.P. de Zaragoza, de 3 de febrero de 1993 (R.A.C.137); S.A.P. de Madrid, de 2 de abril de 1993 (R.A.C.895): "En primer lugar y con carácter previo resulta obligado examinar de oficio si se cumplen los requisitos de admisión del recurso de apelación pues está fuera de duda que el cumplimiento de los requisitos procesales es cuestión de orden público de carácter imperativo cuyo control en modo alguno puede negarse al Tribunal Supremo que tiene competencia para conocer y resolver los recursos que ante el mismo se interpongan sin que al respecto pueda entenderse vinculado por las decisiones que haya adoptado en tal materia el órgano judicial inferior, cuya resolución es objeto de recurso"; S.A.P. de Alicante, de 13 de noviembre de 1993 (R.A.C.2342).

<sup>790</sup> S.T.S. de 24 de enero de 1956 (R.J.659). S.T.S. de 21 de noviembre de 1959 (R.J.4456). S.T.S. de 17 de julio de 1992 (R.J.6432). S.T.S. de 29 de octubre de 1992 (R.J.8182). S.T.S. de 20 de octubre de 1993 (R.J.8141). S.T.S. de 1 de febrero de 1994 (R.J.854). S.T.S. de 13 de noviembre de 1995 (R.J.8121). S.T.S. de 30 de enero de 1996 (R.J.539).

También, S.A.P. de Granada, de 28 de julio de 1995 (R.A.C.1369); S.A.P. de Lleida, de 5 de diciembre de 1995 (R.A.C.30).

- Decidir sobre los extremos que, aunque hayan sido consentidos en apelación, quedaron imprejuizados en primera instancia por no ser resueltos por el Juez *a quo*, como son los casos de omisión de pronunciamiento<sup>792</sup>. Así lo ha reconocido el T.S. al entender que el Tribunal de segunda instancia tiene plenitud de conocimiento sobre las cuestiones no consentidas por lo litigantes y también sobre las cuestiones no resueltas por el Juez *a quo*, supliendo de esta forma la carencia de la sentencia de primera instancia<sup>793</sup>. Se sitúa aquí también la absolución en la instancia en el primer grado del proceso, por haber sido estimada alguna de las excepciones procesales propuestas. En este supuesto le es posible al órgano de apelación entender desaparecido tal óbice, revocando la sentencia, y entrar a conocer del fondo del asunto pese tratarse de cuestión no tratada en primera instancia, sin que sea posible el reenvío de la causa al Juez *a quo*<sup>794</sup>. Otro ejemplo es, rechazada la demanda en primera instancia por vicio en el consentimiento, sin entrar a analizar las restantes excepciones alegadas, en segunda instancia se estime que no concurre tal vicio, pero se siga rechazando la demanda en base a otra excepción, como la de prescripción.

---

<sup>791</sup> S.A.P. de Sevilla, de 6 de octubre de 1994 (R.A.C.1875), entre otras.

<sup>792</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.253. CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., págs.523 y ss. RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.729. CORDÓN MORENO, F.: *Proceso civil de declaración*, ob. cit., pág.325. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., págs.254 y ss.: sustenta esta facultad del Tribunal superior en el posible interés del demandado de que todas las cuestiones suscitadas se resuelvan en un único proceso, evitando el gravamen que le comportaría acudir a otro proceso por las mismas cuestiones que podían haber sido resueltas en el primero. COBOS GAVALA, R.: *La fundamentación de la impugnación...*, ob. cit., págs.347 y 348.

<sup>793</sup> S.T.S. de 15 de octubre de 1928 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3352); S.T.S. de 25 de febrero de 1961 (R.J.907); S.T.S. de 8 de noviembre de 1969 (R.J.5132); S.T.S. de 7 de diciembre de 1989 (R.J.8812) afirma, "(...) el Tribunal de segunda instancia (...) entra a decidir y decide cuales hayan de ser las participaciones (ya que el Juez de Primera Instancia sólo ordenó la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada, y no fijó las participaciones de los socios) y, al decidir, no está alterando algo consentido y firme, sino dando respuesta efectiva a cuestiones no resueltas como le ordena el artículo 359 L.E.C. y concordantes"; S.T.S. de 3 de febrero de 1997 (R.J.674): "(...) el más elemental principio de congruencia de toda sentencia exige que ésta haga el pronunciamiento correspondiente con respecto a todos los que aparecen como demandados, según lo postulado en el *petitum* de la demanda lo que la sentencia aquí recurrida no ha hecho en ningún sentido (ni absolutorio, ni condenatorio) con respecto a la codemandada Diputación Foral de Vizcaya, por lo que el expresado motivo, como antes se ha dicho, ha de tener favorable acogida, si bien en el único sentido (...) de que el Tribunal de apelación, en la nueva sentencia que habrá de dictar, como consecuencia de la estimación que también se ha hecho del motivo primero del otro recurso, habrá de hacer el pronunciamiento que corresponda con respecto a la codemandada Diputación Foral de Vizcaya".

<sup>794</sup> S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650). S.T.S. de 11 de julio de 1990 (R.J.5853). S.T.S. de 13 de mayo de 1992 (R.J.3922). S.T.S. de 4 de junio de 1993 (R.J.4479). S.T.S. de 14 de octubre de 1996

- Las pretensiones alternativas. Si en primera instancia se formulan varias pretensiones alternativas y el Juez acoge una de ellas, el actor no puede apelar porque la resolución le favorece, careciendo, por tanto, de interés. Si apela el demandado, el Tribunal conocerá de todas las cuestiones, tanto las admitidas por la sentencia como las que no. La misma regla se aplica a las pretensiones subsidiarias<sup>795</sup>.

Todas estas cuestiones que el órgano judicial de apelación debe apreciar de oficio, excepcionan la prohibición de *reformatio in peius* y lo previsto en el art.408 de la L.E.C..

## 2.5. Los citados aspectos en la nueva L.E.C.

La misma regulación sobre la firmeza de las cuestiones no apeladas se mantiene en la nueva L.E.C., aunque con pequeñas variaciones. El art.207.4 del Proyecto de L.E.C. remitido al Senado por el Congreso, dispone: “Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella”. Sustituye la expresión “quedará de derecho consentida” por “quedará firme”, locución más acertada aunque en la práctica produce los mismos efectos. Además, dos artículos del proyecto corroboran esta norma: a) el art.136 de dicho Proyecto, que regula la preclusión: “Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate”; b) el art.465.4 del mismo texto, que en sede de apelación establece: “La sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461”. De todos estos preceptos, cabe deducir que aquellos pronunciamientos de la resolución apelada que no han sido impugnados, ya sea por el apelante ya por el apelado mediante su impugnación

---

(R.J.8587). S.T.S. de 5 de diciembre de 1996 (R.J.8786), y otras muchas, ya examinadas, a las cuales nos remitimos.

<sup>795</sup> Véase Supra. Apartado B.4.b) del Epígrafe 2 del Capítulo Segundo.

u oposición, adquieren firmeza y pasan en autoridad de cosa juzgada formal. Por supuesto, mediante el recurso de apelación se podrá decidir sobre el resto de pronunciamientos apelados.

En relación con otro de los aspectos inherentes a la máxima *tantum devolutum quantum appellatum*, la nueva L.E.C. regula por primera vez de forma expresa la prohibición de *reformatio in peius* en los recursos y, concretamente, en el recurso de apelación. El art.465.4, *in fine*, del Proyecto de L.E.C., remitido al Senado después de su aprobación por el Congreso, fija: “La sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado”. El Anteproyecto de L.E.C. no preveía la prohibición de reforma peyorativa, error que, afortunadamente, fue enmendado por el Proyecto de L.E.C. aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de octubre de 1998. El art.456 del Proyecto remitido al Senado, al regular el ámbito del recurso de apelación, dispone que la resolución de apelación que revoque el auto o sentencia de primera instancia debe ser favorable al recurrente. A pesar de que la interdicción de *reformatio in peius* y sus excepciones en el caso de impugnación del apelado están presentes en la práctica forense y unánimemente aceptadas por la doctrina, es muy acertada su regulación expresa al tratarse, en el fondo, de una opción de política legislativa.

Sin poder entrar ahora en mayores profundidades, nos aventuramos a señalar que, sin embargo, la regulación de la nueva LEC sobre esta materia no es completa. Olvida alguna excepción o salvedad a la regla general de la prohibición. Actualmente, la jurisprudencia ha aceptado que pueda haber reforma peyorativa en apelación:

- a) cuando cada una de las dos partes interpone recurso de apelación autónomo en el momento procesal oportuno;
- b) en las cuestiones que el tribunal de apelación puede pronunciarse de oficio;
- c) supuestos en que se hayan formulado pretensiones alternativas o subsidiarias en primera instancia y se apele por una de ellas;
- d) casos donde el Juez de Primera Instancia dicta una resolución absolutoria en la instancia por apreciar un defecto procesal, cuando la infracción procesal alegada en apelación se hubiere cometido al dictar la sentencia en primera instancia o si, tratándose



de otras infracciones procesales, fuera posible su subsanación en el recurso de apelación, ya que en estos casos la Audiencia puede dictar sentencia sobre la cuestión o cuestiones objeto del proceso (art.465.2 y 3 del mencionado Proyecto).

Todas estas excepciones a la regla general de la prohibición no están previstas por la nueva regulación de la L.E.C. por lo que no será completa la regulación de la *reformatio in peius* en apelación y será necesario acudir, otra vez, a la práctica jurisprudencial.

Por otra parte, la prohibición de introducir nuevas pretensiones en apelación persiste en la nueva L.E.C. y se ratifica en su Exposición de Motivos (XIII): “La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada y, si ésta es una sentencia recaída en primera instancia, se determina legalmente que la segunda instancia no constituye un nuevo juicio, en que puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse pretensiones nuevas sobre el caso”. En el recurso de apelación se tendrá que partir, en todo caso, de los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera instancia y, en los casos previstos en la Ley, de la prueba que se practique ante el Tribunal de apelación (art.456.1 del Proyecto de L.E.C. remitido al Senado). Aunque, según el mencionado precepto, en apelación se realiza un nuevo examen de las actuaciones de la primera instancia, esto no implica la introducción de pretensiones nuevas, pues se trata de una revisión de la instancia anterior por medio de un nuevo enjuiciamiento.

En otro orden de cosas, la nueva L.E.C. prevé, en relación con las facultades del Tribunal competente para resolver la apelación, que ante la petición formulada por el apelante de que se revoque un auto o sentencia de primera instancia, el Tribunal competente en apelación realizará un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante el órgano judicial que dictó la resolución apelada y conforme a la prueba que la Ley permita practicar en apelación.

Este nuevo examen se realizará con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones planteadas ante el Juez de primera instancia, para que se

dicte otro auto u otra sentencia favorable al recurrente (art.456.1 del Proyecto de L.E.C., remitido al senado tras su aprobación en el Congreso de los Diputados)<sup>796</sup>. El nuevo enjuiciamiento no podrá ir más allá de los puntos o cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación del apelado (art.465.4 de dicho Proyecto)<sup>797</sup>. El Tribunal *ad quem*, de esta forma, únicamente puede revisar la resolución dictada en primera instancia.

## II. FACULTADES ALEGATORIAS Y PROBATORIAS DELIMITADORAS DEL ÁMBITO DE LA APELACIÓN.

Se ha destacado que el verdadero objeto del proceso es la pretensión procesal, en el sentido de “reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el Juez” de una conducta determinada<sup>798</sup>. En virtud de este objeto del proceso se determina el ámbito del recurso de apelación. Pero, no podemos confundir la pretensión con la acción: la pretensión es un acto y la acción un derecho<sup>799</sup>.

En efecto, son las peticiones de los litigantes en apelación las que delimitan el ámbito devolutivo de este recurso. Pero, ¿cuáles son?. En el capítulo segundo de este trabajo se puso de manifiesto que son las que, en todo caso, se dirijan a enmendar el gravamen causado por la resolución judicial de primera instancia. Únicamente los

---

<sup>796</sup> Art.456.1 del Proyecto: “En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforma a la prueba que, en los casos previstos en esta ley, se practique ante el tribunal de apelación”.

<sup>797</sup> Art.465.4 del Proyecto: “La sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art.461. La sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado”.

<sup>798</sup> GUASP: *La pretensión procesal*, en «Estudios Jurídicos», ed. Civitas, 1996, Madrid, págs.565 y ss. Este autor señala que la pretensión procesal deriva de la pretensión social en el sentido de reclamación interindividual, de queja humana resultante de un conflicto intersubjetivo: “(...) la pretensión jurídica es el reflejo o la sustitución de la pretensión social; una vez que el derecho la ha creado no vuelve en términos generales a ocuparse de la queja o reclamación interindividual considerada desde el punto de vista puramente social. El derecho atiende sólo a la figura que él ha creado (...)” (págs.584 y 585).

<sup>799</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A. (con Miguel Ángel Fernández): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit, pág.426.

dicte otro auto u otra sentencia favorable al recurrente (art.456.1 del Proyecto de L.E.C., remitido al senado tras su aprobación en el Congreso de los Diputados)<sup>796</sup>. El nuevo enjuiciamiento no podrá ir más allá de los puntos o cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación del apelado (art.465.4 de dicho Proyecto)<sup>797</sup>. El Tribunal *ad quem*, de esta forma, únicamente puede revisar la resolución dictada en primera instancia.

## II. FACULTADES ALEGATORIAS Y PROBATORIAS DELIMITADORAS DEL ÁMBITO DE LA APELACIÓN.

Se ha destacado que el verdadero objeto del proceso es la pretensión procesal, en el sentido de “reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el Juez” de una conducta determinada<sup>798</sup>. En virtud de este objeto del proceso se determina el ámbito del recurso de apelación. Pero, no podemos confundir la pretensión con la acción: la pretensión es un acto y la acción un derecho<sup>799</sup>.

En efecto, son las peticiones de los litigantes en apelación las que delimitan el ámbito devolutivo de este recurso. Pero, ¿cuáles son?. En el capítulo segundo de este trabajo se puso de manifiesto que son las que, en todo caso, se dirijan a enmendar el gravamen causado por la resolución judicial de primera instancia. Únicamente los

---

<sup>796</sup> Art.456.1 del Proyecto: “En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforma a la prueba que, en los casos previstos en esta ley, se practique ante el tribunal de apelación”.

<sup>797</sup> Art.465.4 del Proyecto: “La sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art.461. La sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado”.

<sup>798</sup> GUASP: *La pretensión procesal*, en «Estudios Jurídicos», ed. Civitas, 1996, Madrid, págs.565 y ss. Este autor señala que la pretensión procesal deriva de la pretensión social en el sentido de reclamación interindividual, de queja humana resultante de un conflicto intersubjetivo: “(...) la pretensión jurídica es el reflejo o la sustitución de la pretensión social; una vez que el derecho la ha creado no vuelve en términos generales a ocuparse de la queja o reclamación interindividual considerada desde el punto de vista puramente social. El derecho atiende sólo a la figura que él ha creado (...)” (págs.584 y 585).

<sup>799</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A. (con Miguel Ángel Fernández): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit, pág.426.

pronunciamientos de la misma que resulten perjudiciales para alguno de los litigantes pueden ser apelados por el agraviado. En aras a su determinación nos remitimos a lo ya analizado en ese lugar.

No obstante, hay determinadas peticiones que merecen ser destacadas en esta sede, en cuanto forman parte de las facultades alegatorias y probatorias de los sujetos de la apelación, de forma que si ellos no las introducen, no serán tratadas en la alzada. Cabe admitir que tales peticiones integran el ámbito objetivo del recurso, pero su análisis en este trabajo sólo se centra en su perspectiva subjetiva, en la medida que puedan ser o no introducidas por los litigantes de la apelación y se integren dentro de sus facultades. A ello procedemos en las siguientes líneas.

## 1. EXCEPCIONES.

Como es bien sabido, una de las peticiones que puede realizar el demandado en la primera instancia del proceso es la alegación de excepciones, tanto materiales como procesales. Conviene pues analizar cuál es el tratamiento de las excepciones en el recurso de apelación. La alegación de dichas excepciones en apelación obedece a la regla *tantum devolutum quantum appellatum*, de manera que será el demandado, tanto si actúa como apelante como si lo hace como apelado, quien debe introducirlas en apelación, ya que de lo contrario no podrán ser analizadas en dicho recurso. Por lo tanto, en esta sede únicamente trataremos del aspecto subjetivo de la alegación de excepciones en apelación, esto es, si tales excepciones invocadas en primera instancia pueden ser reproducidas en la segunda y cómo las partes deben realizar dicha reproducción. Asimismo, también se examinará si apelante o apelado tienen la facultad de introducir en la alzada excepciones no alegadas en primera instancia.

### 1.1. Excepciones no planteadas en primera instancia.

Si alguna de estas excepciones se alega por primera vez en el recurso de apelación, estaremos ante una pretensión nueva, inadmisibile en segunda instancia<sup>800</sup>. Como ha puesto de manifiesto el T.S., las excepciones son hechos nuevos dirigidos a excluir o enervar la demanda del actor, por tanto no se pueden proponer en apelación<sup>801</sup>. Siguiendo esta jurisprudencia, las Audiencias Provinciales han afirmado que todos los hechos de carácter impeditivo, extintivo y excluyente que pueda interesar oponer a la parte demandada, han de ser excepcionados en el escrito de contestación, ya que en nuestro sistema procesal está rigurosamente vedada la introducción de hechos nuevos en la segunda instancia<sup>802</sup>.

Pero existe una salvedad a esta regla general: si la excepción que se pretende alegar por primera vez en apelación versa sobre algún extremo que el Tribunal *ad quem* pueda conocer de oficio, podrá ser tratada en dicho recurso. Asimismo, las partes también podrán poner de manifiesto por primera vez en apelación este tipo de cuestiones<sup>803</sup>. No obstante, el Tribunal Supremo, en recientes resoluciones, ha matizado

---

<sup>800</sup> MORÓN PALOMINO, M.: *Derecho procesal civil...*, ob. cit., pág.360. GALÁN URBANO, P.: *la prueba en segunda instancia*, ob. cit., pág.9. GUERRA PALACIOS, M.: *Cuestiones procesales surgidas en la apelación civil...*, ob. cit., pág.261. GARBERÍ LLOBREGAT y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO: *Apelación y casación en el proceso civil*, ob. cit., pág.74.

<sup>801</sup> S.T.S. de 25 de septiembre de 1950 (R.J.1406); S.T.S. de 5 de julio de 1957 (R.J.2554); S.T.S. de 2 de abril de 1962 (R.J.1670); S.T.S. de 16 de octubre de 1963 (R.J.4162); S.T.S. de 9 de diciembre de 1983 (R.J.6926); S.T.S. de 2 de febrero de 1984 (R.J.570); S.T.S. de 7 de julio de 1986 (R.J.4414), entre otras muchas.

<sup>802</sup> Igualmente, S.A.P. de La Rioja, de 17 de julio de 1992 (R.A.C.1073), donde se alega la excepción de prescripción por primera vez en apelación: "(...) *la prescripción, excepción perentoria renunciabile, no cabe apreciarla de oficio, si no ha sido oportunamente alegada en la fase inicial de instancia, por lo que resulta extemporánea, y por tanto, inadmisibile, planteada en el recurso como cuestión nueva, por lo que la misma, no puede apreciarse dada esa alegación extemporánea y no resultar apreciable de oficio*"; S.A.P. de Madrid, de 20 de julio de 1992 (R.A.C.1146); S.A.P. de León, de 26 de mayo de 1994 (R.A.C.934); S.A.P. de Baleares, de 13 de diciembre de 1994 (R.A.C.2541): "(...) *El principio de preclusión impide que puedan ser introducidos con posterioridad temas nuevos, no suscitados en el momento procesal oportuno, por vedarlo tanto el principio de seguridad jurídica como el que proscribete toda indefensión*"; S.A.P. de Barcelona, de 13 de enero de 1995 (R.A.C.143); S.A.P. de Navarra, de 18 de enero de 1995 (R.A.C.67); S.A.P. de Granada, de 28 de julio de 1995 (R.A.C.1369); S.A.P. de Soria, de 11 de marzo de 1996 (R.A.C.571), aunque la Audiencia analiza la excepción pero sólo para justificar que no procede; S.A.P. de Madrid, de 4 de septiembre de 1996 (R.A.C.2502); S.A.P. de Huesca, de 19 de febrero de 1998 (R.A.C.411); S.A.P. de Almería, de 10 de marzo de 1998 (R.A.C.4003); S.A.P. de Badajoz, de 15 de septiembre de 1998 (R.A.C.6481).

<sup>803</sup> Pero esta afirmación ha sido matizada por el T.S., sobre todo al tratar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario: las S.S.T.S. de 15 de noviembre de 1982 (R.J.6543) y de 16 de marzo de

esta afirmación. Dicho Tribunal muestra su preocupación por el hecho de que los defectos que pueden y deben apreciarse de oficio en cualquier fase del procedimiento, si se alegan de modo tardío, como por ejemplo en el recurso de apelación, pueden favorecer las posturas dilatorias de quienes, pudiendo y debiendo alegar el defecto en la contestación a la demanda por vía de la correspondiente excepción, prefieren omitir su oposición procesal para ponerla de manifiesto en momentos posteriores, cuando el tenor de la resolución ya pronunciada les hace temer un resultado desfavorable. Ello obliga a

---

1983 (R.J.1479) señalan que “(...) una cosa es que la correcta y eficaz formación de la relación jurídico - procesal haya de examinarse de oficio (...) y otra que los ingredientes fácticos que pudieran significar la irregularidad se aduzcan en tan avanzado momento procesal que escapen a la controversia, hurtándose a la contradicción (...)”; S.T.S. de 3 de abril de 1993 (R.J.2786) manifiesta “(...) que no puede plantearse como cuestión nueva que no se puso de manifiesto ni al contestar a la demanda, ni en la comparecencia, ni hacerlo con base en afirmaciones diferentes de las que se parte en los escritos rectores del proceso, pues ello produce indefensión”.

Sin embargo, en la S.A.P. de Navarra, de 11 de febrero de 1993 (R.A.C.163), alegada la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por primera vez en el acto de la vista de la apelación, la Audiencia entiende que puede entrar a conocer sobre la misma por tratarse de una cuestión apreciable de oficio, aunque, como sucede en este caso, también puede ser puesta de manifiesto por el litigante.

La jurisprudencia no es unánime en el tratamiento de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues hay resoluciones que consideran extemporánea su alegación inicial en apelación: S.A.P. de Valencia, de 4 de marzo de 1993 (R.A.C.755), manifiesta: “Ha de puntualizarse que un obstáculo procesal insalvable impide al Tribunal entrar en el análisis de la pretendida excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues - al margen de su confusa exposición, que parecía identificarla con la de falta de legitimación pasiva - lo cierto es que no fue formalmente planteada en el curso del proceso, en cuanto no se hizo referencia a ella en el escrito de contestación a la demanda, de modo que tiene la consideración de cuestión introducida ex novo, de improcedente planteamiento en el recurso, pues su estudio implicaría vulneración de los principios de audiencia bilateralidad y congruencia, al tratar de resolver sobre una cuestión nueva que no ha sido adecuadamente conocida por la parte contraria, impidiéndole formular alegación alguna en su defensa y articular la prueba que estimase correspondiente. Lo que supondría indefensión de la entidad aseguradora y conculcaría el tenor literal del art.24 de la C.E., como tiene declarado el Tribunal Supremo (...)”.

Por su parte, la S.A.P. de Zaragoza, de 22 de junio de 1994 (R.A.C.1087), afirma: “(...) en principio no son atendibles excepciones que por primera vez se alegan en el escrito de interposición del recurso, si bien no debe desconocerse que la excepción concreta de que se trata, falta de litisconsorcio pasivo necesario, puede ser apreciado de oficio cuando proceda y sin necesidad de que previamente la aleguen las partes litigantes (...)”.

Concluimos, pues, que, aunque las partes siempre podrán alegar su falta, la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario será apreciada de oficio por el órgano judicial en cualquiera de la dos instancias, pero, únicamente, cuando sea procedente. No obstante, algunas resoluciones exponen que cuando dicha excepción haya sido apreciada en primera instancia y desestimada, el Tribunal de apelación sólo podrá conocer de la misma si la parte perjudicada por su desestimación la alega en el recurso (S.A.P. de Barcelona, de 28 de diciembre de 1995 (R.A.C.2280). Pero, la S.A.P. de Lleida, de 5 de diciembre de 1995 (R.A.C.1996/30) permite que la Audiencia analice de oficio la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada y no admitida en primera instancia, aunque el demandado no la introduzca en apelación. Observamos que no existe una postura unánime al respecto, por lo que se hace necesario el establecimiento de una regla común a estos casos: el Tribunal de apelación analizará, en cualquiera de la dos instancias, la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario de oficio únicamente cuando entienda que procede, haya sido o no alegada en primera instancia, o reproducida o no por el demandado en la segunda. Es obvio que si el Juez *a quo* desestima esta excepción, el demandado se aquieta ante este pronunciamiento, y el Tribunal *ad quem* lo considera acertado, éste no debe pronunciarse al respecto.

buscar la necesaria compatibilización de las doctrinas jurisprudenciales anteriormente aludidas,

*“(…) pero cuando la contradicción resulta insoslayable, como en el presente caso, la solución ha de decantarse por la tutela judicial efectiva a los intereses puestos en juego que, conforme a Derecho, sean más dignos de protección, si no hay o ha existido indefensión alguna para la otra parte, a la que no cabe excusar su propia negligencia”<sup>804</sup>.*

El derecho procesal italiano admite la alegación de nuevas excepciones en el recurso de apelación ya que, al estar encaminadas únicamente a la desestimación de la demanda, no son por si mismas una demanda. Se entiende que la prohibición de pretensiones nuevas así como la necesidad del doble grado de jurisdicción sólo se refieren a las demandas y no a otros aspectos como el de las excepciones<sup>805</sup>.

En este ámbito y desde la perspectiva esencial que orienta todo este trabajo, surge el problema de si el rebelde, con base en el art.862.5º de la L.E.C., puede alegar y probar hechos que enerven la eficacia de los presentados por el actor, es decir, si es o no posible la formulación de excepciones nuevas en segunda instancia por parte del demandado declarado formalmente en rebeldía durante la primera. El T.S. viene admitiendo que el rebelde alegue y pruebe excepciones en la segunda instancia. Así lo afirma la S.T.S. de 16 de febrero de 1996:

*“(…) si bien con arreglo a la economía de nuestra L.E.C. y la doctrina de la jurisprudencia, una vez trabado el pleito con los escritos de demanda y contestación, y dentro de las limitaciones establecidas por la ley con los escritos de réplica y dúplica, no cabe ya deducir pretensiones nuevas, ni resolverlas los Tribunales sin incurrir en la nota de incongruencia, este principio no es de aplicación ineludible a los hechos sobre que versen las pruebas practicadas a instancia del rebelde con el fin indicado por la razón antes expuesta (es indudable que la prueba que el rebelde articule haciendo uso de tal facultad ha de ir encaminada a la demostración de hechos que enerven, alteren o aniquilen lo alegados por el actor) y porque, si a tenor de lo dispuesto en el art.767, los Tribunales precisamente han de recibir los autos a prueba pidiéndolo el litigante rebelde, lógico es concluir que la pretensión que tales hechos impliquen es pretensión oportunamente deducida, y por tanto, que el juzgador que*

---

<sup>804</sup> S.T.S. de 24 de mayo de 1997 (R.J.4323).

<sup>805</sup> CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., págs.522 y 523. CARNELUTTI: *Instituciones del proceso civil*, ob. cit., pág.228.

*hace preterición de ella, incurre por incongruencia en la infracción del art.359”<sup>806</sup>.*

La mayoría de la doctrina también admite que el declarado rebelde, posteriormente comparecido, tiene la facultad de alegar hechos que funden excepciones no alegadas en primera instancia, para proceder a su prueba en apelación<sup>807</sup>.

Pero, llegados a este punto, se convierte en más necesario aún el establecimiento de un tratamiento procesal diferente para el rebelde voluntario y para el involuntario, cosa que no hace la L.E.C.. De lo contrario, se dan demasiadas facilidades al rebelde que de forma voluntaria ha adquirido tal condición con la única finalidad de producir un fraude procesal. Además, debemos insistir que este privilegio que se concede al rebelde no elimina los poderes del Tribunal de apelación para exigir la concurrencia de los presupuestos o requisitos que la Ley establece en este recurso<sup>808</sup>.

Sin embargo, la Sentencia del T.S. de 25 de febrero de 1995 limita esta facultad del rebelde:

*“Si bien la rebeldía no implica allanamiento a la demanda ni libera al actor de probar los hechos constitutivos del derecho que reclama, e incluso le cabe al demandado el acreditar su inexactitud si el estado del proceso lo permite, no puede, en cambio, el litigante rebelde utilizar excepciones tardíamente alegadas ni suscitar cuestiones distintas planteadas en la demanda, que es donde quedaron definitivamente fijados los términos de la cuestión litigiosa, al no existir cuestión que se le oponiere. Por lo tanto, el demandado en rebeldía no puede introducir en el recurso de apelación la resolución del contrato de compraventa por no alegarse en el momento procesal oportuno, por que la resolución ha de hacerse valer por vía de acción en la contestación o la reconvencción, y no cabe alegarla como excepción. Es una cuestión nueva en apelación, inadmisibile al vulnerarse la oportunidad de defensa”<sup>809</sup>.*

En consecuencia, la alegación en el recurso de apelación de excepciones no planteadas en la contestación de la demanda no es posible por ser una pretensión nueva. Sin embargo, si la alegación de la nueva excepción puede incluirse en alguno de los

---

<sup>806</sup> S.T.S. de 16 de febrero de 1996 (R.J.1256).

<sup>807</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.336. GALÁN URBANO, P.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., nº1256, pág.5.

<sup>808</sup> S.T.C. 233/1992, de 14 de diciembre.

<sup>809</sup> S.T.S. de 25 de febrero de 1995 (R.J.1136).



supuestos de prueba en segunda instancia de los arts.862 y 863 de la L.E.C., debe admitirse. En otro caso es inadmisibile.

## 1.2. Excepciones planteadas en primera instancia.

Está comúnmente aceptado que en el recurso de apelación pueden tratarse las excepciones alegadas en primera instancia. Lo que no está tan claro es si deben ser introducidas expresamente por alguno de los litigantes o si el órgano judicial competente puede apreciarlas de oficio.

En todo caso, un reconocido comentarista afirma, “(...) si se estima procedente alguna excepción dilatoria que impida la resolución sobre el fondo del pleito, se habrá de dejar sin efecto la sentencia apelada, acordando lo demás que proceda según el caso”<sup>810</sup>.

Por su parte, también se sostiene que si el demandado, en la contestación a la demanda, ha hecho valer excepciones dilatorias que han sido desestimadas, pronunciándose una sentencia en primera instancia resolutoria sobre el fondo, el Tribunal de apelación podrá acoger las excepciones dilatorias desestimadas dejando imprejuizada la acción<sup>811</sup>. En el mismo sentido, se expone: “Que el *iudex a quo* haya desestimado la excepción o excepciones y después decidido sobre el fondo. En tal caso, si por virtud del recurso el Tribunal superior deja sin efecto este pronunciamiento y estima aquélla o aquéllas excepciones, queda invalidada la resolución de primera instancia sobre el fondo”<sup>812</sup>.

El caso contrario, esto es, la estimación en primera instancia de alguna excepción procesal impidiendo una sentencia sobre el fondo, produciéndose, por tanto, una absolución en la instancia, tiene dos posibles tratamientos en el recurso de apelación: que el Tribunal de apelación, desestimando la excepción, decida sobre la cuestión

---

<sup>810</sup> MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.456.

<sup>811</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E. (con Herce Quemada): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.478.

<sup>812</sup> PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.259.

principal o de fondo; que desestimada la excepción, el Tribunal *ad quem* devuelva el asunto al órgano inferior para que decida al respecto. Nuestra práctica judicial, a falta de una regulación expresa en la L.E.C., como se ha visto, ha optado por la primera solución<sup>813</sup>. La solución adoptada por el derecho italiano, por el contrario, es la segunda: remitir los autos al Juez inferior para que vuelva a pronunciarse al respecto<sup>814</sup>.

La nueva L.E.C. (art.465.2 y 3 del proyecto remitido al Senado tras su aprobación en el Congreso) regula por primera vez estas cuestiones, por medio de una distinción: a) Si la infracción procesal alegada se hubiera cometido al dictar sentencia en primera instancia, el Tribunal de apelación revocará la sentencia apelada y resolverá sobre la cuestión objeto del proceso; b) Si la infracción procesal no se hubiera cometido al dictar sentencia en primera instancia y originase la nulidad radical de las actuaciones, el Tribunal de apelación lo declarará así y repondrá las actuaciones al estado en que se hallasen cuando la infracción se cometió. No se declarará tal nulidad y se resolverá sobre el objeto del proceso si el defecto procesal pudiere ser subsanado en apelación (art.465.2 párrafo segundo del Proyecto mencionado).

#### 1.2.A. Alegadas en apelación por el apelante o por el apelado.

Si la excepción alegada en primera instancia es reproducida por alguno de los litigantes en la segunda, es obvio que deberá ser resuelta en apelación. Esto resulta del

---

<sup>813</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E. (con Herce Quemada): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.479. PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.260: “Esta solución significa que el Tribunal de apelación ejerce jurisdicción negativa y positiva: tras el pronunciamiento rescindente dicta el rescisorio”. FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El razonamiento de los tribunales de apelación*, ob. cit., págs.44 y 45, no está de acuerdo: “Trátase de una cuestión de economía procesal. Pero profundizando más, lo que se ve es la supresión de una instancia; mutilación de todo el sistema procesal en beneficio de la economía y en perjuicio de las defensas de las partes. Y lo notará más la vencida, naturalmente. Y esto, no es admisible. (...) Y precisa una solución legal, ya que dejar a los Tribunales ejercitar el libre arbitrio para ordenar la supresión de una instancia, es muy grave”. DE LA PLAZA, M.: *Derecho procesal civil español*, ob. cit., pág.749. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.232 y 496, donde critica esta solución afirmando: “(...) claro que también puede fallar ella misma sobre el fondo. Pero, si lo hace (como suele suceder entre nosotros; S.T.S. 22 de junio de 1983) priva a actor y demandado de una instancia, y se convierte la propia Audiencia en Tribunal que falla por primera vez (o lo que es igual, se convierte en Tribunal de primera instancia)”. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.250.

<sup>814</sup> CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.525: “Por esto, el art.493 dispone: cuando en primera instancia se haya pronunciado solamente sobre la competencia, también en apelación se pronuncia sólo sobre ésta; norma que se refiere no sólo a la competencia, sino que, basándose en un principio más general, debe extenderse por analogía a todos los presupuestos procesales”.

juego de la regla *tantum devolutum quantum appellatum*. Esta reproducción la puede realizar indistintamente el apelante o el apelado, ya que, como hemos analizado, el demandado puede ocupar cualquiera de estas posiciones procesales. Pero, no sólo el demandado puede alegar estas excepciones, también está facultado para reproducirlas el actor, pues la estimación de alguna de ellas puede haberle causado gravamen.

Si el demandado opuso varias excepciones frente a la demanda y el Juez de primera instancia estimó unas y desestimó otras, dicho demandado sólo podrá apelar respecto a las desestimadas ya que los otros pronunciamientos le son favorables. Si es el demandante quien interpone apelación, únicamente podrá impugnar las excepciones estimadas ya que las desestimadas le benefician<sup>815</sup>. En todo caso, como sabemos, si los litigantes no determinan los pronunciamientos que son objeto de impugnación, se entenderá sometido a la consideración del Tribunal todo aquello que les cause gravamen.

Si esta reproducción de las excepciones alegadas en primera instancia la realiza el litigante en su posición procesal de apelado, ¿es necesario que, en todo caso, las reproduzca utilizando la adhesión a la apelación?. La respuesta debe ser negativa, ya que la simple oposición del apelado al recurso en el acto de la vista basta para introducir las excepciones, pues la alegación de las mismas es un mero medio de defensa sin entidad propia semejante a la de las pretensiones del actor, pues no persigue obtener una tutela judicial concreta, sino sólo que se deniegue al apelante la tutela que pide<sup>816</sup>. Es posible utilizar el instituto de la adhesión para realizar esta reproducción pero no es necesario. Además, la utilización sistemática de la adhesión para formular las excepciones cae en el peligro de convertirla en un recurso inútil, a causa de su masiva aplicación para realizar cualquier oposición.

---

<sup>815</sup> NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.415.

<sup>816</sup> También lo entiende así, la S.T.S. de 12 de noviembre de 1992 (R.J.9586), donde el apelado reproduce las excepciones alegadas en primera instancia y desestimadas oponiéndose a la apelación, sin adherirse a la misma.

La S.T.C. 3/1996, de 15 de enero, pone de manifiesto el derecho del apelado de defenderse mediante la oposición al recurso: "*La motivación del recurso (...) permite que el apelado pueda contraargumentar frente a los alegatos del apelante y ejercer, en consecuencia, adecuadamente su derecho a la defensa en la segunda instancia con plena aplicación de los principios de contradicción e igualdad*".

En el mismo sentido, la S.A.P. de Cuenca, de 23 de diciembre de 1987 (La Ley, 1988-2, 8521).

Igualmente, SALAS CARCELLER, A.: *Algunas consideraciones sobre la vista...*, ob. cit., pág.114.

Los supuestos de absolución en la instancia por apreciar la resolución del Juez *a quo* una excepción procesal, siempre comportan la introducción en el recurso de apelación de la excepción estimada en primera instancia para que el Tribunal *ad quem* vuelva a analizarla y decidir si mantiene la estimación o, por el contrario, si debe ser desestimada y entrar a resolver la cuestión de fondo. Normalmente, quien interpondrá el recurso será el demandante, ya que es el único perjudicado por la admisión de la excepción, siendo dicho pronunciamiento, por lo tanto, el único extremo de la resolución de primera instancia apelable. La alegación de estas excepciones en segunda instancia vendrá amparada, según el T.S., por la máxima *tantum devolutum quantum appellatum*, aunque el apelante se limite a interponer el recurso sin precisar su impugnación<sup>817</sup>. También lo manifiestan en este sentido las Audiencias Provinciales<sup>818</sup>.

#### 1.2.B. Excepciones no alegadas en el recurso de apelación.

Del examen de la doctrina y la jurisprudencia no queda claro si las excepciones no introducidas en apelación por alguna de las partes, pueden ser examinadas por el Tribunal *ad quem*.

En aquellos casos donde en primera instancia se acumularon varias excepciones, puede suceder que se estime una de ellas, la considerada principal, sin entrar a analizar las demás. Si, interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial desestima la excepción admitida en primera instancia, se entiende que debe pronunciarse sobre las

---

<sup>817</sup> S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650): "(...) se ha de entender que en el supuesto de haber estimado el iudex a quo una excepción, absteniéndose de entrar en el fondo de la controversia, si la sentencia recaída en la apelación interpuesta - obviamente - por el actor revoca la del primer grado, desestimando la excepción acogida por el inferior, el Tribunal no reenvía las actuaciones al órgano de procedencia para que decida sobre la cuestión sustantiva, sino que en virtud de lo indicado y por indeclinables atenciones de economía procesal la resolución a pronunciar en la alzada abarcará toda la materia debatida, lo que implica, en palabras de la doctrina, que el Juez ad quem pasa a ejercer la jurisdicción negativa y positiva y que tras el pronunciamiento rescindente dicta el rescisorio, solución acomodada a lo que constituye el objeto de la apelación, (...)"; S.T.S. de 15 de marzo de 1988 (R.J.1970); S.T.S. de 12 de junio de 1989 (R.J.4423); S.T.S. de 16 de marzo de 1990 (R.J.1704); S.T.S. de 11 de julio de 1990 (R.J.5853); S.T.S. de 13 de mayo de 1992 (R.J.3922); S.T.S. de 14 de octubre de 1996 (R.J.8587); S.T.S. de 5 de diciembre de 1996 (R.J.8786); S.T.S. de 27 de octubre de 1997 (R.J.7617); S.T.S. de 9 de diciembre de 1997 (R.J.8967); S.T.S. de 28 de julio de 1998 (R.J.6377).

otras excepciones alegadas, aunque nadie se lo hubiera pedido<sup>819</sup>. En estos casos, el hecho de que el demandado no interponga recurso de apelación no podrá determinar la cosa juzgada de las excepciones, pues es un extremo sobre el cual el Juez *a quo* no ha fallado, es un caso de omisión de pronunciamiento.

La S.T.S. de 15 de marzo de 1993 se pronuncia en el mismo sentido. En juicio de tercería, la demanda fue desestimada sin resolver sobre el fondo por apreciar la excepción procesal de falta de reclamación previa en vía administrativa, absolviendo al demandado en la instancia, sin entrar a analizar la reconvención (declaración de nulidad del título de tercerista) presentada por el demandado para el caso que no prosperara la excepción. El actor interpone recurso de apelación, y la Audiencia desestimó la excepción procesal acogiendo íntegramente la demanda, sin pronunciarse sobre la reconvención por entender que no podía entrar a analizarla ya que el demandado no había interpuesto recurso de apelación, ni se había adherido al interpuesto en el momento procesal oportuno. El T.S. no comparte este argumento:

*“(...) es evidente que si se acepta la omisión de resolver sobre la acción reconvencional quedaría indefensa la parte que la ejercitó, se la obligaría a ir a un nuevo proceso no obstante haber ejercitado en éste legalmente aquella acción y, lo que es más importante aún, se infringiría el art.24.1 de la Constitución, al privarle de la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, como consecuencia de la indefensión a que se ha aludido”.*

Además, al estimar el Juez de Primera Instancia la excepción procesal y resultar absuelto el demandado, no interpuso recurso de apelación ni se adhirió al interpuesto, en cuanto la sentencia recaída no le causaba gravamen, al desestimar la demanda contra él formulada. Por tanto, la Audiencia, al desestimar la excepción procesal estimada en primera instancia, debe pronunciarse sobre la reconvención, aunque no haya sido pedido por ninguno de los litigantes<sup>820</sup>.

---

<sup>818</sup> S.A.P. de Palencia, de 20 de abril de 1988 (La Ley, 1988-3, 8781); S.A.P. de Alicante, de 25 de octubre de 1994 (R.A.C.1837); S.A.P. de Valladolid, de 22 de noviembre de 1994 (R.A.C.2460); S.A.P. de Cádiz, de 26 de enero de 1998 (R.A.C.3981).

<sup>819</sup> MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.512. TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, ob. cit., pág.8686. NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., págs.415 y 416. SOLÉ RIERA, J.: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., págs.254 a 256.

<sup>820</sup> S.T.S. de 15 de marzo de 1993 (R.J.2280). Igualmente, la S.T.S. de 4 de febrero de 1993 (R.J.827).

Pero el Tribunal competente en apelación no podrá analizar la excepción alegada en primera instancia, examinada por el Juez *a quo* y desestimada, si el demandado no interpone recurso ni se adhiere al mismo o no introduce las oportunas alegaciones al respecto, al entender que el pronunciamiento relativo a la excepción adquirió firmeza por aquietamiento del demandado. El T.C. lo ha afirmado en la Sentencia 120/1989, de 3 de julio, en un supuesto donde la resolución de apelación revoca la sentencia apelada y absuelve de la demanda a todos los demandados, incluidos los condenados, admitiendo una excepción que fue planteada en primera instancia y fue rechazada por la sentencia apelada:

*“(...) El pronunciamiento judicial ha empeorado la situación que el apelante tenía ya reconocida en la resolución apelada, por el mero hecho de la apelación y sin que hubiese existido petición alguna de los apelados que liberase al órgano judicial superior de los estrictos términos de la inicial pretensión impugnatoria. La transformación de una pretensión favorable en una decisión desfavorable para el recurrente, por su sólo impugnación y, en base a unas pretensiones y argumentos no invocados por nadie en la apelación, ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, por lo que procede otorgar el amparo solicitado”.*

Por su parte, el T.S., en la Sentencia de 20 de marzo de 1997, manifiesta:

*“(...) El vicio de incongruencia que se denuncia consiste en que la sentencia recurrida no resolvió las excepciones procesales opuestas en la contestación a la demanda, concretamente la de defecto en el modo de plantear la demanda y falta de reclamación en vía gubernativa. Efectivamente así sucede, ya que no se plantearon en la alzada. Debe tenerse en cuenta que la sentencia del Juzgado no las acogió y el recurrente ni apeló ni se adhirió a la alzada, por tanto, al consentirla, se trataba de cuestión no sometida expresamente al debate de la segunda instancia”<sup>821</sup>.*

Las resoluciones de las Audiencias Provinciales también comparten estos argumentos<sup>822</sup>.

