

8.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE ENERO DE 2010

Recurso de apelación. Imposibilidad de ampliar el objeto del recurso por parte del apelante principal en el trámite de alegación posterior a la impugnación realizada por la parte apelada

Comentario a cargo de:
JOSÉ MANUEL CHOZAS ALONSO
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 2010

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Asunto: El artículo 461.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula el traslado del escrito de interposición del recuso de apelación a la parte recurrida, y la posibilidad de que ésta, a su vez, pueda impugnar la sentencia, en los siguientes términos: «*del escrito de interposición del recurso de apelación, el Secretario Judicial 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*». Por su parte, el apartado cuarto de este mismo precepto prescribe que «*de los escritos de impugnación a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo, el Secretario judicial dará traslado al apelante principal, para que en el plazo de diez días manifieste lo que tenga por conveniente sobre la admisibilidad de la impugnación y, en su caso, sobre los documentos aportados y pruebas propuestas por el apelado*».

La polémica gira en torno a si el apelante inicial, una vez que la parte apelada no sólo se ha opuesto a la apelación sino que, además, ha impugnado también la sentencia, puede ampliar el objeto de la apelación originaria introduciendo nuevas peticiones en el trámite de alegaciones previsto en el art. 461.4 LEC. El Tribunal Supremo considera que una vez interpuesto el recurso de apelación

principal *precluye* la posibilidad de introducir posteriormente nuevas pretensiones; de lo contrario se estaría admitiendo la posibilidad de dos apelaciones formuladas por la misma parte respecto de una misma sentencia, rompiendo el principio de integridad del recurso. Llama la atención que, sobre esta misma cuestión, la propia Sala 1ª del TS se había pronunciado unos días antes en sentido contrario (STS n° 865/2009, 13-01-2010).

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010

Recurso de apelación. Imposibilidad de ampliar el objeto del recurso por parte del apelante principal en el trámite de alegación posterior a la impugnación realizada por la parte apelada

JOSÉ MANUEL CHOZAS ALONSO
*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid*

Resumen de los hechos

D. Juan Pedro, conductor de un automóvil, colisionó con la motocicleta conducida por D. Víctor Manuel. A consecuencia del accidente de tráfico, los dos conductores sufrieron importantes lesiones corporales, así como daños materiales en sus respectivos vehículos. Ambos conductores, bajo la misma representación procesal, interpusieron una demanda frente a sus dos compañías aseguradoras, Euromutua y Axa Aurora, reclamándoles la oportuna reparación de los daños materiales y una indemnización por las lesiones. En concreto, los codemandantes solicitaron que se condenara a ambas entidades, según procediera, a indemnizar a D. Juan Pedro y a D. Víctor Manuel, por las cantidades de, respectivamente, 155.048,13 y 65.190,85 euros, más los gastos médicos y hospitalarios que fueran necesarios para cubrir sendas intervenciones quirúrgicas y las posteriores rehabilitaciones a que debían someterse ambos sujetos.

La compañía Euromutua contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y solicitó que se desestimara íntegramente la demanda; aunque, como petición eventual (subsidiaria), solicitó que se le condenara únicamente al pago de la indemnización que correspondiera a los gastos, lesiones y secuelas realmente acreditadas durante el procedimiento. Por su parte, Aurora Polar, bajo su propia y autónoma dirección técnica y representación procesal, solicitó que se le absolviera íntegramente, con imposición de costas a la parte actora.

El Juzgado de Primera Instancia de Málaga, en la parte dispositiva de la sentencia, estableció lo siguiente: “Que estimando parcialmente la demanda

presentada por D. Juan Pedro y D. Víctor Manuel debo condenar y condeno a Euromutua a que abone a D. Víctor Manuel, la cantidad de 8.677,68 euros, más los intereses legales correspondientes, señalados en el art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro, absolviendo a dicha entidad demandada de los demás pedimentos de la demanda y absolviendo a su vez a la parte demandada Axa Aurora de todos los pedimentos de aquella”. En el fallo no se hizo declaración expresa sobre las costas, salvo las relativas a la intervención de la entidad Axa Aurora, las cuales debían ser abonadas por la parte demandante.

Frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Málaga, primero preparó y, después, interpuso recurso de apelación la representación de D. Juan Pedro y D. Víctor. Por su parte, la entidad Euromutua, que en un principio no había recurrido la sentencia de primera instancia, en el trámite de oposición al recurso (art. 461.1 LEC), a su vez impugnó la sentencia y solicitó una reducción del tiempo que debía, a su juicio, computarse para fijar los intereses. Una vez que se dio traslado de este último escrito de impugnación de la parte apelada a la parte apelante principal (art. 461.4 LEC), la representación de D. Juan Pedro y D. Víctor Manuel solicitó, como nueva pretensión (ya que no se había planteado ni en el acto de preparación del recurso, ni en el de interposición), que se aplicara correctamente el baremo a uno de los tramos indemnizatorios.

La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia en la que desestimó íntegramente el recurso de apelación interpuesto por D. Juan Pedro y D. Víctor Manuel, y estimó parcialmente el recurso de Euromutua, ya que accedió a limitar el plazo de cómputo de los intereses indemnizatorios. Sin embargo, la Audiencia no entró a analizar de la alegación de la parte apelante principal sobre la incorrecta aplicación del baremo, por considerarla extemporánea (se había planteado en trámite de contestación a la impugnación de la sentencia por la contraparte).

Contra la sentencia de apelación D. Juan Pedro y D. Víctor Manuel interpusieron un recurso conjunto por infracción procesal y casación, invocando múltiples motivos de oposición entre los que se encontraba, especialmente, que la sentencia de segunda instancia no había analizado la incorrección en la aplicación del baremo so pretexto de que dicha alegación se había realizado en el trámite de impugnación del recurso de la parte contraria, con la consiguiente vulneración del art. 461. 4 LEC.

COMENTARIO

Sumario: 1. Alcance de la sentencia. 2. Delimitación del objeto del recurso de apelación: escritos de *preparación* e *interposición* del recurso y, en su caso, *impugnación* sobrevenida de la sentencia. 3. La *impugnación* sobrevenida de la sentencia (art. 461. 1 y 2 LEC). 3.1. Naturaleza jurídica (no es una “adhesión” a

la apelación); 3.2. Contenido; 3.3. Efectos; 3.4. Procedimiento. **4. Sala 1ª versus Sala 1ª: dos sentencias contradictorias.** **5.- Dos “pilares” para interpretar el art. 461.4 LEC:** 5.1. El principio de igualdad de partes; 5.2. La preclusión de los actos procesales. **6. Conclusión.** **7. Bibliografía**

1. Alcance de la sentencia

La sentencia objeto del presente comentario viene a “neutralizar” la doctrina que la misma Sala 1ª había establecido, sobre la misma problemática, tan sólo unos días antes. En efecto, en el Fto. Jdco. 3º de la STS nº 865/2009, 13-01-2010, referido a la impugnación de una sentencia de primera instancia por una parte que no ha recurrido en apelación (art. 461, 1 y 2 LEC), se había admitido la posibilidad de que el apelante principal, en el trámite de contestación previsto en el apartado cuarto del mencionado art. 461, pudiera añadir nuevos argumentos impugnatorios, siempre que alguna parte, no apelada inicialmente, hubiera impugnado la sentencia en el trámite de oposición al recurso de apelación (antigua “adhesión” a la apelación). Este pronunciamiento, sin embargo, no fue compartido por dos Magistrados de la Sala 1ª, los cuales habían manifestado su contrario parecer a través del correspondiente voto particular, emitido al amparo de lo previsto en los arts. 260 LOPJ y 205 LEC.

Por el contrario, el Pleno de la Sala 1ª del TS, en la sentencia que comentamos (STS nº 869/2009, 18-01-2010), cuyo ponente fue uno de los Magistrados discrepantes con el fallo emitido unos días antes, vino a establecer el criterio contrario; es decir, que una vez interpuesto el recurso de apelación principal *precluye* la posibilidad de introducir posteriormente nuevas pretensiones contra las partes que no fueron inicialmente apeladas.

Ciertamente, no puede decirse que exista sobre esta cuestión polémica una clara “jurisprudencia”, pero, como intentaremos argumentar a lo largo de este comentario, el TS acertaría si en el futuro mantuviera el criterio adoptado por el Pleno en la última sentencia, objeto de este breve estudio.

