

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

19430 *Sala Segunda. Sentencia 91/2010, de 15 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 3132-2006. Promovido por doña Amalia Cuesta Estébanez, Cruz Roja Española y Cáritas Española frente a las resoluciones dictadas por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona en proceso sobre edificación en suelo ajeno. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (incongruencia): Sentencia de apelación que, una vez revocada la de instancia estimatoria de la pretensión principal de las demandantes, no se pronuncia sobre una petición subsidiaria.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3132-2006, promovido por doña Amalia Cuesta Estébanez, Cruz Roja Española y Cáritas Española, representadas por el Procurador de los Tribunales don Francisco José Abajo Abril y asistido por el Abogado don César Buena Cuesta, contra la Sentencia de 20 de octubre de 2005 y el Auto de 2 de febrero de 2006, ambos de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta), recaídos en rollo de apelación núm. 121-2005 interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arenys de Mar, el 24 de septiembre de 2004, en procedimiento ordinario núm. 216-2002. Han intervenido la empresa Construcciones Alza, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don Saturnino Estévez Rodríguez y asistida por el Letrado don David Grau i Espuña, y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 21 de marzo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Francisco José Abajo Abril, en nombre y representación de doña Amalia Cuesta Estébanez, Cruz Roja Española y Cáritas Española, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Doña Amalia Cuesta Estébanez, Cruz Roja Española y Cáritas Española (estas dos últimas como sucesoras de doña María Luz López López) presentaron demanda de juicio ordinario contra la empresa Construcciones Alza, S.L., dando lugar a los autos 216-2002 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arenys de Mar. La demanda contenía una pretensión principal y una pretensión subsidiaria. Con carácter principal solicitaban que se les otorgara la finca, propiedad de la empresa demandada, donde las demandantes habían construido, a cambio de una indemnización de 987 y 758 euros. Con carácter subsidiario, pedían la condena a la empresa propietaria de los terrenos a comprar lo construido

por 88.950 y 85.850 euros. La demandada se opuso y formuló demanda reconvenional por la que solicitaba de forma principal la demolición de lo edificado y entrega de la finca y, de forma subsidiaria, la entrega de lo edificado gratuitamente.

Las demandantes contestaron a la reconvenional reiterando las dos pretensiones. Por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arenys de Mar, de 24 de septiembre de 2004, se estimó la demanda de las recurrentes, acogándose la pretensión principal, sin ningún pronunciamiento, ni directo ni indirecto, sobre la subsidiaria, y se desestimó la demanda reconvenional.

b) Con fecha 2 de diciembre de 2004 la empresa demandada interpuso recurso de apelación. En el suplico se solicitaba: «se estime íntegramente el presente recurso de apelación y se revoque la Sentencia de instancia dando lugar a los pedimentos aducidos por esta representación en su escrito de contestación a la demanda y a su demanda reconvenional y en su consecuencia desestime íntegramente la demanda principal». Las ahora recurrentes en amparo formularon oposición en la que solicitaban: «desestime el recurso interpuesto por la representación de la mercantil Construcciones Alza S.L. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arenys de Mar de fecha 24 de septiembre de 2004, y confirme íntegramente la misma y ello con expresa imposición en costas del presente recurso a la recurrente».

En el cuerpo del recurso de apelación constan las siguientes referencias a la pretensión subsidiaria. En el primer motivo de la apelación, relativo al error en la ley aplicada, se defiende que el caso no debe resolverse sobre la base de una Ley especial catalana, como hizo el Juzgado de Primera Instancia, sino sobre la base del art. 278 de la Compilació catalana. Esto tiene consecuencias en cuanto a las pretensiones de las demandantes pues la adquisición del suelo o la obligación de comprar lo edificado (las dos pretensiones de la demanda) es lo previsto en la Ley especial pero no en el art. 278 de la Compilació, que sólo prevé un derecho de retención. Así, se dice en el escrito de apelación: «Conforme al art. 278 de la Compilación la parte actora: a) ni puede solicitar la consolidación a su favor de lo edificado en suelo ajeno, b) ni puede solicitar el precio actual de construcción». En el cuarto motivo de la apelación, referido a la ilegalidad de lo construido, el recurrente dice: «Del mismo modo las acciones subsidiarias articuladas de adverso también se ven afectadas por la ilegalidad de sus construcciones. En este sentido ... hemos de insistir en que habida cuenta que la parte actora solicita como “acción subsidiaria” que Construcciones Alza, S.L. le compre sus dos construcciones ... es fundamental determinar si dichas viviendas son bienes de lícito comercio y por tanto susceptibles de ser adquiridas». En el escrito de oposición a la apelación las recurrentes se refieren a la pretensión subsidiaria al oponerse al motivo cuarto.