---

<sup>821</sup> S.T.S. de 20 de marzo de 1997 (R.J.2184). En el mismo sentido, S.T.S. de 4 de octubre de 1985 (R.J.4572): *“(...) fundarse los mismos en la sola alegación de incongruencia, que evidentemente se dio en la sentencia que se impugna, al hacer caso omiso ésta, tanto de la prohibición de conocer de tema o excepción no propuesto en la alzada (sustraído, por tanto, a su competencia funcional), agravando la posición del apelado, como por no atenderse (incongruencia) a lo propuesto por las partes, aquí al admitir una excepción de unos codemandados que, al no apelar, habían consentido su desestimación por el juez a quo”*; S.T.S. de 30 de junio de 1986 (R.J.3832); S.T.S. de 4 de noviembre de 1987 (R.J.8136); S.T.S. de 25 de marzo de 1991 (R.J.2442); S.T.S. de 12 de noviembre de 1992 (R.J.9586); S.T.S. de 21 de abril de 1993 (R.J.3111); S.T.S. de 14 de marzo de 1995 (R.J.2429); S.T.S. de 25 de noviembre de 1996 (R.J.9119); S.T.S. de 26 de noviembre de 1997 (R.J.8401).

<sup>822</sup> También, S.A.P. de Cuenca, de 16 de febrero de 1982 (La Ley, 1982-2, 1998); S.A.P. de Granada, de 21 de enero de 1992 (R.A.C.183), donde alegada en primera instancia la excepción de falta de jurisdicción, fue desestimada por el Juez *a quo*, y al no alegarse en apelación por el litigante perjudicado, el Tribunal *ad quem* no puede entrar a analizarla, aunque se trate de una cuestión apreciable de oficio;

Al aplicar estas consideraciones se podría pensar que el demandado que ha resultado absuelto en primera instancia no podría alegar en apelación la excepción desestimada por el Juez *a quo*, pues carecería de legitimación para recurrir o adherirse a la apelación por no padecer ningún gravamen. Pensemos en el supuesto planteado por el T.S. en la Sentencia de 6 de junio de 1992:

Se ejercitó acción sobre declaración de herencia y petición de herencia; los demandados opusieron la excepción material de prescripción de la acción de petición de herencia, que fue analizada y desestimada por el Juez de Primera Instancia; no obstante, absolvió a los demandados por entender que no concurrían los requisitos necesarios para acceder a la petición del actor; éste interpone recurso de apelación, actuando los demandados únicamente como apelados pidiendo la confirmación de la sentencia; la Audiencia revoca la sentencia de primera instancia al considerar probados los requisitos necesarios para la declaración de herederos, pero volvió a conocer de la excepción material y, acogiendo la desestimó la demanda; interpuesto recurso de casación, el T.S. expone que el Tribunal de apelación no podía conocer de nuevo una excepción que había sido desestimada en primera instancia sin que dicho pronunciamiento hubiera sido apelado por los demandados, ya que dicho extremo había sido consentido (no apelado) por la parte perjudicada y, por tanto, tenido por firme, incurriendo la Audiencia en incongruencia por desconocer la santidad de la cosa juzgada<sup>823</sup>.

Estamos de acuerdo con la argumentación del T.S., pues se trata de excepciones desestimadas en primera instancia, que el demandado - apelado puede reproducir en apelación por medio de su oposición al recurso, al no ser necesario, como hemos vistos, que la alegación de excepciones en la alzada se haga por medio de la presentación de una apelación o la adhesión a la misma. Si el apelado, que no puede recurrir ni adherirse por no causarle gravamen la resolución de primera instancia, no reproduce la excepción desestimada por el Juez *a quo* en su oposición al recurso, el Tribunal competente en apelación no puede pronunciarse sobre dicho extremo. De lo expuesto se deduce que para que el órgano judicial competente en apelación pueda pronunciarse sobre una

---

S.A.P. de Segovia, de 6 de julio de 1995 (R.A.C.1322); S.A.P. de Baleares, de 5 de diciembre de 1995 (R.A.C.2329); S.A.P. de Lleida, de 5 de diciembre de 1995 (R.A.C.1996/30); S.A.P. de Barcelona, de 28 de diciembre de 1995 (R.A.C.2280); S.A.P. de León, de 30 de septiembre de 1998 (R.A.C.6446); S.A.P. de Tarragona, de 20 de octubre de 1998 (R.A.C.2085).

<sup>823</sup> S.T.S. de 6 de junio de 1992 (R.J.5008). Igualmente, la S.T.S. de 13 de junio de 1989 (R.J.4631); S.T.S. de 14 de octubre de 1997 (R.J.7155); S.T.S. de 26 de noviembre de 1997 (R.J.8401); S.T.S. de 28 de julio de 1998 (R.J.6377): "(...) *ha de pensarse que al demandado se le acogió en la primera instancia, aunque de modo improcedente, su primera petición, y ello le privaba de legitimación para apelar o para adherirse a la apelación por falta de interés, pero si se entra a conocer del fondo del asunto, por estimarse la impugnación de la excepción procesal, ha de hacerse con plenitud de conocimiento, pues nadie se ha quietado a nada, recobrando su vivencia la petición reconvenzional con carácter subsidiario, precisamente para que no quede indefenso el demandado reconviniente*".

excepción alegada y desestimada en primera instancia, es necesario que alguno de los litigantes la introduzca expresamente como objeto de la apelación.

Por otra parte, existen un grupo de excepciones que, por su naturaleza, se admite que el órgano judicial competente en apelación las aprecie de oficio<sup>824</sup>: falta de jurisdicción, de competencia objetiva y funcional; constitución irregular de la litis por ausencia de un litisconsorte necesario<sup>825</sup>. Pero, también se otorga al demandado la facultad de denunciar estos vicios procesales por medio de excepción para suplir una eventual inactividad del órgano judicial. Tal alegación, como se ha visto, puede realizarse por primera vez en apelación, por constituir materias de orden público o de tal importancia que podrían provocar la invalidez o nulidad de la resolución<sup>826</sup>.

Hay quien entiende que las excepciones no producen cosa juzgada, por ser la cosa juzgada un efecto de los pronunciamientos judiciales y no de los razonamientos<sup>827</sup>. Podríamos deducir que, debido a esa falta de cosa juzgada, es posible que el Tribunal de apelación se pronuncie sobre aquellas excepciones estimadas o desestimadas en la resolución impugnada que no han sido alegadas por las partes en el recurso. Pero, como se ha visto, no se permite al Tribunal *ad quem* pronunciarse sobre las excepciones resueltas y desestimadas por el Juez de Primera Instancia cuando no han sido alegadas por alguno de los litigantes, ya que si se permitiera dicho pronunciamiento se vulneraría el principio dispositivo o de justicia rogada que rige el proceso civil en todas sus fases, impidiendo la debida defensa y, por ende, causando indefensión.

---

<sup>824</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E. (con Herce Quemada): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.479. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.52.

<sup>825</sup> La S.T.S. de 3 de julio de 1992 (R.J.6049) afirma que el hecho de que sólo recurra la sentencia desestimatoria en cuanto al fondo la parte actora, no exonera al Tribunal de apelación de examinar de oficio la concurrencia u observancia del litisconsorcio necesario. S.T.S. de 3 de octubre de 1994 (R.J.7445).

<sup>826</sup> S.A.P. de Navarra, de 11 de febrero de 1993 (RA.C.163). Véase Supra. Epgrf. C.1) del Capítulo cuarto.

<sup>827</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Sobre la cosa juzgada...*, ob. cit., págs.57 y ss., aunque este mismo autor pone en duda su argumentación, ya que si en una futura regulación se permite que ante la formulación de un excepción el actor pueda responder, defendiéndose, puede entenderse desaparecida esta limitación de la cosa juzgada. Asimismo, también exceptúa de esta limitación la excepción de compensación, ya que el titular del crédito compensable podría cobrar dos veces. En el mismo sentido, TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *la reconvención...*, ob. cit., pág.29. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs.84 y 89.



El tratamiento de las excepciones en el recurso de apelación viene dado por las reglas básicas imperantes en dicho recurso. En efecto, en virtud de la máxima *tantum devolutum quantum appellatum*, son las partes las que delimitan el ámbito del recurso de apelación, de forma que si alguno de los litigantes alega el conocimiento de alguna excepción sobre la que el Juez *a quo* se ha pronunciado, el Tribunal *ad quem* estará obligado a analizarla; si se interpone apelación sin delimitar el objeto de la misma, se entiende que el Tribunal competente podrá pronunciarse sobre todo lo que perjudique al apelante, incluidas las excepciones; si, desestimada una excepción en primera instancia, no es introducida en la determinación del ámbito de la apelación de la parte, el Tribunal *ad quem* no podrá pronunciarse sobre la misma por haber adquirido firmeza (art.408 de la L.E.C.); no se pueden introducir excepciones nuevas en apelación que modifiquen el objeto del proceso; todas estas reglas se excepcionan respecto aquellas cuestiones que el Tribunal de apelación puede conocer de oficio, sin alegación previa.

## 2. LA PRUEBA EN APELACIÓN.

El sistema de la doble instancia, como se ha analizado en su lugar, es una de las características del proceso civil español, cuya finalidad es conseguir que las cuestiones planteadas ante los órganos jurisdiccionales tengan una respuesta más ajustada al Ordenamiento Jurídico. El objetivo consiste en garantizar una mejor justicia y seguridad jurídica. Es absolutamente necesario que la Jurisdicción se estructure en doble grado, y, así, un segundo Tribunal, dotado de mayor experiencia, previa petición de parte, realice un nuevo examen de la cuestión litigiosa y se pronuncie otra vez sobre las pretensiones formuladas en primer instancia, observando siempre la exigida congruencia y la prohibición de *reformatio in peius*.

La prueba en el recurso de apelación se sitúa en este sistema, pero su mayor o menor aceptación depende del criterio adoptado por el legislador sobre la naturaleza de la segunda instancia. El legislador español, como ya se ha reiterado, ha optado por una concepción revisora de la segunda instancia y ha adoptado el sistema de apelación limitada, pero introduciendo determinados aspectos flexibilizadores, entre los que se encuentra la posibilidad de practicar prueba durante la tramitación del recurso de

apelación en los supuestos expresamente tasados por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta Ley regula un proceso unitario en dos fases, permitiendo el conocimiento judicial del mismo caso dos veces consecutivas. La pieza clave es la existencia de dos jueces diferentes dotados de los mismos poderes y facultades para conocer y juzgar el conflicto en cuestión<sup>828</sup>. Asimismo lo ha admitido el T.C.<sup>829</sup>.

En nuestro marco procesal, la prueba en segunda instancia está admitida por la L.E.C. únicamente si cumple algunas condiciones. Según el tipo procedimental en trámite, su regulación se halla dispersa en diferentes preceptos cosa que provoca una confusa y deficiente sistemática, característica del sistema de recursos vigente en la Ley de 1881: arts.860 a 870 (juicio de mayor cuantía), arts.707 y 708 (juicio de menor cuantía), arts.733.II y 736.II (juicio verbal y juicio de cognición, este último por remisión del Decreto de 21 de noviembre de 1952), arts.893 y 897 a 900 (incidentes y juicios que no sean de mayor cuantía o de menor cuantía); todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En materia de rebeldía, la recepción del pleito a prueba en segunda instancia se establece en el art.767 de la L.E.C..

## 2.1. Características de las facultades probatorias de los litigantes en segunda instancia.

El sistema de apelación limitada introduce una serie de condiciones en materia de prueba en segunda instancia, caracterizadoras de esta figura:

1.- La prueba en segunda instancia tiene un carácter excepcional y limitado. Esto deriva del sistema de apelación limitada adoptado por la L.E.C., que implica una revisión de la primera instancia con base en los mismos materiales y en la sentencia impugnada, y sólo permite a las partes introducir otros elementos diferentes en los supuestos taxativos fijados por el legislador. De esta concepción de la apelación como una *revisio prioris instantia*, deriva la anormalidad que dentro de ella supone la existencia de un período de prueba. De esta forma, la práctica de prueba debe ampararse en alguno de los motivos taxativamente establecidos en los arts.862 y 863 de la

---

<sup>828</sup> GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1376.

<sup>829</sup> A.T.C. 315/1994, de 21 de noviembre. S.T.C. 3/1996, de 15 de enero.

L.E.C.<sup>830</sup>. La doctrina del T.C. ha recalado este carácter taxativo de los motivos de prueba en apelación<sup>831</sup>. En el mismo sentido lo ha confirmado la jurisprudencia del T.S.<sup>832</sup> y las Audiencias Provinciales<sup>833</sup>. Este carácter excepcional también comporta una interpretación restrictiva de dichos motivos y de todos los preceptos legales que regulan la admisión y práctica de pruebas en segunda instancia<sup>834</sup>. La finalidad perseguida por el legislador al establecer de forma restringida la prueba en el recurso de apelación se centra en preservar el derecho de defensa y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, reconocidos en el art.24 de la Constitución como garantías de las partes en el proceso<sup>835</sup>.

2.- Dicho carácter limitado de la prueba implica que los sujetos de la apelación están obligados a demostrar la existencia de una causa legal que justifique su admisión, causas establecidas en los arts.862 y 863 de la L.E.C.. Como contrapartida, si el Tribunal deniega alguna de las pruebas solicitadas por el apelante o el apelado, tiene que especificar cuáles son los concretos requisitos incumplidos y no limitarse a señalar,

---

<sup>830</sup> GUASP: *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.895. GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1379. MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.114. GÓMEZ ORBANEJA, E. (con Herce Quemada): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.471. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.507. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., T.II, pág.437, y T.IV, pág.230. GALÁN URBANO, P.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., págs.12 y 13. RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.738.

<sup>831</sup> Sentencias del T.C.: 149/1987, de 30 de septiembre: "(...) ha de considerarse también como ajustado a la Constitución el carácter excepcional y limitado de las pruebas que pretendan practicarse durante la sustanciación de los recursos de apelación, pues el momento estrictamente probatorio pertenece a la primera fase del proceso y el recibimiento a prueba en la segunda instancia sólo cobra sentido cuando se trata de pruebas sobre hechos acaecidos después de la sentencia, que tengan relevancia para el enjuiciamiento del asunto o cuando las propuestas en la primera, no pudieron ser practicadas y esta imposibilidad de la práctica no sea imputable a quien la pretende después"; 233/1992, de 14 de diciembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de enero. A.T.C. 813/1987, de 1 de julio.

<sup>832</sup> Sentencias del T.S. de: 11 de abril de 1941 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.6112 y 6113); 9 de junio de 1993 (R.J.4473); 28 de julio de 1994 (R.J.7242) y 10 de enero de 1995 (R.J.9990).

<sup>833</sup> Sentencia de la A.P. de Valencia, de 18 de marzo de 1991 (R.G.D., 1991, pág.6767).

<sup>834</sup> S.S.T.S. de: 4 de febrero de 1904 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6108); 29 de septiembre de 1917 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6108); 19 de abril de 1926 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6138); 21 de noviembre de 1963 (R.J.4957); 2 de febrero de 1965 (R.J.521); 2 de abril de 1982 (R.J.1933).

Un ejemplo de esta interpretación restrictiva es la realizada por el T.S. al entender que el art.707 de la L.E.C., al remitirse exclusivamente al art.862 de la L.E.C., sólo admite la práctica de prueba, en el juicio de menor cuantía, cuando concurre alguno de los motivos señalados en este artículo, y, en ningún caso, se puede realizar aquella por alguna de las causas señaladas en el art.863 de la L.E.C. Esta línea argumental ha sido matizada posteriormente por el mismo T.S., cosa que analizaremos más adelante.

<sup>835</sup> S.T.S. de 28 de julio de 1994 (R.J.7242).

simplemente, la falta de causa<sup>836</sup>. Los presupuestos generales de toda admisión de pruebas son aplicables en la admisión de pruebas en segunda instancia. Los artículos de la L.E.C. que regulan esta materia no imponen al órgano jurisdiccional su admisión de forma imperativa, sino que aparecen como simples reglas potestativas. Estos preceptos encuentran su fundamento en la norma más general del art.566 de la L.E.C., donde se concede al juzgador la facultad de denegar las pruebas impertinentes o inútiles detallando, en todo caso, las razones motivadoras de su resolución de inadmisión<sup>837</sup>. En el mismo sentido, si alguna de las partes solicita la práctica de prueba en segunda instancia que considera esencial para la defensa de sus derechos, el Tribunal está obligado a pronunciarse sobre su admisión o denegación. En caso contrario, causa indefensión al no permitir a la parte servirse de los medios procesales que la L.E.C. otorga para defender sus derechos, ya que tal falta de denegación expresa del Juez priva al litigante de la posibilidad de interponer recursos (art.867 de la L.E.C.)<sup>838</sup>. De esta forma, el T.C. afirma que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a ser escuchado en el proceso e, incluso, se obtiene, sin causar indefensión, cuando el órgano judicial rechaza, de manera justificada, las solicitudes presentadas por las partes<sup>839</sup>. Asimismo, aunque la Ley no lo prevea expresamente, el Tribunal de apelación tiene que decidir tanto sobre la admisión genérica de la prueba como sobre la aceptación o repulsa de los concretos medios de prueba solicitados por la parte<sup>840</sup>.

3.- En nuestro sistema de apelación, como ya se ha señalado, impera la prohibición de *mutatio libelis*. Sin embargo, mediante la práctica de prueba en segunda instancia se permite a las partes introducir hechos nuevos o desconocidos siempre que se cumplan las condiciones establecidas por la Ley. La jurisprudencia mayoritaria

---

<sup>836</sup> GALÁN URBANO, P.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., pág.14.

Igualmente, S.S.T.S. de: 25 de junio de 1990 (R.J.4892); 28 de julio de 1994 (R.J.7242); 29 de septiembre de 1994 (R.J.7025). S.T.S. de 7 de noviembre de 1998 (R.J.8407), donde la Audiencia inadmite una prueba admisible por cumplirse todos los requisitos exigidos.

<sup>837</sup> S.S.T.S. de: 12 de diciembre de 1986 (R.J.7435), 19 de junio de 1990 (R.J.4795), 25 de junio de 1990 (R.J.4892), 9 de junio de 1993 (R.J.4473), 27 de julio de 1994 (R.J.6787), 23 de febrero de 1995 (R.J.1702), 3 de octubre de 1995 (R.J.7178), 2 de diciembre de 1997 (R.J.8697).

<sup>838</sup> En la Sentencia del T.S. de 29 de enero de 1994 (R.J.636), el Tribunal se limita a señalar la fecha de celebración de la vista, como si la petición de prueba documental no hubiera existido (arts.707 y 862.2º de la L.E.C.).

<sup>839</sup> S.T.C. 131/1995, de 11 de septiembre; S.T.C. 1/1996, de 15 de enero; S.T.C. 52/1998, de 3 de marzo.

<sup>840</sup> GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.897.

considera que ésta es una manifestación de la función revisora ejercida, en nuestro proceso, por el recurso de apelación<sup>841</sup>.

4.- A causa del carácter restrictivo de la práctica de pruebas en segunda instancia, las practicadas en la primera instancia tienen plena eficacia en apelación. No obstante, el Tribunal de apelación tiene la facultad de revisar todas las operaciones relativas a la valoración global y conjunta de la prueba practicada, pudiendo llegar a idénticas o discordantes conclusiones a las mantenidas por el Juez *a quo* en la resolución apelada<sup>842</sup>. Así lo han puesto de manifiesto las resoluciones del T.C.<sup>843</sup>. De la misma forma lo han mantenido el T.S.<sup>844</sup> y las Audiencias Provinciales<sup>845</sup>.

5.- La solicitud de prueba en apelación puede realizarse, indistintamente, tanto por el apelante como por el apelado siempre que convenga a su derecho y se circunscriba dentro de un supuesto taxativo. El T.C. ha afirmado que el derecho a la prueba en segunda instancia, constitucionalmente reconocido en el art.24.2 de la Constitución, corresponde tanto al apelante como al apelado<sup>846</sup>. Pero, el T.C. también añade que el art.24.2 de la Constitución no otorga un derecho a que sean aceptados incondicionalmente todos los medios de prueba propuestos por las partes, ya que corresponde a los Tribunales ordinarios pronunciarse sobre la pertinencia de los mismos<sup>847</sup>.

---

<sup>841</sup> Sentencia del T.C. 103/1995, de 3 de julio. A.A.P. de Valencia, de 3 de junio de 1994 (R.G.D., 1993, pág.11583).

<sup>842</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., pág.247.

<sup>843</sup> Sentencias del T.C.: 109/1986, de 24 de septiembre; 145/1987, de 23 de septiembre; 323/1993, de 8 de noviembre; 269/1994, de 3 de octubre y 176/1995, de 11 de diciembre.

<sup>844</sup> S.T.S. de 15 de octubre de 1991 (R.J.7072).

<sup>845</sup> S.A.P. de Cádiz, de 9 de enero de 1998 (R.A.C.3980). S.A.P. de Cádiz, de 26 de enero de 1998 (R.A.C.3981). S.A.P. de Palencia, de 9 de febrero de 1998 (R.A.C.3207). S.A.P. de Segovia, de 27 de febrero de 1998 (R.A.C.4460). S.A.P. de Córdoba, de 13 de marzo de 1998 (R.A.C.3883). S.A.P. de Cuenca, de 30 de marzo de 1998 (R.A.C.4338). S.A.P. de Segovia, de 28 de abril de 1998 (R.A.C.4452). S.A.P. de Málaga, de 7 de octubre de 1998 (R.A.C.7418).

<sup>846</sup> S.T.C. 23/1985, de 15 de febrero y S.T.C. 169/1990, de 5 de noviembre, entre otras.

También, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., T.IV, pág.231.

<sup>847</sup> A.T.C. 547/1984, de 3 de octubre; S.T.C. 149/1987, de 30 de septiembre: "(...) el derecho a utilizar los medios de prueba no supone desapoderamiento de la potestad que corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios para pronunciarse sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, siendo procedente únicamente el examen de tal extremo por este Tribunal en los supuestos de falta total de fundamentación o de absoluta incongruencia en la motivación del rechazo del medio de prueba que haya sido propuesto o cuando tal motivación sea arbitraria o irrazonable"; S.T.C. 87/1992, de 8 de junio; S.T.C. 233/1992, de 14 de diciembre; S.T.C. 103/1995, de 3 de julio.

En los juicios verbales y de cognición, debido a la dicción literal de los arts.733 y 734 de la L.E.C. al establecer expresamente que el recurrente podrá pedir en el escrito de formalización la práctica de diligencias de prueba, puede surgir la duda de si sólo el apelante está facultado para realizar tal petición. Sin embargo, el respeto a los principios de contradicción e igualdad de las partes exige que la proposición de medios de prueba esté abierta a todos los litigantes personados en el recurso de apelación. Además, una interpretación diferente iría en contra de la doctrina del T.C., expuesta anteriormente, conforme a la cual tanto el apelante como el apelado tienen derecho a la prueba en segunda instancia<sup>848</sup>.

Asimismo, el sucesor procesal también puede solicitar prueba en apelación, aunque debe ceñirse a alguno de los motivos taxativamente señalados por la Ley, ya que la sucesión por sí misma no obedece a ninguno de estos motivos<sup>849</sup>.

6.- Para que sean admisibles las pruebas en toda clase de juicios y sus instancias es indispensable que guarden relación más o menos directa con las cuestiones debatidas en el pleito, o sea, con los hechos fundamentales y controvertidos, y puedan, por tanto, ejercer alguna influencia en su apreciación y resolución<sup>850</sup>.

## 2.2. Supuestos de prueba en segunda instancia.

Como es obvio, son los sujetos legitimados para intervenir en apelación quienes deben solicitar la prueba en dicho recurso con base en alguno de estos supuestos. Si no fuera por su petición la prueba no se practicaría.

---

<sup>848</sup> MUERZA ESPARZA (con Montero Aroca y otros): *La reforma de los procesos civiles...*, ob. cit., pág.96. ORAÁ GONZÁLEZ, J.: *La prueba en los juicios verbales y de cognición tras la reforma procesal de 1992*, en «Cuadernos de Derecho Judicial (La prueba en el proceso civil)», 1993, XXXIV, pág.274.

<sup>849</sup> RAMOS MÉNDEZ, F.: *La sucesión...*, ob. cit., págs.359 y ss..

<sup>850</sup> S.T.S. de 14 de julio de 1897 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6110); S.T.S. de 26 de diciembre de 1910 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6112); S.T.S. de 23 de abril de 1920 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6111); S.T.S. de 11 de abril de 1941 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.6112 y 6113); S.T.S. de 14 de mayo de 1941 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6111).

Estos supuestos aparecen regulados en los arts.862 y 863 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Presentan dos perspectivas diferentes:

- el art.863, permite a las partes solicitar la práctica de las pruebas concretas que establece sin necesidad de recibir el pleito a prueba, siempre que dicha petición se efectúe desde la entrega de los autos para instrucción hasta la citación para sentencia. Cualquier presentación fuera de este ámbito temporal comporta su inadmisión<sup>851</sup>. Además, debemos tener presente que la facultad que este artículo otorga a los litigantes no es aplicable a los juicios de desahucio ni a los juicios ejecutivos<sup>852 853</sup>;
- el art.862, en cambio, regula unas causas taxativas cuya concurrencia permite conceder la recepción del pleito a prueba.

Según un sector doctrinal, los supuestos de los arts.862 y 863 de la L.E.C., excepto el número 5 del primer precepto, se fundamentan en el doble grado de jurisdicción<sup>854</sup>. Por su parte, otro autor engloba estos supuestos en dos grandes grupos aunque la L.E.C. no los diferencie claramente. En primer lugar, los apartados 1º y 2º del art.862 son supuestos de subsanación de defectos o corrección de errores de la primera instancia. En segundo lugar, los casos 3º y 4º del art.862 y 1º y 2º del art.863 implican “(...) aprovechar la continuación del proceso para realizar lo que puede realizarse en

---

<sup>851</sup> S.S.T.S. de: 27 de diciembre de 1990 (R.J.10375); 24 de enero de 1991 (R.J.313) y 16 de diciembre de 1993 (R.J.9099).

S.A.P. de Valencia, de 18 de marzo de 1991 (R.G.D., 1991, pág.6767).

<sup>852</sup> Respecto a los juicios ejecutivos, la S.T.S. de 4 de febrero de 1985 (Ar.529) afirma: “*Es doctrina constante de esta Sala contenida, entre otras, en las sentencias de 21 de septiembre de 1888, 3 de noviembre de 1896, 11 de junio de 1906, 10 de junio de 1927, 2 de febrero y 18 de noviembre de 1965, que la facultad concedida a las partes por el artículo 863 de la Ley de Ritos de pedirse reciprocamente confesión judicial, por una sola vez y hasta la citación para sentencia, no se extiende, ni por lo tanto comprende a los ejecutivos en la segunda instancia, excepción ésta procesalmente lógica, en cuanto tal denegación no produce indefensión al no ser la sentencia dictada en este tipo de juicio definitiva, con lo cual falta el requisito esencial establecido en el ordinal 5º del artículo 1693 de la L.E.C. para que haya lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma con base en el mismo, que la falta denunciada “haya podido producir indefensión”, lo que aquí no acontece, toda vez que cual ha declarado el Tribunal a quo en el auto denegatorio del recurso de súplica instado por el hoy impugnante, las cuestiones planteadas por el ejecutado y no probadas en dicho ejecutivo “pueden ser reproducidas en un juicio ordinario”.*”

<sup>853</sup> MANRESA: *Comentarios a la L.E.C. reformada con los formularios...*, ob. cit., pág.119. FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.6189 y 6190. NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.887. GALÁN URBANO, P.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., nº1256, pág.11.

<sup>854</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., pág.248: “(...) todas las situaciones procesales que se pueden configurar en la primera instancia tienen su manifestación en la segunda o, en su caso, su continuación y culminación”.

cualquier momento del mismo”. El supuesto del art.862.5 de la L.E.C. es el único que no tiene una explicación clara<sup>855</sup>.

Todos estos supuestos de prueba en segunda instancia sirven para ajustar el proceso a la realidad y garantizan la averiguación de la verdad, pero también comportan una restricción del criterio de preclusión y del doble grado de jurisdicción, ya que hay cuestiones que se tratan por primera vez en el recurso de apelación<sup>856</sup>.

2.2.A. Alegación y prueba sobre hechos sin necesidad de recibir el pleito a prueba (art.863 de la L.E.C.), y solicitud de recepción del pleito a prueba (art.862 de la L.E.C.).

La admisión de la prueba de confesión está sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos, cuya exigencia ha sido introducida e interpretada por la jurisprudencia<sup>857</sup>:

a) Tiene que tratarse de una auténtica prueba de confesión de forma que sea la otra parte quien la realice, ya que por esta vía no se puede dar a los litigantes la oportunidad de introducir, de manera encubierta, pruebas testificales o periciales. Son dudosos los casos donde quien ha declarado como testigo posteriormente se constituye en parte mediante una intervención procesal: ¿debe admitirse la prueba de confesión en apelación sobre los mismos hechos de su declaración testifical?. Se ha entendido que la solución debe ser la no admisión de la confesión por atentar a la economía procesal, por no contribuir al esclarecimiento de los hechos y por el carácter excepcional del art.863<sup>858</sup>; b) Los hechos sobre los que recaiga esta prueba deben estar íntimamente relacionados con el objeto del proceso y la misma debe servir para probar el hecho esencial o básico sobre el cual la parte fundamenta su petición<sup>859</sup>; c) No se permite que recaiga sobre hechos que han sido objeto de confesión en primera instancia<sup>860</sup>; d) La solicitud de esta prueba debe ir acompañada de un pliego abierto de posiciones donde la parte concrete los hechos

---

<sup>855</sup> MONTERO AROCA, J.: *La prueba en el proceso civil*, en «Tratado y Manuales», ed. Civitas, 1996, Madrid, págs.132 y ss.

<sup>856</sup> CALDERÓN CUADRADO, M<sup>ª</sup>P.: *Breves consideraciones sobre el recurso de apelación y...*, ob. cit., págs.581 y ss.

<sup>857</sup> S.T.S. de 30 de abril de 1994 (R.J.2950). S.T.S. de 15 de noviembre de 1995 (R.J.8604).

<sup>858</sup> GALÁN URBANO, P.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., nº1256, pág.12.

<sup>859</sup> S.T.S. de 30 de abril de 1994 (R.J.2950). S.T.S. de 7 de noviembre de 1998 (R.J.8407).

<sup>860</sup> MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ ( con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.504. En el mismo sentido, S.T.S. de 30 de abril de 1994 (R.J.2950). S.T.S. de 15 de noviembre de 1995 (R.J.8604). S.T.S. de 6 de junio de 1996 (R.J.4822).



objeto de confesión y, así, el Tribunal *ad quem* pueda comprobar que no se repiten las confesiones efectuadas en primera instancia<sup>861</sup>. Pero, la jurisprudencia del T.S. permite a la parte aportar el pliego de posiciones con posterioridad a la admisión de la prueba de confesión, incluso en el mismo acto de práctica de la prueba o en sobre cerrado a abrir en aquel momento, pues, negar la posibilidad de su práctica únicamente basándose en la falta de dichas posiciones vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art.24 de la Constitución<sup>862</sup>.

Respecto a la prueba documental, los requisitos necesarios exigidos a las partes por la jurisprudencia para admitir su práctica en el recurso de apelación son los siguientes: a) Ser una auténtica prueba documental. El T.S. no admite la introducción por esta vía en la segunda instancia de: declaraciones testificales o de confesión en acta notarial<sup>863</sup>; informes periciales bajo la forma de documentos<sup>864</sup>; b) Los documentos aportados por la parte que propone su práctica deben encontrarse en alguno de los tres casos establecidos en el art.506 de la L.E.C.<sup>865 866</sup>. Abarca todos aquellos documentos que, por las causas tasadas, no se han aportado oportunamente durante la primera instancia. En efecto, el T.S. ha declarado que en apelación no es posible introducir documentos incluidos en alguno de los supuestos del art.506 de la L.E.C., si versan sobre hechos conocidos por el litigante antes de la fase de proposición de prueba en la primera instancia<sup>867</sup>; c) Finalmente, esta prueba debe ser pertinente y tener una relación directa y eficaz con el objeto del proceso<sup>868</sup>.

---

<sup>861</sup> S.T.C. 233/1992, de 14 de diciembre.

<sup>862</sup> S.T.S. de 29 de noviembre de 1917 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6111); S.T.S. de 8 de junio de 1990 (R.J.4745); S.T.S. de 6 de junio de 1996 (R.J.4822).

<sup>863</sup> S.T.S. de 8 de julio de 1991 (R.J.5331) que habla de "(...) *pseudo prueba testifical, encubierta bajo forma documental (...)*" y la S.T.S. de 16 de noviembre de 1993 (R.J.9099).

<sup>864</sup> S.T.S. de 27 de diciembre de 1990 (R.J.10375).

<sup>865</sup> A.T.C. 27/1992, de 27 de enero. S.T.C. 52/1998, de 3 de marzo.

<sup>866</sup> Sentencias del T.S. de: 27 de marzo de 1991 (R.J.2453); 19 de octubre de 1993 (R.J.7743) y 1 de octubre de 1994 (R.J.7441).

<sup>867</sup> La S.T.S. de 27 de marzo de 1991 (R.J.2453), lo manifiesta claramente: "(...) *no puede por esta vía darse el rango de verdadero documento al que se crea unilateralmente por un litigante, que lo redacta según su particular convicción y que contiene hechos todos por él conocidos ya desde la fase de proposición de prueba (...)*". En este mismo sentido, se pronuncia la S.T.S de 7 de marzo de 1996 (R.J.1883).

<sup>868</sup> S.T.S. de 27 de marzo de 1991 (R.J.2453). S.T.S. de 27 de diciembre de 1991 (R.J.10375).

La jurisprudencia del T.S., en un inicio, interpretó restrictivamente el art.707 de la L.E.C., interpretación exigida por el carácter excepcional de la prueba en segunda instancia. Entendía que el art.707 de la L.E.C., en el juicio de menor cuantía, al remitirse de forma expresa únicamente a los supuestos del art.862 de la L.E.C., excluía la aplicación de los casos establecidos en el art.863 de la L.E.C.<sup>869</sup>. Actualmente, el T.S. ha cambiado esta interpretación y considera aplicable al recurso de apelación del juicio de menor cuantía el art.863 de la L.E.C., ya que el art.707 de la L.E.C. se remite exclusivamente al art.862 de la L.E.C. por que está regulando la procedencia de la recepción del pleito a prueba en dicho recurso<sup>870</sup>.

La recepción del pleito a prueba se trata de una solicitud que deben realizar los sujetos de la apelación en el momento oportuno, pues si la parte deja correr el plazo legalmente señalado sin pedir la recepción del pleito a prueba, el Tribunal tiene plenas facultades para denegar la petición efectuada extemporáneamente. Según el T.C., esto no causa indefensión ya que el litigante ha actuado negligentemente al dejar pasar unos plazos procesales preclusivos<sup>871</sup>. Esta falta de indefensión en dichos supuestos también es sostenida por el T.S.<sup>872</sup>.

Asimismo, el T.C. afirma que los órganos judiciales no pueden desestimar una recepción del juicio a prueba basándose, exclusivamente, en la falta de concreción en el escrito correspondiente de los medios específicos de prueba, al ser un formalismo excesivo o requisito impeditivo contrario a la idea general de favorecer las posibilidades de defensa, puesto que se priva al litigante de la práctica de una prueba que puede ser necesaria para la resolución del litigio<sup>873</sup>.

---

<sup>869</sup> NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., págs.887 y 888, ponen como manifestación de esta vieja jurisprudencia la S.T.S. de 13 de marzo de 1957.

<sup>870</sup> S.T.S. de 16 de noviembre de 1993 (R.J.9099). S.T.S. de 30 de abril de 1994 (R.J.2950). S.T.S. de 18 de julio de 1998 (R.J.6125). S.T.S. de 7 de noviembre de 1998 (R.J.8407).

<sup>871</sup> A.T.C. 846/1986, de 22 de octubre.

<sup>872</sup> Sentencias del T.S. de: 17 de abril de 1990 (R.J.2722); 19 de junio de 1990 (R.J.4795); 26 de junio de 1990 (R.J.4898); 12 de julio de 1992 (R.J.1547); 9 de julio de 1992 (R.J.6271); 18 de noviembre de 1992 (R.J.9237); 15 de febrero de 1994 (R.J.1310); 2 de junio de 1994 (R.J.4574); 28 de enero de 1995 (R.J.179); 10 de enero de 1995 (R.J.9990).

<sup>873</sup> S.T.C. 1/1992, de 13 de enero: "(...) lejos, pues, de llevar a cabo una interpretación favorable a la utilización de los medios de prueba necesarios para su defensa y de que no pudo valerse en la primera instancia, aquellas resoluciones hicieron de hecho aplicación extensiva de la prescripción del art.707, que se refiere solamente al juicio de menor cuantía, mientras que ni el art.862.5º ni el 767 (ambos específicos para el declarado en rebeldía), ni tampoco el 860 o el 863, de aplicación general, según el

La recepción del juicio a prueba exige la petición previa de una de las partes y la audiencia de la otra (arts.860, 861, 864 i 866 de la L.E.C.). Cualquier litigante puede realizar esta solicitud y en el mismo escrito donde las partes piden que se reciba el pleito a prueba, deberá proponerse la prueba concreta que se crea pertinente<sup>874</sup>.

El art.862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece cinco motivos, la concurrencia de los cuales obliga al Tribunal de apelación recibir el pleito a prueba.

El primer motivo del art.862 de la L.E.C. se produce cuando el Juez *a quo* desestima una diligencia de prueba estimada pertinente por la Sala de apelación. Los presupuestos necesarios para la alegación de este motivo que los litigantes deben justificar en la solicitud de recepción del pleito a prueba son: a) La prueba pertinente se haya propuesto en primera instancia<sup>875</sup>. De esta forma, en segunda instancia tiene que proponerse la práctica de la misma prueba solicitada en la primera, sin que el hecho de que la prueba del juicio sea numerosa impida la práctica de todas aquellas necesarias para la mejor resolución del conflicto<sup>876</sup>; b) El Juez de Primera Instancia, indebidamente, deniegue la prueba solicitada de forma errónea; c) Contra el auto que deniega la prueba en primera instancia se tiene que interponer, en el momento procesal oportuno establecido en el art.567 de la L.E.C., un recurso de reposición que debe ser desestimado<sup>877</sup>.

El supuesto de prueba propuesta y admitida en primera instancia que no se pudo practicar, total o parcialmente, por causas no imputables a la parte que la solicita, representa el segundo motivo del art.862 de la L.E.C.. Para la admisión de la recepción del pleito a prueba por este motivo, el órgano judicial exige los siguientes requisitos que

---

899, exigen aquella proposición concreta, sino solamente que se alegue «la causa que justifique esta pretensión», o que sean «de hecho las cuestiones que se discuten» (...)."

<sup>874</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., T.II, pág.433.

<sup>875</sup> S.T.C. 131/1995, de 11 de septiembre.

<sup>876</sup> S.T.S. de 28 de julio de 1994 (R.J.7242): "(...) el hecho de que ya existiera en el pleito una prueba numerosa no excluye la práctica de todas aquellas necesarias para la mejor resolución del conflicto, al no tratarse de un problema cuantitativo, sino de legítima defensa de derechos (...)."

<sup>877</sup> GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.1380. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.506. ORTELLS RAMOS, M. (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo): *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., pág.335.

también deben justificar las partes en el escrito de proposición de prueba: a) La prueba solicitada en primera instancia y declarada admisible por el Juez *a quo*, no se haya practicado. Con amparo en este supuesto no se permite reproducir, ampliar o modificar la prueba ya practicada, ni subsanar las deficiencias cometidas en su ejecución y tampoco llevar acabo pruebas complementarias o subsidiarias de las de primera instancia<sup>878</sup>; b) La prueba que se pida debe ser idéntica a la que no se pudo llevar a cabo en la primera instancia<sup>879</sup>. Se deniega la recepción del pleito a prueba en segunda instancia por no ser prueba idéntica cuando: la solicita persona distinta, incluso si es la parte contraria<sup>880</sup>; o se pretende ampliar, modificar o subsanar sus defectos<sup>881</sup>; c) La prueba pedida en segunda instancia tiene que incidir en un hecho decisivo, necesario e imprescindible para la resolución de la controversia<sup>882</sup>; d) La prueba no pudo practicarse, total o parcialmente, por causa ajena a la voluntad de la parte solicitante de la misma, como es: enfermedad grave, ignorancia de paradero de algún testigo, calamidad pública<sup>883</sup>. Es al Tribunal de apelación a quien corresponde la tarea de valorar el hecho de ser o no imputable a la parte la causa que motivó la falta de prueba. El T.S. presenta como causas imputables a los litigantes, motivadoras de la inadmisión de la recepción a prueba:

- El proponente de la prueba en primera instancia no realiza ninguna actuación destinada a conseguir su introducción en el proceso: no ejercita los recursos pertinentes; no cumple con el mandato legal de reproducir, en el momento procesal oportuno, la subsanación de la falta; o, incluso, no solicita la recepción del pleito a prueba en el recurso de apelación basándose en este motivo, a pesar de darse los otros requisitos. El T.S. afirma que el litigante, ante esta actuación,

---

<sup>878</sup> S.T.C. 141/1992, de 13 de octubre.

Igualmente, S.T.S. de 1 de febrero de 1922 (en FENECH. *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6127); S.T.S. de 18 de noviembre de 1996 (R.J.8639).

<sup>879</sup> S.T.S. de 3 de octubre de 1995 (R.J.7178).

<sup>880</sup> S.T.S. de 18 de marzo de 1992 (R.J.2201).

<sup>881</sup> S.S.T.S. de 10 de abril de 1994 (R.J.2714) y de 12 de abril de 1994 (R.J.2793).

<sup>882</sup> Sentencias del T.S. de: 4 de junio de 1991 (R.J.4414), 4 de noviembre de 1992 (R.J.9195), 17 de febrero de 1993 (R.J.1237), 4 de marzo de 1993 (R.J.1666), 7 de junio de 1993 (R.J.4484), 30 de abril de 1994 (R.J.2950) y 4 de octubre de 1996 (R.J.7033).

Igualmente, el A.A.P. de Granada, de 1 de diciembre de 1994 (R.A.C.2184) y S.A.P. de Granada, de 13 de diciembre de 1994 (R.A.C.2313).

<sup>883</sup> Sentencias del T.S. de: 14 de febrero de 1994 (R.J.1470), 1 de octubre de 1994 (R.J.7441) y 4 de octubre de 1996 (R.J.7033).

no puede alegar una falta de defensa, por que ésta se debe exclusivamente a su pasividad<sup>884</sup>.

-. Una vez admitida la prueba en segunda instancia, la parte no otorga la colaboración necesaria para proceder a su práctica actuando negligentemente, y deja correr el plazo de prueba sin aportar los medios exigidos o pide su práctica consciente que no hay tiempo material para realizarla<sup>885</sup>. Esto sucede cuando: no se pide nueva citación judicial de los testigos cuando la anterior ha resultado negativa; falta de declaración de todos o alguno de ellos por no presentarlos o no expresar las circunstancias precisas para que puedan ser citados<sup>886</sup>; se incumple la carga de avisar al perito nombrado para que comparezca ante el Juez para aceptar y jurar el cargo<sup>887</sup>. De esta forma, quien propone la prueba está obligado a instar y vigilar su cumplimiento con todos los medios ordinarios y extraordinarios que estén a su alcance<sup>888</sup>.

---

<sup>884</sup> Sentencias del T.S. de: 16 de noviembre de 1891 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6114); 30 de junio de 1987 (R.J.4830); 7 de mayo de 1991 (R.J.3580); 9 de julio de 1992 (R.J.6271); 12 de julio de 1992 (R.J.1547); 17 de febrero de 1993 (R.J.1237); 28 de mayo de 1993 (R.J.4081); 12 de diciembre de 1995 (R.J.9607).

También, A.A.T. de Barcelona, de 30 de septiembre de 1982 (R.J.C., 1983-I, pág.99); S.A.P. de Cantabria, de 9 de setiembre de 1993 (R.A.C.1636) y S.A.P. de Girona, de 9 de febrero de 1995 (R.A.C.357).

<sup>885</sup> S.S.T.S. de: 22 de abril de 1890 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6116), 17 de enero de 1916 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6116), 27 de diciembre de 1930 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6118), 11 de abril de 1932 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6147), 8 de julio de 1946 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6119), 13 de octubre de 1949 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6119), 10 de octubre de 1950 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6120), 30 de octubre de 1952 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6149), 13 de marzo de 1978 (R.J.814), 7 de febrero de 1986 (R.J.447), 4 de junio de 1991 (R.J.4414), 9 de julio de 1992 (R.J.6270), 29 de septiembre de 1994 (R.J.7025), 23 de febrero de 1995 (R.J.1702) y 23 de marzo de 1995 (R.J.2134).

<sup>886</sup> S.T.S. de: 12 de diciembre de 1894 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6121); 8 de julio de 1897 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6122); 11 de junio de 1902 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6123); 1 de mayo de 1907 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6124); 28 de mayo de 1909 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6125); 7 de diciembre de 1910 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6135); 16 de marzo de 1915 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6126); 12 de junio de 1925 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6137); 22 de noviembre de 1940 (en FENECH, *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6129); 7 de junio de 1993 (R.J.4484).

<sup>887</sup> S.S.T.S. de: 15 de diciembre de 1986 (R.J.7445), 25 de febrero de 1994 (R.J.1264) y de 23 de marzo de 1995 (R.J.2059).

<sup>888</sup> S.T.C. 141/1992, de 13 de octubre.

Sentencias del T.S. de: 6 de marzo de 1914 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6136); 17 de enero de 1916 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob.

No obstante, cuando no se practica prueba en primera instancia por causa imputable al juzgador, debe admitirse en la apelación. Pero, que la falta de prueba se deba a la conducta del Juez no condiciona la admisión de la recepción del pleito a prueba en segunda instancia, ya que el Tribunal *ad quem* continua teniendo el poder para comprobar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la Ley e interpretados por la jurisprudencia<sup>889</sup>.

Si se cumplen todas estas condiciones, el órgano de la apelación no puede denegar la recepción a prueba argumentando que el número de pruebas es suficiente para resolver el litigio ya que, si se cumplen los requisitos establecidos por la Ley, está obligado a admitir la recepción del juicio a prueba en el recurso de apelación<sup>890</sup>.

El tercer motivo establecido en el art.862 L.E.C. es: hecho nuevo, producido posteriormente a la proposición de prueba en primera instancia, de influencia notoria en la resolución del pleito. Se permite proponer y practicar cualquier medio de prueba, pero limitado respecto a unos determinados hechos (los nuevos), los *nova producta*<sup>891</sup>.

En este supuesto también se exigen una serie de requisitos cuya concurrencia debe justificarse en el momento de la solicitud de la prueba, y que pretenden evitar que el carácter revisor de la apelación quede desnaturalizado por la introducción de nuevas pretensiones: a) El hecho cuya prueba se pretende tiene que ser nuevo, producido fuera del proceso y posterior a la proposición de prueba en primera instancia<sup>892</sup>. La jurisprudencia considera que la prueba no se refiere a hechos nuevos cuando: verse sobre documentos nuevos referidos a hechos anteriores; el hecho no tenga conexión manifiesta con los hechos debatidos; la prueba solicitada en la segunda instancia podía

---

cit., pág.6136); 26 de abril de 1920 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6137); 19 de enero de 1933 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6138); 3 de febrero de 1936 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6139); 30 de abril de 1952 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6141); 30 de septiembre de 1985 (R.J.4487); 28 de octubre de 1989 (R.J.6970).

En el mismo sentido, la A.A.P. de Granada, de 1 de diciembre de 1994 (R.A.C.2184) y S.A.P. de Granada, de 13 de diciembre de 1994 (R.A.C.2313).

<sup>889</sup> S.T.S. de 1 de octubre de 1994 (R.J.7441).

<sup>890</sup> S.T.S. de 1 de octubre de 1994 (R.J.7441).

<sup>891</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., T.II, pág.440.

<sup>892</sup> Sentencias del T.S. de: 19 de octubre de 1993 (R.J.7743), 6 de junio de 1996 (R.J.4822) y 24 de octubre de 1996 (R.J.7241).

haberse practicado durante la primera<sup>893</sup>; la prueba pedida en apelación es complemento de otra prueba, afecta a su apreciación o pretende ser un simple medio para encubrir una prueba no admitida<sup>894</sup>. La parte tiene que concretar en su solicitud el hecho nuevo cuya prueba se pretende y justificar que ha surgido posteriormente a la proposición de prueba en primera instancia<sup>895</sup>. b) La aparición de este nuevo hecho tiene que ser independiente a la voluntad de la parte que propone la prueba y estar directamente relacionado con otros hechos alegados<sup>896</sup>. c) El hecho debe tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, de forma que la denegación de su prueba cause indefensión a la parte que la solicita<sup>897</sup>.

La práctica de esta prueba tiene la finalidad de resolver de forma más adecuada el conflicto jurídico y dar mayor certeza y seguridad jurídica<sup>898</sup>. No serviría de nada dictar en apelación una sentencia que, de antemano, sabemos que no se aplicará por haber cambiado la situación fáctica, al aparecer algún hecho nuevo no existente en primera instancia.

Cuando el hecho objeto de prueba sea de influencia notoria en la decisión del pleito y llega a conocimiento de la parte con posterioridad a la proposición de prueba en primera instancia, si jura que no tuvo conocimiento de su existencia anteriormente, se trata del cuarto motivo de recepción del pleito a prueba que los sujetos de la apelación pueden solicitar (art.862.4º de la L.E.C.). No se trata de un hecho nuevo como en el supuesto anterior, sino tiende a ser un hecho desconocido: de *nova reperta*. También es necesaria la concurrencia de unos presupuestos para su admisión: a) El hecho sea realmente ignorado por la parte y no haya sido, directa o indirectamente, objeto de

---

<sup>893</sup> S.T.S. de 11 de diciembre de 1990 (R.J.9935) y S.T.S. de 27 de julio de 1994 (R.J.6787).

<sup>894</sup> S.T.S. de 27 de julio de 1994 (R.J.6787).

<sup>895</sup> FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.6174 y 6175. GALÁN URBANO, P.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., nº1256, pág.6.

<sup>896</sup> FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.6167 y ss. NOGUERA ROIG y AGUNDEZ FERNÁNDEZ: *El recurso de apelación civil*, ob. cit., pág.886.

S.T.S. de 30 de julio de 1991 (R.J.5428) y S.T.S. de 27 de julio de 1994 (R.J.6787).

<sup>897</sup> S.S.T.S. de: 11 de diciembre de 1990 (R.J.9935); 30 de julio de 1991 (R.J.5428); 19 de octubre de 1993 (R.J.7743); 27 de julio de 1994 (R.J.6787); 24 de octubre de 1996 (R.J.7241).

<sup>898</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., pág.252. GRABERÍ LLOBREGAT y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO: *Apelación y casación en el proceso civil*, ob. cit., pág.53.

alegación y prueba en primera instancia<sup>899</sup>; b) El solicitante de esta prueba en la segunda instancia está obligado a jurar que desconocía este hecho antes de la proposición de prueba en la primera<sup>900</sup>; c) El hecho desconocido tiene que tener alguna relación con el objeto del proceso, sin implicar una modificación sustancial de la materia objeto del debate; d) Por último, el hecho desconocido tiene que tener una influencia notoria en el juicio, esto es, una afección directa al tema capital del proceso hasta el punto que la denegación de esta prueba pueda causar indefensión<sup>901</sup>. Pero, en caso de duda sobre su notoriedad el hecho deberá ser admitido<sup>902</sup>.

De los supuestos anteriores podemos extraer una serie de puntos comunes:

- Es posible la práctica de cualquier medio de prueba admitido en nuestro Ordenamiento Jurídico si en el momento de la solicitud de la recepción del juicio a prueba se justifica su inclusión en cualquiera de los supuestos expuestos.
- No permitir su práctica, si se cumplen todos los requisitos legales, implica: negar el derecho a la tutela judicial efectiva causando indefensión; violar el derecho de defensa de la parte perjudicada; y vulnerar el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes consagrados, todos ellos, en el art.24 de la Constitución.
- Sin embargo, estos supuestos de recepción del pleito a prueba en apelación tienen un límite: su simple justificación no puede modificar el objeto del proceso, ni alterar los términos en que fue concebida la demanda, ya que, en caso contrario, se vulneraría la prohibición de la *mutatio libelis*. Prevalece, pues, la necesidad de guardar la debida relación de congruencia con las peticiones de los litigantes.

## 2.2.B. Los supuestos de prueba en segunda instancia en la nueva L.E.C.

Por su parte, la nueva L.E.C. ha modificado la regulación de la prueba en segunda instancia: elimina la distinción entre pruebas que precisan la solicitud de

---

<sup>899</sup> A.T.C. 27/1992, de 27 de enero.

Sentencias del T.S. de: 9 de junio de 1993 (R.J.4473) y 7 de marzo de 1996 (R.J.1883).

<sup>900</sup> S.T.S. de 18 de noviembre de 1996 (R.J.8639).

<sup>901</sup> S.T.S. de 10 de junio de 1924 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6117); S.T.S. de 11 de diciembre de 1990 (R.J.9935).

<sup>902</sup> PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ: *Limitaciones de la apelación*, ob. cit., pág.381, añade que en caso de inadmisión se concederá recurso. Por otro lado, si posteriormente, una vez admitida, se comprueba la negligencia o la chicana de la parte debe sancionarse con la condena en costas.



recepción del pleito a prueba y pruebas que no necesitan esta recepción, ya que todas las que se permiten en apelación deben solicitarse en el escrito de interposición del recurso (art.460 del Proyecto de L.E.C. remitido al Senado por el Congreso) o en el escrito de oposición e impugnación del apelado (art.461.3 del mismo Proyecto). De esta forma, los supuestos de prueba en segunda instancia, que continúan siendo los tasados legalmente, se encuentran establecidos en un único artículo, el 460 del mencionado Proyecto. Asimismo, dicho artículo no regula como supuesto especial la prueba de confesión de la otra parte, de manera que será admisible en la medida que entre en alguno de los supuestos del art.460 del Proyecto. Otra diferencia respecto a la regulación vigente en la actualidad, es que no regula la prueba documental en segunda instancia como un caso de prueba, sino que sólo menciona los documentos que pueden acompañar al escrito de interposición (art.460.1). Para determinar tales documentos remite al art.270 del Proyecto remitido al Senado, regulador de la presentación de documentos en momento no inicial del proceso. Los concretos supuestos de admisión de estos documentos son idénticos a los previstos en el art.506 de la L.E.C. de 1881, sin embargo existen algunas diferencias: a) también se tienen en cuenta los producidos, conocidos u obtenidos después de la audiencia previa al juicio y no sólo los posteriores a la demanda o contestación; b) dichos documentos, medios e instrumentos deben ser relativos al fondo del asunto. El Proyecto de L.E.C. aprobado por el Consejo de Ministros y remitido al Congreso, establecía para la aplicación del art.270 la exigencia de encontrarse en alguno de los casos previstos en el art.287, esto es, tratarse de hechos nuevos o de nueva noticia de relevancia para la decisión del pleito. Según esta última exigencia los documentos únicamente pueden versar sobre hechos nuevos o de nueva noticia, con lo que se excluyen aquellos documentos u otros instrumentos que representen una nueva prueba encuadrada en alguno de los supuestos del art.270 de la nueva L.E.C. pero que se refieran a hechos viejos o ya conocidos. No parece razonable esta exclusión, pues igual relevancia para la resolución del pleito pueden tener estos documentos que aquellos referidos a hechos nuevos o de nuevo conocimiento. Así lo ha entendido el Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia del Congreso (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 27 de julio de 1999) al eliminar la remisión que hace el art.270 al art.287, con lo que se deduce que los documentos que se

admiten en el recurso de apelación pueden referirse tanto a hechos nuevos o de nueva noticia como a hechos viejos o de los que ya se tenía un conocimiento anterior.

Los supuestos de prueba en segunda instancia establecidos por el art.463 del Proyecto de L.E.C. que aprobó el Consejo de Ministros y remitió al Congreso, son distintos de los previstos en el art.862 de la L.E.C. vigente:

1.º “Las que fuesen útiles y pertinentes según el objeto del proceso, cuando la primera instancia hubiese finalizado en momento anterior al de proposición de la prueba”. Es un caso novedoso de prueba en segunda instancia, no previsto en la regulación anterior. Se está admitiendo cualquier tipo de prueba pero siempre que se cumpla el presupuesto establecido en la norma.

2.º “Las que hubiesen sido indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que se hubiese intentado la reposición de la resolución denegatoria o se hubiere formulado la oportuna protesta en la vista”. Este supuesto es parecido al previsto en la regulación actual en el art.862.1º de la L.E.C., por lo que se puede reproducir lo dicho anteriormente.

3.º “Las propuestas y admitidas en primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiera solicitado, no hubieren podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales”. Esta hipótesis también coincide con la prevista en el art.862.2º de la L.E.C. de 1881.

4.º “Las que se refieran a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad”. Este precepto engloba los casos de hechos nuevos y de nuevo conocimiento, colocando en un mismo apartado los supuestos 3º y 4º del art.862 de la L.E.C. de 1881, con lo que la regulación de la prueba en apelación gana en sistemática. Sin embargo, cambia el término de referencia: los hechos no deben ser posteriores a la proposición de prueba en primera instancia, si no que deben haber ocurrido o tener conocimiento de ellos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en primera instancia, pues la prueba sobre los mismos puede practicarse como diligencia final.

Por consiguiente, el Proyecto de L.E.C. introdujo un nuevo supuesto de prueba en segunda instancia, el regulado en el apartado 1º del art.463. No obstante, el Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia del Congreso (presentado el 27 de julio de 1999 ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados) suprime este supuesto, manteniendo con la misma redacción los otros tres. De esta forma, se incorpora al texto del Proyecto la enmienda 444 del grupo parlamentario socialista, con base en la siguiente argumentación: “Si el pleito ha terminado en primera instancia antes de que se haya podido proponer prueba, eso significa que ha habido una resolución meramente procesal en la que se ha estimado la concurrencia de un defecto de esta clase. No habrá habido, pues, ninguna actividad probatoria en la primera instancia, y el apartado cuya supresión se pide soluciona este problema trasvasando toda la prueba a la segunda instancia. Lo lógico es retrotraer actuaciones para celebrar la prueba en la primera instancia; en otro caso, se está privando a los litigantes de una instancia íntegra”. De esta forma, el art.460 del Proyecto de L.E.C. aprobado por el Congreso de los Diputados y remitido al Senado, mantiene los 3 supuestos de prueba en segunda instancia<sup>903</sup>.

#### 2.2.C. Facultades probatorias en segunda instancia del declarado rebelde en la primera.

El quinto motivo de recepción del pleito a prueba en apelación se produce cuando el demandado, declarado en rebeldía hasta después del plazo para proponer prueba en primera instancia, se presenta posteriormente a dicho plazo, en cualquiera de las dos instancias, y solicita la recepción del pleito a prueba en la segunda (arts.862.5º y 767 de la L.E.C.). En este sentido ha sido aceptado por el T.S.<sup>904</sup> y las Audiencias Provinciales<sup>905</sup>.

---

<sup>903</sup> Art.460.2 del Proyecto: “En el escrito de interposición se podrá pedir, además, la práctica en segunda instancia de las pruebas siguientes: 1º. Las que hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que se hubiere intentado la reposición de la resolución denegatoria o se hubiere formulado la oportuna protesta en la vista. 2º. Las propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiere solicitado, no hubieren podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales. 3º. Las que se refieran a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad”.

<sup>904</sup> S.T.S. de 17 de abril de 1990 (R.J.2722).

<sup>905</sup> S.A.P. de Sevilla, de 14 de enero de 1992 (R.A.C.122); S.A.P. de Ciudad Real, de 29 de marzo de 1994 (R.G.D., 1994, pág.10237).

El fundamento de la existencia de esta recepción del pleito a prueba en segunda instancia, se centra en garantizar el derecho de defensa del rebelde y persigue favorecer la personación del demandado. Implica, asimismo, una ruptura de la regla establecida por el legislador: la imposibilidad de retrotraer las actuaciones judiciales a los momentos anteriores a la personación<sup>906</sup>.

Pero, no es posible olvidar las situaciones de abuso, fraude o las dilaciones procesales injustificadas que producen aquellos casos donde el rebelde se ha colocado en situación de rebeldía de forma voluntaria. Nuestra Ley procesal permite la rebeldía voluntaria, pero su cesación en apelación puede vulnerar el criterio de la buena fe impuesto por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por eso, se critica al legislador por no haber dado un tratamiento distinto a la rebeldía voluntaria y a la producida de forma ajena a la voluntad del rebelde.

En virtud de este motivo, se concede al rebelde personado después del plazo concedido para proponer prueba en primera instancia la oportunidad de, en primer lugar, alegar los hechos no introducidos en la instancia anterior y, posteriormente, solicitar su prueba. Sin embargo, si el rebelde se persona antes de dicho plazo debe aceptar el proceso en el estado en que se encuentre. Todo esto sin tener en cuenta si el rebelde se ha colocado en tal posición de forma voluntaria o involuntaria. Resulta incomprensible esta posición del legislador, equiparando la situación del rebelde que con ánimo dilatorio se coloca de forma consciente en esta posición y no aprovecha voluntariamente las posibilidades de alegación y prueba, a la de aquel demandado declarado en rebeldía por causas ajenas a su voluntad. La incomprensión aumenta al no ser ajena esta distinción a propósito del denominado recurso de audiencia al rebelde. Como es sabido, tan sólo se admite este instrumento cuando el rebelde es de buena fe y se ha visto impedido para la comparecencia.

---

<sup>906</sup> Según CORTÉS DOMÍNGUEZ (*La prueba en segunda instancia*, ob. cit., pág.253 y ss.), este supuesto de prueba comporta una ruptura de la regla establecida por el legislador para los procesos en rebeldía: la imposibilidad de retrotraer las actuaciones judiciales a momentos anteriores a la personación. Se justificaría por la intención del legislador de favorecer la personación del demandado en el proceso. Por su parte, MONTERO AROCA (*La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pág.135) afirma: “Este es el único supuesto que no tiene una explicación clara”.

Incluso la S.T.C. 1/1992, de 13 de enero, reconoce que la Ley de Enjuiciamiento Civil otorga al rebelde comparecido un especial tratamiento, no sólo en general, sino sobre todo en relación al trámite probatorio. De esta manera, ha adquirido una especial importancia el trámite procesal que permite a las partes manifestar sus alegaciones en relación a la petición de recepción del pleito a prueba hecha por el rebelde, ya que en este momento es cuando la parte contraria puede hacer valer el art.11 de la L.O.P.J. que exige la buena fe en la realización de los actos procesales.

Recientemente, la S.T.C. 190/1997, de 10 de noviembre, considera que la facultad probatoria que concede el art.862.5 de la L.E.C. al rebelde, únicamente es admisible cuando la declaración de rebeldía no se debe a su voluntaria incomparecencia en juicio. De esta forma, sólo es posible cuando el rebelde es involuntario:

*“(...) Habiendo sido la demandada emplazada personalmente y con entrega de copia de la demanda, evidentemente, pudo proponer la prueba en el momento procesal oportuno ya que, incluso, no alega causa justificada que le impidiera proponerla en su día, pues la declaración de rebeldía se debió a su voluntaria incomparecencia en juicio. En definitiva, el dato de la incomparecencia voluntaria de la recurrente en primera instancia es la circunstancia que determina la denegación de la apertura del período probatorio en la segunda. (...)*

*Siendo ello así, (...) lo cierto es que la denegación de la prueba a quien pudo solicitarla y voluntariamente se abstuvo de hacerlo por no querer participar en el proceso no carece de justificación. En efecto, la decisión de la Sala juzgadora se basa en un entendimiento no irrazonable del art.862.5 L.E.C., si se atiende a un criterio sistemático, que pone énfasis en el concepto de rebeldía obligada, no voluntaria, como ahora es el caso, y que se cohonesto con el propósito del legislador de proveer de medios de defensa a los que materialmente han estado imposibilitados de aportarlos con anterioridad.*

*La negativa judicial a la apertura del período probatorio estaría, así, fundada en una estricta aplicación de las normas procesales, cuya interpretación y aplicación al supuesto que se examina no puede tildarse ni de manifestamente arbitraria ni de irrazonable”.*

Pero, una cosa es que se distinga entre rebeldía voluntaria e involuntaria para admitir o no la solicitud de pruebas en apelación, y otra, muy distinta, es que se tenga en cuenta para permitir la interposición o no del recurso. En el primer caso, el rebelde voluntario podrá interponer el recurso de apelación, pero no podrá solicitar la práctica

de pruebas; en el segundo, cabe la posibilidad de que no se le permita interponer la alzada.

Sin embargo, conceder únicamente al rebelde involuntario la oportunidad de proponer toda la prueba que convenga a su derecho en segunda instancia puede no tener virtualidad práctica. El rebelde involuntario es aquella parte que no ha comparecido en primera instancia por causas ajenas a su voluntad (un defecto de citación o de emplazamiento, etc.), por tanto lo que le interesa es que se enmiende esta falta, otorgándole todas las facultades procesales de las que se ha visto indebidamente privado. Esto se consigue con la llamada audiencia al rebelde, ya que apreciada la causa que provocó la incomparecencia involuntaria del demandado en primera instancia, se retrotraen las actuaciones al momento en que se causó el defecto, continuando el proceso a partir de ese momento. En cambio, en el recurso de apelación el rebelde involuntario sólo puede practicar toda la prueba que considere necesaria, pero ya ha finalizado la primera instancia y no puede realizar otras actuaciones procesales que si realizaría si se retrocedieran las actuaciones. Además, se traslada al recurso de apelación una actividad propia del órgano que conoce de la audiencia al rebelde: un juicio sobre la imputabilidad o no al rebelde de la causa que le impidió comparecer.

Como en los supuestos anteriores, para poder admitir la recepción del pleito a prueba en apelación el declarado rebelde tiene que justificar, en el escrito correspondiente, la existencia de los siguientes presupuestos: a) El demandado, solicitante de la prueba, tiene que haber estado formalmente declarado en rebeldía en primera instancia, o sea, correctamente emplazado y no comparecido en el plazo establecido para la personación<sup>907</sup>; b) El demandado rebelde haya comparecido en el litigio después del plazo de prueba en primera instancia o durante la segunda<sup>908</sup>.

No se limitan los medios probatorios ni su objeto, al contrario, se pueden practicar cualquiera de los propuestos siempre que sean pertinentes y cumplan los

---

<sup>907</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., pág.441. GARBERÍ LLOBREGAT y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Apelación y casación en el proceso civil*, ob. cit., pág.64. FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.6187 y 6188).

<sup>908</sup> S.T.S. de 3 de marzo de 1992 (R.J.1838).

requisitos establecidos para la práctica de las pruebas en primera instancia<sup>909</sup>. Así lo ha mantenido el T.S.<sup>910</sup>. En efecto, para determinar la pertinencia de la prueba solicitada, debemos sujetarnos a la regla establecida en el art.565 de la L.E.C.. Además, según la S.T.C. 122/1997, de 1 de julio, el hecho de que el rebelde comparecido no reseñe en su solicitud de recibimiento a prueba en apelación los concretos medios de prueba de los que intente valerse, no justifica la denegación de la prueba por el Tribunal *ad quem* y, si se produce la inadmisión por este motivo, se vulnera su derecho fundamental a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa.

No obstante, si bien el demandado en rebeldía tiene la posibilidad de solicitar la recepción del pleito a prueba si se persona una vez acabado el plazo para proponer prueba en primera instancia o en la segunda, esto no aniquila la facultad del órgano judicial de constatar la pertinencia de las pruebas, de forma que la Ley procesal no confiere al rebelde el derecho a que se le admitan necesariamente todos los medios de prueba que proponga, sino únicamente aquellos que el Juez o Tribunal considere pertinentes para decidir sobre las pretensiones planteadas en el juicio<sup>911</sup>.

Este supuesto de prueba en segunda instancia se mantiene en la nueva L.E.C.. Este texto legislativo ha solventado una de las críticas dirigidas a la regulación actual de la prueba del rebelde en apelación y sólo lo admite si se trata de un rebelde involuntario. El art.460.3 establece: "El demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiere personado después del momento establecido para proponer la prueba en primera instancia podrá pedir en la segunda que se practique todo la que convenga a su derecho". No obstante, es posible reproducir las objeciones realizadas en párrafos anteriores, ya que el interés del rebelde involuntario se vería mejor salvaguardado con la retroacción de las actuaciones al momento de producción de la causa inimputable que provocó la incomparecencia, efecto más propio de la llamada audiencia al rebelde. Esta afirmación no es del todo exacta con base en la regulación que hace la nueva L.E.C. del recurso de apelación. Al rebelde involuntario puede interesarle

---

<sup>909</sup> GALÁN URBANO, P.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., nº1256, pág.5. GARBERÍ LLOBREGAT y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Apelación y casación en el proceso civil*, ob. cit., pág.64.

<sup>910</sup> Sentencias del T.S. de: 5 de febrero de 1991 (R.J.990) y 3 de marzo de 1992 (R.J.1838).

<sup>911</sup> S.T.C. 233/1992, de 14 de diciembre.

acudir a la apelación cuando la infracción procesal alegada no se hubiera cometido al dictar sentencia en primera instancia y fuera de las que originan la nulidad radical de las actuaciones o parte de ellas, siempre que su subsanación no sea posible en la alzada, ya que en este caso el Tribunal de apelación, mediante providencia, repondrá las actuaciones al estado en que se hallasen cuando la infracción se cometió (art.465.3 del Proyecto remitido al Senado). Pero, si se trata de otra clase de defecto procesal, la Audiencia resolverá sobre la cuestión objeto del proceso (art.465.2 del mismo Proyecto).

Esta regulación cae en el peligro de convertir el recurso de apelación en un instrumento para enmendar la situación de indefensión ocasionada al rebelde que no ha podido comparecer en juicio por causas que no le sean imputables. Con él se elimina su naturaleza revisora y le otorga una función más propia de la audiencia al declarado en rebeldía o rescisión de sentencia firme a instancia del demandado rebelde. Por otro lado, nada dice la nueva L.E.C. de cómo el Tribunal de apelación deberá realizar el juicio de imputabilidad o no al rebelde de la causa provocadora de su incomparecencia, para poder admitir toda la prueba que convenga a su derecho. Además, tampoco se establece quien tendrá la carga de demostrar esa imputabilidad. Con ello, en cierta forma, se están falseando las finalidades de la apelación en el proceso civil.

Además, al establecer que el rebelde involuntario puede aportar toda prueba que convenga a su derecho, se amplían sus facultades alegatorias y probatorias en relación con la regulación de la Ley de 1881, que sólo establece la aportación por el rebelde de la prueba pertinente. Con ello se está permitiendo al rebelde, que demuestre estar en dicha condición de forma involuntaria, no sólo probar, sino también alegar lo que estime conveniente para defender su derecho<sup>912</sup>.

Asimismo, nada prevé la nueva regulación de la L.E.C. sobre si el rebelde voluntario, o sea, la parte que ha sido declarada en rebeldía por su incomparecencia voluntaria, puede actuar en apelación. Ante este silencio parece necesario admitirlo. Pero el rebelde voluntario no podrá proponer toda la prueba que convenga a su derecho,



puesto que la causa que motivó su rebeldía le es imputable (art.460.3 del Proyecto remitido al Senado). No obstante, al ser parte en el proceso y no regular la nueva L.E.C. nada al respecto, deberá permitirse a dicho rebelde que en su escrito de interposición, oposición o impugnación de la apelación, formule las alegación y solicite los documentos y la práctica de pruebas que se permite a cualquier parte en segunda instancia.

#### 2.2.D. El art.865 de la L.E.C.

Este artículo introduce una atenuación al carácter excepcional de la prueba en segunda instancia al establecer que la Sala acordará la recepción del pleito a prueba, sin más trámites, siempre que todas las partes estén conformes en su necesidad y procedencia. Es la conformidad entre la parte apelante y la apelada lo que permite acordar la recepción del pleito a prueba. La jurisprudencia que trata este tema es prácticamente inexistente.

La conformidad de las partes debe ser absoluta, expresa y no condicionada. La conformidad tácita no produce efectos en este sentido y se equipara a una disconformidad y comporta la aplicación del art.866 de la L.E.C..

De esta forma, se interpreta que este precepto sólo será aplicable si concurren las siguientes condiciones que pretenden limitar el ámbito excesivamente amplio que puede producir su aplicación: a) debe pedirse en el momento procesal oportuno (arts.857 y 858 de la L.E.C.); b) tienen que concurrir alguna de las causas legales previstas en los arts.862 y 863 de la L.E.C., aunque no es necesario el cumplimiento de todos sus presupuestos y requisitos, pues la conformidad de las partes sólo exige la concurrencia del supuesto en general; c) la dos partes deben estar de acuerdo en la necesidad y procedencia de recibir el pleito a prueba<sup>913</sup>. Únicamente han de tener esta finalidad o

---

<sup>912</sup> SAMANES ARA, C.: *Los actos procesales de comunicación y la declaración de rebeldía en el Proyecto de L.E.C.*, en «Tribunales de Justicia», nº2, febrero-1999, pág.102.

<sup>913</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., T.IV, págs.243 y 244. GALÁN URBANO, P.: *La prueba en segunda instancia*, ob. cit., págs.15 y 16.

intención i no otra como: dilatar el proceso; cerrar la vía de otros recursos; etc. De esta forma, se elimina la discrecionalidad del Juez ya que, en todo caso, tendrá que admitir la recepción del juicio a prueba si se dan estas condiciones.

La dicción del art.865 de la L.E.C. es muy deficiente. Además, la conformidad de recibir el pleito a prueba de uno de los litigantes puede obedecer únicamente a evitar las dilaciones que ocasionaría la interposición de los recursos de súplica y, posteriormente, de casación contra el auto que deniegue el recibimiento del pleito a prueba en apelación (art.867 de la L.E.C.), de forma que en contra de su voluntad el litigante prestaría su consentimiento<sup>914</sup>. Para evitar estos problemas, la nueva L.E.C. no prevé este supuesto de prueba en segunda instancia.

### 2.3. Las diligencias para mejor proveer en el recurso de apelación.

Está comúnmente admitido que el Tribunal competente en apelación no sólo podrá intervenir en la práctica de los diferentes medios de prueba admitidos sino que, además, en un momento procesal posterior, podrá ordenar las diligencias para mejor proveer. El Tribunal, una vez celebrada la vista o presentados los escritos de alegaciones sustitutivos de la misma y ya citadas las partes para sentencia, puede ordenar de oficio la práctica de cualquier medio de prueba para complementar la existente<sup>915</sup>. Según el T.S., la ordenación de estas diligencias es una facultad propia y exclusiva de los órganos judiciales, no sometida al impulso procesal de parte ni al principio dispositivo, y que puede ser acordada por el Tribunal de apelación<sup>916</sup>.

Así lo establece el art.874 de la L.E.C.: “Cuando la Sala estime necesario acordar, para mejor proveer, alguna de las diligencias que permite el art.340, quedará en

---

<sup>914</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. (con otros): *Derecho procesal práctico*, ob. cit., T.IV, pág.244.

<sup>915</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V: *El razonamiento de los tribunales de apelación*, ob. cit., págs.32 y 46. GRABERÍ LLOBREGAT y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO: *Apelación y casación en el proceso civil*, ob. cit., pág.47. LEGIDO LÓPEZ, E.: *El objeto del proceso civil y los recursos...*, ob. cit., págs.386 y 387.

<sup>916</sup> S.T.S. de 31 de mayo de 1993 (R.J.4060); S.T.S. de 14 de noviembre de 1994 (R.J.9319); S.T.S. de 25 de febrero de 1995 (R.J.1137); S.T.S. de 9 de diciembre de 1996 (R.J.8787); S.T.S. de 7 de marzo de 1998 (R.J.1040).

suspense el término para dictar sentencia, el que volverá a correr, luego que se unan a los autos las diligencias practicadas”.

### 3. INTERESES, FRUTOS, ACCESORIOS VENCIDOS Y DAÑOS SUFRIDOS DESPUÉS DE LA RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Los litigantes en apelación pueden estar interesados en pedir que el órgano competente para resolver el recurso también decida sobre aquellos intereses, frutos, accesorios o daños devengados con posterioridad a la resolución de primera instancia. La falta de regulación expresa de esta materia ha impedido una resolución inmediata de este problema y ha provocado la existencia de diferentes interpretaciones.

Un sector doctrinal, considera que al no permitirse nuevas pretensiones en apelación tampoco deben admitirse aquéllas que sean “consecuencia del desarrollo de la relación jurídica que constituye la materia de la demanda (por ejemplo, daños y perjuicios, intereses, rentas, etc.)”. Según dicho autor, esto deriva del art.359 de la L.E.C. que sujeta a los Tribunales a las pretensiones “oportunamente deducidas en el juicio”, o sea, a las formuladas en la demanda y en la contestación (o réplica y dúplica)<sup>917</sup>. No obstante, también se reconoce que, en la práctica, los Tribunales de apelación y el Tribunal Supremo permiten un cambio del punto de vista jurídico y la introducción de elementos accesorios en la causa que, en cierta forma, modifican el objeto, aunque nunca pueden cambiar lo fundamental.

Consecuentemente, la mayoría de la doctrina entiende que no existe ningún inconveniente legal ni doctrinal para entender que en el recurso de apelación se puedan pedir los intereses y otros accesorios devengados en el período de tiempo transcurrido desde la sentencia de primera instancia y la de segunda instancia, por surgir del simple transcurso del tiempo, aunque es necesaria la reproducción en apelación de la originaria pretensión de la que aquéllos derivan<sup>918</sup>.

---

<sup>917</sup> PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ: *Limitaciones de la apelación*, ob. cit., págs.354 y 355.

<sup>918</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con Gimeno Sendra y Moreno Catena): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág.349. GARBERÍ LLOBREGAT y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO: *Apelación y casación en el*

Incluso es posible decir, aunque no lo establezca expresamente, que el art.921 de la L.E.C., en sede de ejecución de las sentencias, otorga una cierta habilitación legal para actuar en este sentido, al establecer: “Cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida, ésta devengará en favor del acreedor, desde que aquélla fuese dictada en Primera Instancia hasta que sea totalmente ejecutada, un interés anual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos, o el que corresponda por pacto de las partes, o disposición especial, salvo que interpuesto recurso la resolución fuere totalmente revocada. En los casos de revocación parcial, el Tribunal resolverá conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto”. Prevé un interés anual para cubrir el período desde que se dicta la sentencia en primera instancia hasta la ejecución, incluyendo el trámite de apelación si procede, con lo que parece también admisible que en el recurso de apelación las partes puedan pedir aquellos intereses, frutos, daños y perjuicios, etc., surgidos en el período comprendido entre la resolución de primero y la de segundo grado.

En el mismo sentido, el ordenamiento procesal italiano prevé expresamente que estos eventos producidos con posterioridad a la sentencia de primera instancia no son demandas nuevas en apelación, sino que deben incorporarse a la resolución de dicho recurso. Así lo establece el art.345.1 del C.P.C. italiano: primero declara inadmisibles las demandas nuevas en apelación, pero después permite la petición de “intereses, frutos y accesorios sobrevenidos con posterioridad a la sentencia impugnada”, así como “el resarcimiento del daño sufrido después de la misma sentencia”. Según una destacada opinión, “(...) porque la sentencia de segundo grado está destinada a sobreponerse a la declaración de primer grado, y la nueva declaración debe referirse al momento en que se produce, como si fuese producida en un grado único”<sup>919</sup>. De esta forma, todos los accesorio independientes del proceso, como por ejemplo los intereses de un préstamo, tanto los producidos en primera como en segunda instancia, quedan incluidos en la demanda inicial. No se considera, pues, como un cambio del objeto del proceso si no

---

*proceso civil*, ob. cit., págs.76 y 77. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (con otros): *Los recursos en el proceso civil*, ob. cit., págs.349 y 350.

<sup>919</sup> CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, ob. cit., pág.522. En el mismo sentido, CARNELUTTI: *Instituciones del proceso civil*, ob. cit., pág.229.

como un desarrollo del objeto de la pretensión producido en el tiempo transcurrido entre la primera y la segunda instancia, cosa que justifica su admisión en apelación. Lo mismo permite el art.566 del C.P.Civ. francés.

En efecto, la admisión de las peticiones de los litigantes sobre los intereses, frutos, accesorios, daños y perjuicios, etc. devengados entre el período de la primera y la segunda resolución judicial en el recurso de apelación no supone una introducción de pretensiones nuevas modificadoras del objeto del proceso, si no un desarrollo de la relación jurídica materia del juicio, ya que si éste se hubiera entablado en un momento posterior, estos pedimentos formarían parte del *petitum* de la demanda. Se trata de nuevas cuestiones que producen una ampliación de los términos del *petitum*, pero sin modificar la *causa petendi*, por lo tanto admisibles en apelación.

#### 4. PETICIONES DE LOS TERCEROS INTERVINIENTES

La problemática principal que se plantea estriba en si el tercero interviniente puede introducir nuevos hechos, que pudieron ser esgrimidos por el mismo actor o como excepciones por el demandado, y que no modifican la *causa petendi*. Esta afirmación, de difícil solución, puede resultar poco acorde con la máxima *pendente appellatione nihil innovetur*, aunque también es cierto que dicha limitación supondría, tal vez, despojar al instituto de la intervención de buena parte de su potencial utilidad para los terceros que pretenden reaccionar ante un pronunciamiento que puede resultarles perjudicial, colocándolos en una situación de cierta desprotección; pensemos en los no infrecuentes casos de confabulación entre arrendador y arrendatario para librarse del subarrendatario “molesto”, en los que se concierta que el arrendatario demandado no se opondrá a la demanda, lo hará de forma conscientemente deficiente o, incluso, se allanará, cuidando de que el tercero subarrendatario no tenga conocimiento del proceso y sufra inexorablemente los efectos reflejos del fallo, es decir, el lanzamiento consecuente al decaimiento del título de su *auctor*.

Desde luego, la solución a este problema, con la regulación actual de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debería ser diferente para los juicios de mayor y menor cuantía

que para los juicios verbales y de cognición. Topamos aquí, otra vez, con la confusión generada por la yuxtaposición de diferentes regulaciones según el tipo de procedimiento adoptado en cada caso. En efecto, en los juicios de mayor y menor cuantía, no se permite al apelante -principal o adhesivo- fundamentar su recurso, ni concretar sus pedimentos hasta el propio acto de la vista (arts.857 en relación al 858 LEC, para el juicio de mayor cuantía; y el art.705 LEC para el de menor cuantía). De esta forma, si el tercero alega nuevas peticiones, podría quedar menoscabado el derecho de defensa de las otras partes, al verse sorprendidas por este *novum* y sin posibilidad alguna de reaccionar en el propio acto, cuando, además, ya ha precluido la oportunidad de solicitar la recepción del pleito a prueba. En cambio, en los juicios verbales y de cognición, la introducción de nuevos pedimentos no parece plantear problemas desde el punto de vista del derecho de defensa, ya que la fundamentación del recurso debe hacerse en los propios escritos de interposición, impugnación o adhesión (art.733 LEC para el juicio verbal y art.62 del Decreto de 21 de Noviembre de 1952, para el juicio de cognición), de forma que dichas alegaciones no podrán sorprender a las restantes partes, que gozarán de la oportunidad de hacer valer los medios de prueba que estimen convenientes.

La respuesta favorable al interrogante que ahora nos planteamos puede encontrar un importante apoyo en la jurisprudencia del T.S., que admite a quien fue rebelde durante la primera instancia alegar y probar excepciones durante la segunda, al solicitar la recepción del pleito a prueba (arts.862.5 LEC)<sup>20</sup>. Si se permite al rebelde esta facultad, sin tener en cuenta el carácter voluntario o no de la ausencia, no parece haber motivo para negársela al tercero que, pudiendo haber comparecido como interviniente en la primera instancia, no tuvo conocimiento de la pendencia del proceso (que, al no ser parte, no le fue notificada), y por lo tanto, no pudo en su tiempo oponerse a la demanda. Sin embargo, se considera que no es aplicable analógicamente al interviniente en segundo grado lo dispuesto en el art.862.5º de la L.E.C. para el rebelde que se persona en el proceso<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> STS 16 de febrero de 1996 (R.J.1256).

<sup>21</sup> MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple...*, ob. cit., pág.248. REVILLA GONZÁLEZ: *La acción directa...*, ob. cit., pág.284.

Además, debemos tener presente que el T.S. considera correcta la inadmisión de los recursos de apelación cuando alguna de las partes, no declarada en rebeldía o un tercero interviniente introduce cuestiones nuevas, no planteadas en primera instancia, modificando el objeto del proceso<sup>922</sup>.

A mayor abundamiento, no parece conveniente equiparar el tercero, interviniente en apelación, con el rebelde involuntario. Este último es parte originaria en el proceso aunque no ha comparecido en el mismo por causas ajenas a su voluntad. Por lo tanto, con la oportunidad que se le concede en segunda instancia de practicar toda la prueba que convenga a su derecho se pretende enmendar una posible indefensión. En cambio, el caso del tercero no es de indefensión, ya que su intervención es totalmente voluntaria y su falta de llamamiento al proceso no constituye irregularidad alguna. Por lo tanto, conceder al tercero interviniente las mismas facultades de prueba en segunda instancia que tiene el rebelde no surge como conclusión inmediata o necesaria. Una cosa es permitir su intervención en apelación y otra, muy distinta, es concederle las mismas facultades que las partes originarias. Las posibilidades prácticas de actuación del interviniente serán muy reducidas.

Además, al ser la apelación una *revisio prioris instantiae* los supuestos de prueba en segunda instancia están tasados en los arts.862 y 863 de la L.E.C.. Los n.º.1 y 2 del art.862 no son aplicables al interviniente en apelación, pues es necesario que la prueba haya sido propuesta en primera instancia. En cambio, los n.º.3 y 4 parecen admisibles pues al tratarse de hechos nuevos o de nuevo conocimiento su proposición se realiza por primera vez en apelación<sup>923</sup>. Los supuestos del art.863 de la L.E.C. también pueden ser utilizados por dicho interviniente por la misma razón. En todo caso, el interviniente que inicia su intervención en apelación debe respetar los requisitos de la prueba en segunda instancia.

---

<sup>922</sup> Entre estas sentencias se encuentra la de 10 de junio de 1996 (R.J.4752).

<sup>923</sup> MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple...*, ob. cit., pág.248. Sin embargo, este autor entiende que la aplicación del n.º.4 del art.862 de la L.E.C. es muy dudosa pues el conocimiento de los hechos aparece muy vinculado con la primera instancia.