El procedimiento se siguió en la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta), rollo de apelación núm. 121-2005, que terminó por Sentencia de 20 de octubre de 2005, cuyo fallo establecía: «1. Estimamos en parte el recurso de apelación. 2. Desestimamos íntegramente la demanda, sin efectuar una especial imposición de las costas de primera instancia. 3. Mantenemos la desestimación de la demanda reconvenional, sin efectuar una especial imposición de las costas de primera instancia. 4. No nos pronunciamos sobre las costas del recurso». Interesa a este recurso de amparo el apartado segundo del fallo, por el que se desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial desestima íntegramente la demanda porque no estima la pretensión principal y no entra en la pretensión subsidiaria. Esta solución se fundamenta así: «De lo hasta aquí expuesto resulta que la pretensión principal de la demanda resulta inatendible, al no conferir la norma aplicable el derecho petitionado. Declarada la buena fe, el que ha edificado pierde la construcción pero tiene un derecho de retención hasta que el dueño del terreno le pague. La petición subsidiaria, consistente en que el demandado le compre las edificaciones por su valor actual, podría estimarse compatible con la estimación del derecho de retención, toda vez que, en definitiva perdería lo edificado a cambio de una indemnización ... Teniendo en cuenta que la causa de pedir fue haber edificado en suelo ajeno, la única cuestión que restaría por determinar con relación a la petición subsidiaria de la demanda principal, en el caso que se estimara compatible con el derecho de retención,

sería la relativa al importe de la indemnización. No obstante, en el supuesto enjuiciado debe precisarse que sólo el actor ha recurrido la sentencia dictada. Las actoras se han limitado a oponerse al recurso solicitando la confirmación de la sentencia apelada. De lo anterior resulta que si el Tribunal examinara la procedencia de la petición subsidiaria, en el supuesto de estimarse compatible con el derecho de retención, incidiría en incongruencia ... Corolario de lo expuesto es la estimación del primer motivo de recurso del demandado, es decir, el relativo al error en la determinación de la Ley aplicable, circunstancia que determina la íntegra desestimación de la demanda en cuanto se fundamenta en una Ley inaplicable a la cuestión debatida, quedando en consecuencia lamentablemente imprejuizada la cuestión relativa al derecho de retención previsto en el art. 278 de la Compilación, a fin de no incidir en el vicio de incongruencia y la prohibición de la *reformatio in peius*» (fundamento jurídico 5).

c) Con fecha 29 de noviembre de 2005 las recurrentes formularon incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia de la Audiencia Provincial por incongruencia omisiva habida cuenta que, una vez descartada la pretensión principal, la Audiencia no había entrado en la petición subsidiaria planteada en la demanda. Construcciones Alza, S.L., presentó oposición. Por Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta), de 2 de febrero de 2006, se desestimó el incidente.

3. El recurso de amparo se dirige formalmente contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta), de 20 de octubre de 2005 y contra el Auto de 2 de febrero de 2006. Este Auto desestima el incidente de nulidad de actuaciones y contra él se recurre en amparo por confirmar la vulneración de derechos que se atribuye a la Sentencia. Respecto a la Sentencia, las recurrentes fundamentan su demanda de amparo en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en la vertiente de derecho a una resolución judicial congruente. Este derecho se ha visto vulnerado, según las recurrentes, al haber dejado la Audiencia Provincial sin resolver la pretensión subsidiaria, pretensión que, según sostienen, había sido oportunamente deducida; lo cual defienden con dos líneas argumentales. La primera de estas líneas parte del hecho de que, según exponen, es incuestionable que, en la apelación, las partes pidieron un pronunciamiento sobre la petición subsidiaria de la demanda. En este sentido, señalan que, en el escrito de apelación, primero, la apelante argumentó extensamente en contra de la petición subsidiaria y, segundo, en el *petitum* solicitaba se desestimase «íntegramente la demanda principal»; petición, así formulada, cuya desestimación solicitaron las recurrentes en el escrito de oposición. También destacan que en la oposición a la demanda reconvenional, las recurrentes pedían que, de ser desestimada la pretensión principal, se entrara en la subsidiaria.

La segunda línea de argumentos se refiere a la fundamentación jurídica de la Sentencia de la Audiencia Provincial. Las recurrentes resaltan que la Audiencia les impone implícitamente la carga de recurrir en apelación una Sentencia que les era favorable cuando tal imposición es insostenible: no tiene base legal y, si se asume, la actuación procesal de la parte «puede ser considerada como una adhesión a la apelación generando indefensión a la contraparte, en tanto que no podría presentar oposición a la adhesión». A ello añaden que la Sentencia de primera instancia fallaba la estimación de la demanda y no la estimación de la pretensión principal y la desestimación de la subsidiaria por lo que la desestimación de la demanda reconvenional en apelación imponía entrar a resolver sobre la totalidad de la demanda.

En relación con la fundamentación jurídica de la Sentencia, las recurrentes formulan también otra queja; ésta en términos de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en la vertiente de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho. Discrepan con el argumento utilizado por la Audiencia en cuanto a que entrar a conocer de la pretensión subsidiaria diera lugar a una *reformatio in peius*, por cuanto, insisten, sí se pidió una respuesta sobre la pretensión subsidiaria. Además, que, como afirma la Audiencia, la falta de apelación o adhesión a la

apelación impida al tribunal entrar en la pretensión subsidiaria es irrazonable y un «error patente», pues se aparta de los arts. 448.1, 456.1 y 461.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), a cuyo tenor adecuaron las recurrentes su conducta procesal.