Si la intervención del tercero se ha iniciado en primera instancia, el interviniente tendrá en la segunda las mismas facultades de prueba y alegación que tienen las demás partes.

#### 4.1. Su regulación en la nueva L.E.C.

La nueva L.E.C. ha solucionado el problema de la falta de regulación de la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados. De esta forma, en virtud del art.13 del Proyecto de L.E.C. remitido al Senado, si la intervención se produce en primera instancia, el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos, por lo que tendrá las mismas facultades de alegación y prueba en segunda instancia que las partes originarias. Los problemas pueden surgir cuando la intervención del tercero se produce en apelación. Admitida, como se ha analizado, esta posibilidad, cabe preguntarse si el tercero que empieza su intervención en el recurso de apelación tiene alguna facultad de alegación o prueba en segunda instancia. Según el art.13.3 del Proyecto mencionado, producida la intervención, el interviniente tiene la condición de parte, aunque no se retrotraerán las actuaciones. Por lo tanto, el interviniente en apelación no podrá realizar ninguna actividad propia de la primera instancia por haber precluido, pero al adquirir la condición de parte podrá realizar todas las alegaciones y pruebas admitidas en la alzada. Es indudable que podrá realizar cualquier alegación siempre que no implique introducir cuestiones nuevas, pues el art.13.3, apartado segundo, establece: “También se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De estas alegaciones se dará traslado, en todo caso, a las demás partes, por plazo de cinco días”. En lo referente a la prueba en segunda instancia pueden surgir más dudas. No obstante, al ser parte en el proceso a todos los efectos, no se puede privar a dicho tercero que en su escrito de interposición, oposición o impugnación del recurso solicite los documentos y las pruebas tasados expresamente en el art.460.1 y 2 del Proyecto de L.E.C.. Lo que no es posible admitir, con base en la falta de comparecencia anterior del tercero que interviene en apelación, es la equiparación al rebelde involuntario para proponer toda la prueba que convenga a su derecho. Las razones son varias:



- a) El rebelde es parte originaria y su presencia en el proceso es necesaria para llegar a su resolución; en cambio, el interviniente es parte sobrevenida y su intervención de carácter completamente voluntario;
- b) La facultad concedida al rebelde involuntario de practicar en segunda instancia toda la prueba que convenga a su derecho, se otorga para sanar defectos procesales producidos en primera instancia, circunstancia que no se da en el caso de la intervención<sup>924</sup>.

El tercero que inicia su intervención en el recurso de apelación está facultado, pues, para realizar las alegaciones necesarias para su defensa y solicitar los documentos y la prueba previstos en el art.460.1 y 2 de la nueva L.E.C., según se extrae del art.13.3 del mismo texto.

---

<sup>924</sup> ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: *La intervención adhesiva..* , ob. cit., pág 41.



## CONCLUSIONES

### I

El recurso de apelación es el recurso ordinario tipo, devolutivo, por medio del cual se pretende: a) que un Juez superior decida sobre la revocación, reforma, modificación o anulación de la resolución dictada por un órgano judicial inferior, siempre en los términos delimitados por el apelante que obedecen a su interés (gravamen) y sin infringir la prohibición de *reformatio in peius*; b) impedir que la resolución recurrida alcance firmeza; y c) en ciertas ocasiones, suspender la ejecución de la sentencia o auto apelados.

### II

El recurso de apelación es una fase procesal y comporta una continuación del juicio al mantener una conexión importante con la primera instancia del pleito, ya que el objeto litigioso es el mismo en cualquiera de las instancias del proceso, porque nuestro derecho no permite que en apelación se modifique o amplíe el objeto del proceso.

### III

Si bien únicamente se puede hablar de segunda instancia cuando haya finalizado la primera, cosa que no sucede cuando el recurso se interpone frente a resoluciones interlocutorias de ordenación procesal, el término doble instancia se puede utilizar indistintamente, con independencia de que con el recurso se abra o no una segunda instancia. La tendencia legislativa más reciente ha conducido a excepcionar la regla de la doble instancia creando supuestos de instancia única. Sin negar las ventajas de brevedad, simplicidad y economía de este sistema, no cabe olvidar que con ello se sacrifican algunas de las necesarias y mínimas garantías que el proceso debe ofrecer a los ciudadanos.

### IV

La apelación civil en el Ordenamiento procesal español adopta el sistema limitado o de *revisio prioris instantiae*, aunque también presenta rasgos típicos del sistema pleno: a) ser una revisión del proceso seguido en primera instancia; b) constituir un nuevo

examen íntegro de la cuestión litigiosa, pero en el sentido de nuevo enjuiciamiento, ya que su finalidad es revisar y censurar los resultados obtenidos; y c) representar una decisión sobre la base del mismo material fáctico y jurídico utilizado en primera instancia, aunque se permite introducir hechos nuevos o de nuevo conocimiento bajo determinadas condiciones. De ahí que el Tribunal de alzada se encuentre frente a la cuestión litigiosa con plenitud de conocimiento y en la misma posición que el Juez *a quo*.

## V

La solución a los problemas que comporta la dilación de los procesos y la sobrecarga de trabajo de algunos Juzgados y Tribunales, no debe pasar por reducir la eficacia del recurso de apelación, puesto que el órgano judicial que dicta la primera resolución puede incurrir en errores o causar perjuicios a alguno de los litigantes que merecen algún tipo de revisión o cambio, en aras a obtener una mejor justicia. A la hora de conjugar la no dilación y la enmienda de posibles errores o perjuicios, la solución para acabar con los interminables procesos no es eliminar el recurso de apelación pues con ello se limitaría la tutela efectiva, sino reforzarlo para que sea más operativo.

## VI

La capacidad para ser parte y la capacidad procesal en apelación, en principio, vendrán determinadas por la existente en primera instancia. Pero no podemos olvidar los supuestos donde el capaz en primera instancia no lo sea en la segunda, o a la inversa, que el incapaz en la primera adquiera plena capacidad en la segunda. Pueden surgir, así, casos de sucesión procesal en apelación, si la sucesión se ha verificado en primera instancia y el sucesor ha asumido la calidad de parte. Si la sucesión se produce en apelación, las actuaciones deben entenderse con la parte sucesora.

## VII

Legitimación para recurrir y gravamen son un único presupuesto para apelar: están legitimados para intervenir en apelación los sujetos que resulten gravados por la resolución dictada en primera instancia. Sólo si consideramos la legitimación para apelar y el gravamen como un único presupuesto del recurso, podrán intervenir en apelación los terceros no litigantes en primera instancia, pues, en caso contrario, nunca

se daría el presupuesto de la legitimación al determinarse en función de quien ha sido parte en la instancia anterior, aunque concurriera el gravamen necesario al afectarles de modo reflejo o indirecto la resolución judicial que se pretende impugnar.

### VIII

No es posible equiparar la legitimación en primera instancia con la legitimación para recurrir. La principal diferencia se centra en que lo que se impugna en apelación es una resolución judicial de la cual se parte para delimitar la legitimación para apelar, pues estará legitimado el perjudicado por dicha resolución; en cambio, en la fase inicial del proceso, al no existir una decisión judicial previa, la legitimación deriva de la relación que tienen los litigantes con la materia en litigio. Otra nota distintiva es que la legitimación para accionar se refiere, en general, a la totalidad del proceso, en tanto la legitimación para apelar se centra en un acto procesal concreto como es recurrir. Al ser institutos distintos pueden tener un tratamiento distinto, cosa que otorga otro argumento para considerar que legitimación para recurrir y gravamen son un único presupuesto de la apelación.

### IX

La legitimación activa y pasiva en el recurso de apelación no coincide con la existente en primera instancia: tanto el demandante como el demandado pueden estar legitimados activa y pasivamente para apelar. No hay una regla general por lo que tendremos que estar a cada caso concreto para determinarlo e, incluso, cabe que una misma persona esté legitimada activa y pasivamente. Los conceptos de legitimación activa y pasiva para recurrir no tienen un carácter relativo, pues los litigantes en el recurso no deben luchar contra el Juez que ha dictado la resolución que se pretende apelar, convirtiéndole en el verdadero adversario. En apelación no se enjuicia la actuación del Juez.

### X

Hay gravamen cuando la resolución del Juez *a quo* produce una situación desfavorable a alguno de los litigantes que incide en su esfera de derechos e intereses legítimos discutidos en el pleito. Admitido que el gravamen determina el interés en impugnar y que no es posible equipararlo al vencimiento, no cabe definirlo en todo caso como la diferencia en perjuicio entre lo pretendido por los litigantes y lo reconocido por la

resolución judicial, pues con esta definición sólo se abarcan los casos donde hay un vencido y un vencedor, y no se da respuesta a otros supuestos donde no se produce la diferencia mencionada y, sin embargo, se ocasiona gravamen.

## XI

Los caracteres que informan el presupuesto de gravamen son:

- a) Personal: sólo está legitimada para interponer apelación la persona agraviada, por ser la defensora de sus derechos e intereses legítimos.
- b) Objetivo: el gravamen debe resultar de los efectos producidos por la resolución de primera instancia.
- c) Legítimo: en la medida que se justifica en un error judicial, en la infracción de un precepto legal o en la vulneración de un derecho.
- d) Actual: debe existir en el momento de interponer el recurso, no puede ser futuro.

## XII

El gravamen necesario para recurrir tiene una doble función: por una parte, es el elemento que sirve para determinar la legitimación para intervenir en apelación; por otra, sirve como elemento determinante del objeto de la apelación, ya que este recurso debe versar sobre aquellos pronunciamientos de la resolución dictada en primera instancia que causen gravamen a quien interponga el recurso.

## XIII

El gravamen puede ser total o parcial. Al tener los litigantes autonomía no sólo para decidir si interponen o no recurso, sino también para especificar los pronunciamientos perjudiciales que se impugnan, es posible que el gravamen sea total y la impugnación parcial o que siendo el gravamen parcial no se recurran todos los extremos desfavorables. Lo que nunca puede suceder, porque faltaría legitimación para recurrir, es que habiéndose producido un gravamen parcial la impugnación sea total.

El gravamen también puede ser de derecho material y de derecho procesal o formal. Nos separamos, pues, de la clasificación utilizada por un sector doctrinal que distingue el gravamen económico del gravamen jurídico e incluye dentro de este último, el gravamen de derecho material y el procesal, pues el gravamen económico también es jurídico y puede ser tanto de derecho material como procesal.

#### XIV

En contra de la opinión dominante de que el gravamen en apelación debe producirse en el fallo o parte dispositiva de la resolución judicial de primera instancia, entendemos que debería aplicarse con el recurso de apelación la jurisprudencia del T.S., cuando trata este tema en relación al recurso de casación. Conforme a la misma, el recurso puede basarse además en los fundamentos jurídicos de la resolución judicial cuando esa fundamentación haya sido la base o el antecedente lógico del pronunciamiento contenido en el fallo, ya que dichos fundamentos también pueden ocasionar gravamen digno de ser recurrido en apelación.

#### XV

El presupuesto comprensivo de legitimación y gravamen tiene naturaleza procesal, ya que la legitimación para recurrir se determina en relación al gravamen que produce la resolución de primera instancia, cuestión regulada en normas procesales, y queda totalmente alejada de cualquier consideración sobre derechos e intereses materiales o sobre el objeto del proceso, que son las que sirven a un sector doctrinal para afirmar que la legitimación en primera instancia tiene un carácter sustantivo.

Asimismo, es un presupuesto de admisibilidad de los recursos, pues el análisis de su concurrencia debe realizarse con carácter previo, en el momento inicial de la tramitación de la apelación, para evitar trámites innecesarios y recursos meramente dilatorios. Que dicho análisis lo efectúe el Juez *a quo* o el Tribunal *ad quem* es una opción de política legislativa sin que, en principio, nos parezca que existan especiales razones que aconsejen encomendárselo con preferencia a uno u otro órgano judicial. Ante la falta de regulación legal, parece lógico encomendar al Juez *a quo* la tarea de apreciar la concurrencia de este presupuesto procesal, por ser el órgano judicial competente en la tramitación inicial del recurso.

#### XVI

Los presupuestos de postulación y asistencia letrada exigidos en primera instancia se mantienen en la segunda. La firma de Abogado y Procurador en el escrito de interposición del recurso de apelación, son presupuestos procesales de tal trascendencia que su falta puede dar lugar a la inadmisión o desestimación del recurso. Pero, como ha

observado acertadamente el T.C., en aras a satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a los recursos, debe permitirse la subsanación de este defecto, siempre que de las actuaciones realizadas y de los antecedentes se deduzca que la asistencia de Letrado y la representación por Procurador fue efectiva.

## XVII

El carácter dispositivo del comportamiento del apelante se mantiene en el acto de la vista del recurso, por lo que puede decidir voluntariamente no comparecer al mismo. Aunque en los juicios de mayor y menor cuantía la incomparecencia del apelante o de su representante a la vista produce la indeterminación del objeto del recurso, la Audiencia puede valorar íntegramente el proceso en cuanto a todas las pretensiones que en él se habían actuado, siempre que afecten desfavorablemente al apelante, sin más límites que el impuesto por la prohibición de *reformatio in peius*. Los problemas se evitarían de *lege ferenda*, si a los juicios de mayor y menor cuantía se aplicara la misma regulación que existe actualmente para los juicios verbales y de cognición, esto es, si al apelar, en el escrito de interposición del recurso, se expresasen sucintamente los motivos de impugnación de forma que el objeto del recurso quedase perfectamente determinado.

## XVIII

La adhesión a la apelación es una facultad de carácter extraordinario puesta por la Ley en manos del apelado - que no pudo o no quiso interponer el recurso de apelación en el momento procesal oportuno -, para constituirse en parte apelante en lo que le sea perjudicial la resolución del Juez *a quo*.

## XIX

La adhesión tiene un contenido propio, que puede ser diferente al de la apelación originaria, por lo que, en aras al principio de contradicción, debe concederse al nuevo apelado (apelante inicial) la oportunidad de contestar y defenderse frente a dicha adhesión. La adhesión se configura así como un recurso de apelación independiente y autónomo que se yuxtapone a otro de la misma naturaleza previamente interpuesto, de manera que la única subordinación de esta apelación adhesiva respecto a la principal, se produce en relación al momento procesal oportuno para adherirse, en tanto la principal debe ser necesariamente anterior.



## XX

El contenido de la adhesión a la apelación está sujeto a dos límites: a) sólo puede referirse a cuestiones que se hayan planteado en la resolución de primera instancia, al no poder ampliar el objeto del proceso; y b) únicamente puede versar sobre pronunciamientos que resulten perjudiciales al litigante que la formula.

## XXI

Los efectos de este recurso de apelación por adhesión son: 1) Produce su propio efecto devolutivo al ser un recurso de apelación autónomo. 2) Convierta al apelado adherido en apelante y al apelante originario en apelado. 3) Levanta la prohibición de *reformatio in peius*. 4) Impide la firmeza de la resolución apelada.

## XXII

El vocablo adhesión es equívoco porque denota una cierta conexión objetiva con la inicial apelación. Por eso, parece más acertada la terminología utilizada en la nueva L.E.C., donde se emplea la palabra “impugnación”. Se diferencia así la simple oposición del apelado de la presentación de su propio recurso por medio de una impugnación autónoma en lo que le resulte desfavorable la resolución apelada. No obstante, esta facultad del apelado puede servir, además, para coadyuvar a la postura de alguna de las partes en apelación, por lo que parece razonable mantener para estos casos la dicción de “apelación adhesiva”. Se constata así la necesidad de distinguir entre impugnación autónoma y apelación adhesiva.

## XXIII

Cuando ambas partes, demandante y demandado, interponen en el plazo establecido un recurso de apelación separado e independiente en lo que les sea desfavorable, adquieren, a la vez, la condición de apelante y apelado. En estos casos, las dos apelaciones se resuelven mediante una única resolución judicial.

## XXIV

Son de aplicación al recurso de apelación las formas no ordinarias de terminación del recurso por voluntad de los sujetos intervinientes, como es el desistimiento del apelante. La L.E.C. utiliza diferentes términos para señalar este comportamiento: a) declarar

desierto el recurso; b) desistimiento (arts.409 y 410 de la L.E.C.); c) separación (arts.846 a 849 de la L.E.C.). Dado que la terminología que se use es indiferente, pues los requisitos y efectos de estos institutos son muy parecidos, sería interesante unificar esta regulación para evitar la dispersión normativa existente actualmente. Así se hace en la nueva L.E.C., extendiéndola a toda clase de recursos.

## XXV

El desistimiento de la apelación, a diferencia del desistimiento en primera instancia, es un acto procesal unilateral para el que no es preciso el consentimiento del apelado. La oposición del apelado adherido a la separación del apelante, o su adhesión en los tres días siguientes a la entrega del escrito de separación, no otorga un carácter bilateral al desistimiento, ya que únicamente sigue la tramitación respecto al recurso por adhesión presentado por el apelado finalizando, empero, la apelación interpuesta por el apelante desistido.

## XXVI

No encuentra fundamento admitir la oposición del apelado sólo en el supuesto de separación, y no hacerlo en los otros casos de desistimiento que regula la L.E.C.. Sería preciso extender la regulación de la oposición del apelado a todos los casos de desistimiento de la parte contraria, si bien únicamente a partir de que el Juez *a quo* haya admitido el recurso de apelación, pues antes de dicha admisión, aunque es posible el desistimiento en virtud del art.409 de la L.E.C., no tiene sentido permitir la adhesión del apelado en los tres días siguientes al de presentación de la copia del escrito de desistimiento del apelante, porque su actuación ha sido prácticamente nula. La nueva L.E.C. no prevé estos comportamientos del apelado ante el desistimiento del apelante.

## XXVII

El allanamiento es otra forma “anormal” de terminación del proceso, que, como acto de disposición, puede realizarse tanto en primera como en segunda instancia. En lo relativo a la apelación es necesario precisar:

- a) Si el demandado es apelante y abandona el recurso, no se trata de un allanamiento sino de un desistimiento, por la posición de atacante que ocupa.

- b) Si el demandado ocupa la posición de apelado, es difícil que si no se ha allanado en primera instancia lo haga en la segunda y más cuando dispone de una resolución que le es favorable o, al menos, más gravosa para su adversario. Pero, si el demandado - apelado se allana admitiendo la pretensión del apelante, estamos ante un allanamiento con sus efectos propios (la alteración del fallo en su perjuicio), pues el pronunciamiento aún no ha alcanzado firmeza.
- c) Si el apelado es el actor y pretende admitir la pretensión del apelante (demandado), no se tratará de un allanamiento sino de una renuncia.

### XXVIII

La transacción también puede operar en el recurso de apelación, de forma que apelante y apelado pueden transigir judicial o extrajudicialmente. Cuando la transacción judicial se produce en el recurso de apelación, la resolución interlocutoria que la pone de manifiesto, además de poner fin al proceso, debe anular la resolución judicial de primera instancia, ya que si no alcanzaría firmeza y sería ejecutable, por lo que debe tratarse de un auto.

### XXIX

Cuando la transacción extrajudicial se produce en el recurso de apelación, es necesario tener presente que existe una resolución judicial definitiva que adquiere firmeza y es ejecutable si se utiliza el desistimiento, el allanamiento o la caducidad para canalizar la transacción extrajudicial. Únicamente si se emplea la renuncia a la acción se obtiene una sentencia desestimatoria de la acción, absolviéndose al demandado. Así, no es suficiente con poner fin al proceso para que la transacción extrajudicial en apelación produzca sus plenos efectos, sino que, además, debe buscarse algún mecanismo para evitar la firmeza de la resolución judicial dictada por el Juez *a quo*, de ahí el poco sentido que tiene utilizar la transacción extrajudicial en el recurso de apelación. La nueva L.E.C. ha resuelto estos problemas estableciendo que el Tribunal mediante auto decretará la terminación del proceso, produciéndose los mismos efectos que una sentencia absolutoria firme.

### XXX

La existencia de una pluralidad de sujetos en la parte activa o pasiva en primera instancia, produce diferentes consecuencias en apelación, sobre todo cuando en dicho recurso sólo interviene alguno de aquellos litigantes. Así, deducimos la siguientes reglas:

1.- Si la decisión contenida en la resolución de primera instancia es inescindible, de manera que afecta por igual a todos los litigantes, en apelación se produce el efecto extensivo. Esto es, si sólo recurre alguno de los sujetos, consintiendo la decisión los restantes, los efectos resultantes de la apelación se extenderán a todos, aunque no hayan intervenido en el recurso.

2.- En cambio, si la decisión de la resolución de primera instancia es separable, de forma que es diferente para cada colitigante, e, incluso, absolutoria para unos y condenatoria para otros, no se produce el efecto extensivo. En estos supuestos es necesario añadir las siguientes precisiones. Si el actor es quien apela, su recurso puede dirigirse frente a cualquier codemandado, aunque esté absuelto. De esta forma, un codemandado puede recurrir la absolución de su codemandado y solicitar su condena, en determinadas condiciones: a) cuando la resolución judicial de primera instancia le cause gravamen; y b) cuando la resolución dictada en apelación, al adquirir fuerza de cosa juzgada respecto a los litigantes, haga imposible que el codemandado inicie otro proceso declarativo contra el otro codemandado.

### XXXI

El rebelde voluntario no debería poder intervenir en el recurso de apelación. La justificación de la negativa es su plena consciencia de que el proceso se estaba tramitando y tenía todos los medios a su alcance para intervenir en primera instancia. Si se permite su intervención se está favoreciendo al litigante que de forma intencionada pretende dilatar el proceso o se espera a la apelación para ver si su situación mejora.

### XXXII

No es razonable equiparar la actuación del rebelde voluntario con la del involuntario, personados después del plazo para proponer prueba en primera instancia, concediéndoles la oportunidad de alegar los hechos no introducidos en la instancia anterior y solicitar toda la prueba que convenga a su derecho. No obstante, aunque el rebelde voluntario no podrá proponer toda la prueba que convenga a su derecho, sí que

podrá intervenir en apelación y al ser parte en el proceso, deberá permitírsele que en su escrito de interposición, oposición o impugnación de la apelación, formule las alegaciones y solicite los documentos y la práctica de pruebas que se admiten a todo litigante en segunda instancia.

### XXXIII

Conceder únicamente al rebelde involuntario la oportunidad de proponer toda la prueba que convenga a su derecho en segunda instancia puede no tener virtualidad práctica, pues al no haber comparecido en primera instancia por causas ajenas a su voluntad, lo que le interesa es que se enmiende esta falta, otorgándole todas las facultades procesales de las que se ha visto indebidamente privado, efecto que se consigue con la llamada audiencia al rebelde. Esta afirmación no es del todo exacta en cuanto a la regulación que hace la nueva L.E.C. del recurso de apelación, pues cuando la infracción procesal alegada no se hubiera cometido al dictar sentencia en primera instancia y fuera de las que originan la nulidad radical de las actuaciones o parte de ellas - siempre que su subsanación no sea posible en la alzada - el Tribunal de apelación, mediante providencia, repondrá las actuaciones al estado en que se hallasen cuando la infracción se cometió (art.468.3). Pero, si se trata de otra clase de defecto procesal, la Audiencia resolverá sobre la cuestión objeto del proceso (art.468.2).

### XXXIV

Esta regulación plantea el peligro de convertir el recurso de apelación en un instrumento para enmendar la situación de indefensión ocasionada al rebelde que no ha podido comparecer en juicio por causas que no le sean imputables. Tal configuración elimina su naturaleza revisora y le otorga una función más propia de la audiencia al declarado en rebeldía o rescisión de sentencia firme a instancia del demandado rebelde. En todo caso, es el rebelde involuntario quien debe optar por uno u otro instituto, teniendo siempre presente que si acude a la apelación no podrá iniciar la rescisión de la sentencia firme.

### XXXV

En los casos de intervención adhesiva en primera instancia, se debe otorgar al tercero interviniente la facultad de interponer recurso de apelación si resulta perjudicado por la resolución dictada por el Juez *a quo*. Por lo que respecta a su actuación como apelado,

es lógico que la apelación se dirija a la vez frente a la parte originaria y al interviniente, pues el proceso se sustancia frente a ambos. Pero, cuando la parte originaria se aquieta y el interviniente solicita continuar el proceso con triunfo final en la sentencia, el recurso puede presentarse sólo frente a él. Este interviniente adhesivo tendrá en apelación las mismas facultades alegatorias y probatorias que las demás partes.

#### XXXVI

Las facultades que posee el interviniente adhesivo en primera instancia, para continuar el procedimiento en las sucesivas fases en contra, incluso, de la voluntad de su litisconsorte, resultan excesivas al suprimirse hasta la disponibilidad de este último sobre el objeto del proceso (allanamiento, renuncia, desistimiento, apartamiento del proceso o consentimiento de la sentencia). Debiera añadirse en este caso una exigencia más al carácter legítimo del interés o gravamen del interviniente para intervenir en apelación: el interés legítimo tiene que ser lesionado de forma ilegítima, como sucede, por ejemplo en el tan traído ejemplo de la confabulación fraudulenta entre arrendador y arrendatario para perjudicar al subarrendatario.

#### XXXVII

Producida una intervención provocada en primera instancia, el interviniente puede actuar en apelación en la medida en que tiene las mismas facultades que las partes y ostenta un interés propio al resultarle perjudicial la resolución dictada por el Juez *a quo*. No se admite, empero, que la intervención provocada se inicie en apelación.

#### XXXVIII

Al permitirse la intervención adhesiva mientras se encuentre pendiente el proceso, el tercero puede iniciar su comparecencia después de dictada sentencia definitiva mediante la interposición de un recurso, atribuyéndosele la condición de parte a efectos de ejercer su derecho de impugnación. Este interviniente adhesivo debe aceptar el pleito en el estado en que se encuentre, sin que sea posible retrotraer las actuaciones.

Dicha intervención - para no dar más protección al tercero que a la propia parte - deberá cumplir dos requisitos: a) que exista un proceso pendiente; y b) que el interviniente ostente un interés jurídico, legítimo, propio y actual, que en apelación se traduce en haber sufrido un gravamen - directo o indirecto (reflejo) -. Dicho interés debe, además,

haber sido lesionado de forma ilegítima, como acontece cuando la falta de intervención del tercero ha sido absolutamente involuntaria.

### XXXIX

El tercero interviniente en apelación no podrá actuar como apelado, pues quien ha sido parte en primera instancia nunca interpondrá recurso frente a un tercero que no ha intervenido en el proceso. No obstante, el mencionado tercero puede apoyar la posición del inicial apelado y adherirse a la apelación, ya que se admite su intervención mientras esté pendiente el proceso, y la adhesión a la apelación se configura como un recurso autónomo al originariamente interpuesto.

### XL

No es posible equiparar el tercero que inicia su intervención en apelación con el rebelde involuntario, en cuanto este último es parte originaria en el proceso, aunque no ha comparecido en el mismo por causas ajenas a su voluntad, y se le otorga la oportunidad de practicar en segunda instancia toda la prueba que convenga a su derecho para remediar una posible indefensión. En cambio, el tercero interviniente es parte sobrevenida, su intervención es totalmente voluntaria y su falta de llamamiento al proceso no constituye irregularidad alguna. Permitir la intervención del tercero en apelación no debe equipararse a concederle las mismas facultades que las partes originarias.

No obstante lo dicho, al ser parte en el proceso, el tercero interviniente podrá realizar alegaciones y pedir práctica de pruebas como cualquier parte, excepto cuando dichas alegaciones o práctica exijan alguna actuación que debiera practicarse en primera instancia.

### XLI

Los sujetos intervinientes en apelación son los que fijan el objeto de la misma: el apelante, al indicar los pronunciamientos de la resolución de primera instancia que le son perjudiciales y pretende recurrir; y el apelado, a través de la oposición al recurso o, en su caso, de la adhesión a la apelación en lo que le resulte perjudicial. Se configura así la apelación civil en virtud de la regla *tantum devolutum quantum appellatum*, según la cual la apelación sólo puede conocer de los puntos a que se contraiga, o sea, aquellos

que las partes han sometido expresa o tácitamente al órgano judicial superior en virtud del efecto devolutivo, quedando firmes los restantes pronunciamientos consentidos por los sujetos intervinientes. El objeto del proceso es el mismo tanto en primera como en segunda instancia, al estar prohibido introducir nuevas pretensiones en apelación.

#### XLII

En el recurso de apelación cabe que alguno de los litigantes alegue excepciones no planteadas en primera instancia, siempre y cuando la presentación de la nueva excepción pueda incluirse en alguno de los supuestos de prueba en segunda instancia legalmente previstos. En caso contrario, es inadmisibile introducir excepciones nuevas en apelación.

#### XLIII

Los litigantes pueden reproducir en el recurso de apelación las excepciones planteadas en primera instancia, siempre que su estimación o desestimación haya causado gravamen a alguno de ellos. Si esta reproducción la realiza el apelado, no es necesario, aunque es posible, que utilice la adhesión al recurso, pues la simple oposición basta para introducir las excepciones en el recurso de apelación.

Los supuestos de absolución en la instancia por apreciar la resolución del Juez *a quo* una excepción procesal, comportan siempre la introducción en el recurso de apelación de la excepción estimada en primera instancia, para que el Tribunal *ad quem* vuelva a analizarla y pueda decidir si mantiene la estimación o, por el contrario, la desestima y entra a resolver la cuestión de fondo. El hecho de que en estos supuestos el Tribunal de apelación decida sobre la cuestión principal o de fondo, tiene el inconveniente de dejar a los litigantes sin una instancia judicial, pero está comúnmente aceptado en la práctica.

#### XLIV

En los casos en que una excepción sea alegada en primera instancia pero no se reproduzca en apelación por el apelante o el apelado, se extraen varias conclusiones:

1ª. Cuando en primera instancia el demandado ha presentado varias excepciones y el Juez estima una de ellas sin entrar a analizar las demás, y en el recurso de apelación la Audiencia desestima la excepción admitida en primera instancia, el Tribunal competente en dicho recurso debe pronunciarse sobre las otras excepciones alegadas aunque nadie lo haya pedido. Estaríamos ante un caso de



omisión de pronunciamiento en primera instancia que el Tribunal de apelación puede conocer de oficio. Esta regla se aplica incluso cuando la omisión de pronunciamiento por apreciación de una excepción procesal se ha producido respecto a una reconvencción.

2ª. Cuando la excepción alegada en primera instancia ha sido desestimada por el Juez competente, el Tribunal de apelación no podrá pronunciarse sobre la misma si el demandado no la reproduce en apelación por medio de la interposición del recurso, de la adhesión al mismo o de su oposición, ya que la falta de alegación hace que el pronunciamiento relativo a la excepción adquiera firmeza.

3ª. Cuando se trate de un grupo de excepciones que, por su naturaleza admite que el órgano judicial competente en apelación pueda apreciarlas de oficio: falta de jurisdicción, de competencia objetiva y funcional; constitución irregular de la litis por ausencia de un litisconsorte necesario. Tal alegación puede realizarse por primera vez en apelación.

#### XLV

La admisión de las peticiones de los litigantes sobre los intereses, frutos, accesorios, daños y perjuicios, etc. devengados entre el período de la primera y la segunda resolución judicial en apelación, no supone una introducción de pretensiones nuevas modificadoras del objeto del proceso, sino un desarrollo de la relación jurídica material del juicio. Si éste se hubiera entablado en un momento posterior, tales pedimentos formarían parte del *petitum* de la demanda. Se trata, en definitiva, de nuevas cuestiones que producen una ampliación de los términos del *petitum*, pero que no modifican la *causa petendi*, lo que las convierte en admisibles en apelación.



**JURISPRUDENCIA:  
TABLA CRONOLÓGICA  
POR MATERIAS**



# **JURISPRUDENCIA: TABLA CRONOLÓGICA POR MATERIAS**

## **CAPÍTULO PRIMERO: NOTAS PRELIMINARES.**

### **I. EL DERECHO A LOS RECURSOS: DOCTRINA CONSTITUCIONAL.**

-. Sentencias dictadas por el TC: 170/1996, de 29 de octubre; 169/1996, de 29 de octubre; 128/1996, de 9 de julio; 46/1995, de 14 de febrero; 55/1995, de 6 de marzo; 58/1995, de 10 de marzo; 179/1995, de 11 de diciembre; 75/1994, de 14 de marzo; 77/1994, de 14 de marzo; 83/1994, de 14 de marzo; 91/1994, de 21 de marzo; 96/1993, de 22 de marzo; 274/1993, de 20 de septiembre; 31/1992, de 18 de marzo; 64/1992, de 29 de abril; 87/1992, de 8 de junio; 20/1991, de 31 de enero; 133/1991, de 17 de junio; 177/1991, de 19 de septiembre; 231/1991, de 10 de diciembre; 239/1991, de 12 de diciembre; 116/1990, de 21 de junio; 213/1990, de 20 de diciembre; 36/1989, de 14 de febrero; 46/1989, de 21 de febrero; 62/1989, de 3 de abril; 80/1989, de 8 de mayo; 95/1989, de 24 de mayo; 105/1989, de 8 de junio; 165/1989, de 16 de octubre; 212/1989, de 19 de diciembre; 37/1988, de 3 de marzo; 59/1988, de 5 de abril; 95/1988, de 25 de mayo; 100/1988, de 7 de junio; 175/1988, de 3 de octubre; 185/1988, de 14 de octubre; 191/1988, de 17 de octubre; 199/1988, de 25 de octubre; 3/1987, de 21 de enero; 15/1987, de 11 de febrero; 28/1987, de 5 de marzo; 69/1987, de 22 de mayo; 130/1987, de 17 de julio; 132/1987, de 21 de julio; 140/1987, de 23 de julio; 154/1987, de 14 de octubre; 19/1986, de 7 de febrero; 36/1986, de 12 de marzo; 87/1986, de 27 de junio; 117/1986, de 13 de octubre; 145/1986, de 24 de noviembre; 17/1985, de 9 de febrero; 41/1985, de 14 de marzo; 60/1985, de 6 de mayo; 110/1985, de 8 de octubre; 139/1985, de 18 de octubre; 140/1985, de 21 de octubre; 54/1984, de 4 de mayo; 70/1984, de 11 de junio; 93/1984, de 16 de octubre; 115/1984, de 3 de diciembre; 3/1983, de 25 de enero; 9/1983, de 9 de febrero; 19/1983, de 14 de marzo; 61/1983, de 11 de julio; 68/1983, de 26 de julio; 90/1983, de 7 de noviembre.

-. Sentencia dictada por el T.S.J. de Navarra, de 27 de junio de 1992 (R.J.10650).

-. Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales: A.A.P. de Alicante, de 11 de mayo de 1995 (R.A.C.1658); S.A.P. de Alava, de 3 de julio de 1992 (R.A.C.1054); S.A.P. de Sevilla, de 31 de agosto de 1992 (R.A.C.1150).

#### 1. Contenido constitucional del derecho a los recursos.

-. Sentencias dictadas por el T.C.: 19/1998, de 27 de enero; 9/1997, de 14 de enero; 76/1997, de 21 de abril; 93/1997, de 8 de mayo; 101/1997, de 20 de mayo; 125/1997, de 1 de julio; 132/1997, de 15 de julio; 128/1996, de 9 de julio; 142/1996, de 16 de septiembre; 160/1996, de 15 de octubre; 169/1996, de 29 de octubre; 170/1996, de 29 de octubre; 209/1996, de 7 de noviembre; 34/1995, de 6 de febrero; 37/1995, de 7 de febrero; 43/1995, de 13 de febrero; 55/1995, de 6 de marzo; 58/1995, de 10 de marzo; 81/1995, de 5 de junio; 100/1995, de 20 de junio; 110/1995, de 4 de julio; 129/1995, de 11 de septiembre; 138/1995, de 25 de septiembre; 172/1995, de 21 de noviembre; 179/1995, de 11 de diciembre; 21/1994, de 27 de enero; 28/1994, de 27 de enero; 50/1994, de 16 de febrero; 77/1994, de 14 de marzo; 83/1994, de 14 de marzo; 91/1994, de 21 de marzo; 112/1994, de 11 de abril; 188/1994, de 20 de junio; 119/1994, de 25 de abril; 199/1994, de 4 de julio; 255/1994, de 26 de septiembre; 256/1994, de 26 de septiembre; 267/1994, de 3 de octubre; 291/1994, de 27 de octubre; 293/1994, de 27 de octubre; 312/1994, de 21 de noviembre; 315/1994, de 28 de noviembre; 326/1994, de 12 de diciembre; 58/1993, de 15 de febrero; 77/1993, de 1 de marzo; 93/1993, de 22 de marzo; 96/1993, de 22 de marzo; 126/1993, de 19 de abril; 160/1993, de 17 de mayo; 163/1993, de 18 de mayo; 193/1993, de 14 de junio; 214/1993, de 28 de junio; 239/1993, de 12 de julio; 255/1993, de 20 de julio; 274/1993, de 20 de septiembre; 294/1993, de 18 de octubre; 299/1993, de 18 de octubre; 322/1993, de 8 de noviembre; 342/1993, de 22 de noviembre; 344/1993, de 22 de noviembre; 346/1993, de 22 de noviembre; 370/1993, de 13 de diciembre; 374/1993, de 13 de diciembre; 376/1993, de 20 de diciembre; 23/1992, de 14 de febrero; 31/1992, de 18 de marzo; 41/1992, de 30 de marzo; 64/1992, de 29 de abril; 87/1992, de 8 de junio; 108/1992, de 14 de septiembre; 110/1992, de 14 de septiembre; 115/1992, de 14 de septiembre; 132/1992, de 28 de

septiembre; 139/1991, de 20 de junio; 154/1992, de 19 de octubre; 20/1991, de 31 de enero; 93/1991, de 6 de mayo; 164/1991, de 18 de julio; 171/1991, de 16 de septiembre; 177/1991, de 19 de septiembre; 231/1991, de 10 de diciembre; 239/1991, de 12 de diciembre; 247/1991, de 19 de diciembre; 50/1990, de 26 de marzo; 73/1990, de 23 de abril; 99/1990, de 24 de mayo; 115/1990, de 21 de junio; 116/1990, de 21 de junio; 213/1990, de 20 de diciembre; 2/1989, de 18 de enero; 6/1989, de 19 de enero; 7/1989, de 19 de enero; 20/1989, de 31 de enero; 21/1989, de 31 de enero; 36/1989, de 14 de febrero; 46/1989, de 21 de febrero; 49/1989, de 21 de febrero; 59/1989, de 16 de marzo; 62/1989, de 3 de abril; 80/1989, de 8 de mayo; 95/1989, de 24 de mayo; 105/1989, de 8 de junio; 157/1989, de 5 de octubre; 165/1989, de 16 de octubre; 187/1989, de 13 de noviembre; 202/1989, de 30 de noviembre; 26/1988, de 23 de febrero; 37/1988, de 3 de marzo; 57/1988, de 5 de abril; 59/1988, de 5 de abril; 95/1988, de 25 de mayo; 100/1988, de 7 de junio; 64/1988, de 12 de abril; 106/1988, de 8 de junio; 113/1988, de 9 de junio; 168/1988, de 28 de septiembre; 174/1988, de 3 de octubre; 175/1988, de 3 de octubre; 185/1988, de 14 de octubre; 199/1988, de 25 de octubre; 214/1988, de 14 de noviembre; 222/1988, de 24 de noviembre; 247/1988, de 19 de diciembre; 3/1987, de 21 de enero; 10/1987, de 29 de enero; 16/1987, de 12 de febrero; 28/1987, de 5 de marzo; 58/1987, de 19 de mayo; 69/1987, de 22 de mayo; 109/1987, de 29 de junio; 112/1987, de 2 de julio; 124/1987, de 15 de julio; 130/1987, de 17 de julio; 132/1987, de 21 de julio; 140/1987, de 23 de julio; 143/1987, de 23 de septiembre; 180/1987, de 12 de noviembre; 185/1987, de 18 de noviembre; 36/1986, de 12 de marzo; 81/1986, de 20 de junio; 87/1986, de 27 de junio; 90/1986, de 2 de julio; 116/1986, de 8 de octubre; 117/1986, de 13 de octubre; 122/1986, de 22 de octubre; 123/1986, de 22 de octubre; 124/1986, de 22 de octubre; 127/1986, de 23 de octubre; 128/1986, de 23 de octubre; 129/1986, de 28 de octubre; 132/1986, de 29 de octubre; 139/1986, de 10 de noviembre; 142/1986, de 13 de noviembre; 143/1986, de 19 de noviembre; 144/1986, de 21 de noviembre; 154/1986, de 4 de diciembre; 155/1986, de 5 de diciembre; 157/1986, de 10 de diciembre; 161/1986, de 17 de diciembre; 14/1985, de 1 de febrero; 17/1985, de 9 de febrero; 60/1985, de 6 de mayo; 110/1985, de 8 de octubre; 139/1985, de 18 de octubre; 140/1985, de 21 de octubre; 172/1985, de 16 de diciembre; 46/1984, de 28 de marzo; 54/1984, de 4 de mayo; 57/1984, de 8 de mayo; 59/1984, de 10 de mayo; 69/1984, de 11 de junio; 70/1984, de 11 de junio; 93/1984, de 16 de octubre; 102/1984, de 12 de

noviembre; 104/1984, de 14 de noviembre; 3/1983, de 25 de enero; 9/1983, de 9 de febrero; 19/1983, de 14 de marzo; 68/1983, de 26 de julio; 90/1983, de 7 de noviembre; 123/1983, de 16 de diciembre; 11/1982, de 29 de marzo; 14/1982, de 21 de abril; 37/1982, de 16 de junio.

Autos dictados por el T.C.: 185/1993, de 14 de junio; 710/1984, de 21 de noviembre; 3/1983, de 25 de abril; 9/1983, de 9 de febrero; 19/1983, de 14 de marzo; 61/1983, de 11 de julio; 90/1983, de 7 de noviembre.

Para el proceso penal, las Sentencias del T.C.: 37/1988, de 3 de marzo; 106/1988, de 8 de junio; 154/1987, de 14 de octubre; 81/1986, de 20 de junio; 123/1986, de 22 de octubre; 115/1984, de 3 de diciembre; 42/1982, de 5 de julio; 76/1982, de 14 de diciembre.

-. Sentencias dictadas por el T.S.J. de: Cataluña, de 22 de septiembre de 1994 (R.J.4223/1995); Navarra, de 27 de junio de 1992 (R.J.10650).

-. Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Baleares, de 8 de abril de 1997 (R.A.C.983); A.A.P. de Córdoba, de 7 de abril de 1995 (R.A.C.665); S.A.P. de Valladolid, de 11 de septiembre de 1995 (R.A.C.1554); S.A.P. de Cuenca, de 21 de marzo de 1994 (R.A.C.1683); S.A.P. de Vizcaya, de 22 de marzo de 1994 (A.C. @1199 - 1994); S.A.P. de Jaén, de 5 de diciembre de 1994 (R.A.C.2547); S.A.P. de Alicante, de 7 de diciembre de 1994 (R.A.C.2351); S.A.P. de Palma de Mallorca, de 22 de abril de 1993 (A.C. @1267 - 1993); S.A.P. de Granada, de 10 de mayo de 1993 (R.A.C.917); A.A.P. de Granada, de 30 de junio de 1993 (R.A.C.1340); S.A.P. de Granada, de 3 de marzo de 1992 (R.A.C.409); A.A.P. de Alicante, de 9 de noviembre de 1992 (R.A.C.1593).

#### *Diferentes líneas jurisprudenciales.*

-. Sentencias dictadas por el T.C.: 3/1983, de 25 de enero; 9/1983, de 9 de febrero; 239/1993, de 12 de julio; 255/1993, de 20 de julio; 274/1993, de 20 de septiembre;



294/1993, de 18 de octubre; 199/1994, de 4 de julio; 294/1994, 7 de noviembre; 37/1995, de 7 de febrero; 55/1995, de 6 de marzo; 58/1995, de 10 de marzo; 110/1995, de 4 de julio; 136/1995, de 25 de septiembre; 138/1995, de 25 de septiembre; 172/1995, de 21 de noviembre; 142/1996, de 16 de septiembre; 160/1996, de 15 de octubre; 169/1996, de 29 de octubre; 209/1996, de 17 de diciembre; 210/1996, de 17 de diciembre; 211/1996, de 17 de diciembre; 9/1997, de 14 de enero; 76/1997, de 21 de abril; 93/1997, de 8 de mayo; 101/1997, de 20 de mayo; 125/1997, de 1 de julio; 132/1997, de 15 de julio; 176/1997, de 27 de octubre; 19/1998, de 27 de enero; 39/1998, de 17 de febrero.