4. Por providencia de 29 de julio de 2008, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), en su redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, y disposición transitoria tercera de la referida Ley, conceder a la parte demandante de amparo y al Ministerio Fiscal, el plazo común de diez días para que formularan las alegaciones pertinentes en relación con lo dispuesto en el art. 50.1 LOTIC.

5. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 10 de septiembre de 2008 presentaron sus alegaciones las recurrentes, en el que básicamente reiteraban lo ya expuesto en el recurso de amparo.

6. El día 15 de octubre de 2008 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, interesando la admisión a trámite de la demanda de amparo por entender que, sin prejuzgar la posición del Fiscal, no carecía manifiestamente de contenido constitucional, art. 50.1 c) LOTIC.

7. Por providencia de 25 de noviembre de 2008, la Sala Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTIC, requerir a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta) para que en el plazo de diez días remitiera testimonio de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 121-2005, así como al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arenys de Mar para que en el plazo de diez días remitiera testimonio de las actuaciones correspondientes al procedimiento ordinario núm. 216-2002, debiendo previamente emplazarse, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el recurso de amparo, a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

8. Mediante escrito registrado el 14 de enero de 2009 el Procurador de los Tribunales don Saturnino Estévez Rodríguez, actuando en nombre y representación de Construcciones Alza, S.L., solicitó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

9. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda de 20 de mayo de 2009 se acordó tener por personado y parte a don Saturnino Estévez Rodríguez, actuando en nombre y representación de Construcciones Alza, S.L., y a tenor de lo dispuesto en el art. 52.1 LOTIC, dar vista de todas las actuaciones, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

10. La representación procesal de la demandante de amparo formuló sus alegaciones mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 12 de junio de 2009, en el que sustancialmente reproduce los argumentos ya expuestos en la demanda.

11. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 23 de junio de 2009 presentó sus alegaciones Construcciones Alza, S.L., en contra de la estimación del recurso de amparo. El escrito contiene tres alegaciones. La primera alegación denuncia el «carácter extemporáneo del recurso de amparo», por cuanto, según se sostiene, se formuló un improcedente incidente de nulidad de actuaciones cuando debió interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, toda vez que el asunto se había resuelto por aplicación del Derecho catalán y presentaba interés casacional; o, señala igualmente, un recurso extraordinario por infracción procesal. Esta denuncia se asocia al art. 44.1 LOTIC. La segunda alegación se centra en que la Sentencia recurrida no incurre en la vulneración de derechos fundamentales denunciada por cuanto la Audiencia motiva su no pronunciamiento sobre la pretensión subsidiaria, con cita de doctrina constitucional y en que lo que pretenden las recurrentes es una interpretación

errónea de la legalidad procesal civil. Por último, la tercera alegación se refiere a que la parte recurrente en amparo no argumenta el hipotético perjuicio causado habida cuenta de que la pretensión subsidiaria no iba a prosperar.

12. El día 24 de junio de 2009 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, interesando el otorgamiento del amparo por entender que la resolución recurrida ha vulnerado el derecho fundamental a la congruencia prevenido en el art. 24.1 CE. Dado que la Audiencia Provincial no se pronuncia sobre la petición subsidiaria conscientemente, el recurso de amparo se circunscribe a determinar, no ya la incongruencia, sino la fundamentación jurídica que sirve al órgano judicial para no pronunciarse. En este sentido, el Fiscal retiene el argumento central utilizado por la Audiencia: que la petición subsidiaria no le fue sometida a debate por las partes. Respecto a este argumento, el Fiscal se pregunta si era posible para el apelante argumentar en torno a una petición subsidiaria que no había sido objeto de pronunciamiento, ni directo ni indirecto, en la resolución apelada; respecto a los apelados, ahora recurrentes en amparo, afirma que en modo alguno podían recurrir la Sentencia que les fue favorable. Que la Audiencia supere argumentalmente los inconvenientes antes señalados por la consideración de la apelación como *novum iudicium* (lo que, según la Audiencia, permitía la introducción de la petición subsidiaria para el caso de que no prosperase la principal) es igualmente rebatido por el Ministerio Fiscal, para el que este planteamiento no tolera fácilmente una confrontación con la realidad: la natural defensa del apelante era dirigir sus argumentos contra la petición principal, que fue la asumida en la Sentencia recurrida, y la de los apelados defenderse desde su posición procesal de parte apelada. Frente a estos argumentos que sirven a la Audiencia para no entrar a resolver sobre la subsidiaria, el Fiscal destaca el hecho de que la propia Sentencia reconoce que, por mor del juego procesal de la apelación, se deja imprejuizado algo esencial. Al fin, para el Ministerio Fiscal la clave está en el equilibrio entre, por un lado, lo que debe exigirse a los apelantes y apelados, especialmente a éstos, que no introdujeron la petición subsidiaria en la apelación, vistas las dificultades procesales para hacerlo, y, por otro lado, las posibilidades que tenía el órgano judicial para, constatadas estas circunstancias, posibilitar otra solución (haber abierto un turno de debate al respecto o remitir el pleito a la instancia para que se pronunciara sobre la petición subsidiaria, señala el Fiscal). En suma, el Fiscal entiende que en la Sentencia de la Audiencia Provincial «late una posible situación de indefensión de los demandantes de amparo matizada por su posible, pero discutible negligencia».

Con este planteamiento y a la luz de la doctrina constitucional el Fiscal concluye la vulneración del derecho fundamental a una resolución judicial congruente (art. 24.1 CE). En este sentido, asumida la apelación como un *novum iudicium*, en opinión del Fiscal el órgano judicial no puede quedar atado por la petición de la parte apelante, decididamente parcial, porque no puede propiciar que extraiga del debate, en fraude procesal o por olvido, «peticiones que no pueden soslayarse y que subyacen en el fallo de instancia», y porque, precisamente por ser un *novum iudicium*, la petición de la apelación no puede quedar reducida a la literalidad del fallo de instancia sino que recobra toda su extensión la pretensión inicialmente deducida. El Fiscal descarta que así se genere una situación de indefensión para las partes: bien porque el debate procesal sobre la subsidiaria se siguió en la instancia, bien porque el órgano judicial puede habilitar un momento procesal para sustanciar tal debate. En este escenario, sigue el Fiscal, la actuación de las apeladas no puede calificarse de negligente: no pueden apelar ni adherirse a la apelación, y su oposición han de hacerla frente a la argumentación del apelante, que no incluye la petición subsidiaria. Ciertamente pudieron haber previsto lo que ocurrió y, por prudencia, interesar la estimación de la subsidiaria, y no lo hicieron. Pero el comportamiento procesal de las apeladas no puede ser determinante cuando, primero, corrió simétrico al del apelante, que es el que diseña los términos del debate en la apelación y el que deliberadamente excluyó la petición subsidiaria de ese debate, y cuando, segundo, se asume el carácter de *novum iudicium* de la apelación.

13. Por providencia de 11 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 15 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Como ha quedado expuesto con mayor detalle en los antecedentes de esta resolución, el presente proceso constitucional trae causa en el procedimiento núm. 216-2002, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arenys de Mar. El procedimiento enfrentaba a doña Amalia Cuesta Estébanez y doña María Luz López López, sucedida por Cruz Roja Española y Cáritas Española, contra la empresa Construcciones Alza, S.L. La demanda contenía una pretensión principal y una pretensión subsidiaria. Con carácter principal solicitaban se les otorgara la finca, propiedad de la empresa demandada, donde las demandantes habían construido, a cambio de una indemnización. Con carácter subsidiario, pedían la condena a la empresa propietaria de los terrenos a comprar lo construido. La demandada se opuso y formuló demanda reconvenional. Las demandantes contestaron a la reconvenional reiterando las dos pretensiones. Por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arenys de Mar, de 24 de septiembre de 2004, se estimó la demanda de las recurrentes, acogiéndose la pretensión principal, y se desestimó la demanda reconvenional.

La empresa demandada interpuso recurso de apelación que se siguió ante la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta), rollo de apelación núm. 121/05. La apelante dirigió el recurso contra el fallo literal de la Sentencia de instancia, esto es, la estimación de la demanda, en cuanto estimación de la pretensión principal, y la desestimación de la demanda reconvenional. Las recurrentes en amparo formularon oposición a la apelación siguiendo esos términos. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta), de 20 de octubre de 2005, estimó parcialmente el recurso de apelación: mantuvo la desestimación de la demanda reconvenional pero revocó la Sentencia de instancia en cuanto a la estimación de la demanda rectora del proceso. La Audiencia desestimó la demanda por considerar inatendible la pretensión principal y no entró en la pretensión subsidiaria al entender que había quedado al margen del debate procesal en la apelación. Por esta causa, las recurrentes denunciaron incongruencia omisiva mediante incidente de nulidad de actuaciones, que fue desestimado por Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta), de 2 de febrero de 2006.

2. Se recurre en amparo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta), de 20 de octubre de 2005, como causante de la vulneración ahora denunciada, y contra el Auto de 2 de febrero de 2006, que no la enmienda. Las recurrentes sostienen que se ha producido una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en la vertiente de derecho a una resolución judicial no viciada de incongruencia por cuanto, al no pronunciarse la Audiencia Provincial sobre la pretensión subsidiaria, incurrió en incongruencia omisiva. Lo que mantienen con dos argumentos: que la pretensión subsidiaria sí fue introducida en la apelación y que la motivación con que la Audiencia justifica su ausencia de pronunciamiento sobre la pretensión subsidiaria es insostenible a la luz de la legislación procesal. Los mismos argumentos sirven para denunciar la citada incongruencia omisiva también en términos de vulneración del derecho fundamental a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho.