-. Autos dictados por el T.C.: 80/1997, de 14 de marzo; 83/1998, de 30 de marzo.

2. Relación del derecho a los recursos con el “principio de igualdad de armas procesales” y el “principio de contradicción”.

Principio de igualdad de armas procesales: Sentencias dictadas por el T.C.: S.T.C. 125/1995, de 24 de julio, en el marco del proceso laboral, S.T.C. 245/1988, de 19 de diciembre y S.T.C. 76/1982, de 14 de diciembre, refiriéndose al proceso penal. También se considera así en el proceso civil: S.T.C. 77/1997, de 21 de abril.

Principio de contradicción: S.S.T.C. 77/1997, de 21 de abril; 75/1994, de 14 de marzo; 192/1993, de 14 de junio; 56/1992, de 8 de abril; 78/1992, de 25 de mayo; 188/1992, de 16 de noviembre; 7/1991, de 17 de enero; 89/1991, de 25 de abril; 195/1990, de 29 de noviembre; 22/1989, de 1 de febrero; 109/1989, de 8 de junio; 212/1989, de 19 de diciembre; 66/1988, de 14 de abril; 114/1988, de 10 de junio; 222/1988, de 24 de noviembre; 245/1988, de 19 de diciembre; 112/1987, de 2 de julio; 151/1987, de 2 de octubre.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN: CONCEPTO Y BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA DE SU CONFIGURACIÓN.**

## 1. Concepto.

Recurso devolutivo. Sentencias dictadas por el T.C.: 37/1995, de 7 de febrero, 176/1995, de 11 de diciembre y 272/1994, de 17 de octubre.

*Concepto de recurso de apelación:*

- Sentencias dictadas por el T.C.: 103/1995, de 3 de julio; 22/1989, de 1 de febrero; 191/1988, de 17 de octubre; 199/1988, de 25 de octubre.

- Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Sevilla, de 7 de octubre de 1995 (R.A.C.1842); S.A.P. de Valencia, de 20 de noviembre de 1995 (R.A.C.2090); S.A.P. de Alicante, de 7 de diciembre de 1994 (R.A.C.2351).

## **IV. NATURALEZA DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

### 1. La apelación es un proceso especial o una fase del proceso.

Una única Sentencia del T.C. considera el recurso de apelación como un proceso especial: 90/1986, de 2 de julio.

*Recurso de apelación como fase del proceso:*

- Sentencias dictadas por el T.C.: 195/1990, de 29 de noviembre; 112/1987, de 2 de julio y 151/1987, de 2 de octubre.

- Sentencias dictadas por el T.S.: S.T.S. de 21 de junio de 1943 (R.J.838); S.T.S. de 26 de febrero de 1962 (R.J.1139); S.T.S. de 5 de mayo de 1980 (R.J.2774); S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650); S.T.S. de 7 de junio de 1996 (R.J.4828); S.T.S. de 24 de enero de 1997 (R.J.18); S.T.S. de 5 de mayo de 1997 (R.J.3669); S.T.S. de 25 de noviembre de 1997 (R.J.8400); S.T.S. de 31 de marzo de 1998 (R.J.2038); S.T.S. de 19 de mayo de 1998 (R.J.3797); S.T.S. de 15 de julio de 1998 (R.J.5549).

- Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Huesca, de 14 de julio de 1993 (A.C. @1423-1993); S.A.P. de Sevilla, de 6 de octubre de 1994 (R.A.C.1875); S.A.P. de Vizcaya, de 4 de mayo de 1998 (R.A.C.5368).

2. Apelación plena o apelación limitada.

B. Apelación plena o limitada en la regulación procesal española.

- Sentencias dictadas por el T.C.: 9/1998, de 13 de enero; 19/1998, de 27 de enero; 59/1997, de 18 de marzo; 3/1996, de 15 de enero; 37/1995, de 7 de febrero; 103/1995, de 3 de julio; 176/1995, de 11 de diciembre; 75/1994, de 14 de marzo; 120/1994, de 25 de abril; 272/1994, de 17 de octubre; 323/1993, de 8 de noviembre; 19/1992, de 14 de febrero; 94/1990, de 29 de noviembre; 194/1990, de 29 de noviembre; 202/1988, de 31 de octubre; 145/1987, de 23 de septiembre; 90/1986, de 2 de julio; 134/1986, de 29 de octubre; 23/1985, de 15 de febrero; 54/1985, de 18 de abril;

- Resoluciones dictadas por el T.S.: S.T.S. de 26 de noviembre de 1982 (R.J.6932); S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650); S.T.S. de 7 de junio de 1996 (R.J.4828); S.T.S. de 24 de enero de 1997 (R.J.18); S.T.S. de 5 de mayo de 1997 (R.J.3669); S.T.S. de 25 de noviembre de 1997 (R.J.8400); S.T.S. de 21 de marzo de 1998 (R.J.1511); S.T.S. de 31 de marzo de 1998 (R.J.2038); S.T.S. de 15 de julio de 1998 (R.J.5549).

- Sentencia del T.S.J. de Cataluña, de 9 de mayo de 1994 (R.J.6991).

- Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Cuenca, de 5 de noviembre de 1985 (La Ley, nº6118, 1986-1); S.A.T. de Barcelona, de 23 de abril de 1986 (La Ley, nº6732, 1986-4); S.A.P. de Cuenca, de 23 de diciembre de 1987 (La Ley, nº8521, 1988-2); S.A.P. de Palma de Mallorca, de 3 de octubre de 1991 (R.A.C.373); S.A.P. de Madrid, de 14 de julio de 1992 (R.A.C.1147); S.A.P. de Málaga, de 22 de septiembre de 1992 (R.A.C.1311); S.A.P. de Toledo, de 26 de enero de 1993 (R.A.C.7); S.A.P. de Toledo, de 4 mayo de 1993 (R.A.C.1830); S.A.P. de Madrid, de 28 de

septiembre de 1993 (A.C., @121- 1994); S.A.P. de Murcia, de 24 de febrero de 1994 (R.A.C.348); S.A.P. de Madrid, de 26 de abril de 1994 (R.A.C.870); S.A.P. de Cantabria, de 5 de julio de 1994 (R.A.C.1214); A.A.P. de Cuenca, de 31 de julio de 1995 (A.C. @407- 1996); S.A.P. de Ciudad Real, de 31 de octubre de 1995 (R.A.C.1833); S.A.P. de Sevilla, de 28 de noviembre de 1995 (R.A.C.2080); S.A.P. de Málaga, de 9 de julio de 1997 (R.A.C.1471); A.A.P. de Las Palmas, de 9 de enero de 1998 (R.A.C.2879); S.A.P. de Toledo, de 3 de febrero de 1998 (R.A.C.3724); S.A.P. de Segovia, de 27 de febrero de 1998 (R.A.C.4460); S.A.P. de Madrid, de 24 de marzo de 1998 (R.A.C.4845); S.A.P. de Segovia, de 28 de abril de 1998 (R.A.C.4452); S.A.P. de Vizcaya, de 4 de mayo de 1998 (R.A.C.5368); A.A.P. de León, de 22 de mayo de 1998 (R.A.C.6113); S.A.P. de Málaga, de 7 de octubre de 1998 (R.A.C.7418); S.A.P. de La Rioja, de 6 de diciembre de 1998 (R.A.C.2545); S.A.P. de Las Palmas, de 21 de diciembre de 1998 (R.A.C.2457); S.A.P. de La Coruña, de 3 de febrero de 1999 (R.A.C.192).

## **V. EL RECURSO DE APELACIÓN COMO SEGUNDA INSTANCIA Y FRENTE A RESOLUCIONES INTERLOCUTORIAS. EL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN.**

### **1. Segunda instancia y resoluciones interlocutorias.**

-. Resoluciones dictadas por el T.S.: S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650); S.T.S. de 15 de marzo de 1988 (R.J.1970); S.T.S. de 12 de junio de 1989 (R.J.4423); S.T.S. de 23 de enero de 1992 (R.J.201); S.T.S. de 13 de mayo de 1992 (R.J.3922); S.T.S. de 4 de febrero de 1993 (R.J.827); S.T.S. de 15 de marzo de 1993 (R.J.2280); S.T.S. de 4 de junio de 1993 (R.J.4479); S.T.S. de 27 de septiembre de 1993 (R.J.6744); S.T.S. de 16 de noviembre de 1993 (R.J.9099); S.T.S. de 29 de enero de 1994 (R.J.636); S.T.S. de 14 de octubre de 1996 (R.J.8587); S.T.S. de 5 de diciembre de 1996 (R.J.8786); S.T.S. de 27 de octubre de 1997 (R.J.7617); S.T.S. de 9 de diciembre de 1997 (R.J.8967).

- Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Palencia, de 20 de abril de 1988 (La Ley, 1988-3, 8781); S.A.P. de Valladolid, de 22 de noviembre de 1994 (R.A.C.2460); S.A.P. de Lugo, de 15 de diciembre de 1997 (R.A.C.2582).

## 2. El doble grado de jurisdicción.

En el proceso civil se puede prever una sola instancia:

- Resoluciones dictadas por el T.C.: 19/1983, de 14 de marzo; 90/1983, de 7 de noviembre; 140/1985, de 21 de octubre; 37/1988, de 3 de marzo; 374/1993, de 13 de diciembre; 28/1994, de 27 de enero; 37/1995, de 7 de febrero; 142/1996, de 16 de septiembre; 169/1996, de 29 de octubre; 209/1996, de 17 de diciembre; A.T.C. 148/1997, de 19 de mayo.

- Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: Entre las que cabe destacar: S.A.P. de Lleida, de 23 de julio de 1992 (R.A.C.1122); S.A.P. de Sevilla, de 31 de agosto de 1992 (R.A.C.1150); S.A.P. de Madrid, de 26 de marzo de 1993 (R.A.C.401); S.A.P. de Málaga, de 2 de febrero de 1994 (A.C. @1006 - 1994); S.A.P. de Vizcaya, de 22 de marzo de 1994 (A.C. @1199 - 1994); A.A.P. de Córdoba, de 7 de abril de 1995 (R.A.C.665) y S.A.P. de Toledo, de 23 de abril de 1996 (A.C. @1109 - 1996).

## **CAPÍTULO SEGUNDO: PRESUPUESTOS NECESARIOS RELACIONADOS CON LOS SUJETOS QUE PUEDEN INTERVENIR EN APELACIÓN.**

### **I. CAPACIDAD PARA SER PARTE, CAPACIDAD PROCESAL Y SUCESIÓN PROCESAL.**

#### **1. CAPACIDAD PARA SER PARTE Y CAPACIDAD PROCESAL.**

- S.T.S. de 26 de junio de 1986 (R.J.4781).

## 2. SUCESIÓN PROCESAL.

-. Resoluciones del T.S.: S.T.S. de 2 de febrero de 1988 (R.J.584); S.T.S. de 29 de enero de 1994 (R.J.577); S.T.S. de 18 de febrero de 1994 (R.J.1099); A.T.S. de 22 de junio de 1995 (R.J.10040); S.T.S. de 23 de octubre de 1995 (R.J.7102).

## II. LEGITIMACIÓN Y GRAVAMEN.

### 1. LEGITIMACIÓN PARA APELAR.

#### 1.1. Concepto y naturaleza.

-. Sentencias dictadas por el T.C.: 115/1988, de 10 de junio; 195/1990, de 29 de noviembre.

#### 1.1.A. Legitimación y gravamen: ¿son dos presupuestos o uno sólo?.

-. Sentencias dictadas por el T.C.: 184/1995, de 12 de diciembre; 81/1995, de 5 de junio.

-. Resoluciones dictadas por el T.S.: 16 de abril de 1930 (R.J.869); 7 de febrero de 1941 (R.J.141); 21 de junio de 1943 (R.J.838); 28 de octubre de 1971 (R.J.4160); 18 de abril de 1975 (R.J.1721); 5 de octubre de 1978 (R.J.3051); 10 de noviembre de 1981 (R.J.4471); 7 de julio de 1983 (R.J.4074); 5 de noviembre de 1983 (R.J.5958); 10 de noviembre de 1983 (R.J.6074); 15 de octubre de 1984 (R.J.4860); 25 de noviembre de 1988 (R.J.8707); 1 de febrero de 1990 (R.J.649); 29 de octubre de 1990 (R.J.8261); 20 de marzo de 1991 (R.J.2422); 10 de junio de 1991 (R.J.4434); 11 de mayo de 1992 (R.J.3896); 28 de julio de 1992 (R.J.6464); 21 de abril de 1993 (R.J.3111); 14 de marzo de 1995 (R.J.2429); 30 de enero de 1996 (R.J.539).

- Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Tarragona, de 16 de septiembre de 1991 (La Ley, 1992-1, 413); S.A.P. de Baleares, de 3 de octubre de 1991 (R.A.C.373); A.A.P. de Madrid, de 29 de junio de 1992 (R.A.C.875); S.A.P. de Madrid, de 1 de octubre de 1992 (R.A.C.1473); S.A.P. de Valencia, de 14 de octubre de 1992 (R.A.C.1342); S.A.P. de Valencia, de 16 de octubre de 1992 (R.A.C.1344); S.A.P. de Castellón, de 10 de febrero de 1993 (R.A.C.2569); S.A.P. de Barcelona, de 30 de abril de 1993 (R.A.C.541); S.A.P. de Barcelona, de 21 de mayo de 1993 (R.A.C.1177); S.A.P. de Madrid, de 15 de noviembre de 1993 (R.A.C.2596); S.A.P. de Tarragona, de 6 de julio de 1994 (R.A.C.1271); S.A.P. de Segovia, de 6 de julio de 1995 (R.A.C.1322); A.A.P. de Madrid, de 31 de octubre de 1995 (R.A.C.2097); S.A.P. de Pontevedra, de 11 de enero de 1997 (R.A.C.738); S.A.P. de Cáceres, de 12 de marzo de 1998 (R.A.C.658); S.A.P. de Cuenca, de 30 de abril de 1998 (R.A.C.4564); S.A.P. de Córdoba, de 6 de julio de 1998 (R.A.C.1362).

#### 1.1.B. La legitimación de los terceros para intervenir en apelación.

- Resoluciones del T.C.: S.T.C. 58/1988, de 6 de abril; S.T.C. 207/1989, de 16 de diciembre; A.T.C. 394/1990, de 7 de noviembre; S.T.C. 171/1991, de 16 de septiembre.

- Sentencia del T.S. que no permitía al tercero interponer apelación: S.T.S. de 26 de diciembre de 1932 (R.J.1383).

- Resoluciones del T.S. que admiten la intervención de terceros en los recursos: S.T.S. de 6 de marzo de 1946 (R.J.260); S.T.S. de 11 de julio de 1950 (R.J.1197); S.T.S. de 17 de febrero de 1951 (R.J.589); S.T.S. de 29 de septiembre de 1961 (R.J.3270); S.T.S. de 17 de octubre de 1961 (R.J.3604); S.T.S. de 25 de febrero de 1976 (R.J.883); S.T.S. de 10 de noviembre de 1981 (R.J.4471); S.T.S. de 5 de noviembre de 1983 (R.J.5958); S.T.S. 10 de noviembre de 1983 (R.J.6074); S.T.S. de 29 de octubre de 1990 (R.J.8261); la S.T.S. de 9 de octubre de 1993 (R.J.8175); la S.T.S. de 7 de marzo de 1996 (R.J.1942); S.T.S. de 10 de junio de 1996 (R.J.4752).

- Resoluciones de las Audiencias Provinciales que permiten la intervención de terceros en apelación: S.A.P. de Navarra, de 28 de abril de 1995 (R.A.C.738); S.A.T. de Pamplona, de 17 de noviembre de 1987 (La Ley, 1988-1, 8246).

- Resoluciones de las Audiencias Provinciales que no admiten esta intervención de los terceros: S.A.P. de Asturias, de 2 de mayo de 1995 (R.A.C.943); A.A.T. de Barcelona, de 28 de febrero de 1983 (R.J.C., 1983-II, pág.380).

## 2. EL INTERÉS PARA APELAR: GRAVAMEN O PERJUICIO.

### 2.1. Concepto de gravamen.

- Sentencias del T.C.: 54/1985, de 18 de abril; 84/1985, de 8 de julio; 115/1986, de 6 de octubre; 123/1989, de 6 de julio; 61/1990, de 29 de marzo; 120/1995, de 17 de julio; 184/1995, de 12 de diciembre; 41/1998, de 24 de febrero.

- Resoluciones dictadas por el T.S.: de 16 de abril de 1930 (R.J.869); de 14 de noviembre de 1930 (R.J.1257); de 27 de octubre de 1933 (R.J.426); de 7 de febrero de 1941 (R.J.141); de 8 de febrero de 1941 (R.J.144); de 21 de junio de 1943 (R.J.838); de 25 de febrero de 1944 (R.J.524); de 4 de noviembre de 1957 (R.J.3032); de 14 de marzo de 1958 (R.J.1432); de 9 de marzo de 1961 (R.J.944); de 14 de abril de 1961 (R.J.1261); de 30 de noviembre de 1964 (R.J.5634); de 5 de noviembre de 1966 (R.J.5273); de 31 de mayo de 1967 (R.J.2844); de 12 de febrero de 1970 (R.J.839); de 28 de octubre de 1971 (R.J.4160); de 12 de noviembre de 1973 (R.J.4164); de 24 de enero de 1975 (R.J.94); de 18 de abril de 1975 (R.J.1721); de 8 de noviembre de 1976 (R.J.4769); de 24 de octubre de 1978 (R.J.3283); de 10 de noviembre de 1981 (R.J.4471); de 31 de mayo de 1982 (R.J.2611); de 7 de julio de 1983 (R.J.4074); de 5 de noviembre de 1983 (R.J.5958); de 10 de noviembre de 1983 (R.J.6074); de 16 de marzo de 1988 (R.J.1973); de 30 de marzo de 1989 (R.J.2283); de 13 de junio de 1989 (R.J.4631); de 7 de diciembre de 1989 (R.J.8812); de 1 de febrero de 1990 (R.J.649); de 12 de marzo de 1990 (R.J.1687); de 29 de octubre de 1990 (R.J.8261); de 20 de marzo de 1991



(R.J.2422); de 23 de enero de 1992 (R.J.201); de 11 de noviembre de 1993 (R.J.8759); de 7 de febrero de 1994 (R.J.919); de 25 de marzo de 1994 (R.J.2533); de 31 de enero de 1997 (R.J.477).

-. Resoluciones de las Audiencias Provinciales: S.A.T. de Las Palmas, de 20 de marzo de 1982 (La Ley 1982-4, 3223-R); A.A.T. de Barcelona, 5 de octubre de 1983 (R.A.C., 1984, pág.124); S.A.P. de Asturias, de 18 de enero de 1992 (R.A.C.28); S.A.P. de Huesca, de 13 de febrero de 1992 (R.A.C.297); S.A.P. de Madrid, de 1 de octubre de 1992 (R.A.C.1473); S.A.P. de Valencia, de 16 de octubre de 1992 (R.A.C.1344); S.A.P. de Lleida, de 2 de enero de 1993 (La Ley, 1993-1, 501); S.A.P. de Palma de Mallorca, de 25 de enero de 1993 (La Ley, 1993-1, 705); S.A.P. de Castellón, de 10 de febrero de 1993 (R.A.C.2569); S.A.P. de Barcelona, de 21 de mayo de 1993 (R.A.C.1177); S.A.P. de Madrid, de 15 de noviembre de 1993 (R.A.C.2596); A.A.P. de Huesca, de 14 de diciembre de 1993 (AC., 15 de abril de 1994, @452); S.A.P. de Huesca, de 27 de septiembre de 1994 (R.A.C.1439); A.A.P. de Cuenca, de 31 de julio de 1995 (A.C., 31 de marzo de 1996, @407); S.A.P. de Pontevedra, de 11 de enero de 1997 (R.A.C.738); S.A.P. de Cáceres, de 12 de marzo de 1998 (R.A.C.658); A.A.P. de Cuenca, de 30 de abril de 1998 (R.A.C.4564); S.A.P. de Valencia, de 13 de julio de 1998 (R.A.C.1358); S.A.P. de Las Palmas, de 16 de julio de 1998 (R.A.C.6864).

#### 2.1.B. Interés para apelar y gravamen.

-. Resoluciones dictadas por el T.C.: 84/1985, de 8 de julio; 115/1986, de 6 de octubre; 79/1987, de 27 de mayo; 112/1987, de 2 de julio.

-. Sentencias dictadas por el T.S.: de 7 de febrero de 1941 (R.J.141); de 21 de junio de 1943 (R.J.838); de 4 de noviembre de 1957 (R.J.3032); de 5 de noviembre de 1966 (R.J.5273); de 28 de octubre de 1971 (R.J.4160); de 18 de abril de 1975 (R.J.1721); de 8 de noviembre de 1976 (R.J.4769); de 7 de julio de 1983 (R.J.4074); de 5 de noviembre de 1983 (R.J.5958); de 10 de noviembre de 1983 (R.J.6074); de 1 de febrero de 1990

(R.J.649); de 20 de marzo de 1991 (R.J.2422); de 10 de junio de 1991 (R.J.4434); de 11 de mayo de 1992 (R.J.3896); de 28 de julio de 1992 (R.J.6464).

- Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Tarragona, de 16 de septiembre de 1991 (La Ley, 1992-1, 413); S.A.P. de Baleares, de 3 de octubre de 1991 (R.A.C.373); A.A.P. de Madrid, de 29 de junio de 1992 (R.A.C.875); S.A.P. de Madrid, de 1 de octubre de 1992 (R.A.C.1473); S.A.P. de Palma de Mallorca, de 25 de enero de 1993 (La Ley, 1993-1, 705); S.A.P. de Castellón, de 10 de febrero de 1993 (R.A.C.2569); S.A.P. de Asturias, de 19 de junio de 1995 (R.A.C.1101); A.A.P. de Madrid, de 31 de octubre de 1995 (R.A.C.2097); S.A.P. de Pontevedra, de 11 de enero de 1997 (R.A.C.738).

#### 2.1.C. Vencimiento y gravamen.

-. Sentencias del T.S.: de 5 de octubre de 1978 (R.J.3051); de 13 de junio de 1989 (R.J.4631); de 28 de julio de 1992 (R.J.6464).

-. Sentencia de la A.T. de Las Palmas, de 20 de marzo de 1982 (La Ley, 1982-4, 3223-R).

#### 2.1.D. Consideraciones finales.

Resoluciones que ponen fin a un recurso de apelación por no existir gravamen:

-. Sentencias del T.S. de: 7 de febrero de 1941 (R.J.141), 21 de junio de 1943 (R.J.838), 9 de marzo de 1961 (R.J.944), 29 de marzo de 1963 (R.J.1938), 5 de noviembre de 1966 (R.J.5273), 28 de octubre de 1971 (R.J.4160), 25 de octubre de 1982 (R.J.5573), 7 de julio de 1983 (R.J.4074), 5 de noviembre de 1983 (R.J.5958), 15 de octubre de 1984 (La Ley, 1985-1, 6076-R), 11 de diciembre de 1985 (R.J.6434), 12 de marzo de 1990 (R.J.1687), 29 de octubre de 1990 (R.J.8261), 28 de julio de 1992 (R.J.6464) y 27 de julio de 1996 (R.J.6405).

-. Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Baleares, de 3 de octubre de 1991 (R.A.C.373); S.A.P. de Barcelona, de 10 de febrero de 1992 (La Ley 93-1, 379); S.A.P. de Huesca, de 13 de febrero de 1992 (R.A.C.297); A.A.P. de Madrid, de 29 de junio de 1992 (R.A.C.875); S.A.P. de Madrid, de 1 de octubre de 1992 (R.A.C.1473); S.A.P. de Valencia, de 14 de octubre de 1992 (R.A.C.1342); S.A.P. de Valencia, de 16 de octubre de 1992 (R.A.C.1344); S.A.P. de Castellón, de 10 de febrero de 1993 (R.A.C.2469); S.A.P. de Barcelona, de 21 de mayo de 1993 (R.A.C.1177); A.A.P. de Madrid, de 31 de octubre de 1995 (R.A.C.2097); A.A.P. de Madrid, de 12 de diciembre de 1995 (La Ley 96-2, 2666); S.A.P. de Pontevedra, de 11 de enero de 1997 (R.A.C.738); S.A.P. de Cáceres, de 12 de marzo de 1998 (R.A.C.658); A.A.P. de Cuenca, de 30 de abril de 1998 (R.A.C.4564); S.A.P. de Valencia, de 13 de julio de 1998 (R.A.C.1358).

## 2.2. Funciones del gravamen.

### 2.2.A. Elemento determinante del objeto de la apelación.

-. Sentencias dictadas por le T.S.: de 6 de julio de 1962 (R.J.3119); de 30 de noviembre de 1964 (R.J.5634); de 21 de octubre de 1974 (R.J.3897); de 17 de enero de 1984 (R.J.348); de 25 de noviembre de 1988 (R.J.8707); de 2 de diciembre de 1991 (R.J.8905); de 13 de mayo de 1992 (R.J.3922); de 21 de abril de 1993 (R.J.3111); de 7 de febrero de 1994 (R.J.919); de 14 de marzo de 1995 (R.J.2429).

-. Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Barcelona, de 10 de febrero de 1992 (La Ley, 1993-1, 379); S.A.P. de Barcelona, de 30 de abril de 1993 (R.A.C.541); S.A.P. de Barcelona, de 21 de mayo de 1993 (R.A.C.1177); S.A.P. de Madrid, de 28 de septiembre de 1993 (A.C., 31 de enero de 1994, @121); S.A.P. de Huesca, de 14 de diciembre de 1993 (A.C., 15 de abril de 1994, @452); S.A.P. de Cádiz, de 27 de diciembre de 1993 (R.A.C.2553); A.A.P. de Zaragoza, de 29 de diciembre de 1993 (R.A.C.2518); S.A.P. de Murcia, de 24 de febrero de 1994 (R.A.C.348); S.A.P. de Tarragona, de 6 de julio de 1994 (R.A.C.1271); S.A.P. de

Huesca, de 27 de septiembre de 1994 (R.A.C.1439); S.A.P. de Valencia, de 19 de enero de 1995 (R.A.C.840); S.A.P. de Zaragoza, de 17 de junio de 1995 (A.C., 30 de noviembre de 1995, @1873); S.A.P. de Segovia, de 6 de julio de 1995 (R.A.C.1322); S.A.P. de Lugo, de 17 de octubre de 1995 (La Ley, 1996-1, 991); S.A.P. de Valladolid, de 12 de diciembre de 1995 (A.C., 29 de febrero de 1996, @303); S.A.P. de Barcelona, de 28 de diciembre de 1995 (R.A.C.2280).

### 2.3. Tipos de gravamen.

#### 2.3.A. Gravamen total y gravamen parcial.

- Sentencias dictadas por el T.S.: de 25 de febrero de 1944 (R.J.524); de 30 de noviembre de 1964 (R.J.5634); de 7 de febrero de 1994 (R.J.919); de 14 de marzo de 1995 (R.J.2429).

- Resoluciones de las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Madrid, de 29 de junio de 1992 (R.A.C.875); A.A.P. de Navarra, de 2 de junio de 1994 (R.A.C.1337).

#### 2.3.B. Gravamen de derecho material y gravamen procesal o formal.

##### 2.3.B.1. *Gravamen de derecho material.*

- Sentencias dictadas por el T.C.: 20/1982, de 5 de mayo; 15/1984, de 6 de febrero; 12/1987, de 4 de febrero.

- Sentencias del T.S. de: 13 de enero de 1944 (R.J.119); 22 de diciembre de 1950 (R.J.1845); 28 de noviembre de 1964 (R.J.5633); 31 de mayo de 1967 (R.J.3266); 7 de julio de 1983 (R.J.4074); 3 de febrero de 1984 (R.J.574); 12 de noviembre de 1985 (R.J.5582); 20 de mayo de 1986 (R.J.2735); 19 de julio de 1989 (R.J.5759); 26 de diciembre de 1989 (R.J.8872); 29 de octubre de 1990 (R.J.8261); 7 de octubre de 1991 (R.J.7443); 3 de marzo de 1992 (R.J.1837); 7 de febrero de 1994 (R.J.919).

-. Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Sevilla, de 31 de agosto de 1992 (R.A.C.1150); S.A.P. de Valencia, de 16 de octubre de 1992 (R.A.C.1344); S.A.P. de Huesca, de 29 de octubre de 1992 (R.A.C.1467); S.A.P. de Asturias, de 11 de febrero de 1993 (R.A.C.153); S.A.P. de Granada, de 17 de marzo de 1993 (R.A.C.256); A.A.P. de Málaga, de 23 de marzo de 1993 (R.A.C.388); A.A.P. de Guipúzcoa, de 9 de julio de 1993 (R.A.C.1419); S.A.P. de Toledo, de 24 de septiembre de 1993 (R.A.C.1671); A.A.P. de Castellón, de 5 de noviembre de 1993 (A.C., 1 al 15 de abril de 1994, @436); S.A.P. de Vizcaya, de 22 de marzo de 1994 (A.C., 31 de agosto de 1994, @1199); S.A.P. de Tarragona, de 4 de octubre de 1994 (R.A.C.2078); A.A.P. de Tarragona, de 4 de octubre de 1994 (A.C., 31 de julio de 1995, @1156); S.A.P. de Alicante, de 17 de noviembre de 1994 (R.A.C.2521); S.A.P. de Badajoz, de 20 de diciembre de 1994 (R.A.C.1977); S.A.P. de Girona, de 11 de enero de 1995 (A.C., 31 de mayo de 1995, @746); A.A.P. de Zaragoza, de 17 de enero de 1996 (R.A.C.125); S.A.P. de Toledo, de 23 de abril de 1996 (A.C., 15 de agosto de 1996, @1109); S.A.P. de Madrid, de 4 de septiembre de 1996 (R.A.C.2502); S.A.P. de Baleares, de 7 de octubre de 1996 (R.A.C.1971); S.A.P. de Córdoba, de 2 de octubre de 1997 (R.A.C.2036); A.A.P. de Ciudad Real, de 13 de marzo de 1998 (R.A.C.632).

### 2.3.B.2. *Gravamen procesal o formal.*

-. Sentencias del T.S.: de 7 de julio de 1983 (R.J.4074); de 14 de abril de 1989 (R.J.3054); de 11 de mayo de 1992 (R.J.3896); de 30 de mayo de 1992 (R.J.4830); de 25 de marzo de 1995 (R.J.2139).

-. Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de La Rioja, de 3 de marzo de 1992 (R.A.C.417); S.A.P. de Madrid, de 18 de mayo de 1992 (R.A.C.750); S.A.P. de Alicante, de 28 de diciembre de 1993 (R.A.C.2581); S.A.P. de Ciudad Real, de 29 de diciembre de 1994 (R.A.C.2152); S.A.P. de Zaragoza, de 17 de junio de 1995 (A.C., 30 de noviembre de 1995, @1873); S.A.P. de Segovia, de 6 de julio de 1995 (R.A.C.1322); S.A.P. de La Rioja, de 2 de octubre de 1995 (R.A.C.1823); S.A.P. de Lugo, de 17 de octubre de 1995 (La Ley, 1996-1, 991); S.A.P. de Málaga, de 24 de

febrero de 1996 (R.A.C.285); S.A.P. de Córdoba, de 16 de septiembre de 1996 (R.A.C.1560); S.A.P. de Sevilla, de 16 de mayo de 1997 (R.A.C.1039).

2.4. Ubicación del gravamen en la estructura formal de la resolución judicial y clases de pronunciamientos capaces de producirlo.

2.4.A. Ubicación del gravamen en la estructura formal de la resolución judicial que se pretende apelar.

Únicamente puede producir gravamen la parte dispositiva de la resolución apelada:

-. Sentencias dictadas por el T.S.: de 25 de febrero de 1944 (R.J.524); de 27 de junio de 1967 (R.J.3127); de 18 de abril de 1975 (R.J.1721); de 20 de mayo de 1982 (R.J.2585); de 5 de noviembre de 1982 (R.J.6525); de 3 de febrero de 1983 (R.J.801); de 7 de julio de 1983 (R.J.4074); de 13 de enero de 1984 (R.J.344); de 22 de mayo de 1984 (R.J.2501); de 28 de mayo de 1985 (R.J.2818); de 23 de diciembre de 1987 (R.J.9651); de 2 de diciembre de 1988 (R.J.9294); de 13 de diciembre de 1989 (R.J.8824); de 16 de octubre de 1990 (R.J.7869); de 15 de marzo de 1991 (R.J.2260); de 18 de julio de 1991 (R.J.5432); de 18 de febrero de 1992 (R.J.1317); de 23 de mayo de 1994 (R.J.3730); de 2 de diciembre de 1994 (R.J.9399).

-. Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Palma de Mallorca, de 21 de febrero de 1989 (R.G.D., 1990, pág.810); S.A.P. de Baleares, de 3 de octubre de 1991 (R.A.C.373), S.A.P. de Huesca, de 13 de febrero de 1992 (R.A.C.297), S.A.P. de Valencia, de 14 de octubre de 1992 (R.A.C.1342), S.A.P. de Lleida, de 2 de enero de 1993 (La Ley, 1993-1, 501), S.A.P. de Palma de Mallorca, de 25 de enero de 1993 (La Ley, 1993-1, 705), S.A.P. de Castellón, de 10 de febrero de 1993 (R.A.C.2569); S.A.P. de Asturias, de 19 de junio de 1995 (R.A.C.1101); S.A.P. de Pontevedra, de 11 de enero de 1997 (R.A.C.738); S.A.P. de Jaén, de 15 de enero de 1998 (R.A.C.3138); S.A.P. de Guadalajara, de 9 de marzo de 1998 (R.A.C.3942); S.A.P. de Almería, de 9 de marzo de 1998 (R.A.C.4002); S.A.P. de Cáceres, de 12 de marzo de 1998 (R.A.C.658).

También puede producir gravamen los fundamentos jurídicos de la resolución apelada:

- Resoluciones del T.C.: S.T.C. 116/1986, de 8 de octubre; S.T.C. 55/1987, de 13 de mayo; S.T.C. 79/1987, de 27 de mayo; S.T.C. 184/1988, de 13 de octubre; S.T.C. 109/1992, de 14 de septiembre; S.T.C. 28/1994, de 27 de enero; S.T.C. 32/1996, de 27 de febrero; S.T.C. 169/1996, de 29 de octubre; A.T.C. 315/1994, de 21 de noviembre.
- Sentencias del T.S.: de 5 de octubre de 1968 (R.J.4163); de 8 de noviembre de 1969 (R.J.5132); de 28 de mayo de 1985 (R.J.2818); de 12 de diciembre de 1986 (R.J.7435); de 1 de febrero de 1990 (R.J.649); de 10 de junio de 1995 (R.J.4915).

#### 2.4.B. Pronunciamientos de la resolución judicial capaces de producir gravamen.

Pretensiones subordinadas: S.T.S. 9 de julio de 1994 (R.J.6383).

Pretensiones subsidiarias:

- S.T.S. de 12 de noviembre de 1992 (R.J.9583).
- S.A.T. de Granada, de 8 de noviembre de 1965 (R.G.D. - 1966, pág.453).

Pretensiones alternativas:

- S.T.C. 4/1994, de 17 de enero.
- Resoluciones dictadas por el T.S.: de 3 de enero de 1948 (R.J.11); de 11 de octubre de 1947 (R.J.1087); de 22 de febrero de 1949 (R.J.255); de 20 de junio de 1949 (R.J.735); de 4 de enero de 1956 (R.J.652); de 23 de marzo de 1963 (R.J.8845); de 8 de febrero de 1969 (R.J.656); de 12 de noviembre de 1992 (R.J.9586); de 23 de julio de 1993 (R.J.6284); de 26 de febrero de 1997 (R.J.709).
- Resoluciones de las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Valencia, de 16 de octubre de 1992 (R.A.C.1344); S.A.P. de Valencia, de 13 de julio de 1998 (R.A.C.1358).

Omisión de pronunciamiento:

- Sentencias del T.S.: de 7 de diciembre de 1989 (R.J.8812); de 25 de noviembre de 1996 (R.J.9119); de 3 de febrero de 1997 (R.J.674).
- S.A.T. de La Coruña, de 29 de enero de 1988 (R.G.D., abril 1989, pág.2579).

Absolución de la instancia:

-. Sentencias dictadas por el T.S. de: 22 de junio de 1983 (R.J.3650); 15 de marzo de 1988 (R.J.1970); 12 de junio de 1989 (R.J.4423); 11 de julio de 1990 (R.J.5853); 23 de enero de 1992 (R.J.201); 13 de mayo de 1992 (R.J.3922); 4 de febrero de 1993 (R.J.827); 15 de marzo de 1993 (R.J.2280); 16 de noviembre de 1993 (R.J.9099); 29 de enero de 1994 (R.J.636); 14 de octubre de 1997 (R.J.7155); 26 de noviembre de 1997 (R.J.8401); 28 de julio de 1998 (R.J.6377).

-. S.A.P. de Valladolid, de 22 de noviembre de 1994 (R.A.C.2460).

### 3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGITIMACIÓN Y EL GRAVAMEN.

#### 3.1. De carácter sustantivo o procesal.

S.A.P. de Castellón, de 10 de febrero de 1993 (R.A.C.2569).

#### 3.2. De admisión o fundamentación.

-. Sentencias del T.C.: 54/1985, de 18 de abril; 84/1985, de 8 de julio; 90/1986, de 2 de julio; 115/1986, de 6 de octubre; 113/1990, de 18 de junio.

-. Resoluciones dictadas por el T.S.: de 7 de julio de 1983 (R.J.4074); de 11 de mayo de 1992 (R.J.3896).

-. Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Tarragona, de 16 de septiembre de 1991 (La Ley, 1992-1, 413); S.A.P. de Baleares, de 3 de octubre de 1991 (R.A.C.373); S.A.P. de Madrid, de 1 de octubre de 1992 (R.A.C.1473); S.A.P. de Palma de Mallorca, de 25 de enero de 1993 (La Ley, 1993-1, 705); S.A.P. de Castellón, de 10 de febrero de 1993 (R.A.C.2569); S.A.P. de Pontevedra, de 11 de enero de 1997 (R.A.C.738); S.A.P. de Cáceres, de 12 de marzo de 1998 (R.A.C.658).

### III. POSTULACIÓN Y ASISTENCIA LETRADA.



- S.T.C. 130/1987, de 17 de julio.

## 1. POSTULACIÓN.

- Resoluciones del T.C.: 132/1987, de 21 de julio; 174/1988, de 3 de octubre; 33/1990, de 26 de febrero; 102/1990, de 4 de junio; 213/1990, de 20 de diciembre; 133/1991, de 17 de junio; 177/1991, de 19 de septiembre.

- Sentencias dictadas por el T.S.: de 22 de junio de 1944 (R.J.822); de 1 de diciembre de 1955 (R.J.3600); de 12 de diciembre de 1958 (R.J.4046); de 25 de mayo de 1959 (R.J.2013); de 25 de noviembre de 1959 (R.J.4462); de 26 de febrero de 1962 (R.J.1139); de 28 de diciembre de 1962 (R.J.4753); de 12 de febrero de 1987 (R.J.707).

- S.A.P. de Asturias, de 19 de junio de 1995 (Ar.1101).

## 2. ASISTENCIA LETRADA.

- Sentencias del T.C.: 3/1987, de 21 de enero; 57/1984, de 8 de mayo; 87/1986, de 27 de junio; 132/1987, de 21 de julio; 140/1987, de 23 de julio; 39/1988, de 9 de marzo; 95/1988, de 25 de mayo; 174/1988, de 3 de octubre; 105/1989, de 8 de junio; 177/1989, de 30 de octubre; 202/1989, de 30 de noviembre; 39/1990, de 12 de marzo; 99/1990, de 24 de mayo; 116/1990, de 21 de junio; 118/1990, de 21 de junio; 93/1991, de 6 de mayo; 177/1991, de 19 de septiembre; 126/1993, de 19 de abril; 4/1995, de 10 de enero; 209/1996, de 17 de diciembre.

- Sentencias dictadas por el T.S. de: 10 de marzo de 1994 (R.J.1731); 10 de abril de 1996 (R.J.2914).

- Resoluciones de las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Salamanca, de 15 de mayo de 1981 (La Ley, 1981-3, 1143); A.A.P. de Zaragoza, de 3 de febrero de 1993 (R.A.C.137); S.A.P. de Granada, de 12 de julio de 1993 (R.A.C.1353).

## **CAPÍTULO TERCERO: POSIBLES COMPORTAMIENTOS PROCESALES DE LOS SUJETOS DE LA APELACIÓN.**

### **I. APELANTE.**

#### **1. TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL JUEZ *A QUO*.**

##### **1.1. Interposición del recurso de apelación.**

- Resoluciones dictadas por el T.C.: 57/1984, de 8 de mayo; 36/1986, de 12 de marzo; 202/1989, de 30 de noviembre; 93/1991, de 6 de mayo; 64/1992, de 29 de abril; 19/1998, de 27 de enero.

- S.T.S. de 5 de marzo de 1990 (R.J.1667).

- Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: A.A.P. de Las Palmas, de 9 de enero de 1998 (R.A.C.2879); S.A.P. de Ávila, de 5 de febrero de 1998 (R.A.C.3643); S.A.P. de Murcia, de 3 de marzo de 1998 (R.A.C.4069); S.A.P. de Castellón, de 15 de mayo de 1998 (R.A.C.5259); S.A.P. de Madrid, de 10 de julio de 1998 (R.A.C.5826); S.A.P. de Madrid, de 21 de diciembre de 1998 (R.A.C.2421).

##### **1.2. Admisión del recurso de apelación.**

- Resoluciones del T.C.: 90/1986, de 2 de julio; 161/1986, de 17 de diciembre; 93/1987, de 3 de junio; 180/1987, de 12 de noviembre; 115/1988, de 10 de junio; 21/1989, de 31 de enero; 59/1989, de 16 de marzo; 105/1989, de 8 de junio; 101/1990, de 4 de junio; 115/1990, de 21 de junio; 195/1990, de 29 de noviembre; 213/1990, de 20 de diciembre;

177/1991, de 19 de septiembre; 78/1992, de 25 de mayo; 77/1993, de 1 de marzo; 78/1993, de 1 de marzo.

-. Sentencias del T.S.: de 27 de octubre de 1933 (R.J.426); de 1 de diciembre de 1949 (R.J.1439); de 28 de enero de 1950 (R.J.40); de 28 de octubre de 1971 (R.J.4160); de 4 de abril de 1997 (R.J.2638).

-. A.A.P. de Madrid, de 16 de septiembre de 1992 (R.A.C.1222).

## 2. TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL JUEZ O TRIBUNAL *AD QUEM*.

### 2.1. Personación o comparecencia del apelante ante el Tribunal superior.

-. S.T.S. de 26 de junio de 1954 (R.J.2024).

#### 2.1.B. El beneficio de justicia gratuita del apelante.

-. Sentencias del T.C.: 28/1981, de 23 de julio; 138/1988, de 8 de julio; 39/1990, de 12 de marzo; 99/1990, de 24 de mayo; 135/1991, de 18 de junio; 132/1992, de 28 de septiembre; 91/1994, de 21 de marzo; 105/1996, de 11 de junio; 142/1996, de 16 de septiembre; S.T.C. de 4 de diciembre de 1997 (Actualidad Aranzadi, 15 de enero de 1998, nº325).

-. S.A.P. de Asturias, de 23 de febrero de 1996 (R.A.C.251).