El Fiscal considera que se ha producido la vulneración denunciada e interesa la estimación del amparo. A esta conclusión llega tras analizar la actuación procesal de las recurrentes, pero a la luz de las opciones procesales de que disponían, y sopesarla frente a la solución acogida por el órgano judicial (no entrar en la pretensión subsidiaria conscientemente) vista en el contexto de las demás soluciones a su alcance. Finalmente, la contraparte en el procedimiento sostiene que el recurso incurre en óbice procesal, defiende la Sentencia de la Audiencia Provincial y afirma que, en todo caso, la pretensión subsidiaria no habría prosperado.

3. Antes de entrar en la queja de las recurrentes hay que resolver sobre el óbice procesal que la contraparte articula en sus alegaciones. Según la misma, las recurrentes en amparo formularon un incidente de nulidad de actuaciones que era improcedente por cuanto la Sentencia de la Audiencia Provincial acusada de incongruencia debió ser objeto de recurso extraordinario. En concreto, el escrito denuncia la ausencia de recurso de casación por interés casacional ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y hace alusión igualmente al recurso extraordinario por infracción procesal. Aunque el escrito rubrica esta alegación como extemporaneidad es inmediato que lo que discute no es la entrada en plazo del recurso de amparo, ya por extemporaneidad simple, ya por prolongación artificial de la vía judicial, sino el agotamiento de la vía judicial. La cuestión, por tanto, se circunscribe a la idoneidad o no del incidente de nulidad de actuaciones en el caso para dar por agotada la vía judicial a efectos del recurso de amparo, pues, en lo atinente a la invocación de los recursos extraordinarios, debe recordarse que no basta con alegar la ausencia de un recurso, sino que es necesario argumentar sobre su pertinencia y utilidad.

La exigencia de agotamiento de la vía judicial previa recogida en el art. 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional responde a la finalidad de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca *per saltum*, es decir, sin brindar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional (STC 85/1999, de 10 de mayo, FJ 5). Pues bien, la Audiencia Provincial, que no hizo a la parte ofrecimiento de acciones, admitió el incidente y entró en el fondo, esto es, en la lesión ahora invocada como fundamento del recurso de amparo, resolviendo con desestimación de la nulidad pretendida. En consecuencia, no concurre el óbice procesal denunciado pues el incidente de nulidad de actuaciones dio oportunidad al órgano judicial de remediar la vulneración objeto de este proceso.

4. Entrando en el fondo del asunto, el presente recurso de amparo gira en torno a una denuncia por incongruencia omisiva: tanto por la falta de pronunciamiento del órgano judicial, como por la motivación con que sustenta esta solución. En la base del caso se encuentra una situación procesal concreta: obtenida Sentencia favorable en la instancia, se revoca la misma con ocasión del recurso de la contraparte, sin pronunciamiento sobre una petición subsidiaria de la demanda rectora del proceso. Dentro de este contexto, el caso de autos se caracteriza por el hecho de que la Audiencia Provincial no da respuesta a la subsidiaria intencionadamente (esto distingue este supuesto de aquellos otros en que la denuncia de incongruencia omisiva se resuelve mediante el esclarecimiento de si existe o no una respuesta tácita a la pretensión), lo que obliga a evaluar la suficiencia de la motivación con que se justifica el no pronunciamiento del órgano judicial.

A lo anterior hay que añadir que las partes no formularon expresamente la pretensión subsidiaria en la apelación. En sus alegaciones las recurrentes afirman que sí lo hicieron, pero sus propios argumentos se orientan a sostener que la pretensión subsidiaria debió entenderse implícita. Es decir, no hay error fáctico en la resolución de la Audiencia Provincial sino la decisión motivada de no atender una petición no formulada expresamente en apelación.

Sobre esta situación procesal concreta, esto es, obtenida Sentencia favorable en la instancia, se revoca la misma con ocasión del recurso de la contraparte, sin pronunciamiento sobre una petición subsidiaria de la demanda rectora del proceso, y concurriendo los datos antes señalados, es decir, ausencia intencionada de respuesta y pretensión no trasladada expresamente al recurso.

5. En relación con el vicio de incongruencia este Tribunal ha dicho que, «entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia

procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum*. Cifrándonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi*, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*; y, en relación con la incongruencia *extra petita* hemos dicho que «el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia *extra petitem* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Más concretamente, desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales» (por todas STC 264/2005, de 24 de octubre, FJ 2; STC 40/2006, de 13 de febrero, FJ 2, y STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2).

Respecto a la *reformatio in peius* «hemos de recordar que desde las primeras resoluciones de este Tribunal hemos afirmado que la interdicción de la *reformatio in peius*, aunque no esté expresamente enunciada en el art. 24 CE, tiene una dimensión constitucional, pues representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; 116/1988, de 20 de junio, FJ 2; 56/1999, de 12 de abril, FJ 2; 16/2000, de 31 de enero, FJ 5; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3; 249/2005, de 15 de noviembre, FJ 5). Es, además, una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial *ad quem* exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000, de 31 de enero, FJ 4). Así pues, «la reforma peyorativa sólo adquiere relevancia constitucional en tanto se manifiesta como forma de incongruencia determinante de una situación de indefensión (entre otras, SSTC 15/1987, de 11 de febrero, FJ 3; o 241/2000, de 16 de octubre, FJ 3)» (STC 204/2007, de 24 de septiembre, FJ 3).

6. Junto a la doctrina constitucional relativa a la incongruencia y a la *reformatio in peius*, el caso de autos exige recordar que, en lo atinente a la motivación de las resoluciones judiciales, «no podría considerarse fundada en Derecho y, por tanto, satisfacer aquel contenido primario del derecho fundamental, la respuesta jurisdiccional que sea fruto de un error de hecho patente, de la simple arbitrariedad, o se muestre manifiestamente irrazonada o irrazonable, dado que en estos casos la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia de ejercicio de la justicia» (SSTC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6).

A ello debe añadirse que, en relación con la concreta cuestión que plantea el caso de autos, este Tribunal ha desarrollado el criterio de la pretensión implícita asociado al derecho

a una resolución judicial motivada: «Queda analizar una vertiente más del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Para considerar ese particular en casos como el de autos serán determinantes una serie de elementos. Por un lado, el tenor del escrito de la parte recurrente... Por otro, la verificación de los términos del escrito de impugnación de la parte recurrida, control en el que no podrán eludirse las auténticas posibilidades de respuesta con las que cuenta el impugnante y cómo le constriñe en ese trámite la articulación legal del recurso, en concreto si puede realmente introducir peticiones distintas a su inadmisión o desestimación (STC 227/2002, de 9 de diciembre). En tercer lugar, en relación con lo anterior y sin olvidar, por tanto, cuáles son los márgenes de actuación procesal del recurrido, cómo defendió la corrección de la Sentencia de instancia, si aludió o mantuvo de algún modo su petición subsidiaria, o si, por el contrario, su escrito de impugnación no hizo ninguna referencia a la misma... Sería igualmente relevante la influencia del principio “quien pide lo más, pide lo menos” (ATC 514/1988, de 9 de mayo), o, en fin, en este concreto asunto, discernir qué significaba que el suplico del escrito de impugnación solicitara expresamente la desestimación del recurso y la confirmación de la Sentencia de instancia en todas sus partes» (STC 218/2003, de 15 de diciembre, FJ 7).

En suma, tanto la doctrina constitucional relativa al derecho fundamental a una resolución judicial no viciada de incongruencia, como la atinente al derecho fundamental a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho, conducen a analizar la motivación con la que el órgano judicial justifica el silencio sobre la pretensión subsidiaria.

7. Trasladada la precitada doctrina al caso y, con la perspectiva de la denuncia de incongruencia omisiva, este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en un supuesto similar al de autos (la pretensión alternativa formulada en la demanda tampoco se trasladó expresamente a la apelación), planteado igualmente en el curso de una apelación civil, y estableció que «la falta de pronunciamiento del Tribunal se produce a pesar de que la desestimación de la pretensión le imponía de manera inexcusable el deber constitucional de resolver la pretensión alternativa de pensión que la demanda 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» (STC 4/1994, de 17 de enero, FJ 4).

Este Tribunal ha admitido que hay un vicio de incongruencia cuando, pese a la falta de reiteración de la petición subsidiaria en los sucesivos grados jurisdiccionales, la configuración legal del recurso de que se trate obliga a dar respuesta a todas las cuestiones controvertidas que fueran objeto del litigio (como ocurría en el supuesto resuelto por la STC 53/1991, de 11 de marzo, en relación con la casación por infracción de ley). A ello hay que añadir que las propias Sentencias que no aprecian incongruencia reconocen, sin embargo, la vulneración del art. 24.1 CE en la vertiente de motivación cuando el silencio sobre la segunda pretensión provoca resultados irregulares o paradójicos (STC 200/1987, de 16 de diciembre, FJ 3, y STC 227/2002, de 9 de diciembre, FJ 3), o cuando es posible interpretar que la pretensión estaba implícita (STC 218/2003, de 15 de diciembre).

8. La segunda perspectiva, la de la motivación con que el órgano judicial rechaza entrar en la pretensión subsidiaria, permite un análisis más incisivo del asunto. Y es que, como señala el Ministerio Fiscal, en el caso no se cuestiona tanto el silencio del órgano judicial como la motivación con que se sostiene el silencio. Debe recordarse la fundamentación jurídica de la Sentencia de la Audiencia Provincial: «En el supuesto enjuiciado debe precisarse que sólo el actor ha recurrido la sentencia dictada. Las actoras se han limitado a oponerse al recurso solicitando la confirmación de la sentencia apelada. De lo anterior resulta que si el Tribunal examinara la procedencia de la petición subsidiaria, en el supuesto de estimarse compatible con el derecho de retención, incidiría en incongruencia ... quedando en consecuencia lamentablemente imprejuizada la

cuestión relativa al derecho de retención previsto en el art. 278 de la Compilación, a fin de no incidir en el vicio de incongruencia y la prohibición de la *reformatio in peius*» (fundamento jurídico 5).