### 2.2. Falta de personación del apelante ante el Tribunal *ad quem*.

-. Resoluciones dictadas por el T.C.: S.T.C. 59/1988, de 5 de abril; S.T.C. 138/1988, de 8 de julio; S.T.C. 80/1989, de 8 de mayo; S.T.C. 133/1991, de 17 de junio; S.T.C.

23/1992, de 14 de febrero; A.T.C. 114/1995, de 4 de abril; S.T.C. 70/1996, de 24 de abril; S.T.C.105/1996, de 11 de junio; S.T.C. 111/1996, de 24 de junio; S.T.C. 142/1996, de 16 de septiembre.

-. Sentencias del T.S.: de 28 de mayo de 1985 (R.J.2817); de 4 de noviembre de 1985 (R.J.4572); de 30 de octubre de 1992 (R.J.8186); de 21 de octubre de 1994 (R.J.8124); de 9 de junio de 1995 (R.J.4912); de 16 de octubre de 1995 (R.J.7083); de 20 de mayo de 1996 (R.J.3793).

-. A.A.T. de Barcelona, de 21 de abril de 1983 (R.J.C., 1983-III, pág.657).

#### 2.4. La vista oral.

-. Sentencias dictadas por el T.C.: 12/1987, de 4 de febrero; 37/1990, de 1 de marzo.

-. Sentencias del T.S.: de 25 de marzo de 1993 (R.J.2234); de 2 de febrero de 1995 (R.J.730).

#### 2.4.A. Incomparecencia voluntaria del apelante al acto de la vista del recurso de apelación.

-. Resoluciones del T.C.: S.T.C. 12/1987, de 4 de febrero; S.T.C. 80/1989, de 8 de mayo; A.T.C. 315/1994, de 21 de noviembre; S.T.C. 3/1996, de 15 de enero.

-. Resoluciones dictadas por el T.S.: S.T.S. de 6 de julio de 1962 (R.J.3119); S.T.S. de 23 de mayo de 1963 (R.J.1845); S.T.S. de 8 de febrero de 1980 (R.J.933); S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650); S.T.S. de 18 de enero de 1988 (R.J.123); S.T.S. de 16 de junio de 1988 (R.J.4933); S.T.S. de 12 de junio de 1989 (R.J.4423); S.T.S. de 11 de julio de 1990 (R.J.5853); S.T.S. de 19 de febrero de 1991 (R.J.1511); S.T.S. de 11 de febrero de 1992 (R.J.1208); S.T.S. de 13 de mayo de 1992 (R.J.3922); S.T.S. de 24 de noviembre de 1993 (R.J.9213); S.T.S. de 30 de diciembre de 1994 (R.J.10241); S.T.S. de 2 de febrero de 1995 (R.J.730); S.T.S. de 23 de febrero de 1995 (R.J.1701); A.T.S. de

11 de abril de 1995 (R.J.10032); S.T.S. de 17 de julio de 1995 (R.J.5591); S.T.S. de 23 de septiembre de 1996 (R.J.6813); S.T.S. de 21 de abril de 1997 (R.J.3430); A.T.S. de 3 de junio de 1997 (R.J.5336); S.T.S. de 19 de diciembre de 1998 (R.J.9646).

- Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.T. de Sevilla, de 27 de enero de 1983 (La Ley, 1983-3, 4331-R); S.A.T. de Sevilla, de 6 de diciembre de 1984 (La Ley, 1985-2, 5226); S.A.T. de Barcelona, de 19 de abril de 1985 (R.J.C., 1985-III, pág.67); S.A.P. de Valencia, de 5 de mayo de 1992 (R.A.C.692); S.A.P. de Madrid, de 14 de julio de 1992 (R.A.C.1147); S.A.P. de Madrid, de 29 de enero de 1993 (R.A.C.53); S.A.P. de Huesca, de 14 de julio de 1993 (R.A.C.1561); S.A.P. de Madrid, de 28 de septiembre de 1993 (A.C., 1994, @121); S.A.P. de Huesca, de 14 de diciembre de 1993 (A.C., @452, 15 de abril de 1994); S.A.P. de La Coruña, de 4 de febrero de 1994 (R.A.C.202); S.A.P. de Murcia, de 24 de febrero de 1994 (R.A.C.348); S.A.P. de Vizcaya, de 29 de abril de 1994 (R.A.C.688); S.A.P. de Tarragona, de 6 de julio de 1994 (R.A.C.1271); A.A.P. de Huesca, de 20 de septiembre de 1994 (R.A.C.1389); S.A.P. de Huesca, de 27 de septiembre de 1994 (R.A.C.1439); S.A.P. de Vizcaya, de 29 de septiembre de 1994 (R.A.C.688); S.A.P. de Madrid, de 26 de noviembre de 1994 (A.C.,@454, 31 de marzo de 1995); S.A.P. de Asturias, de 20 de diciembre de 1994 (R.A.C.2300); S.A.P. de Zaragoza, de 17 de junio de 1995 (A.C., 1995, @1873); S.A.P. de Sevilla, de 4 de octubre de 1995 (R.A.C.1838); S.A.P. de Ciudad Real, de 31 de octubre de 1995 (R.A.C.1833); S.A.P. de Valencia, de 12 de febrero de 1996 (R.A.C.375); S.A.P. de Badajoz, de 8 de enero de 1998 (R.A.C.88); A.A.P. de Madrid, de 3 de abril de 1998 (R.A.C.1122); S.A.P. de Málaga, de 3 de junio de 1998 (R.A.C.6261); S.A.P. de Málaga, de 8 de julio de 1998 (R.A.C.6305); S.A.P. de Málaga, de 22 de julio de 1998 (R.A.C.6297); S.A.P. de Málaga, de 7 de septiembre de 1998 (R.A.C.6671); S.A.P. de La Coruña, de 3 de febrero de 1999 (R.A.C.192).

2.4.B. Incomparecencia justificada del apelante al acto de la vista del recurso de apelación.

- Resoluciones dictadas por el T.C.: S.T.C. 114/1986, de 2 de octubre; S.T.C. 130/1986, de 29 de octubre; S.T.C. 112/1987, de 2 de julio; S.T.C. 205/1988, de 7 de noviembre; S.T.C. 222/1988, de 24 de noviembre; S.T.C. 248/1994, de 19 de septiembre; S.T.C. 114/1997, de 16 de junio.

- Resoluciones del T.S.: S.T.S. de 23 de julio de 1993 (R.J.6281); S.T.S. de 23 de junio de 1994 (R.J.6726); S.T.S. de 25 de noviembre de 1994 (R.J.8951); S.T.S. de 23 de septiembre de 1996 (R.J.6813); A.T.S. de 8 de septiembre de 1998 (R.J.7258).

- S.A.P. de Barcelona, de 5 de julio de 1991 (R.J.C., nº71).

## **II. APELADO.**

- S.T.S. de 30 de marzo de 1989 (R.J.2283).

### 1. TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL JUEZ *A QUO*.

- Resoluciones dictadas por el T.C.: S.A.P. de Huelva, de 28 de abril de 1992 (R.A.C.534); S.A.P. de Alicante, de 28 de septiembre de 1993 (R.A.C.1754).

### 2. TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL JUEZ O TRIBUNAL *AD QUEM*.

#### 2.1. Personación o comparecencia del apelado ante el Tribunal superior.

- Sentencias del T.C.: 61/1990, de 29 de marzo; 68/1993, de 1 de marzo; 184/1995, de 12 de diciembre.

#### 2.1.B. Solicitud del beneficio de justicia gratuita.

- S.T.C. 245/1988, de 19 de diciembre.

## 2.2. Falta de personación del apelado ante el Tribunal *ad quem*.

- Resoluciones del T.C.: S.T.C. 86/1986, de 25 de junio; S.T.C. 112/1987, de 2 de julio; S.T.C. 151/1987, de 2 de octubre; S.T.C. 66/1988, de 14 de abril; S.T.C. 22/1989, de 1 de febrero; S.T.C. 211/1989, de 19 de diciembre; S.T.C. 212/1989, de 19 de diciembre; S.T.C. 213/1989, de 19 de diciembre; S.T.C. 117/1990, de 21 de junio; S.T.C. 7/1991, de 17 de enero; S.T.C. 89/1991, de 25 de abril; S.T.C. 188/1992, de 16 de noviembre; S.T.C. 68/1993, de 1 de marzo; S.T.C. 77/1997, de 21 de abril; A.T.C. 94/1998, de 2 de abril.

- Sentencias del T.S.: de 28 de octubre de 1959 (R.J.4430); de 16 de febrero de 1956 (R.J.710); de 14 de mayo de 1968 (R.J.3734); de 11 de julio de 1987 (R.J.5460); de 1 de febrero de 1993 (R.J.787); de 4 de junio de 1993 (R.J.4477); de 18 de noviembre de 1996 (R.J.8639); de 29 de enero de 1997 (R.J.158); de 24 de mayo de 1997 (R.J.4323).

## 2.4. La vista oral.

- S.T.C. 37/1990, de 1 de marzo.

### 2.4.A. Incomparecencia del apelado al acto de la vista de la apelación.

- Resoluciones dictadas por el T.C.: S.T.C. 22 /1989, de 1 de febrero; S.T.C. 109/1989, de 8 de junio; S.T.C. 37/1990, de 1 de marzo; S.T.C. 567/1992, de 8 de abril; S.T.C. 192/1993, de 14 de junio; S.T.C. 178/1995, de 11 de diciembre.

- Sentencias del T.S. de: 11 de julio de 1987 (R.J.5460); 29 de diciembre de 1997 (R.J.9191).

2.4.B. Actuación del apelado ante la incomparecencia voluntaria del apelante al acto de la vista de la apelación.

-. S.T.C. 12/1987, de 4 de febrero.

-. Sentencias del T.S.: de 24 de noviembre de 1993 (R.J.9213); de 30 de diciembre de 1994 (R.J.10241).

-. A.A.P. de Huesca, de 14 de diciembre de 1993 (A.C., @452, 15 de abril de 1994); S.A.P. de Sevilla, de 4 de octubre de 1995 (R.A.C.1838).

2.5. La adhesión a la apelación.

-. S.T.C. 103/1995, de 3 de julio; S.T.C. 3/1996, de 15 de enero.

-. Sentencias del T.S. de: 30 de noviembre de 1964 (R.J.5634); 25 de enero de 1978 (R.J.15). 22 de junio de 1983 (R.J.3650); 20 de abril de 1992 (R.J.3314).

-. Sentencias de las A.P. de Madrid, de 21 de junio de 1989 (R.G.D., 1989-VI, pág.8192) y de Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29).

2.5.A. Naturaleza de la adhesión a la apelación: distinción de otras figuras.

-. Resoluciones del T.C.: S.T.C 116/1988, de 20 de junio; S.T.C. 199/1988, de 25 de octubre.

-. Sentencias del T.S. de: 18 de marzo de 1985 (R.J.1170); 15 de julio de 1987 (R.J.9968); 28 de noviembre de 1989 (R.J.7914); 20 de abril de 1992 (R.J.3314); 25 de noviembre de 1996 (R.J.9119); 27 de octubre de 1998 (R.J.8513).



-. Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.T. de Zaragoza, de 12 de enero de 1972 (R.G.D., 1973-2, pág.860); S.A.T. de Zaragoza, de 22 de marzo de 1972 (R.G.D., 1973-2, pág.881); S.A.T. de Valencia, de 28 de junio de 1974 (R.G.D., 1975-1, pág.365); S.A.P. de Teruel, de 27 de octubre de 1993 (R.A.C.2067); S.A.P. de Lleida, de 10 de diciembre de 1993 (A.C. nº8/16-30 Abril 1994, 505); S.A.P. de Zaragoza, de 29 de diciembre de 1993 (R.A.C.2518); S.A.P. de Navarra, de 17 de mayo de 1994 (R.A.C.787); S.A.P. de La Rioja, de 30 de diciembre de 1994 (A.C. nº11/1-15 de junio de 1995, 856); S.A.P. de Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29); S.A.P. de Zaragoza, de 11 de noviembre de 1995 (R.G.D. de Diciembre de 1996, pág.14413); S.A.P. de Baleares, de 8 de abril de 1997 (R.A.C.983); S.A.P. de Murcia, de 13 de julio de 1998 (R.A.C.1489); S.A.P. de Las Palmas, de 16 de julio de 1998 (R.A.C.6864).

#### 2.5.B. Contenido de la adhesión a la apelación: problemática terminológica y límites.

-. Sentencias del T.C.: 53/1987, de 7 de mayo; 91/1987, de 3 de junio; 199/ 1988, de 25 de octubre; 250/1994, de 19 de septiembre; 162/1997, de 3 de octubre.

-. Sentencias del T.S.: de 25 de febrero de 1944 (R.J.524); de 23 de junio de 1948 (R.J.963); de 5 de febrero de 1962 (R.J.921); de 30 de noviembre de 1964 (R.J.5634); de 5 de octubre de 1978 (R.J.3051); de 10 de noviembre de 1983 (R.J.6074); de 18 de marzo de 1985 (R.J.1170); de 13 de junio de 1989 (R.J.4631); de 20 de abril de 1992 (R.J.3314); de 21 de abril de 1993 (R.J.3111); de 25 de marzo de 1994 (R.J.2533); de 30 de julio de 1996 (R.J.6064); de 24 de mayo de 1997 (R.J.4323).

-. Sentencias de las Audiencias Provinciales de: Valencia, de 28 de junio de 1974 (R.G.D., 1975-1, pág.365); S.A.T. de Pamplona, de 9 de abril de 1987 (La Ley, 1987-3, pág.389); Huelva, de 11 de abril de 1987 (La Ley, 1987-2, pág.668); Madrid, de 29 de enero de 1993 (R.A.C.53); Huesca, de 11 de febrero de 1993 (R.A.C.436); Lleida, de 10 de diciembre de 1993 (A.C., nº8/16-39 de abril de 1994, 505); Cádiz, de 27 de diciembre de 1993 (R.A.C.2553); Zaragoza, de 29 de diciembre de 1993 (R.A.C.2518); La Coruña, de 16 de mayo de 1994 (A.C. nº17/1-15 septiembre 1994, 1238); Teruel, de 27 de octubre 1993 (R.A.C.2067); Navarra, de 17 de mayo de 1994 (R.A.C.787);

Navarra, de 17 de mayo de 1994 (R.A.C.787); Madrid, de 26 de noviembre de 1994 (A.C. nº6/16-31 marzo 1995, 454); La Rioja, de 30 de diciembre de 1994 (A.C. nº11/1-15 junio 1995, 856); S.A.P. de Valencia, de 23 de enero de 1995 (A.C. nº11/1-15 junio 1995, 874); Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29); Zaragoza, de 17 de junio de 1995 (A.C. nº22/16-30 noviembre 1995, 1873); Asturias, de 19 de junio de 1995 (R.A.C.1101); Lugo, de 17 de octubre de 1995 (La Ley, 1996-1, 991); Valladolid, de 12 de diciembre de 1995 (A.C. nº4/16-29 febrero 1996, 303); Barcelona, de 6 de marzo de 1998 (R.A.C.585); Cáceres, de 12 de marzo de 1998 (R.A.C.658); Almería, de 30 de mayo de 1998 (R.A.C.5816); Valencia, de 13 de julio de 1998 (R.A.C.1358); Murcia, de 13 de julio de 1998 (R.A.C.1489); Las Palmas, de 16 de julio de 1998 (R.A.C.6864); Almería, de 5 de octubre de 1998 (R.A.C.2077).

#### 2.5.C. Principales efectos de la apelación adhesiva.

-. Sentencia del T.S. de 20 de abril de 1992 (R.J..3314).

-. Sentencia de la A.P. de Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29).

##### 2.5.C.1. *El efecto devolutivo de la adhesión a la apelación.*

-. S.T.C. 242/1988, de 19 de diciembre.

-. Sentencias del T.S. de: 31 de mayo de 1967 (R.J.2844); 20 de noviembre de 1976 (R.J.4929); 18 de marzo de 1985 (R.J.1170); 15 de julio de 1987 (R.J.9968); 25 de marzo de 1994 (R.J.2533); 16 de febrero de 1995 (R.J.845); 14 de marzo de 1995 (R.J.2429) y 30 de julio de 1996 (R.J.6064).

-. Sentencias de las Audiencias Provinciales de: Zaragoza, de 17 de junio de 1995 (A.C. nº22/16-30 noviembre 1995, 1873); Valladolid, de 12 de diciembre de 1995 (A.C. nº4/16-29 febrero 1996, 303).

##### 2.5.C.2. *Conversión del apelado adherido en apelante.*

-. Sentencias del T.S. de: 15 de julio de 1987 (R.J.9968); 18 de marzo de 1985 (R.J.1170); 14 de julio de 1992 (R.J.6289); 20 de abril de 1992 (R.J.3314); 7 de octubre de 1991 (R.J.7443); 16 de febrero de 1995 (R.J.845).

-. Resoluciones de las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Zaragoza, de 29 de diciembre de 1993 (R.A.C.2518); S.A.P. de 11 de noviembre de 1995 (R.G.D. diciembre 1996); S.A.P. de Murcia, de 13 de julio de 1998 (R.A.C.1489).

#### *2.5.C.3. Aumento de los poderes de decisión y cognitio del órgano de apelación.*

-. Sentencias del T.C. de: 90/1986, de 2 de julio; 91/1987, de 3 de junio; 242/ 1988, de 19 de diciembre; 279/1994, de 17 de octubre; 162/1997, de 3 de octubre.

-. Sentencias del T.S.: de 21 de octubre de 1974 (R.J.3897); de 20 de noviembre de 1976 (R.J.4929); de 22 de junio de 1983 (R.J.3650); de 28 de noviembre de 1989 (R.J.7914); de 18 de marzo de 1985 (R.J.1170); de 30 de julio de 1996 (R.J.6064).

#### *2.5.C.4. Levantamiento de la prohibición de reformatio in peius en perjuicio del otro apelante.*

-. Sentencias del T.C. de: 77/1986, de 12 de junio; 92/1987, de 3 de junio; 116/1988, de 20 de junio; 143/1988, de 12 de julio; 242/1988, de 3 de julio; 120/1989, de 3 de julio; 40/1990, de 12 de marzo; 19/1992, de 14 de febrero; 279/ 1994, de 17 de octubre. .

-. Sentencias del T.S. de: 20 de febrero de 1944 (R.J.524); 23 de junio de 1948 (R.J.963); 30 de mayo de 1961 (R.J.2344); 30 de noviembre de 1964 (R.J.5634); 31 de mayo de 1967 (R.J.2843); 8 de febrero de 1969 (R.J.655); 20 de noviembre de 1976 (R.J.4929); 23 de noviembre de 1982 (R.J.6556); 22 de junio de 1983 (R.J.3650); 24 de octubre de 1983 (R.J.5339); 6 de marzo de 1984 (R.J.1202); 13 de febrero de 1985 (R.J.810); 18 de marzo de 1985 (R.J.1170); 30 de mayo de 1986 (R.J.2833); 28 de noviembre de 1989 (R.J.7914); 1 de diciembre de 1989 (R.J.8783); 24 de mayo de 1990

(R.J.4080); 12 de diciembre de 1990 (R.J.9995); 7 de octubre de 1991 (R.J.7443); 2 de diciembre de 1991 (R.J.8905); 9 de enero de 1992 (R.J.175); 6 de junio de 1992 (R.J.5008); 25 de marzo de 1993 (R.J.2234); 21 de abril de 1993 (R.J.3111); 7 de febrero de 1994 (R.J.919); 25 de marzo de 1994 (R.J.2533); 16 de febrero de 1995 (R.J.845); 9 de junio de 1995 (R.J.4912); 30 de julio de 1996 (R.J.6064); 28 de julio de 1998 (R.J.6376).

-. Resoluciones de las Audiencias Provinciales: S.A.T. de Cáceres, de 31 de enero de 1964 (R.G.D., 1965-2, pág.912); S.A.T. de La Coruña, de 9 de enero de 1966 (R.G.D., 1967, pág.215); S.A.T. de Oviedo, de 8 de abril de 1968 (R.G.D., 1969-1, pág.101); S.A.T. de Zaragoza, de 12 de enero de 1972 (R.G.D., 1973-2, pág.860); S.A.T. de Zaragoza, de 22 de marzo de 1972 (R.G.D., 1973-2, pág.881); S.A.T. de Cáceres, de 27 de marzo de 1982 (R.G.D., 1983-1, pág.1189); S.A.P. de Santa Cruz de Tenerife, de 8 de marzo de 1974 (R.G.D., 1975-1, pág.182); S.A.P. de Santa Cruz de Tenerife, de 19 de septiembre de 1974 (R.G.D., 1975-1, pág.199); S.A.P. de Valencia, de 24 de septiembre de 1992 (R.A.C.1285); S.A.P. de Almería, de 12 de diciembre de 1992 (A.C. nº5/1-15 marzo de 1993, 215); S.A.P. de Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29).

#### *2.5.C.5. Impedir la firmeza de la resolución de primera instancia.*

-. Sentencias del T.C. de: 86/1986, de 2 de julio; 143/1988, de 12 de julio y 25/1994, de 27 de enero.

-. Sentencias del T.S. de: 23 de junio de 1948 (R.J.963); 30 de noviembre de 1964 (R.J.5634); 31 de mayo de 1967 (R.J.2844); 21 de noviembre de 1974 (R.J.3897); 22 de junio de 1983 (R.J.3650); 30 de junio de 1986 (R.J.3832); 22 de septiembre de 1989 (R.J.6349); 6 de junio de 1992 (R.J.5008); 25 de marzo de 1993 (R.J.2234); 21 de abril de 1993 (R.J.3111); 25 de marzo de 1994 (R.J.2533); 14 de marzo de 1995 (R.J.2429) y 9 de junio de 1995 (R.J.4912).

-. Sentencias de las A.T. de Madrid, de 7 de noviembre de 1964 (R.G.D., 1965-1, pág.381); de Oviedo, de 8 abril de 1968 (R.G.D., 1969-1, pág.101); de Burgos, de 19 de

mayo de 1976 (R.G.D., 1977-2, pág.1187), y de las A.P. de: Santa Cruz de Tenerife, de 8 de marzo de 1974 (R.G.D., 1975-1, pág.182) y de 19 de septiembre de 1974 (R.G.D., 1975-1, pág.199); de Huelva, de 28 de abril de 1992 (R.A.C.534); de Zaragoza, de 15 de diciembre de 1993 (R.A.C.2463); de Cádiz, de 27 de diciembre de 1993 (R.A.C.2553); Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29); Zaragoza, de 17 de julio de 1995 (A.C. nº22/16-30 noviembre de 1995, 1873).

#### 2.5.C.6. *Adhesión y efecto suspensivo.*

-. S.A.P. de Zaragoza, de 29 de diciembre de 1993 (R.A.C.2518).

#### 2.5.D Aspectos procedimentales.

##### 2.5.D.1. *Competencia.*

-. Sentencias del T.S.: de 6 de junio de 1992 (R.J.5008); de 21 de abril de 1993 (R.J.3111); de 14 de marzo de 1995 (R.J.2429).

-. S.A.P. de Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29).

##### 2.5.D.2. *Sujetos.*

-. Sentencias del T.C.: 115/1984, de 3 de diciembre; 112/1987, de 2 de julio; 56/1992, de 8 de abril.

-. Sentencias del T.S.: de 26 de diciembre de 1932 (R.J.1382); de 6 de marzo de 1946 (R.J.260); de 11 de julio de 1950 (R.J.1197); de 17 de febrero de 1951 (R.J.589); de 29 de septiembre de 1961 (R.J.3270); de 17 de octubre de 1961 (R.J.3604); de 2 de junio de 1965 (R.J.3220); de 25 de febrero de 1976 (R.J.883); de 10 de noviembre de 1983 (R.J.6074); de 18 de marzo de 1985 (R.J.1170); de 15 de julio de 1987 (R.J.9968); de 13 de junio de 1989 (R.J.4631); de 25 de junio de 1990 (R.J.4892); de 20 de abril de 1992 (R.J.3314); de 9 de octubre de 1993 (R.J.8175); de 25 de marzo de 1994 (R.J.2533); de

8 de abril de 1994 (R.J.2734); de 17 de julio de 1995 (R.J.5588); de 10 de junio de 1996 (R.J.4752); de 30 de julio de 1996 (R.J.6064).

-. Sentencias de las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Almería, de 12 de diciembre de 1992 (A.C. nº15/1-15 marzo 1993, 215); S.A.P. de Zaragoza, de 29 de diciembre de 1993 (R.A.C.2518); S.A.P. de Zaragoza, de 11 de noviembre de 1995 (R.G.D. Diciembre 1996, pág.14413).

#### *2.5.D.3. Momento procesal oportuno para adherirse a la apelación.*

-. Sentencias del T.C.: 151/1987, de 2 de octubre; 222/1988, de 25 de octubre; 3/1996, de 15 de enero.

-. Sentencias del T.S.: de 11 de marzo de 1957 (R.J.1553); de 13 de marzo de 1957 (R.J.1554); de 27 de mayo de 1960 (R.J.2059); de 7 de marzo de 1972 (R.J.2537); de 25 de enero de 1978 (R.J.15); de 7 de octubre de 1978 (R.J.3051); de 24 de octubre de 1978 (R.J.3283); de 13 de febrero de 1985 (R.J.810); de 30 de diciembre de 1988 (R.J.10073); 1 de diciembre de 1989 (R.J.8783); de 20 de abril de 1992 (R.J.3314).

-. Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.T. de Oviedo, de 11 de diciembre de 1963 (R.G.D., 1964-1, pág.109); S.A.T. de La Coruña, de 9 de enero de 1966 (R.G.D., 1967, pág.215); S.A.T. de Sevilla, de 27 de abril de 1967 (R.G.D., 1968-2, pág.1219); S.A.T. de Zaragoza, de 12 de enero de 1972 (R.G.D., 1973-2, pág.860); S.A.T. de Zaragoza, de 22 de marzo de 1972 (R.G.D., 1973-2, pág.881); S.A.T. de Valencia, de 13 de marzo de 1973 (R.G.D., 1973-1, pág.468); S.A.T. de Valencia, de 28 de junio de 1974 (R.G.D., 1975-1, pág.365); S.A.P. de Madrid, de 4 de julio de 1983 (R.G.D., 1983-2, pág.2058); S.A.T. de Pamplona, de 9 de abril de 1987 (La Ley, 1987-3, 7649); S.A.P. de Valencia, de 16 de marzo de 1993 (A.C. nº15/1-15 agosto 1993, 938). S.A.P. de Cádiz, de 27 de diciembre de 1993 (R.A.C.2553); S.A.P. de Salamanca, de 21 de octubre de 1996 (R.A.C.2547); S.A.P. de Palencia, de 9 de febrero de 1998 (R.A.C.3205); S.A.P. de Orense, de 14 de febrero de 1998 (R.A.C.414); S.A.P. de

Toledo, de 9 de marzo de 1998 (R.A.C.699); S.A.P. de Córdoba, de 6 de julio de 1998 (R.A.C.1362); S.A.P. de Las Palmas, de 16 de julio de 1998 (R.A.C.6864).

#### *2.5.D.4. Escrito de interposición de la apelación adhesiva.*

-. Sentencias del T.C.: 12 /1987, de 4 de febrero; 64 / 1992, de 29 de abril; 3/1996, de 15 de enero.

-. Sentencias del T.S. de: 13 de febrero de 1985 (R.J.810); 18 de marzo de 1985 (R.J.1170).

-. Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Cádiz, de 27 de diciembre de 1993 (R.A.C.2553); S.A.P. de Alicante, de 14 de noviembre de 1994 (R.A.C.2512); A.A.P. de Cantabria, de 9 de enero de 1995 (A.C., 31 de marzo de 1995, @432).

#### *2.5.D.5. Consignación necesaria para adherirse.*

-. Sentencias del T.C.: 29/1985, de 28 de febrero; 110/1985, de 8 de octubre; 36/1986, de 12 de marzo; 87/1986, de 27 de junio; 117/1986, de 13 de octubre; 174/1988, de 3 de octubre; 46/1989, de 21 de febrero; 49/ 1989, de 21 de febrero; 62/1989, de 3 de abril; 121/1990, de 2 de julio; 93/1991, de 6 de mayo; 31/1992, de 18 de marzo; 41/1992, de 18 de marzo; 51/1992, de 2 de abril; 115/1992, de 14 de septiembre; 130/1993, de 19 de abril; 214/1993, de 28 de junio; 344/1993, de 22 de noviembre; 346/1993, de 22 de noviembre; 249/1994, de 19 de septiembre; 100/1995, de 20 de junio y 26/1996, de 13 de febrero.

-. Sentencias de las A.P. de: Teruel, de 10 de septiembre de 1992 (R.A.C.1238); Teruel, de 27 de octubre de 1993 (R.A.C.2067); Guipúzcoa, de 4 de febrero de 1994 (R.A.C.248); Alicante, de 14 de noviembre de 1994 (R.A.C.2512); La Rioja, de 30 de diciembre de 1994 (A.C. nº11/1-15 junio 1995); Valencia, de 23 de enero de 1995 (A.C. nº11/1-15 junio 1995); Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29); Valladolid, de 12

de diciembre de 1995 (A.C. nº4/16-29 febrero 1996); Zaragoza, de 11 de noviembre de 1995 (R.G.D. diciembre 1996, pág.14413).

#### *2.5.D.6. Oposición a la separación del apelante.*

- S.T.S. 18 de marzo de 1985 (R.J.1170).

- Resoluciones de las Audiencias Provinciales de: S.A.T. de Oviedo, de 11 de diciembre de 1963 (R.G.D.,1964-1, pág.109); S.A.T. de Valencia, de 28 de junio de 1974 (R.G.D., 1975-1, pág.365); S.A.P. de Madrid, de 29 de enero de 1993 (R.A.C.53); S.A.P. de Vizcaya, de 29 de abril de 1994 (R.A.C.688); S.A.P. de Madrid, de 26 de noviembre de 1994 (A.C. nº6/16-31 marzo 1995); S.A.P. de La Rioja, de 6 de junio de 1995 (A.C. nº21/1-15 noviembre 1995); S.A.P. de Ciudad Real, de 31 de octubre de 1995 (R.A.C.1833); S.A.P. de Zaragoza, de 11 de noviembre de 1995 (R.G.D. diciembre de 1996, pág.14413); S.A.P. de Cádiz, de 1 de diciembre de 1995 (A.C. nº6/16-31 marzo 1996, 396).

### **III. AMBAS PARTES INTERPONEN SU PROPIO RECURSO EN EL MOMENTO PROCESAL LEGALMENTE PREVISTO PARA PRESENTAR APELACIÓN.**

- S.T.C. 120/1989, de 3 de julio.

- Resoluciones dictadas por el T.S.: S.T.S. de 23 de junio de 1948 (R.J.963); S.T.S. de 26 de junio de 1954 (R.J.2024); S.T.S. de 23 de noviembre de 1982 (R.J.6556); S.T.S. de 4 de noviembre de 1985 (R.J.4572); S.T.S. de 7 de febrero de 1994 (R.J.919).

- Resoluciones de las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Teruel, de 27 de octubre de 1993 (R.A.C.2067); S.A.P. de Barcelona, de 5 de marzo de 1994 (R.A.C.496); S.A.P. de Sevilla, de 7 de noviembre de 1995 (R.A.C.2040).



#### **IV. ACTUACIONES DEL APELANTE QUE PRODUCEN LA TERMINACIÓN ANORMAL DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

##### **1. DESISTIMIENTO.**

-. Resoluciones dictadas por el T.C.: S.T.C. 95/1983, de 14 de noviembre; S.T.C. 21/1989, de 31 de enero; A.T.C. 349/1982, de 17 de noviembre; A.T.C. 31/1983, de 25 de enero; A.T.C. 560/1984, de 3 de octubre.

##### **1.1. El desistimiento de los arts.409 y 410 de la L.E.C.**

-. Resoluciones dictadas por el T.C.: A.T.C. 349/1982, de 17 de noviembre; S.T.C. 31/1983, de 25 de enero; S.T.C. 2/1995, de 10 de enero.

-. Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Valencia, de 12 de febrero de 1996 (R.A.C.375); S.A.P. de La Coruña, de 3 de febrero de 1999 (R.A.C.192).

##### **1.2. El desistimiento o separación de los arts.846 a 849 de la L.E.C.**

-. Resoluciones dictadas por el T.S.: S.T.S. de 17 de julio de 1981 (R.J.3079); A.T.S. de 11 de abril de 1995 (R.J.10032); S.T.S. de 18 de febrero de 1997 (R.J.1427).

-. Resoluciones de las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Murcia, de 3 de mayo de 1993 (R.A.C.1840); S.A.P. de La Rioja, de 6 de junio de 1995 (A.C., 15 de noviembre de 1995, @1790).

##### **2. LA RENUNCIA EN APELACIÓN.**

-. S.A.P. de Cádiz, de 1 de diciembre de 1995 (A.C., @386, 31 de marzo de 1996); S.A.P. de Barcelona, de 15 de abril de 1998 (R.A.C.4527).

#### 4. TRANSACCIÓN.

##### 4.2. Transacción extrajudicial.

-. S.T.S. de 12 de julio de 1989 (R.J.5604).

-. S.A.P. de Barcelona, de 15 de abril de 1998 (R.A.C.4527).

#### V. PLURALIDAD DE PARTES EN CUALQUIERA DE LAS POSICIONES PROCESALES.

-. Resoluciones del T.C.: A.T.C. 270/1985, de 24 de abril; S.T.C. 163/1996, de 28 de octubre.

-. Resoluciones del T.S.: S.T.S. de 3 de enero de 1948 (R.J.11); S.T.S. de 30 de mayo de 1961 (R.J.2344); S.T.S. de 17 de julio de 1984 (R.J.4075); S.T.S. de 26 de diciembre de 1984 (R.J.4358); S.T.S. de 18 de marzo de 1985 (R.J.1170); S.T.S. de 22 de abril de 1988 (R.J.3274); S.T.S. de 30 de junio de 1988 (R.J.5193); S.T.S. de 25 de noviembre de 1988 (R.J.8707); S.T.S. de 20 de diciembre de 1989 (R.J.8846); S.T.S. de 3 de enero de 1990 (R.J.4); S.T.S. de 15 de febrero de 1990 (R.J.686); S.T.S. de 3 de marzo de 1990 (R.J.1664); S.T.S. de 29 de junio de 1990 (R.J.4945); S.T.S. de 24 de octubre de 1990 (R.J.8044); S.T.S. de 28 de diciembre de 1990 (R.J.10377); S.T.S. de 20 de marzo de 1991 (R.J.2422); S.T.S. de 16 de abril de 1991 (R.J.2694); S.T.S. de 10 de junio de 1991 (R.J.4434); S.T.S. de 22 de julio de 1991 (R.J.5405); S.T.S. de 17 de febrero de 1992 (R.J.1262); S.T.S. de 20 de abril de 1992 (R.J.3314); S.T.S. de 8 de junio de 1992 (R.J.5168); S.T.S. de 1 de febrero de 1993 (R.J.789); S.T.S. de 21 de abril de 1993 (R.J.3111); S.T.S. de 7 de mayo de 1993 (R.J.3463); S.T.S. de 7 de mayo de 1993 (R.J.3464); S.T.S. de 1 de febrero de 1994 (R.J.854); S.T.S. de 25 de marzo de 1994 (R.J.2533); S.T.S. de 27 de febrero de 1995 (R.J.1645); S.T.S. de 25 de marzo de 1995 (R.J.2139); S.T.S. de 31 de octubre de 1995 (R.J.7654); S.T.S. de 6 de febrero de 1997

(R.J.681); S.T.S. de 21 de febrero de 1997 (R.J.1186); S.T.S. de 20 de octubre de 1997 (R.J.7274).

- Resoluciones de las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Almería, de 12 de noviembre de 1992 (A.C., @215, 15 de marzo de 1993); S.A.P. de Toledo de 31 de enero de 1994 (R.A.C.6); S.A.P. de La Coruña, de 4 de febrero de 1994 (R.A.C.202); S.A.P. de Barcelona, de 5 de marzo de 1994 (R.A.C.496); S.A.P. de Baleares, de 25 de octubre de 1994 (R.A.C.2033); S.A.P. de Granada, de 25 de octubre de 1994 (R.A.C.2384); S.A.P. de Málaga, de 26 de mayo de 1995 (A.C., @210, 15 de febrero de 1996); S.A.P. de Segovia, de 29 de mayo de 1996 (A.C., @1321, de 30 de septiembre de 1996); S.A.P. de Asturias, de 10 de julio de 1996 (R.A.C.1757); S.A.P. de Barcelona, de 18 de septiembre de 1996 (R.J.C., nº61); S.A.P. de Castellón, de 30 de abril de 1997 (R.A.C.1684); S.A.P. de Asturias, de 13 de febrero de 1998 (R.A.C.279); S.A.P. de Jaén, de 14 de enero de 1998 (R.A.C.3132); S.A.P. de Almería, de 4 de julio de 1998 (R.A.C.1548); S.A.P. de León, de 30 de septiembre de 1998 (R.A.C.6446).

## **VI. SITUACIONES ESPECÍFICAS.**

### **1. EL REBELDE.**

- Resoluciones del T.C.: A.T.C. 152/1984, de 7 de marzo; A.T.C. 1110/1986, de 22 de diciembre; S.T.C. 102/1987, de 17 de junio; S.T.C. 184/1989, de 6 de noviembre; S.T.C. 195/1990, de 29 de noviembre; S.T.C. 190/1997, de 10 de noviembre.      •

- Sentencias del T.S. de: 3 de febrero de 1973 (R.J.404); 5 de noviembre de 1983 (R.J.5958); 3 de marzo de 1992 (R.J.1838); 25 de febrero de 1995 (R.J.1136); 17 de julio de 1995 (R.J.5591); 20 de junio de 1996 (R.J.5076); 29 de diciembre de 1997 (R.J.9191).

-Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Cuenca, de 16 de febrero de 1982 (La Ley, 1982-2, 1998); A.A.P. de Barcelona, de 25 de enero de 1991

(R.J.C., pág.453); S.A.P. de Zaragoza, de 25 de febrero de 1992 (R.A.C.195); S.A.P. de Teruel, de 28 de mayo de 1993 (R.A.C.923); S.A.P. de Huesca, de 22 de octubre de 1994 (R.A.C.2436); S.A.P. de Málaga, de 26 de mayo de 1995 (A.C., 15 de febrero de 1996, @210); S.A.P. de Granada, de 26 de septiembre de 1995 (R.A.C.1552); S.A.P. de Sevilla, de 28 de noviembre de 1995 (R.A.C.2080); S.A.P. de Madrid, de 27 de enero de 1996 (R.A.C.295).

## 2. EL MINISTERIO FISCAL.

-. Sentencias dictadas por el T.S. de: 9 de julio de 1992 (R.J.6273); 11 de febrero de 1997 (R.J.941).

-. Resoluciones de la Audiencias Provinciales: S.A.P. de Valencia, de 16 de octubre de 1992 (R.A.C.1344); A.A.P. de Alicante, de 9 de noviembre de 1992 (R.A.C.1593); S.A.P. de Teruel, de 8 de noviembre de 1993 (R.A.C.2240); S.A.P. de Barcelona, de 5 de marzo de 1994 (A.C., 30 de septiembre de 1994, @1349); S.A.P. de Toledo, de 26 de mayo de 1997 (R.A.C.1181).

## 3. LA ADMINISTRACIÓN.

-. S.T.S. de 23 de febrero de 1995 (R.J.1701).

## 4. INTERVENCIÓN PROCESAL.

### 4.1. Clases de intervención.

-. S.T.C. 171/1991, de 16 de septiembre.

-. Sentencias del T.S.: S.T.S. de 2 de junio de 1965 (R.J.3433); S.T.S. de 25 de febrero de 1976 (R.J.883); S.T.S. de 16 de diciembre de 1986 (R.J.7448); S.T.S. de 23 de febrero de 1988 (R.J.1274); S.T.S. de 9 de marzo de 1989 (R.J.2029); S.T.S. de 4 de octubre de 1989 (R.J.6883); S.T.S. de 19 de febrero de 1990 (R.J.701); S.T.S. de 24 de

abril de 1990 (R.J.2799); S.T.S. de 8 de mayo de 1990 (R.J.3691); S.T.S. de 23 de octubre de 1990 (R.J.8036); S.T.S. de 25 de febrero de 1992 (R.J.1549); S.T.S. de 12 de diciembre de 1994 (R.J.10248); S.T.S. de 13 de noviembre de 1995 (R.J.8644); S.T.S. de 7 de marzo de 1996 (R.J.1942); S.T.S. de 18 de septiembre de 1996 (R.J.6726).

-. S.A.T. de Pamplona, de 17 de noviembre de 1987 (La Ley, 1988-1, 8246).

#### 4.2. Intervención procesal y recurso de apelación.

4.2.A. Intervención procesal en primera instancia: consecuencias en el recurso de apelación.

##### 4.2.A.1. *Intervención principal.*

-. S.T.S. de 8 de mayo de 1990 (R.J.3691).

##### 4.2.A.2. *Intervención adhesiva.*

-. S.T.C. 112/1987, de 2 de julio.

-. Resoluciones dictadas por el T.S. de: 17 de febrero de 1951 (R.J.589); 29 de septiembre de 1961 (R.J.3270); 17 de octubre de 1961 (R.J.3604); 11 de mayo de 1992 (R.J.3896); 18 de septiembre de 1996 (R.J.6726).

##### 4.2.A.3. *Intervención provocada.*

-. S.A.P. de Jaén, de 5 de diciembre de 1994 (R.A.C.2547).

#### 4.2.B. Intervención procesal iniciada en apelación.

##### 4.2.B.1. *Intervención adhesiva.*

- S.T.C. 141/1987, de 23 de julio; S.T.C. 123/1989, de 6 de julio; S.T.C. 171/1991, de 16 de septiembre; S.T.C. 155/1995, de 24 de octubre.

- Resoluciones dictadas por el T.S.: S.T.S. de 26 de diciembre de 1932 (R.J.1383); S.T.S. de 6 de marzo de 1946 (R.J.260); S.T.S. de 11 de julio de 1950 (R.J.1197); S.T.S. de 17 de febrero de 1951 (R.J.589); S.T.S. de 22 de diciembre de 1952 (R.J.2614); S.T.S. de 17 de octubre de 1961 (R.J.3604); S.T.S. de 10 de noviembre de 1981 (R.J.4471); S.T.S. de 5 de noviembre de 1983 (R.J.5958); S.T.S. de 10 de noviembre de 1983 (R.J.6074); S.T.S. de 15 de marzo de 1988 (R.J.1970); S.T.S. de 17 de julio de 1995 (R.J.5588); S.T.S. de 10 de junio de 1996 (R.J.4752).

- Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Navarra, de 28 de abril de 1995 (R.A.C.738); S.A.P. de Asturias, de 2 de mayo de 1995 (R.A.C.943); S.A.P. de Tarragona, de 10 de junio de 1997 (R.J.C., nº78).

## **CAPÍTULO CUARTO: OTROS COMPORTAMIENTOS DE LOS SUJETOS DE LA APELACIÓN. EN ESPECIAL LAS FACULTADES ALEGATORIAS Y PROBATORIAS.**

### **I. LAS FACULTADES ALEGATORIAS EN RELACIÓN CON LA MÁXIMA *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM*.**

- Resoluciones dictadas por el T.C.: S.T.C. 20/1982, de 5 de mayo; A.T.C. 464/1983, de 13 de octubre; S.T.C. 14/1984, de 3 de febrero; S.T.C. 120/1984, de 10 de diciembre; S.T.C. 86/1986, de 25 de junio; S.T.C. 116/1986, de 8 de octubre; S.T.C. 15/1987, de 11 de febrero; S.T.C. 142/1987, de 23 de julio; S.T.C. 143/1988, de 12 de julio; S.T.C. 120/1989, de 3 de julio; S.T.C. 40/1990, de 12 de marzo; S.T.C. 64/1992, de 29 de abril; S.T.C. 46/1993, de 8 de febrero; S.T.C. 279/1994, de 17 de octubre; A.T.C. 315/1994, de 21 de noviembre; S.T.C. 120/1995, de 17 de julio; S.T.C. 3/1996, de 15 de enero; S.T.C. 9/1998, de 13 de enero.