La motivación de la Audiencia no es arbitraria ni incurre en error patente (ha de descartarse *a limine* la denuncia de error patente con relevancia constitucional que hacen las recurrentes, pues lo que denuncian es un error de Derecho: la, en su opinión, incorrecta aplicación de la legalidad procesal) pero sí requiere un examen en términos de razonabilidad. El órgano judicial no entra en la pretensión subsidiaria a fin de no incidir en incongruencia *extra petita* y en *reformatio in peius*, y vincula este argumento al comportamiento procesal llevado a cabo por la parte. Este planteamiento coloca a las recurrentes en una situación de indefensión porque, no sólo dicho comportamiento se ajustó a la legalidad procesal, sino que no es evidente cuál debió ser el comportamiento procesal de la parte, ni la Audiencia lo señala claramente. En efecto, el razonamiento de la Audiencia indica que ha sido la actuación de las recurrentes la que ha frustrado su pretensión. Pero dicho comportamiento procesal responde a lo dispuesto en la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) para el recurso de apelación civil: que sólo el demandado apelara en el proceso *a quo* y la otra parte se limitara a oponerse es coherente con lo que prescribe la Ley, pues sólo el perjudicado por la Sentencia puede recurrir (arts. 448.1 y 456.1 LEC) y, en el caso de autos, la ausencia de perjuicio a las recurrentes en la Sentencia de primera instancia es indiscutible (debe recordarse que se estimaba la pretensión planteada como principal, y sin ningún pronunciamiento, ni directo ni indirecto, sobre la subsidiaria; a diferencia de lo que ocurría en el supuesto resuelto por la STC 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 5). Como la apelación, la adhesión a la apelación, cuya denominación actual de «impugnación» es significativa, también requiere el perjuicio en la instancia (art. 461.1 LEC). El Tribunal ya se ha pronunciado sobre esta cuestión cuando en la STC 103/2005, de 9 de mayo, estimó el amparo ante el silencio del órgano judicial, que no entró en la pretensión subsidiaria habida cuenta del comportamiento procesal del recurrente, en el caso, la falta de adhesión a la apelación, cuando el art. 85.4 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa exige a tal efecto el perjuicio en la instancia. De esta suerte, hemos afirmado que «al no concurrir los requisitos legales para adherirse a la apelación –la Sentencia apelada no le resultaba perjudicial–, no pronunciarse sobre la cuestión solicitada en virtud del referido argumento resulta irrazonable» (STC 103/2005, de 9 de mayo, FJ 5).

La LEC no prescribe una actuación determinada para que la parte satisfecha en la instancia incorpore la pretensión subsidiaria de forma expresa en la apelación, de modo que, en caso de estimación del recurso, se asegure un pronunciamiento también sobre esa pretensión. Esta realidad corresponde al plano de la legalidad ordinaria y por lo tanto debe resolverse por la jurisdicción. Pero una motivación constitucionalmente válida no puede utilizarlo para concluir en una situación como la que resulta en este caso, en la que una parte queda inerte entre lo dispuesto en la LEC, a cuyo dictado acomodó su comportamiento procesal, y la formalmente correcta motivación de la Audiencia, que pune ese comportamiento. La Sentencia señala que las recurrentes formularon escrito de oposición y se limitaron a solicitar la confirmación de la Sentencia apelada. Ciertamente podían haber desplegado una exquisita diligencia y reproducido de forma expresa la pretensión subsidiaria. Pero, habida cuenta de que no existe tal obligación y que la oposición se ajustó a los términos en que el apelante delimitó el ámbito del efecto devolutivo, resulta desproporcionado calificar esta falta de mayor diligencia como negligencia (ya hemos dicho que no se puede imponer a quien obtuvo Sentencia favorable a sus pretensiones la «carga desproporcionada» de recurrir, STC 227/2002, de 9 de diciembre, FJ 4, y STC 196/2003, de 27 de octubre, FJ 8), o, más aún, como manifestación de que aquel extremo ha sido consentido (STC 103/2005, de 9 de mayo, FJ 4), y validar con ello la ausencia de respuesta sobre la pretensión. En este contexto, como señala el Ministerio Fiscal, debe ponderarse la exigencia del órgano judicial respecto de la conducta procesal de las recurrentes frente a la actuación del propio órgano judicial que, consciente de dejar «lamentablemente» imprejuizada la pretensión, no desplegó actividad alguna para procurar otra solución que garantizara los derechos fundamentales de las partes.