En materia penal también se pronuncia en el mismo sentido: S.T.C. 54/1985, de 18 de abril; S.T.C. 84/1985, de 8 de julio; S.T.C. 115/1986, de 6 de octubre; S.T.C. 202/1988, de 31 de octubre; S.T.C. 242/1988, de 19 de diciembre; S.T.C. 19/1992, de 14 de febrero; S.T.C. 25/1994, de 27 de enero.

-. Resoluciones dictadas por el T.S.: S.T.S. de 9 de octubre de 1889 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3345). S.T.S. de 17 de marzo de 1896 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.3365 y 3366). S.T.S. de 1 de octubre de 1897 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3346). S.T.S. de 1 de junio de 1900 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3346). S.T.S. de 16 de noviembre de 1904 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3346). S.T.S. de 10 de julio de 1918 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3347). S.T.S. de 23 de octubre de 1920 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3348). S.T.S. de 15 de junio de 1923 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3349). S.T.S. de 3 de octubre de 1927 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3547). S.T.S. de 15 de octubre de 1928 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3350). S.T.S. de 30 de junio de 1958 (R.J.2520). S.T.S. de 30 de mayo de 1961 (R.J.2344). S.T.S. de 6 de julio de 1962 (R.J.3119). S.T.S. de 23 de marzo de 1963 (R.J.1845). S.T.S. de 10 de marzo de 1965 (R.J.1447). S.T.S. de 10 de junio de 1976 (R.J.2694). S.T.S. de 26 de septiembre de 1984 (R.J.4358). S.T.S. de 18 de noviembre de 1985 (R.J.1986/325). S.T.S. de 29 de abril de 1986 (R.J.2066). S.T.S. de 27 de febrero de 1987 (R.J.1002). S.T.S. de 2 de octubre de 1987 (R.J.6709). S.T.S. de 18 de enero de 1988 (R.J.123). S.T.S. de 30 de marzo de 1989 (R.J.2283). S.T.S. de 14 de abril de 1989 (R.J.3054). S.T.S. de 5 de marzo de 1990 (R.J.1667). S.T.S. de 17 de abril de 1990 (R.J.2722); S.T.S. de 29 de junio de 1990 (R.J.4945). S.T.S. de 11 de julio de 1990 (R.J.5853). S.T.S. de 30 de abril de 1991 (R.J.3116). S.T.S. de 20 de junio de 1991 (R.J.4528). S.T.S. de 7 de octubre de 1991 (R.J.7443). S.T.S. de 25 de marzo de 1992 (R.J.2561). S.T.S. de 13 de mayo de 1992 (R.J.3922). S.T.S. de 6 de junio de 1992 (R.J.5008). S.T.S. de 21 de abril de 1993 (R.J.3111). S.T.S. de 1 de febrero de 1994 (R.J.854).

S.T.S. de 25 de marzo de 1994 (R.J.2533). S.T.S. de 23 de febrero de 1995 (R.J.1465). A.T.S. de 11 de abril de 1995 (R.J.10032). S.T.S. de 17 de julio de 1995 (R.J.5591). S.T.S. de 20 de julio de 1996 (R.J.6063). S.T.S. de 14 de octubre de 1996 (R.J.8587). S.T.S. de 5 de diciembre de 1996 (R.J.8786). S.T.S. de 31 de diciembre de 1996 (R.J.9482). S.T.S. de 21 de febrero de 1997 (R.J.1186). S.T.S. de 20 de marzo de 1997 (R.J.2184). S.T.S. de 24 de mayo de 1997 (R.J.4323). S.T.S. de 26 de noviembre de 1997 (R.J.8401). S.T.S. de 19 de febrero de 1998 (R.J.9646). S.T.S. de 28 de julio de 1998 (R.J.6377).

- . Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.T. de Oviedo, de 24 de septiembre de 1962 (R.G.D., 1963, pág.187); S.A.T. de Valencia, de 29 de septiembre de 1966 (R.G.D., 1966, pág.1097); S.A.T. de Las Palmas, de 20 de marzo de 1982 (La Ley, 1982-4, 3223-R); S.A.P. de Vitoria, de 1 de julio de 1982 (La Ley, 1982-4, 2628); S.A.T. de Sevilla, de 6 de diciembre de 1984 (La Ley, 1985-2, 5226); S.A.T. de Barcelona, de 23 de abril de 1986 (La Ley, 1986-4, 6732); S.A.P. de Granada, de 21 de enero de 1992 (R.A.C.183); S.A.P. de Valencia, de 5 de mayo de 1992 (R.A.C.692); A.A.P. de Salamanca, de 25 de junio de 1992 (A.C., 1992, @348); S.A.P. de Madrid, de 8 de enero de 1993 (R.G.D. 1993, págs.3757 y ss.); S.A.P. de Huesca, de 27 de enero de 1993 (R.A.C.648); A.A.P. de Zaragoza, de 3 de febrero de 1993 (R.G.D. 1993, pág.6602); A.A.P. de Cantabria, de 10 de febrero de 1993 (R.A.C.193); S.A.P. de Madrid, de 12 de febrero de 1993 (R.G.D. 1993, pág. 6275); S.A.P. de Córdoba, de 26 de marzo de 1993 (R.A.C.320); S.A.P. de Madrid, de 2 de abril de 1993 (R.A.C.895); S.A.P. de Valencia, de 2 de abril de 1993 (R.G.D., 1993, pág.4201); A.A.P. de Segovia, de 16 de abril de 1993 (R.A.C.428); S.A.P. de Madrid, de 3 de mayo de 1993 (R.A.C.1818); S.A.P. de Murcia, de 3 de mayo de 1993 (R.A.C.1840); S.A.P. de León, de 5 de mayo de 1993 (A.C., 1993, @1425); S.A.P. de Madrid, de 21 de mayo de 1993 (R.A.C.1850); A.A.P. de Alicante, de 3 de junio de 1993 (R.A.C.1240); S.A.P. de Madrid, de 23 de junio de 1993 (R.A.C.1339); S.A.P. de Córdoba, de 25 de junio de 1993 (R.A.C.1160); A.A.P. de Granada, de 30 de junio de 1993 (R.A.C.1340); S.A.P. de Huesca, de 14 de julio de 1993 (R.A.C.1561); S.A.P. de Madrid, de 9 de septiembre de 1993 (R.A.C.1970); S.A.P. de Madrid, de 28 de septiembre de 1993 (A.C., 1994, @121); A.A.P. de Cantabria, de 4 de noviembre de 1993 (R.A.C.2361); S.A.P. de



Málaga, de 26 de enero de 1994 (A.C., 1994, @804); S.A.P. de Murcia, de 24 de febrero de 1994 (R.A.C.348); S.A.P. de Murcia, de 24 de febrero de 1994 (R.G.D. 1994, pág.13625); S.A.P. de Alicante, de 16 de marzo de 1994 (A.C., 1994, @652); S.A.P. de Cuenca, de 21 de marzo de 1994 (R.A.C.1683); S.A.P. de Granada, de 22 de marzo de 1994 (R.A.C.473); S.A.P. de Vizcaya, de 29 de abril de 1994 (R.A.C.688); S.A.P. de León, de 26 de mayo de 1994 (R.A.C.934); S.A.P. de Tarragona, de 6 de julio de 1994 (R.A.C.1271); A.A.P. de Alicante, de 19 de octubre de 1994 (A.C., 1995, @5); S.A.P. de Zaragoza, de 17 de junio de 1995 (A.C., 1995, @1873); S.A.P. de Granada, de 28 de julio de 1995 (R.A.C.1369); S.A.P. de Sevilla, de 4 de octubre de 1995 (R.A.C.1838); S.A.P. de Ciudad Real, de 31 de octubre de 1995 (R.A.C.1833); S.A.P. de Murcia, de 7 de noviembre de 1995 (R.A.C.2137); S.A.P. de Barcelona, de 28 de diciembre de 1995 (R.A.C.2280); S.A.P. de Cuenca, de 26 de junio de 1996 (R.A.C.1211); S.A.P. de Baleares, de 7 de octubre de 1996 (R.A.C.1971); S.A.P. de Sevilla, de 16 de mayo de 1997 (R.A.C.1039); S.A.P. de Málaga, de 8 de enero de 1998 (R.A.C.61); S.A.P. de Las Palmas, de 9 de enero de 1998 (R.A.C.2879); S.A.P. de Murcia, de 3 de marzo de 1998 (R.A.C.4069); S.A.P. de Almería, de 10 de marzo de 1998 (R.A.C.4003); S.A.P. de Madrid, de 24 de marzo de 1998 (R.A.C.4845); S.A.P. de Castellón, de 22 de abril de 1998 (R.A.C.4467); S.A.P. de Vizcaya, de 4 de mayo de 1998 (R.A.C.5368); S.A.P. de Castellón, de 15 de mayo de 1998 (R.A.C.5259); A.A.P. de León, de 22 de mayo de 1998 (R.A.C.6113); S.A.P. de Córdoba, de 9 de julio de 1998 (R.A.C.1296); S.A.P. de Madrid, de 10 de julio de 1998 (R.A.C.5826); S.A.P. de León, de 30 de septiembre de 1998 (R.A.C.6446); S.A.P. de Granada, de 6 de octubre de 1998 (R.A.C.1985); S.A.P. de Tarragona, de 20 de octubre de 1998 (R.A.C.2085); S.A.P. de Granada, de 3 de noviembre de 1998 (R.A.C.2273); S.A.P. de La Rioja, de 2 de diciembre de 1998 (R.A.C.2547); S.A.P. de Madrid, de 21 de diciembre de 1998 (R.A.C.2421); S.A.P. de Granada, de 18 de enero de 1999 (R.A.C.44); S.A.P. de La Coruña, de 3 de febrero de 1999 (R.A.C.192).

## 2. ASPECTOS INHERENTES A LA REGLA *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM*.

## 2.1. Firmeza de las cuestiones no apeladas (art.408 de la L.E.C.).

- S.T.C. 19/1992, de 14 de febrero.

- Resoluciones dictadas por el T.S.: S.T.S. de 22 de enero de 1902 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3358); S.T.S. de 17 de febrero de 1904 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3354); S.T.S. de 17 de diciembre de 1914 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3343); S.T.S. de 9 de febrero de 1928 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.3355 y 3356); S.T.S. de 5 de febrero de 1955 (R.J.731); S.T.S. de 30 de mayo de 1961 (R.J.2344); S.T.S. de 25 de junio de 1962 (R.J.3026); S.T.S. de 17 de diciembre de 1964 (R.J.5891); S.T.S. de 10 de marzo de 1965 (R.J.1447); S.T.S. de 23 de noviembre de 1982 (R.J.6556); S.T.S. de 25 de febrero de 1983 (R.J.1054); S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650); S.T.S. de 15 de octubre de 1985 (R.J.4898); S.T.S. de 29 de abril de 1986 (R.J.2066); S.T.S. de 30 de octubre de 1986 (R.J.6018); S.T.S. de 27 de febrero de 1987 (R.J.1002); S.T.S. de 13 de junio de 1987 (R.J.9964); S.T.S. de 2 de octubre de 1987 (R.J.6709); S.T.S. de 18 de enero de 1988 (R.J.123); S.T.S. de 18 de marzo de 1988 (R.J.2218); S.T.S. de 23 de marzo de 1988 (R.J.2227); S.T.S. de 11 de abril de 1988 (R.J.3118); S.T.S. de 21 de junio de 1988 (R.J.5118); S.T.S. de 28 de septiembre de 1988 (R.J.6863); S.T.S. de 20 de diciembre de 1988 (R.J.9736); S.T.S. de 30 de marzo de 1989 (R.J.2283); S.T.S. de 14 de abril de 1989 (R.J.3054); S.T.S. de 4 de mayo de 1989 (R.J.3587); S.T.S. de 5 de junio de 1989 (R.J.4296); S.T.S. de 22 de septiembre de 1989 (R.J.6349); S.T.S. de 3 de marzo de 1990 (R.J.1664); S.T.S. de 5 de marzo de 1990 (R.J.1667); S.T.S. de 29 de junio de 1990 (R.J.4945); S.T.S. de 29 de octubre de 1990 (R.J.8261); S.T.S. de 20 de marzo de 1991 (R.J.2422); S.T.S. de 30 de abril de 1991 (R.J.3116); S.T.S. de 25 de octubre de 1991 (R.J.7250); S.T.S. de 30 de octubre de 1991 (R.J.7489); S.T.S. de 2 de diciembre de 1991 (R.J.8905); S.T.S. de 9 de enero de 1992 (R.J.175); S.T.S. de 13 de marzo de 1992 (R.J.2175); S.T.S. de 3 de junio de 1992 (R.J.4990); S.T.S. de 6 de junio de 1992 (R.J.5008); S.T.S. de 30 de octubre de 1992 (R.J.8186); S.T.S. de 24 de febrero de 1993 (R.J.1298); S.T.S. de 25 de marzo de 1993 (R.J.2234); S.T.S. de 7 de febrero de 1994 (R.J.919); S.T.S. de 23 de junio de 1994 (R.J.4969); S.T.S.J. de Navarra, de 23 de

febrero de 1995 (R.J.1465); S.T.S. de 14 de marzo de 1995 (R.J.2429); S.T.S. de 9 de junio de 1995 (R.J.4912); S.T.S. de 16 de noviembre de 1995 (R.J.8259); S.T.S. de 15 de julio de 1996 (R.J.5669); S.T.S. de 31 de diciembre de 1996 (R.J.9482); S.T.S. de 21 de febrero de 1997 (R.J.1186); S.T.S. de 26 de febrero de 1997 (R.J.709).

- Resoluciones de las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Zaragoza, de 15 de diciembre de 1993 (R.A.C.2463); S.A.P. de Sevilla, de 6 de octubre de 1994 (R.A.C.1875); S.A.P. de Zaragoza, de 17 de julio de 1995 (A.C., 1995, @1873); S.A.P. de Segovia, de 6 de julio de 1995 (R.A.C.1322); A.A.P. de Jaén, de 7 de octubre de 1995 (R.A.C.1964); S.A.P. de Lleida, de 5 de diciembre de 1995 (R.A.C.30); S.A.P. de Barcelona, de 28 de diciembre de 1995 (R.A.C.2280); S.A.P. de Madrid, de 4 de septiembre de 1996 (R.A.C.2502); S.A.P. de Córdoba, de 6 de julio de 1998 (R.A.C.1362); S.A.P. de Córdoba, de 1 de octubre de 1998 (R.A.C.7565); S.A.P. de Granada, de 6 de octubre de 1998 (R.A.C.1985).

## 2.2. La prohibición de *reformatio in peius*.

- Resoluciones dictadas por el T.C.: S.T.C. 20/1982, de 5 de mayo; S.T.C. 14/1984, de 3 de febrero; S.T.C. 120/1984, de 10 de diciembre; A.T.C. 304/1984; A.T.C. 701/1984, de 21 de noviembre; S.T.C. 54/1985, de 18 de abril; S.T.C. 84/1985, de 8 de julio; S.T.C. 86/1986, de 25 de junio; S.T.C. 115/1986, de 6 de octubre; S.T.C. 134/1986, de 29 de octubre; S.T.C. 15/1987, de 11 de febrero; S.T.C. 92/1987, de 3 de junio; S.T.C. 91/1988, de 20 de mayo; S.T.C. 116/1988, de 20 de junio; S.T.C. 143/1988, de 12 de julio; S.T.C. 202/1988, de 31 de octubre; S.T.C. 242/1988, de 19 de diciembre; S.T.C. 120/1989, de 3 de julio; S.T.C. 40/1990, de 12 de marzo; S.T.C. 19/1992, de 14 de febrero; S.T.C. 53/1992, de 8 de abril; S.T.C. 45/1993, de 8 de febrero; S.T.C. 25/1994, de 27 de enero; S.T.C. 279/1994, de 17 de octubre; S.T.C. 120/1995, de 17 de julio. S.T.C. 144/1996, de 20 de junio; S.T.C. 59/1997, de 18 de marzo; S.T.C. 9/1998, de 13 de enero.

- Resoluciones dictadas por el T.S.: S.T.S. de 17 de febrero de 1904 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3355); S.T.S. 19 de junio de

1948 (R.J.790); S.T.S. de 23 de junio de 1948 (R.J.963); S.T.S. de 14 de octubre de 1952 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3357); S.T.S. 23 de octubre de 1963 (R.J.4195); S.T.S. de 17 de diciembre de 1964 (R.J.5891); S.T.S. de 10 de marzo de 1965 (R.J.1447); S.T.S. 12 de junio de 1965 (R.J.3647); S.T.S. 18 de diciembre de 1965 (R.J.5899); S.T.S. de 31 de mayo de 1967 (R.J.2844); S.T.S. de 22 de junio de 1967 (R.J.3491); S.T.S. de 8 de febrero de 1969 (R.J.656); S.T.S. 8 de junio de 1972 (R.J.2607); S.T.S. 24 de enero de 1975 (R.J.95); S.T.S. de 20 de noviembre de 1976 (R.J.4929); S.T.S. de 31 de mayo de 1982 (R.J.2611); S.T.S. 12 de julio de 1982 (R.J.4231); S.T.S. 23 de noviembre de 1982 (R.J.6556); S.T.S. de 24 de febrero de 1983 (R.J.1071); S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650); S.T.S. de 24 de octubre de 1983 (R.J.5339); S.T.S. de 6 de marzo de 1984 (R.J.1202); S.T.S. de 6 de octubre de 1984 (R.J.4770); S.T.S. de 14 de diciembre de 1984 (R.J.6115); S.T.S. de 13 de febrero de 1985 (R.J.810); S.T.S. de 15 de octubre de 1985 (R.J.4898); S.T.S. de 30 de mayo de 1986 (R.J..2833); S.T.S. de 27 de febrero de 1987 (R.J.1002); S.T.S. de 4 de noviembre de 1987 (R.J.8136); S.T.S. de 15 de marzo de 1988 (R.J.1970); S.T.S. de 14 de noviembre de 1988 (R.J.8444); S.T.S. de 9 de febrero de 1989 (R.J.824); S.T.S. de 30 de marzo de 1989 (R.J.2283); S.T.S. de 14 de abril de 1989 (R.J.3054); S.T.S. de 5 de junio de 1989 (R.J.4296); S.T.S. de 12 de junio de 1989 (R.J.4423); S.T.S. de 28 de noviembre de 1989 (R.J.7914); S.T.S. de 1 de diciembre de 1989 (R.J.8783); S.T.S. de 20 de diciembre de 1989 (R.J.8846); S.T.S. de 26 de diciembre de 1989 (R.J.8872); S.T.S. de 13 de marzo de 1990 (R.J.1693); S.T.S. de 3 de abril de 1990 (R.J.2690); S.T.S. de 24 de mayo de 1990 (R.J.4080); S.T.S. de 18 de junio de 1990 (R.J.4764); S.T.S. de 19 de junio de 1990 (R.J.4795); S.T.S. de 11 de julio de 1990 (R.J.5853); S.T.S. de 10 de diciembre de 1990 (R.J.9902); S.T.S. de 12 de diciembre de 1990 (R.J.9995); S.T.S. de 25 de marzo de 1991 (R.J.2442); S.T.S. de 6 de junio de 1991 (R.J.4424); S.T.S. de 7 de octubre de 1991 (R.J.7443); S.T.S. de 2 de diciembre de 1991 (R.J.8905); S.T.S. de 9 de enero de 1992 (R.J.175); S.T.S. de 13 de mayo de 1992 (R.J.3922); S.T.S. de 6 de junio de 1992 (R.J.5008); S.T.S. de 18 de marzo de 1993 (R.J.2022); S.T.S. de 21 de abril de 1993 (R.J.3111); S.T.S. de 22 de julio de 1993 (R.J.6279); S.T.S. de 14 de diciembre de 1993 (R.J.9881). S.T.S. de 1 de febrero de 1994 (R.J.854); S.T.S. de 16 de febrero de 1995 (R.J.845); S.T.S. de 9 de junio de 1995 (R.J.4912); S.T.S. de 31 de octubre de 1995 (R.J.7654); S.T.S. de 7 de junio de 1996

(R.J.4828); S.T.S. de 30 de julio de 1996 (R.J.6064); S.T.S. de 7 de octubre de 1996 (R.J.7056); S.T.S. de 14 de octubre de 1996 (R.J.8587); S.T.S. de 5 de diciembre de 1996 (R.J.8786); S.T.S. de 12 de junio de 1997 (R.J.4771); S.T.S. de 15 de julio de 1998 (R.J.5549); S.T.S. de 28 de julio de 1998 (R.J.6376).

-. Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Cuenca, de 23 de diciembre de 1987 (La Ley, 1988-2, 8521); S.A.P. de Valencia, de 18 de marzo de 1991 (R.G.D., 1991, pág.6767); S.A.P. de Baleares, de 3 de octubre de 1991 (R.A.C.373); S.A.P. de Madrid, de 3 de febrero de 1992 (R.A.C.303); S.A.P. de Teruel, de 10 de septiembre de 1992 (R.A.C.1238); S.A.P. de Valencia, de 4 de marzo de 1993 (R.A.C.755); S.A.P. de Huesca, de 14 de julio de 1993 (R.A.C.1561); S.A.P. de Cádiz, de 22 de octubre de 1993 (R.A.C.2604); S.A.P. de Valencia, de 4 de marzo de 1993 (R.A.C.755); S.A.P. de Granada, de 22 de marzo de 1994 (R.A.C.473); S.A.P. de Sevilla, de 6 de octubre de 1994 (R.A.C.1875); S.A.P. de Baleares, de 25 de octubre de 1994 (R.A.C.2033); S.A.P. de Valladolid, de 22 de noviembre de 1994 (R.A.C.2460); S.A.P. de Sevilla, de 28 de noviembre de 1995 (R.A.C.2080); S.A.P. de Cuenca, de 26 de junio de 1996 (R.A.C.1211); S.A.P. de Lleida, de 14 de enero de 1997 (R.A.C.829); S.A.P. de Lugo, de 15 de diciembre de 1997 (R.A.C.2582); S.A.P. de Madrid, de 13 de marzo de 1998 (R.A.C.5156); S.A.P. de Madrid, de 10 de julio de 1998 (R.A.C.5826); S.A.P. de Orense, de 31 de julio de 1998 (R.A.C.5967); S.A.P. de Huelva, de 1 de septiembre de 1998 (R.A.C.2221).

### 2.3. Prohibición de introducir nuevas pretensiones en apelación.

-. S.T.C. 142/1987, de 23 de julio; A.T.C. 27/1992, de 27 de enero.

-. Resoluciones dictadas por el T.S.: S.T.S. de 10 de junio de 1892 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3360); S.T.S. de 28 de febrero de 1893 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3361); S.T.S. de 3 de octubre de 1919 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3362); S.T.S. de 6 de mayo de 1926 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.3362 y 3363); S.T.S. de 22

de febrero de 1949 (R.J.255); S.T.S. de 30 de noviembre de 1953 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3365); S.T.S. de 2 de abril de 1962 (R.J.1670); S.T.S. de 3 de febrero de 1973 (R.J.404); S.T.S. de 16 de junio de 1976 (R.J.2816); S.T.S. de 9 de diciembre de 1981 (R.J.5153); S.T.S. de 27 de octubre de 1982 (Ar.5576); S.T.S. de 30 de octubre de 1984 (R.J.5151); S.T.S. de 28 de noviembre de 1983 (R.J.6682); S.T.S. de 6 de marzo de 1984 (R.J.1201); S.T.S. de 17 de abril de 1985 (R.J.1767); S.T.S. de 28 de enero de 1986 (R.J.442); S.T.S. de 20 de mayo de 1986 (R.J.2735); S.T.S. de 7 de julio de 1986 (R.J.4414); S.T.S. de 12 de mayo de 1987 (R.J.3435); S.T.S. de 20 de mayo de 1987 (R.J.3539); S.T.S. de 16 de marzo de 1988 (R.J.1973); S.T.S. de 16 de junio de 1988 (R.J.4933); S.T.S. de 17 de octubre de 1988 (R.J.7492); S.T.S. de 22 de mayo de 1989 (R.J.3875); S.T.S. de 19 de julio de 1989 (R.J.5759); S.T.S. de 28 de septiembre de 1989 (R.J.6385); S.T.S. de 25 de junio de 1990 (R.J.4891); S.T.S. de 10 de noviembre de 1990 (R.J.8538); S.T.S. de 20 de diciembre de 1991 (R.J.9471); S.T.S. de 9 de enero de 1992 (R.J.175); S.T.S. de 18 de abril de 1992 (R.J.3311); S.T.S. de 21 de abril de 1992 (R.J.3315); S.T.S. de 7 de octubre de 1992 (R.J.7535); S.T.S. de 7 de mayo de 1993 (R.J.3459); S.T.S. de 12 de julio de 1993 (R.J.6009); S.T.S. de 16 de julio de 1993 (R.J.6155); S.T.S. de 8 de febrero de 1994 (R.J.835); S.T.S. de 9 de julio de 1994 (R.J.6383); S.T.S. de 27 de julio de 1994 (R.J.6787); S.T.S. de 1 de octubre de 1994 (R.J.7441); S.T.S. de 23 de febrero de 1995 (R.J.2773); S.T.S. de 25 de febrero de 1995 (R.J.1136); S.T.S. de 30 de mayo de 1995 (R.J.4206); S.T.S. de 17 de julio de 1995 (R.J.5706); S.T.S. de 7 de marzo de 1996 (R.J.1942); S.T.S. de 10 de junio de 1996 (R.J.4752); S.T.S. de 11 de diciembre de 1996 (R.J.9015); S.T.S. de 9 de junio de 1997 (R.J.4733); S.T.S. de 21 de febrero de 1997 (R.J.1186); S.T.S. de 9 de diciembre de 1997 (R.J.8967).

-. Resoluciones de las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Cuenca, de 16 de febrero de 1982 (La Ley, 1982-2, 1998); S.A.P. de Vitoria, de 1 de julio de 1982 (La Ley, 1982-4, 2628); S.A.T. de Bilbao, de 25 de marzo de 1986 (La Ley, 1986-2, 6402); S.A.T. de Barcelona, de 25 de abril de 1986 (La Ley, 1986-4, 8146-R); S.A.P. de Bilbao, de 9 de diciembre de 1986 (La Ley, 1987-2, 8687-R); S.A.P. de Palma de Mallorca, de 27 de febrero de 1989 (R.G.D., 1990, pág.812); S.A.P. de Valencia, de 18 de enero de 1992 (R.A.C.596); S.A.P. de Madrid, de 3 de marzo de 1992 (R.A.C.265); S.A.P. de

Castellón, de 2 de mayo de 1992 (A.C., 1992, @322); S.A.P. de Madrid, de 13 de julio de 1992 (R.A.C.1130); S.A.P. de La Rioja, de 17 de julio de 1992 (R.A.C.1073); S.A.P. de Madrid, de 20 de julio de 1992 (R.A.C.1146); S.A.P. de Sevilla, de 31 de agosto de 1992 (R.A.C.1150); S.A.P. de Málaga, de 22 de septiembre de 1992 (R.A.C.1311); S.A.P. de Lleida, de 2 de enero de 1993 (La Ley, 1993-1, 501); S.A.P. de Valencia, de 26 de febrero de 1993 (R.A.C.707); S.A.P. de Valencia, de 4 de marzo de 1993 (R.A.C.755); S.A.P. de Toledo, de 4 de mayo de 1993 (R.A.C.1830); S.A.P. de Huesca, de 14 de julio de 1993 (R.A.C.1561); S.A.P. de Madrid, de 15 de noviembre de 1993 (R.A.C.2596); S.A.P. de Córdoba, de 11 de febrero de 1994 (R.A.C.313); S.A.P. de Huesca, de 1 de marzo de 1994 (A.C., 1994, @746); S.A.P. de Sevilla, de 1 de marzo de 1994 (R.A.C.554); S.A.P. de Madrid, de 26 de abril de 1994 (R.A.C.870); S.A.P. de León, de 26 de mayo de 1994 (R.A.C.934); S.A.P. de Ciudad Real, de 15 de julio de 1994 (R.A.C.1659); S.A.P. de Huesca, de 22 de octubre de 1994 (R.A.C.2436); S.A.P. de Baleares, de 25 de octubre de 1994 (R.A.C.2033); S.A.P. de Baleares, de 13 de diciembre de 1994 (R.A.C.2541); S.A.P. de Barcelona, de 13 de enero de 1995 (R.A.C.143); S.A.P. de Valencia, de 14 de enero de 1995 (R.A.C.93); S.A.P. de Navarra, de 18 de enero de 1995 (R.A.C.67); S.A.P. de Valencia, de 19 de enero de 1995 (R.A.C.840); S.A.P. de Toledo, de 24 de enero de 1995 (R.A.C.852); S.A.P. de Barcelona, de 15 de febrero de 1995 (R.A.C.354); S.A.P. de Huesca, de 29 de junio de 1995 (R.A.C.1253); S.A.P. de Granada, de 28 de julio de 1995 (R.A.C.1369); S.A.P. de Cuenca, de 31 de julio de 1995 (A.C., 1996, @407); S.A.P. de Valencia, de 20 de noviembre de 1995 (R.A.C.2090); S.A.P. de Sevilla, de 28 de noviembre de 1995 (R.A.C.2080); S.A.P. de Baleares, de 5 de diciembre de 1995 (R.A.C.2329); S.A.P. de Cáceres, de 18 de diciembre de 1995 (R.A.C.2397); S.A.P. de Jaén, de 25 de enero de 1996 (R.A.C.140); S.A.P. de Toledo, de 8 de febrero de 1996 (R.A.C.376); S.A.P. de Málaga, de 24 de febrero de 1996 (R.A.C.285); S.A.P. de Soria, de 11 de marzo de 1996 (R.A.C.571); S.A.P. de Málaga, de 27 de abril de 1996 (R.A.C.1656); S.A.P. de Madrid, de 4 de septiembre de 1996 (R.A.C.2502); S.A.P. de Córdoba, de 16 de septiembre de 1996 (R.A.C.1560); S.A.P. de Baleares, de 7 de octubre de 1996 (R.A.C.1971); S.A.P. de Valencia, de 18 de noviembre de 1996 (Ar.2127); S.A.P. de Pontevedra, de 11 de enero de 1997 (R.A.C.738); S.A.P. de Cuenca, de 19 de septiembre de 1997 (R.A.C.1824); S.A.P. de Córdoba, de 13 de enero de 1998 (R.A.C.69); S.A.P. de

Baleares, de 22 de enero de 1998 (R.A.C.2713); S.A.P. de Barcelona, de 26 de enero de 1998 (La Llei, nº222, 379); S.A.P. de Almería, de 6 de febrero de 1998 (R.A.C.362); S.A.P. de Huesca, de 19 de febrero de 1998 (R.A.C.411); S.A.P. de Castellón, de 7 de marzo de 1998 (R.A.C.520); S.A.P. de Almería, de 9 de marzo de 1998 (R.A.C.4002); S.A.P. de Toledo, de 9 de marzo de 1998 (R.A.C.4139); S.A.P. de Almería, de 10 de marzo de 1998 (R.A.C.4003); S.A.P. de Cuenca, de 30 de marzo de 1998 (R.A.C.4338); S.A.P. de Málaga, de 7 de abril de 1998 (R.A.C.4388); S.A.P. de Segovia, de 15 de abril de 1998 (R.A.C.4449); S.A.P. de Baleares, de 15 de abril de 1998 (R.A.C.4573); S.A.P. de Baleares, de 27 de abril de 1998 (R.A.C.4572); S.A.P. de Salamanca, de 19 de mayo de 1998 (R.A.C.1107); S.A.P. de Málaga, de 21 de mayo de 1998 (R.A.C.5710); S.A.P. de Madrid, de 9 de junio de 1998 (R.A.C.5878); S.A.P. de Guadalajara, de 14 de julio de 1998 (R.A.C.6200); S.A.P. de Badajoz, de 15 de septiembre de 1998 (R.A.C.6481); S.A.P. de La Rioja, de 6 de diciembre de 1998 (R.A.C.2545).

#### 2.4. Facultades del Tribunal *ad quem* ante la devolución.

-. Resoluciones del T.C.: S.T.C. 14/1985, de 1 de febrero. S.T.C. 54/1985, de 18 de abril. S.T.C. 86/1986, de 25 de junio. S.T.C. 90/1986, de 2 de julio. S.T.C. 109/1986, de 24 de septiembre. S.T.C. 115/1986, de 6 de octubre. S.T.C. 12/1987, de 4 de febrero. S.T.C. 142/1987, de 23 de julio. S.T.C. 145/1987, de 23 de septiembre. S.T.C. 202/1988, de 31 de octubre. S.T.C. 194/1990, de 29 de noviembre. S.T.C. 19/1992, de 14 de febrero. S.T.C. 45/1993, de 8 de febrero. S.T.C. 323/1993, de 8 de noviembre. S.T.C. 112/1994, de 11 de abril. A.T.C. 315/1994, de 21 de noviembre. S.T.C. 176/1995, de 11 de diciembre. S.T.C. 103/1995, de 3 de julio. S.T.C. 3 /1996, de 15 de enero. S.T.C. 9/1998, de 13 de enero.

-. Resoluciones dictadas por el T.S.: S.T.S. de 17 de febrero de 1904 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3354). S.T.S. de 15 de octubre de 1928 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3352). S.T.S. de 9 de julio de 1932 (R.J.1168). S.T.S. de 6 de enero de 1934 (R.J.28). S.T.S. de 18 de enero de 1934 (R.J.52). S.T.S. de 21 de abril de 1942 (R.J.477). S.T.S. de 25 de febrero de 1944 (Ar.524). S.T.S. de 3 de enero de 1948 (en



FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.3353). S.T.S. de 23 de junio de 1948 (R.J.963). S.T.S. de 22 de febrero de 1949 (R.J.255). S.T.S. de 13 de octubre de 1953 (R.J.2505). S.T.S. de 24 de enero de 1956 (R.J.659). S.T.S. de 21 de noviembre de 1959 (R.J.4456). S.T.S. de 25 de febrero de 1961 (R.J.907). S.T.S. de 30 de mayo de 1961 (R.J.2344). S.T.S. de 17 de diciembre de 1964 (R.J.5891). S.T.S. de 31 de mayo de 1967 (R.J.2844). S.T.S. de 8 de noviembre de 1969 (R.J.5132). S.T.S. de 26 de noviembre de 1982 (La Ley, 1983-1, 3084). S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650). S.T.S. de 16 de mayo de 1986 (R.J.2728). S.T.S. de 30 de marzo de 1989 (R.J.2283). S.T.S. de 7 de diciembre de 1989 (R.J.8812). S.T.S. de 5 de marzo de 1990 (R.J.1667). S.T.S. de 11 de julio de 1990 (R.J.5853). S.T.S. de 19 de febrero de 1991 (R.J.1511). S.T.S. de 13 de mayo de 1992 (R.J.3922). S.T.S. de 14 de mayo de 1992 (R.J.3984). S.T.S. de 30 de mayo de 1992 (R.J.4830). S.T.S. de 4 de julio de 1992 (R.J.6053). S.T.S. de 17 de julio de 1992 (R.J.6432). S.T.S. de 29 de octubre de 1992 (R.J.8182). S.T.S. de 3 de febrero de 1993 (R.J.801). S.T.S. de 11 de marzo de 1993 (R.J.1791). S.T.S. de 18 de marzo de 1993 (R.J.2022). S.T.S. de 25 de marzo de 1993 (R.J.2561). S.T.S. de 21 de abril de 1993 (R.J.3111). S.T.S. de 4 de junio de 1993 (R.J.4479). S.T.S. de 20 de octubre de 1993 (R.J.8141). S.T.S. de 1 de febrero de 1994 (R.J.854). S.T.S. de 25 de marzo de 1994 (R.J.2533). S.T.S. de 7 de febrero de 1995 (R.J.1227). S.T.S.J. de Navarra, de 23 de febrero de 1995 (R.J.1465). S.T.S. de 14 de marzo de 1995 (R.J.2429). S.T.S. de 13 de noviembre de 1995 (R.J.8121). S.T.S. de 30 de enero de 1996 (R.J.539). S.T.S. de 7 de junio de 1996 (R.J.4828). S.T.S. de 14 de octubre de 1996 (R.J.8587). S.T.S. de 5 de diciembre de 1996 (R.J.8786). S.T.S. de 31 de diciembre de 1996 (R.J.9482). S.T.S. de 25 de enero de 1997 (R.J.155). S.T.S. de 28 de enero de 1997 (R.J.22). S.T.S. de 3 de febrero de 1997 (R.J.674). S.T.S. de 18 de febrero de 1997 (R.J.1427). S.T.S. de 5 de mayo de 1997 (R.J.3669). S.T.S. de 12 de junio de 1997 (R.J.4771). S.T.S. de 3 de julio de 1997 (R.J.6149). S.T.S. de 28 de julio de 1997 (R.J.6309); S.T.S. de 29 de diciembre de 1997 (R.J.9604). S.T.S. de 21 de marzo de 1998 (R.J.1511). S.T.S. de 31 de marzo de 1998 (R.J.2038). S.T.S. de 30 de abril de 1998 (R.J.2602). S.T.S. de 15 de julio de 1998 (R.J.5549). S.T.S. de 28 de julio de 1998 (R.J.6377).

- Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.T. de Valladolid, de 2 de noviembre de 1974 (R.G.D., 1975, pág.950); S.A.P. de Vitoria, de 1 de julio de 1982 (La Ley, 1982-4, 2628); S.A.P. de Cuenca, de 23 de diciembre de 1987 (La Ley, 1988-2, 8521); S.A.P. de Baleares, de 3 de octubre de 1991 (R.A.C.373); S.A.P. de Palma de Mallorca, de 3 de octubre de 1991 (La Ley, 1992-1, 618); S.A.P. de Granada, de 3 de diciembre de 1992 (R.A.C.1619); S.A.P. de Valencia, de 5 de mayo de 1992 (R.A.C.692); S.A.P. de Sevilla, de 31 de agosto de 1992 (R.A.C.1150); S.A.P. de Madrid, de 29 de enero de 1993 (R.A.C.53); S.A.P. de Zaragoza, de 3 de febrero de 1993 (R.A.C.137); S.A.P. de Madrid, de 2 de abril de 1993 (R.A.C.895); S.A.P. de Madrid, de 3 de mayo de 1993 (R.A.C.1818); S.A.P. de Madrid, de 28 de septiembre de 1993 (A.C., 1994, @121); S.A.P. de Alicante, de 13 de noviembre de 1993 (R.A.C.2342). S.A.P. de Teruel, de 16 de noviembre de 1993 (R.A.C.2256); S.A.P. de Zaragoza, de 15 de diciembre de 1993 (R.A.C.2463); S.A.P. de Málaga, de 2 de febrero de 1994 (A.C., 1994, @1006); S.A.P. de Murcia, de 24 de febrero de 1994 (R.A.C.348); S.A.P. de Tarragona, de 6 de julio de 1994 (R.A.C.1271); S.A.P. de Sevilla, de 6 de octubre de 1994 (R.A.C.1875); S.A.P. de Madrid, de 26 de noviembre de 1994 (A.C., 1995, @454); S.A.P. de Segovia, de 6 de julio de 1995 (R.A.C.1322); S.A.P. de Granada, de 28 de julio de 1995 (R.A.C.1369); S.A.P. de Sevilla, de 28 de noviembre de 1995 (R.A.C.2080); S.A.P. de Lleida, de 5 de diciembre de 1995 (R.A.C.30); S.A.P. de Cuenca, de 5 de junio de 1996 (R.A.C.1187); S.A.P. de Cuenca, de 26 de junio de 1996 (R.A.C.1211); S.A.P. de Baleares, de 7 de octubre de 1996 (R.A.C.1971); S.A.P. de Málaga, de 8 de abril de 1997 (R.A.C.5002); S.A.P. de Córdoba, de 5 de mayo de 1997 (R.A.C.1034); S.A.P. de Sevilla, de 16 de mayo de 1997 (R.A.C.1039); S.A.P. de Málaga, de 9 de julio de 1997 (R.A.C.1471); S.A.P. de Cuenca, de 19 de septiembre de 1997 (R.A.C.1824); S.A.P. de Las Palmas, de 9 de enero de 1998 (R.A.C.2879); S.A.P. de Toledo, de 3 de febrero de 1998 (R.A.C.3724); S.A.P. de Córdoba, de 13 de marzo de 1998 (R.A.C.3883); S.A.P. de Cuenca, de 30 de marzo de 1998 (R.A.C.4338); S.A.P. de Tarragona, de 16 de abril de 1998 (La Llei, nº219, 342); S.A.P. de Vizcaya, de 4 de mayo de 1998 (R.A.C.5368); A.A.P. de León, de 22 de mayo de 1998 (R.A.C.6113); S.A.P. de Córdoba, de 9 de julio de 1998 (R.A.C.1296); S.A.P. de Tarragona, de 20 de octubre de 1998 (R.A.C.2085); S.A.P. de La Rioja, de 2 de diciembre de 1998 (R.A.C.2547); S.A.P. de La Rioja, de 6 de diciembre de 1998 (R.A.C.2545).

## II. FACULTADES ALEGATORIAS Y PROBATORIAS DELIMITADORAS DEL ÁMBITO DE LA APELACIÓN.

### 1. EXCEPCIONES.

#### 1.1. Excepciones no planteadas en primera instancia.

-. S.T.C. 233/1992, de 14 de diciembre.

-. Resoluciones del T.S.: S.T.S. de 25 de septiembre de 1950 (R.J.1406); S.T.S. de 5 de julio de 1957 (R.J.2554); S.T.S. de 2 de abril de 1962 (R.J.1670); S.T.S. de 16 de octubre de 1963 (R.J.4162); S.T.S. de 15 de noviembre de 1982 (R.J.6543); S.T.S. de 16 de marzo de 1983 (R.J.1479); S.T.S. de 9 de diciembre de 1983 (R.J.6926); S.T.S. de 2 de febrero de 1984 (R.J.570); S.T.S. de 7 de julio de 1986 (R.J.4414); S.T.S. de 3 de abril de 1993 (R.J.2786); S.T.S. de 25 de febrero de 1995 (R.J.1136); S.T.S. de 16 de febrero de 1996 (R.J.1256); S.T.S. de 24 de mayo de 1997 (R.J.4323).

-. Resoluciones de las Audiencias Provinciales: S.A.P. de La Rioja, de 17 de julio de 1992 (R.A.C.1073); S.A.P. de Madrid, de 20 de julio de 1992 (R.A.C.1146); S.A.P. de Navarra, de 11 de febrero de 1993 (R.A.C.163); S.A.P. de Valencia, de 4 de marzo de 1993 (R.A.C.755); S.A.P. de León, de 26 de mayo de 1994 (R.A.C.934); S.A.P. de Zaragoza, de 22 de junio de 1994 (R.A.C.1087); S.A.P. de Baleares, de 13 de diciembre de 1994 (R.A.C.2541); S.A.P. de Barcelona, de 13 de enero de 1995 (R.A.C.143); S.A.P. de Navarra, de 18 de enero de 1995 (R.A.C.67); S.A.P. de Granada, de 28 de julio de 1995 (R.A.C.1369); S.A.P. de Lleida, de 5 de diciembre de 1995 (R.A.C.1996/30); S.A.P. de Barcelona, de 28 de diciembre de 1995 (R.A.C.2280); S.A.P. de Soria, de 11 de marzo de 1996 (R.A.C.571); S.A.P. de Madrid, de 4 de septiembre de 1996 (R.A.C.2502); S.A.P. de Huesca, de 19 de febrero de 1998 (R.A.C.411); S.A.P. de Almería, de 10 de marzo de 1998 (R.A.C.4003); S.A.P. de Badajoz, de 15 de septiembre de 1998 (R.A.C.6481).

## 1.2. Excepciones planteadas en primera instancia.

### 1.2.A. Alegadas en apelación por el apelante o por el apelado.

- S.T.C. 3/1996, de 15 de enero.

- Resoluciones dictadas por el T.S.: S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650); S.T.S. de 15 de marzo de 1988 (R.J.1970); S.T.S. de 12 de junio de 1989 (R.J.4423); S.T.S. de 16 de marzo de 1990 (R.J.1704); S.T.S. de 11 de julio de 1990 (R.J.5853); S.T.S. de 13 de mayo de 1992 (R.J.3922); S.T.S. de 12 de noviembre de 1992 (R.J.9586); S.T.S. de 14 de octubre de 1996 (R.J.8587); S.T.S. de 5 de diciembre de 1996 (R.J.8786); S.T.S. de 27 de octubre de 1997 (R.J.7617); S.T.S. de 9 de diciembre de 1997 (R.J.8967); S.T.S. de 28 de julio de 1998 (R.J.6377).

- Resoluciones de las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Cuenca, de 23 de diciembre de 1987 (La Ley, 1988-2. 8521); S.A.P. de Palencia, de 20 de abril de 1988 (La Ley, 1988-3, 8781); S.A.P. de Alicante, de 25 de octubre de 1994 (R.A.C.1837); S.A.P. de Valladolid, de 22 de noviembre de 1994 (R.A.C.2460); S.A.P. de Cádiz, de 26 de enero de 1998 (R.A.C.3981).

### 1.2.B. Excepciones no alegadas en el recurso de apelación.

- S.T.C. 120/1989, de 3 de julio.

- Resoluciones del T.S.: S.T.S. de 4 de octubre de 1985 (R.J.4572); S.T.S. de 30 de junio de 1986 (R.J.3832); S.T.S. de 4 de noviembre de 1987 (R.J.8136); S.T.S. de 13 de junio de 1989 (R.J.4631); S.T.S. de 25 de marzo de 1991 (R.J.2442); S.T.S. de 6 de junio de 1992 (R.J.5008); S.T.S. de 3 de julio de 1992 (R.J.6049); S.T.S. de 12 de noviembre de 1992 (R.J.9586); S.T.S. de 4 de febrero de 1993 (R.J.827); S.T.S. de 15 de marzo de 1993 (R.J.2280); S.T.S. de 21 de abril de 1993 (R.J.3111); S.T.S. de 3 de octubre de 1994 (R.J.7445); S.T.S. de 14 de marzo de 1995 (R.J.2429); S.T.S. de 25 de

noviembre de 1996 (R.J.9119); S.T.S. de 20 de marzo de 1997 (R.J.2184); S.T.S. de 14 de octubre de 1997 (R.J.7155); S.T.S. de 26 de noviembre de 1997 (R.J.8401); S.T.S. de 28 de julio de 1998 (R.J.6377).

-. Resoluciones de las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Cuenca, de 16 de febrero de 1982 (La Ley, 1982-2, 1998); S.A.P. de Granada, de 21 de enero de 1992 (R.A.C.183); S.A.P. de Navarra, de 11 de febrero de 1993 (R.A.C.163); S.A.P. de Segovia, de 6 de julio de 1995 (R.A.C.1322); S.A.P. de Baleares, de 5 de diciembre de 1995 (R.A.C.2329); S.A.P. de Lleida, de 5 de diciembre de 1995 (R.A.C.1996/30); S.A.P. de Barcelona, de 28 de diciembre de 1995 (R.A.C.2280); S.A.P. de León, de 30 de septiembre de 1998 (R.A.C.6446); S.A.P. de Tarragona, de 20 de octubre de 1998 (R.A.C.2085).

## 2. LA PRUEBA EN APELACIÓN.

-. A.T.C. 315/1994, de 21 de noviembre. S.T.C. 3/1996, de 15 de enero.

### 2.1. Características de la prueba en segunda instancia.

-. Sentencias del T.C.: 23/1985, de 15 de febrero; 109/1986, de 24 de septiembre; 145/1987, de 23 de septiembre; 149/1987, de 30 de septiembre; 169/1990, de 5 de noviembre; 87/1992, de 8 de junio; 233/1992, de 14 de diciembre; 323/1993, de 8 de noviembre; 269/1994, de 3 de octubre; 103/1995, de 3 de julio; 131/1995, de 11 de septiembre; 176/1995, de 11 de diciembre; 1/1996, de 15 de enero; 52/1998, de 3 de marzo. A.T.C. 547/1984, de 3 de octubre; A.T.C. 813/1987, de 1 de julio.

-. Sentencias del T.S. de: 11 de abril de 1941 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., págs.6112 y 6113); 12 de diciembre de 1986 (R.J.7435); 19 de junio de 1990 (R.J.4795); 25 de junio de 1990 (R.J.4892); 15 de octubre de 1991 (R.J.7072); 9 de junio de 1993 (R.J.4473); 29 de enero de 1994 (R.J.636); 27 de julio de 1994 (R.J.6787); 28 de julio de 1994 (R.J.7242) 29 de septiembre de 1994 (R.J.7025);

10 de enero de 1995 (R.J.9990); 23 de febrero de 1995 (R.J.1702); 3 de octubre de 1995 (R.J.7178); 2 de diciembre de 1997 (R.J.8697); 7 de noviembre de 1998 (R.J.8407).

-. Resoluciones de las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Valencia, de 18 de marzo de 1991 (R.G.D., 1991, pág.6767). A.A.P. de Valencia, de 3 de junio de 1994 (R.G.D., 1993, pág.11583). S.A.P. de Cádiz, de 9 de enero de 1998 (R.A.C.3980). S.A.P. de Cádiz, de 26 de enero de 1998 (R.A.C.3981). S.A.P. de Palencia, de 9 de febrero de 1998 (R.A.C.3207). S.A.P. de Segovia, de 27 de febrero de 1998 (R.A.C.4460). S.A.P. de Córdoba, de 13 de marzo de 1998 (R.A.C.3883). S.A.P. de Cuenca, de 30 de marzo de 1998 (R.A.C.4338). S.A.P. de Segovia, de 28 de abril de 1998 (R.A.C.4452). S.A.P. de Málaga, de 7 de octubre de 1998 (R.A.C.7418).

## 2.2. Supuestos de prueba en segunda instancia.

-. Resoluciones del T.S. de: 27 de diciembre de 1990 (R.J.10375); 24 de enero de 1991 (R.J.313) y 16 de diciembre de 1993 (R.J.9099).

-. S.A.P. de Valencia, de 18 de marzo de 1991 (R.G.D., 1991, pág.6767).

2.2.A. Alegación y prueba sobre hechos sin necesidad de recibir el pleito a prueba (art.863 de la L.E.C.) y solicitud de recepción del pleito a prueba (art.862 de la L.E.C.).

-. S.T.C. 233/1992, de 14 de diciembre. A.T.C. 27/1992, de 27 de enero. S.T.C. 52/1998, de 3 de marzo.

-. Resoluciones dictadas por el T.S.: S.T.S. de 29 de noviembre de 1917 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6111). S.T.S. de 8 de junio de 1990 (R.J.4745). S.T.S. de 27 de diciembre de 1990 (R.J.10375). S.T.S. de 27 de marzo de 1991 (R.J.2453). S.T.S. de 8 de julio de 1991 (R.J.5331). S.T.S. de 19 de octubre de 1993 (R.J.7743). S.T.S. de 16 de noviembre de 1993 (R.J.9099). S.T.S. de 30 de abril de 1994 (R.J.2950). S.T.S. de 1 de octubre de 1994 (R.J.7441). S.T.S. de 15 de noviembre de 1995 (R.J.8604). S.T.S. de 7 de marzo de 1996 (R.J.1883); S.T.S. de 6 de

junio de 1996 (R.J.4822). S.T.S. de 18 de julio de 1998 (R.J.6125). S.T.S. de 7 de noviembre de 1998 (R.J.8407).

Solicitud de recepción del pleito a prueba (art.862 de la L.E.C.).

-. A.T.C. 846/1986, de 22 de octubre. S.T.C. 1/1992, de 13 de enero.

-. Sentencias del T.S. de: 17 de abril de 1990 (R.J.2722); 19 de junio de 1990 (R.J.4795); 26 de junio de 1990 (R.J.4898); 12 de julio de 1992 (R.J.1547); 9 de julio de 1992 (R.J.6271); 18 de noviembre de 1992 (R.J.9237); 15 de febrero de 1994 (R.J.1310); 2 de junio de 1994 (R.J.4574); 28 de enero de 1995 (R.J.179); 10 de enero de 1995 (R.J.9990).

-. Resoluciones del T.C.: S.T.C. 27/1992, de 27 de enero; S.T.C. 141/1992, de 13 de octubre; S.T.C. 131/1995, de 11 de septiembre.

-. Resoluciones dictadas por el T.S.: S.T.S. de 16 de noviembre de 1891 (en FENECH: *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6114); S.T.S. de 1 de febrero de 1922 (en FENECH. *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ob. cit., pág.6127); S.T.S. 13 de marzo de 1978 (R.J.814); S.T.S. 30 de septiembre de 1985 (R.J.4487); S.T.S. 7 de febrero de 1986 (R.J.447); S.T.S. 15 de diciembre de 1986 (R.J.7445); S.T.S. 30 de junio de 1987 (R.J.4830); S.T.S. 28 de octubre de 1989 (R.J.6970); S.T.S. de 11 de diciembre de 1990 (R.J.9935); S.T.S. 7 de mayo de 1991 (R.J.3580); S.T.S. 4 de junio de 1991 (R.J.4414); S.T.S. de 30 de julio de 1991 (R.J.5428); S.T.S. de 18 de marzo de 1992 (R.J.2201); S.T.S. 9 de julio de 1992 (R.J.6270); S.T.S. 9 de julio de 1992 (R.J.6271); S.T.S. 12 de julio de 1992 (R.J.1547); S.T.S. 4 de noviembre de 1992 (R.J.9195); S.T.S. 17 de febrero de 1993 (R.J.1237); S.T.S. 4 de marzo de 1993 (R.J.1666); S.T.S. 28 de mayo de 1993 (R.J.4081); S.T.S. 7 de junio de 1993 (R.J.4484); S.T.S. 9 de junio de 1993 (R.J.4473); S.T.S. 19 de octubre de 1993 (R.J.7743); S.T.S. 14 de febrero de 1994 (R.J.1470); S.T.S. 25 de febrero de 1994 (R.J.1264); S.T.S. de 10 de abril de 1994 (R.J.2714); S.T.S. de 12 de abril de 1994 (R.J.2793); S.T.S. 30 de abril de 1994 (R.J.2950); S.T.S. de 27 de julio de 1994

(R.J.6787); S.T.S. de 28 de julio de 1994 (R.J.7242); S.T.S. 29 de septiembre de 1994 (R.J.7025); S.T.S. 1 de octubre de 1994 (R.J.7441); S.T.S. 23 de febrero de 1995 (R.J.1702); S.T.S. de 23 de marzo de 1995 (R.J.2059); S.T.S. 23 de marzo de 1995 (R.J.2134); S.T.S. de 3 de octubre de 1995 (R.J.7178); S.T.S. 12 de diciembre de 1995 (R.J.9607); S.T.S. 7 de marzo de 1996 (R.J.1883); S.T.S. 6 de junio de 1996 (R.J.4822); S.T.S. 4 de octubre de 1996 (R.J.7033); S.T.S. 24 de octubre de 1996 (R.J.7241); S.T.S. de 18 de noviembre de 1996 (R.J.8639).

-. Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: A.A.T. de Barcelona, de 30 de septiembre de 1982 (R.J.C., 1983-I, pág.99); S.A.P. de Cantabria, de 9 de setiembre de 1993 (R.A.C.1636); A.A.P. de Granada, de 1 de diciembre de 1994 (R.A.C.1470); S.A.P. de Granada, de 13 de diciembre de 1994 (R.A.C.2313); S.A.P. de Girona, de 9 de febrero de 1995 (R.A.C.357).

### 2.2.C. Facultades probatorias en segunda instancia del declarado rebelde en la primera.

-. S.T.C. 1/1992, de 13 de enero; S.T.C. 233/1992, de 14 de diciembre; S.T.C. 190/1997, de 10 de noviembre.

-. S.T.S. de 17 de abril de 1990 (R.J.2722); S.T.S. de 5 de febrero de 1991 (R.J.990); S.T.S. de 3 de marzo de 1992 (R.J.1838).

-. Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales: S.A.P. de Sevilla, de 14 de enero de 1992 (R.A.C.122); S.A.P. de Ciudad Real, de 29 de marzo de 1994 (R.G.D., 1994, pág.10237).

### 2.3. Las diligencias para mejor proveer en el recurso de apelación.

-. Resoluciones del T.S.: S.T.S. de 31 de mayo de 1993 (R.J.4060); S.T.S. de 14 de noviembre de 1994 (R.J.9319); S.T.S. de 25 de febrero de 1995 (R.J.1137); S.T.S. de 9 de diciembre de 1996 (R.J.8787); S.T.S. de 7 de marzo de 1998 (R.J.1040).



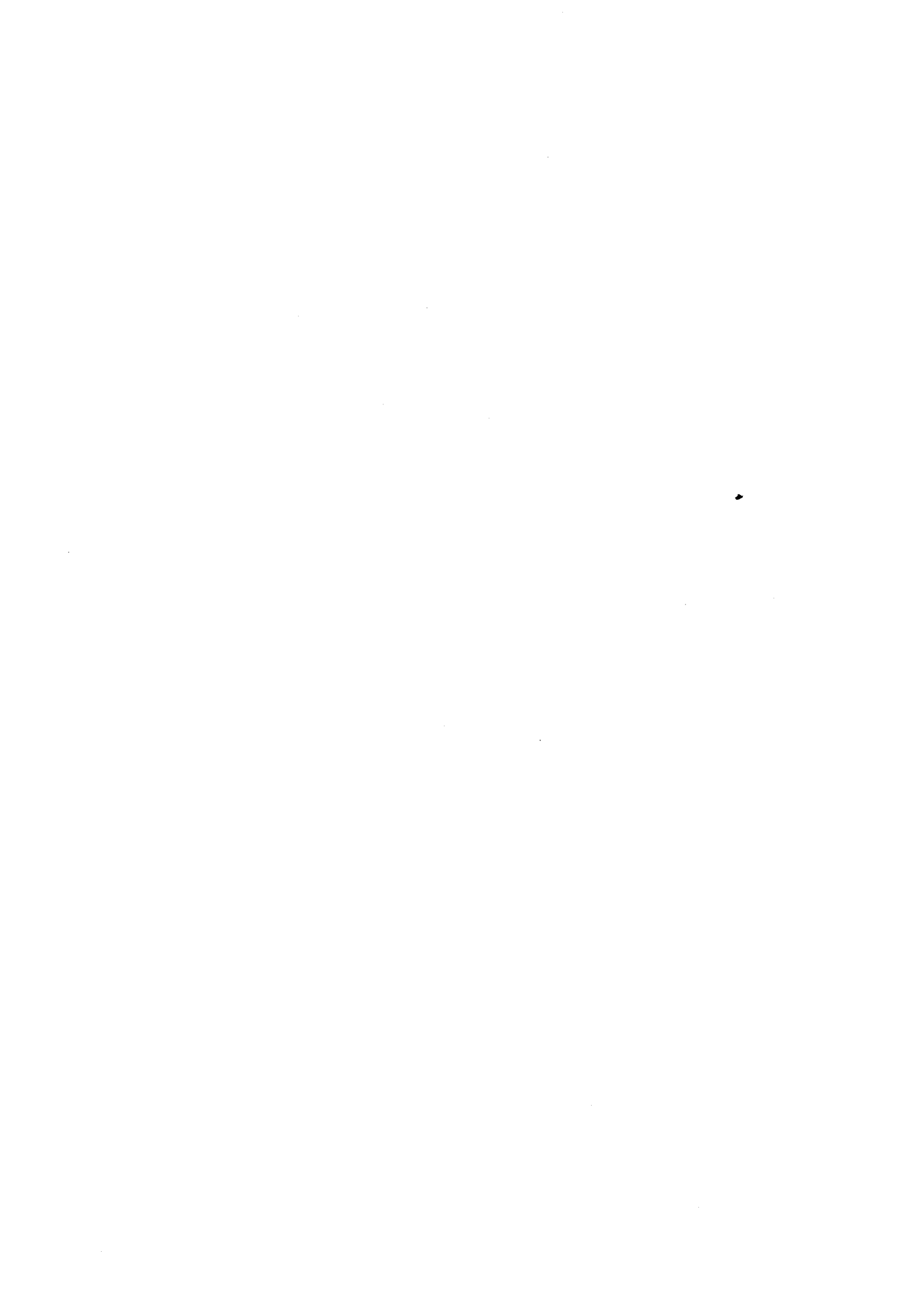
#### 4. PETICIONES DE LOS TERCEROS INTERVINIENTES.

-. S.T.S. de 16 de febrero de 1996 (R.J.1256); S.T.S. de 10 de junio de 1996 (R.J.4752).



# **BIBLIOGRAFÍA**

.



## BIBLIOGRAFIA

- **A.A.V.V.:** *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Murcia, 1997.
  
- **A.A.V.V.:** *X Reunión de Profesores de Derecho Procesal de Universidades Españolas*, Santiago de Compostela, 1977.
  
- **A.A.V.V. (por Profesores de Derecho Procesal de Universidades Españolas):** *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, V.I y II, Madrid, 1974.
  
- **A.A.V.V. (coordinador MONTERO AROCA):** *La reforma de los procesos civiles. Comentario a la Ley 10/1992*, Madrid, 1992.
  
- **A.A.V.V. (coordinador CORTÉS DOMÍNGUEZ):** *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1985.
  
- **A.A.V.V. (obra colectiva dirigida por GIMENO SENDRA):** *Los recursos en el proceso civil*, Valencia, 1995.
  
- **A.A.V.V. (M.A. FERNÁNDEZ y otros):** *La reforma procesal civil por Ley 10/1992*, Madrid, 1992.
  
- **AGUNDEZ FERNÁNDEZ, A. y NOGUERA ROIG, F.:** *El recurso de apelación civil*, en «Revista General de Derecho», 1962.
  
- **AIKIN ARALUCE, S.:** *El recurso de apelación en el derecho castellano*, ed. Reus, Madrid, 1982.

- **ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, N.:** *El demandado cuyo procurador apeló de la sentencia de primera instancia ¿Puede utilizar con éxito el recurso de audiencia?*, en «Clínica Procesal», ed. Porrúa, 1982.
- *Los recursos en nuestras leyes procesales*, en Estudios de Derecho Procesal, Madrid, 1984, págs.23 y ss..
  
- **ÁLVAREZ ABUNDANCIA, R.:** *La apelación civil plena y la apelación limitada en los derechos histórico y comparado y en el vigente derecho procesal español*, en «La Ley», 1984-4, págs.1163 y ss.
  
- **ÁLVAREZ-LINERA URÍA, C.:** *La asistencia de Letrados a la vista de las apelaciones (“con Abogados o sin ellos”)*, en «Revista de Derecho Procesal», 1977-2/3, págs.717 y ss.
  
- **ARMENTA DEU, T.:** *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, en «Revista General de Derecho», Julio-Agosto de 1994, págs.8105 y ss.
  
- **BACHMAIER WINTER:** *La rebeldía en el proceso civil norteamericano y español*, Madrid, 1994.
  
- **BANACLOCHE PALAO, J.:** *El nuevo sistema de recursos del Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Comunicación presentada en las Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, organizadas por la Escuela de Práctica Jurídica de Murcia, octubre 1997.
  
- **BARJA DE QUIROGA y RODRÍGUEZ RAMOS:** *La vista oral en los recursos. Criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su proyección sobre la regulación española*, en «La Ley», 1991-2, págs.1244 y ss.
  
- **BARRÓN DE BENITO, J.L.:** *El recurso de apelación en el juicio verbal civil de tráfico*, ed. Dykinson, Madrid, 1995.

- *El depósito para recurrir contra la sentencia de instancia en el juicio verbal de tráfico*, en «Actualidad Civil», mayo-1995.
  
- **BECENA, F.:** *Sobre la instancia única o doble en materia civil*, en «Revista de Derecho Privado», Tomo XX, 1933, págs.66 y ss.
  
- **BERZOSA FRANCOS, V.:** *Demanda, “causa petendi” y objeto del proceso*, Córdoba, 1984.
- *Principios del proceso*, en «Justicia», 1992, págs.553 y ss..
  
- **BONSIGNORI:** *Premesse allo studio dell effetto devolutivo dell’apello*, en «Revista Trimestrale di Diritto Processuale Civile», 1971.
  
- **CABALLOL ANGELATS, LL.:** *La ejecución provisional en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1993.
  
- **CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup>.P.:** *Breves consideraciones sobre el recurso de apelación y el criterio de doble grado de jurisdicción*, en «Revista de Derecho Procesal», 1996-3, págs.562 y ss.
- *La doctrina constitucional sobre el derecho a los recursos en el proceso penal, el doble grado de jurisdicción y la instancia única (En relación al sistema de impugnación de la Ley Orgánica 7/1988)*, en «Revista General de Derecho», Abril-1997, págs.3872 y ss.
- *La prueba en el recurso de apelación penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- (con otros), *La reforma de los procesos civiles (comentario a la Ley 10/1992 de Medidas urgentes de reforma procesal)*, en Estudios de Derecho Procesal, ed. Civitas, Madrid, 1992.
  
- **CAPILLA RONCERO, F.:** *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1989*, en «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», nº21, septiembre - diciembre, 1989, págs.544 y ss.

- **CARNELUTTI** (trad. Alcalá-Zamora y Sentís Melendo): *Sistemas de Derecho Procesal Civil*, T.III, Buenos Aires, 1944.
- *Instituciones del Proceso Civil*, V.II, ed. Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1989.
- *Derecho y proceso*, (trad.Sentis Melendo), Buenos Aires, 1973.
  
- **CARRERAS DEL RINCÓN, J.:** *La solidaridad de las obligaciones desde la óptica procesal*, ed. Bosch, Barcelona, 1990.
  
- **CASADO GIMÉNEZ:** *Desistimiento tácito de la apelación ante el Juez a quo como consecuencia de un caso de paralización procesal*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1959-II, págs.489 y ss..
  
- **CEDEÑO HERNÁN, M.:** *La tutela de los terceros frente al fraude procesal*, en Estudios de Derecho Procesal, ed. Comares, Granada, 1997.
  
- **CHIOVENDA** (trad. Casais y Santaló): *Principios de Derecho Procesal Civil*, T.II, Madrid, 1977.
  
- **CLIMENT DURAN, C.:** *Sobre la adhesión a los recursos civiles y penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, en «Revista General de Derecho», Julio - Agosto, 1990, págs.5227 y ss.
  
- **COBOS GAVALA, R.:** *La fundamentación de la impugnación en el recurso de apelación (un análisis a través de la jurisprudencia)*, en «Justicia», 1992-II, págs.340 y ss..
- *La concesión de recursos "secundum eventum litis"*, en «Justicia», 1992-IV.
  
- **COBO PLANA, J.J.:** *La exclusión del litisconsorcio pasivo necesario en los procesos sobre responsabilidad extracontractual*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. (excepciones procesales)», 1994, págs.414 y ss..



- **COLOMBO:** *Naturaleza jurídica de la sentencia sometida a recurso*, en «Revista de Derecho Procesal», 1955-I, págs.37 y ss..
  
- **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL:** *Reforma del proceso civil. Informes a los Anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento Civil y de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Madrid, 1998.
  
- **CORBAL FERNÁNDEZ:** *La adquisición procesal y la carga de la prueba*, en «Cuadernos de Derecho Judicial», 1993, págs.149 y ss..
  
- **CORDÓN MORENO, F.:** *Proceso civil de declaración*, ed. Aranzadi, 1996.
  - *La congruencia en segunda instancia*, en «Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón», nº96.
  - *En torno a los poderes de dirección del juez civil*, en «Revista de Derecho Privado», 1979, págs.807 y ss..
  
- **CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.:** *La prueba en segunda instancia*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. (La prueba en el proceso civil)», 1993, XXXIV.
  - (con Gimeno Sendra y Moreno Catena): *Derecho Procesal Civil*, ed. Colex, 1996.
  
- **COUTURE:** *Prueba en segunda instancia*, en Estudios de Derecho Procesal Civil, T.III, Buenos Aires, 1988.
  - *Naturaleza de la sentencia de segunda instancia*, en Estudios de Derecho Procesal Civil, T.III, Buenos Aires, 1988.
  
- **DÍAZ MÉNDEZ, N.:** *Breves consideraciones sobre la apelación en el juicio verbal según la Ley 10/1992*, en «La Ley», 1992-4, págs.1103 y ss..
  - *Recursos de reposición, queja y apelación en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «La Ley», 1998-3, págs.1498 y ss..

-. **DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.** (con BORRAJO INIESTA y FERNÁNDEZ FARRERES): *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, 1996.

- *Contribución a la interpretación del régimen general de ejecución provisional de sentencias contenido en el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, págs.1985 y ss..

-. **DE LAMO RUBIO:** *El nuevo régimen de la apelación en los juicios verbal civil y de cognición*, en «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», nº1639, julio 1992.

-. **FAIRÉN GUILLÉN, V.:** *Los medios de impugnación*, en *Doctrina general del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley procesal general*, ed. Bosch, Barcelona, 1990.

- *El razonamiento de los Tribunales de apelación*, en *Pensamientos Jurídicos*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

- *El Proyecto de Ordenanza Procesal Civil austríaco visto por Franz Klein*, en «Revista de Derecho Procesal», 1950-1, págs.10 y ss..

- *El gravamen como presupuesto de los recursos*, en «Revista de Derecho Procesal», 1969-2, págs.369 y ss..

- *Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del Derecho procesal*, en «Revista de Derecho Procesal», 1949-II, págs.248 y ss..

- *La apelación en el proceso del art.70 de la Ley de Sociedades Anónimas*, en *Temas del Ordenamiento Procesal*, T.II, 1969, págs.999 y ss..

-. **FENECH:** *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1979.

- *La admisibilidad de la confesión en la segunda instancia del juicio ejecutivo*, en «La Ley», 1980-1, págs.966 y ss..

- *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ed. Aguilar, Madrid, 1956.

-. **FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. y DE LA OLIVA SANTOS, A.:** *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1993.

- **FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU:** *Derecho Procesal Práctico*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.
  
- **FONT SERRA, E.:** *En torno a la “reformatio in peius” en el proceso penal*, en «La Ley», 1989, nº2391.
- *La adhesión en el recurso de apelación en el proceso penal*, en «Revista General de Derecho», Marzo-1995, págs.2083 y ss..
  
- **FUENTE ALVÁREZ, F.:** *El nuevo recurso de apelación civil en los juicios verbales y de cognición*, en «Actualidad Jurídica Aranzadi», nº97, 15 de abril de 1993, págs.3 y ss..
  
- **GALÁN URBANO, P.:** *La prueba en segunda instancia*, en «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», nº1255-1256, 1981.
  
- **GARBERÍ LLOBREGAT, J:** (con otros), *Los recursos en el proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- (con GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO), *Apelación y casación en el proceso civil*, ed. Colex, Madrid, 1994.
- *La segunda instancia en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «La Ley», 1997-6, págs.1444 y ss..
  
- **GARCIA PÉREZ, J.J.:** *El deber judicial de congruencia como manifestación del principio dispositivo y su alcance constitucional*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J.», 1992, XXII.
  
- **GIL MARTÍN:** *Normas generales sobre los recursos de reposición y apelación*, en «Boletín de información del Ministerio de Justicia», 1986, nº1406-1407.
  
- **GIMENO SENDRA** (con Cortés Domínguez y Moreno Catena): *Derecho procesal Civil*, ed. Colex, 1996.

- **GISBERT POMATA, M.:** *Tratado de la apelación civil (Doctrina, jurisprudencia, formularios)*, Editorial de Derechos Reunidas, Madrid, 1996.
  
- **GÓMEZ COLOMER:** (con otros), *Derecho Jurisdiccional*, T.II, ed. Bosch, 1991.
- (con otros), *Derecho Jurisdiccional*, T.II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- *El beneficio de pobreza*, Barcelona, 1992.
  
- **GÓMEZ DEL CASTILLO:** *Posibilidad de apelación de sentencias dictadas en equidad (regla 2ª del art.12 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, en «Revista General de Derecho»*, 1974.
  
- **GÓMEZ ORBANEJA, E.:** (con Herce Quemada), *Derecho procesal Civil*, V.I, Madrid, 1979.
  
- **GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.:** (con GARBERÍ LLOBREGAT), *Apelación y casación en el proceso civil*, ed. Colex, Madrid, 1994.
  
- **GONZÁLEZ MONTES, J.L.:** *Distinción entre cosa juzgada y otros efectos de la sentencia*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. (efectos jurídicos del proceso)», 1995, XXV.
  
- **GONZÁLEZ POVEDA, P.:** *El derecho a los recursos en el proceso civil*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J (principios constitucionales)», XXII.
  
- **GUASP:** *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1948.
- *Derecho Procesal Civil*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.
- *La pretensión procesal*, en Estudios Jurídicos, ed. Civitas, Madrid, 1996.
  
- **GUERRA PALACIOS, M.:** *Cuestiones procesales surgidas en la apelación civil con motivo de la entrada en vigor de la Ley 10/1992, de 3 de abril, de Medidas Urgentes de reforma procesal*, en «Actualidad Civil», nº13, marzo-1996, págs.255 y ss..

- **GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C.:** *Las resoluciones interlocutorias en el proceso civil. Sistema de recursos*, ed. La Ley, Madrid, 1991.
- *Enciclopedia Jurídica Básica*, ed. Civitas, V.IV, 1995.
  
- **HERNÁNDEZ BAREA:** *Juicio verbal civil: segunda instancia*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. (derecho de la circulación)», págs.75 y ss..
  
- **IBÁÑEZ FROCHAM:** *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Buenos Aires, 1969.
  
- **JIMÉNEZ RODRÍGUEZ:** *Algunas notas sobre la supresión de la apelación en el proceso administrativo*, en «La Ley», 1993-II, págs.969 y ss..
  
- **LEGIDO LÓPEZ, E.:** *El objeto del proceso civil y los recursos: especial consideración de la apelación no escrita*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J.», 1996, XXIII.
  
- **LINARES PINEDA, J.L.:** “*Persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit*” (*apelación plena y apelación limitada en el proceso civil romano*), en Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Hernández-Tejero, págs.344 y ss..
  
- **LÓPEZ BORJA y RODRÍGUEZ RAMOS:** *La vista oral en los recursos. Criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su proyección sobre la regulación española*, en «La Ley», 1991-2, págs.1244 y ss..
  
- **MANRESA:** *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada con los formularios correspondientes a todos los juicios*, (Rives y Martí), ed. Reus.
  
- **MARTÍNEZ VAL, J.M<sup>a</sup>.**: *Reconvención y adhesión a la apelación*, en «Revista Jurídica de Catalunya», 1965, págs.109 y ss..

- **MARTÍN OSTOS:** *Diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Madrid, 1981.
  
- **MONTERO AROCA, J.:** (con otros), *Derecho Jurisdiccional*, T.II, ed. Bosch, 1991.
- (con otros), *Derecho Jurisdiccional*, T.II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- *El juicio verbal de tráfico (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- *Los medios de impugnación*, Ponencia presentada en las Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de LEC, Murcia, octubre 1997.
- *Ámbito devolutivo del recurso de apelación*, conferencia realizada en Barcelona el día 30 de septiembre de 1998, en el curso sobre “El Proceso Civil”, organizado por el C.G.P.J. y el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya.
- *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, en Estudios de Derecho Procesal, ed. Civitas, Madrid, 1994.
- *La prueba en el proceso civil*, en Tratados y Manuales, ed. Civitas, Madrid, 1996.
- (con otros), *La reforma de los procesos civiles (comentario a la Ley 10/1992 de Medidas urgentes de reforma procesal)*, en Estudios de Derecho Procesal, ed. Civitas, Madrid, 1992.
- *Intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil*, Barcelona, 1982.
- *La cosa juzgada: conceptos generales*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J.», 1995, págs.67 y ss..
  
- **MONTÓN REDONDO:** (con otros), *Derecho Jurisdiccional*, T.II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
  
- **MORENO CATENA:** (con otros), *Derecho Procesal Civil*, ed. Colex, 1996.
  
- **MORÓN PALOMINO, M.:** *Derecho Procesal Civil (cuestiones fundamentales)*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1993.

- *El proceso civil y la tutela de terceros*, en «Revista de Derecho Procesal», 1965, págs.161 y ss..
  
- **MUERZA ESPARZA**: (con otros), *La reforma de los procesos civiles (comentario a la Ley 10/1992 de Medidas urgentes de reforma procesal)*, en Estudios de Derecho Procesal, ed. Civitas, Madrid, 1992.
  
- **MUÑOZ JIMÉNEZ, F.J.**: *El litisconsorcio pasivo necesario*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. (excepciones procesales)», 1994.
  
- **MUÑOZ ROJAS, T.**: *La caducidad de la instancia*, Ediciones Rialp, Madrid, 1963.
- *Sobre la rebeldía y el recurso de audiencia al rebelde*, en «Revista de Derecho Procesal», 1981-2/3, págs.381 y ss..
  
- **MUÑOZ SABATE**: *Afán de recurrir*, en «Revista Jurídica de Catalunya», 1988-IV, págs.233 y ss..
  
- **NOGUERA ROIG, F. y AGUNDEZ FERNÁNDEZ, A.**: *El recurso de apelación civil*, en «Revista General de Derecho», 1962, págs.310, 406, 502, 614, 774 y 886 y ss..
  
- **OLIVA SANTOS, A. de la**: (con FERNÁNDEZ LÓPEZ), *Derecho Procesal Civil*, V.II, de. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- *Sobre la cosa juzgada*, en Pensamientos Jurídicos, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- *Límites temporales de la cosa juzgada civil*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J.», 1995, XXV.
- *Sobre el Derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch Casa editorial, Barcelona, 1990.
- *Sobre conceptos básicos del derecho procesal*, en «Revista de Derecho Procesal», 1976-1.
- *Sobre la congruencia de la sentencia civil*, en «La Ley», 1982-2, págs.890 y ss..

- **ORAÁ GONZÁLEZ, J.:** *La prueba en los juicios verbal y de cognición tras la reforma procesal de 1992*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J.», 1993, XXXIV.

- *El régimen probatorio en la segunda instancia del proceso civil ¿Para cuándo su reforma? (a propósito de la S.T.C. 1/1992, de 13 de enero)*, en «Poder Judicial», nº31, págs.259 y ss..

- **ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.:** *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 4 de diciembre de 1993. Proceso civil. Impugnación de la falta de competencia territorial. Litisconsorcio necesario entre los afectados por responsabilidad decenal*, en «Revista General de Derecho», 1995, julio-agosto, págs.8691 y ss.

- *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 29 de noviembre de 1993. Proceso civil. Informes técnicos preconstituídos y prueba pericial. Incongruencia de la sentencia de segunda instancia*, en «Revista General de Derecho», 1995, julio-agosto, págs.8721 y ss..

- *La intervención adhesiva litisconsorcial del art.8 del Anteproyecto de L.E.C.*, Comunicación presentada en las Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de L.E.C., Murcia, 1997.

- **ORTELLS RAMOS, M.:** (coordinador Cortés Domínguez), *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985.

- (con otros), *Derecho Jurisdiccional*, T.II, ed. Bosch, 1991.

- (con otros), *Derecho Jurisdiccional*, T.II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- *Para la reforma de la ejecución provisional en el proceso civil*, en «Justicia», 1991-II, págs.277 y ss..

- **ORTIZ NAVACERRADA, S.:** *Jurisprudencia procesal civil del Tribunal Supremo*, ed. Comares, Granada, 1992.

- **OTHMAR JAUERNIG:** *Zivilprozeßrecht. 24 Auflage*, Juristische Kurz-Lehrbücher, München, 1993.



- **PADURA BALLESTEROS:** *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita. Términos de comparación para discernir la congruencia*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998.
  
- **PELÁEZ, F.J.:** *La transacción. Su eficacia procesal*, ed. Bosch, Barcelona, 1987.
  
- **PÉREZ GORDO:** *La ejecución provisional en el proceso civil*, Barcelona, 1973.
  
- **PICÓ I JUNOY:** *El sistema de impugnación en el proceso civil declarativo*, en el nuevo proceso italiano, Documentación Jurídica, nº75, Madrid, 1992.
- *Las garantías constitucionales del proceso*, ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1996.
  
- **PLAZA, M. de la:** *Derecho Procesal Civil español*, V.I, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
  
- **POVEDA MORALES:** *Cuestiones nuevas en el recurso*, en «Revista de Derecho Procesal», 1957, págs.772 y ss..
  
- **PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ:** *Derecho Procesal Civil*, V.I, ed. Tecnos, Madrid, 1974.
- *Limitaciones de la apelación*, en Trabajos y orientaciones de Derecho procesal, ed. EDERSA, Madrid, 1964, págs.351 y ss..
- *Perfeccionamiento de la apelación*, en Trabajos y orientaciones de Derecho procesal, ed. EDERSA, Madrid, 1964, págs.483 y ss..
- *La labor de los Tribunales de apelación*, en Trabajos y orientaciones de Derecho procesal, ed. EDERSA, Madrid, 1964, págs.94 y ss..
- *Tratamiento de la resoluciones incorrectas e inadecuadas*, en Trabajos y orientaciones de Derecho procesal, Madrid, 1964.
- *Requisitos generales de admisibilidad de los recursos: el gravamen*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1941.

- *Legitimación para interponer los recursos*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1943.

-. **REMÓN PEÑALVER, J.:** *La reforma procesal civil: el sistema de recursos en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ponencia presentada en las Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de LEC, Murcia, octubre 1997. (También publicado en *La Ley*, 1998-2, págs.1917 y ss.).

-. **RAMOS MÉNDEZ, F.:** *Derecho Procesal Civil*, T.II, ed. Bosch, Barcelona, 1992.

- *Sucesión procesal*, Barcelona, 1974.

-. **REDENTI:** (traducción Sentís Melendo), *Derecho Procesal Civil*, T.II, Buenos Aires, 1957.

-. **REVILLA GONZÁLEZ, J.A.:** *La acción directa contra el asegurador en el proceso civil*, Madrid, 1996.

- *El juicio verbal por daños en la circulación de vehículos a motor. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

-. **RICHARD GONZÁLEZ, M.:** *La segunda instancia en el proceso civil*, ed. Cedecs, Barcelona, 1998.

- *El acceso a la segunda instancia en el Borrador de la LEC*, Comunicación presentada en las Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de LEC, Murcia, 1997.

- *La fundamentación del recurso de apelación en el Borrador de la LEC*, Comunicación presentada en las Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de LEC, Murcia, 1997.

-. **RIFA SOLER, FERNÁNDEZ LÓPEZ, VALLS GOMABAU:** *Derecho Procesal Práctico*, Madrid, 1995.

-. **ROBLES GARZÓN:** *Apelación y segunda instancia. Juicio de mayor cuantía*, Málaga, 1986.

- *El juicio verbal del automóvil*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J.», 1994, XXV.
  
- **RODRÍGUEZ LÓPEZ, R.**. *Los recursos y el derecho a la tutela judicial efectiva*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. (principios constitucionales en el proceso civil)», XXII, págs.469 y ss..
  
- **ROMERO**: *Congruencia entre lo solicitado y lo resuelto*, en «Revista de Derecho Procesal», 1945.
  
- **ROSENBERG, L.**: *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1955.
  
- **RUÍZ MORENO, J.M<sup>a</sup>.**: *Problemática que plantea la técnica de la admisión del recurso de apelación en un solo efecto. Efecto suspensivo y ejecución provisional de las resoluciones*, en «Revista General de Derecho», 1998, abril, págs.3521 y ss.
  
- **SALAS CARCELLER, A.**: *Algunas consideraciones sobre la vista pública en el recurso de apelación civil*, en «Poder Judicial», marzo-1992, n°25, págs.110 y ss..
- *Algunas consideraciones sobre la vista pública en el recurso de apelación civil*, en «Revista General de Derecho», 1991, n°567, págs.10151 y ss..
- *El recurso de apelación civil*, Comunicación presentada en las Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de LEC, Murcia, octubre 1997.
  
- **SALGADO CARRERO, C.**: *La tutela de los terceros en el proceso civil: la intervención procesal. La intervención adhesiva*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. (Jurisdicción, competencia y partes en el proceso civil)», 1996, XIII.
  
- **SAMANES ARA, C.**: *La tutela del rebelde en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1993.
- *Los actos procesales e comunicación y la declaración de rebeldía en el Proyecto de L.E.C.*, en «Tribunales de Justicia», n°2, febrero-1999, págs.93 y ss..

- **SATTA SALVATORE:** *Manual de Derecho Procesal Civil* (trad. Sentís Melendo y de la Rúa), Buenos Aires, 1971.
  
- **SENÉS MOTILLA, C.:** *Los recursos. La apelación y la segunda instancia*, Ponencia presentada en las Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de LEC, Murcia, octubre 1997.
  
- **SERRA DOMÍNGUEZ, M.:** *Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación*, en «Justicia», 1987-II, págs.289 y ss..
- *Intervención de terceros en el proceso*, en Estudios de Derecho Procesal, págs.249 y ss..
  
- **SERRANO HOYO, G.:** *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, ed. Comares, Granada, 1997.
  
- **SOLÉ RIERA, J.:** *El recurso de apelación civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- *Conocimiento pleno del Tribunal de apelación cuando se formulen pretensiones alternativas y se apele por una de ellas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1994, de 17 de enero*, en «Justicia», 1994-I, págs.213 y ss..
  
- **STEFAN LEIBLE:** *Proceso civil alemán*, ed. Biblioteca Jurídica Dike.
  
- **SUREDA, H.:** *El tercero procesal*, en «Revista de Derecho Procesal», 1946-3, págs.449 y ss..
  
- **TAPIA FERNÁNDEZ, I.:** *La reconvención. Límites. Jurisprudencia*, Valencia, 1994.
- *Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*, en «Revista General de Derecho», nº610-611, 1995, págs.8669 y ss..
- *Problemas procesales de la solidaridad. Las relaciones intraprocesales de los deudores solidarios demandados*, Ponencia presentada en el Curso “El proceso civil”,

organizado por el C.G.P.J. y el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya.

-. **TARUFFO, M.:** *Les alternatives a la resolució judicial dels conflictes*, en «JURIS», nº4, 1995, págs.33 y ss..

-. **TEMPLADO JORDAN y TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA:** *Problemática de la derogación del principio de colegialidad en la segunda instancia por la Ley 10/1992*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J.», 1993, XXII.

-. **URIARTE LÓPEZ, C.:** *Recurso de apelación y segunda instancia*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. (cuestiones de derecho procesal civil. Juicio de rebeldía. Terminación anormal del proceso. Recursos)», 1995, XXX, págs.39 y ss..

-. **VALLS GOMBAU (con FERNÁNDEZ LÓPEZ y RIFÁ SOLER):** *Derecho Procesal Práctico*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.

-. **VALLS GOMBAU:** *La ejecución provisional*, «Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J.», 1992, X.

-. **VARELA GÓMEZ:** *El derecho a los recursos en la doctrina del Tribunal Constitucional*, en «Justicia», 1991, págs.35 y ss..

-. **VERGE GRAU, J.:** *La rebeldía en el proceso civil*, BUSCAR.

-. **VILAMOR MONTORO, P.R.:** *La declaración sobre costas: norma general y supuestos especiales*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. (efectos jurídicos del proceso. Cosa juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas)», 1995, XXV, págs.325 y ss..

-. **WACH, A.:** *Manual de derecho procesal civil*, V.I, ed. Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1977.

-. ZANZUCCHI: *Nuove domande, nuove eccezione e nuove prove in appello*, Società Editrice Libreria, Milano, 1916.