9. Siguiendo con el análisis de la motivación en términos de razonabilidad, y a la luz de la doctrina constitucional precitada, se impone otra consideración. El órgano judicial no entra en la pretensión subsidiaria a fin de no incidir en incongruencia *extra petita* y en *reformatio in peius*. Pero lo que descalificaría constitucionalmente el pronunciamiento del órgano judicial no es el pronunciamiento en sí sino el hecho de que provocara una vulneración del principio de contradicción y con ello, una indefensión material (STC 41/2007, de 26 de febrero, FJ 8). Afirmar de forma axiomática que no se conoce de la pretensión a fin de no incidir en incongruencia *extra petita* y *reformatio in peius*, permite indebidamente a la Sentencia omitir cualquier razonamiento sobre lo relevante a efectos constitucionales, esto es, si debatir en la apelación la pretensión subsidiaria provoca efectivamente, no potencialmente, en el caso concreto, una privación o minoración sustancial del derecho de defensa y un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes en el proceso (lo que sí se constató en la STC 196/1999, de 25 de octubre, FJ 4).

Además, al afirmar categóricamente que un pronunciamiento sobre la pretensión no trasladada expresamente a la apelación genera de forma evidente incongruencia *extra petita* y *reformatio in peius* se obvia la doctrina constitucional que admite la pretensión implícita. Como se ha señalado en relación con la incongruencia *extra petita*, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia *extra petita* cuando el juez o tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. En este sentido, se ha entendido que la pretensión ha sobrevivido en la apelación de forma implícita, si los perfiles del debate procesal fueron «trasladados más o menos confusamente pero de manera suficientemente apreciable a la fase impugnatoria». Precisamente la pretensión implícita es lo que determina la estimación del amparo en la STC 218/2003, de 15 de diciembre, en un supuesto similar al de autos, que, además, se desenvuelve en el seno de un recurso de suplicación.

En el caso de autos se observa que, bien que con distintas condiciones, la pretensión subsidiaria de las demandantes en la demanda principal, y la pretensión subsidiaria de la reconviniendo en la demanda reconvencional, eran similares: las demandantes solicitaban la condena a la empresa propietaria de los terrenos a comprar lo construido por una cantidad, mientras que la empresa propietaria de los terrenos solicitaba la entrega de lo construido gratuitamente. Esta relación entre las pretensiones de las dos partes hace destacar la ausencia de motivación en lo que interesa constitucionalmente, esto es, si el pronunciamiento sobre la pretensión inatendida vulneraría el principio de contradicción y causaría un perjuicio al apelante por un fallo sorpresivo.

A lo anterior se han de sumar las referencias a la pretensión subsidiaria en los escritos de la apelación. Más allá de que la pretensión que se traslada a la apelación es la desestimación «íntegra» de la demanda, conforme a la doctrina constitucional precitada, interesan los términos en que las partes sustanciaron sus escritos en la apelación. En este sentido, ha de recordarse que, como ha quedado expuesto en los antecedentes, en el escrito de apelación, primer motivo, el recurrente sostiene que el caso no debe resolverse sobre la base de una Ley especial catalana sino sobre la base del art. 278 de la Compilació, que para este caso sólo prevé un derecho de retención, por lo que, dice textualmente: «Conforme al art. 278 de la Compilación la parte actora: a) ni puede solicitar la consolidación a su favor de lo edificado en suelo ajeno, b) ni puede solicitar el precio actual de construcción», esto es, se refiere a la pretensión principal [apartado a)] y la pretensión subsidiaria [apartado b)]. En el escrito de apelación, cuarto motivo, el recurrente sostiene la ilegalidad de lo construido y dice textualmente: «Del mismo modo las acciones subsidiarias articuladas de adverso también se ven afectadas por la ilegalidad de sus construcciones. En este sentido ... hemos de insistir en que habida cuenta que la parte actora solicita como “acción subsidiaria” que Construcciones Alza, S.L. le compre sus dos

construcciones ... es fundamental determinar si dichas viviendas son bienes de lícito comercio y por tanto susceptibles de ser adquiridas». Al fin, en el escrito de oposición a la apelación las demandantes de amparo se refieren a la pretensión subsidiaria al oponerse al motivo cuarto para discutir el motivo de la contraparte.

En síntesis, afirmar categóricamente que, de pronunciarse sobre la pretensión subsidiaria se incidiría en incongruencia *extra petita* y *reformatio in peius*, sin exteriorizar razonamiento alguno que permita conocer que efectivamente el órgano ha constatado la vulneración del principio de contradicción y la concurrencia en el caso de indefensión material es una argumentación irrazonable. Abunda en esta calificación el hecho de que, existiendo referencias a la pretensión subsidiaria en la apelación, tampoco se exteriorice razonamiento alguno que permita conocer que el órgano ha descartado que la pretensión estuviera implícita.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña Amalia Cuesta Estébanez, Cruz Roja Española y Cáritas Española y, en su virtud:

1.º Declarar vulnerado el derecho de las recurrentes en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerlas en su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de 20 de octubre de 2005, así como el Auto de 2 de febrero de 2006, ambos de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta), recaídos en rollo de apelación núm. 121-2005, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de la primera de las resoluciones citadas, a fin de que se dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de noviembre de dos mil diez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.