2. Delimitación del objeto del recurso de apelación: escritos de *preparación e interposición* del recurso y, en su caso, *impugnación* sobrevenida de la sentencia

En algunas ocasiones, a la hora de determinar cuál sea el objeto de un proceso civil –en primera o en ulteriores instancias–, se suele cometer el error de situar en paralelo (o a la misma altura) las pretensiones de la parte activa y de la pasiva. La equivocación, a nuestro juicio, radica en no tener en cuenta que la pretensión del demandado o del recurrido puede faltar por completo, a diferencia de lo que ocurre con la pretensión del actor o del recurrente, que es ab-

solutamente necesaria. De ahí que se haya señalado, con acierto, que el proceso civil, regido por el principio dispositivo, siempre tiene como objeto *necesario* la acción o las acciones afirmadas en la demanda [DE LA OLIVA SANTOS, A. *Proceso civil*, 2004, p. 67] o, añadimos nosotros, las pretensiones articuladas por la parte recurrente en apelación, si de la segunda instancia se trata. De esta manera, se deduce que al igual que la determinación del objeto del proceso en la primera instancia le corresponde básicamente al actor, mediante la interposición de la demanda, en la segunda instancia también adquiere un especial protagonismo, en cuanto a la determinación del *thema decidendi*, el sujeto que prepara e interpone el recurso de apelación principal. Entre otras razones porque la pretensión de la parte pasiva, si la hay, carece de sentido propio e independiente; el sentido de la pretensión del demandado o del apelado se lo presta normalmente la actitud previa del actor o del apelante.

Sin embargo, y aun partiendo de la anterior premisa, no debemos obviar la relevancia que, en ocasiones, puede adquirir la pretensión introducida por la parte pasiva (contrapretensión), de cara a la ampliación del objeto procesal fijado previamente por el actor o recurrente. Esta ampliación del *thema decidendi* se produce siempre que el sujeto pasivo pretenda otra cosa distinta al mero fracaso del demandante o recurrente (aquél se defiende con la mera negación de los hechos o con la simple disconformidad con la fundamentación jurídica de la pretensión éste), sino que invoca nuevos razonamientos de los que, a su entender, deben seguirse consecuencias jurídicas diferentes a la mera desestimación de la pretensión del actor. En estos casos, el “nuevo objeto” introducido por la parte pasiva, que es contingente, como señala DE LA OLIVA SANTOS, A. (*Proceso civil*, 2004, p. 68), se convierte en un objeto *accesorio* respecto del objeto principal introducido por el actor o recurrente. Pero accesorio no significa, como señala el citado autor, “prescindible, desdeñable o casi irrelevante: es imprescindible y es relevante. Accesorio significa, con toda precisión, que no se sustenta por sí solo, que su relevancia no es independiente, sino dependiente, que importa por su relación con lo principal”.

Así las cosas, debemos añadir otra importante idea respecto a esta aproximación al “objeto” del recurso de apelación frente a una sentencia definitiva; a saber: el objeto de la primera instancia constituye el primer punto de referencia ineludible para delimitar el objeto de la apelación. En efecto, el recurso de apelación implica, necesariamente, la posibilidad de que la cuestión litigiosa inicialmente planteada ante el juez de primera instancia pueda, en todo o en parte, ser resuelta de nuevo por un tribunal de grado superior. Sin embargo, en aplicación de la regla *tantum devolutum quantum appellatum*, el órgano judicial *ad quem* que resuelve sobre la apelación sólo podrá incidir sobre las cuestiones, ya discutidas y decididas por el tribunal inferior, que efectivamente hayan sido recurridas y elevadas a dicho tribunal superior.

Por lo tanto, en la segunda instancia, la pretensión del apelante al impugnar la sentencia definitiva es la que determina el objeto principal y necesaria

del recurso; es decir, precisa el alcance de la impugnación que determina, a su vez, los poderes del órgano *ad quem* para resolver de forma congruente la materia objeto de recurso. Pero cuando el objeto del recurso es más reducido que el objeto del proceso en primera instancia, porque no se han recurrido todos los pronunciamientos de la sentencia por el apelante principal, la apelación puede ser ampliada (*rectius*: su objeto) a consecuencia de otros actos procesales *contingentes* y *accessorios* que puede realizar la otra parte (o las otras partes, en caso de litisconsorcio), siempre que, como veremos a continuación, se cumplan una serie de requisitos.

Si trasladamos las anteriores consideraciones a la vigente regulación en la LEC del recurso de apelación frente a las resoluciones definitivas que han resuelto el fondo del asunto en primera instancia, podemos llegar a la conclusión que el objeto de la apelación puede ir delimitándose progresivamente hasta en tres momentos procesales distintos:

En primer lugar, y fundamentalmente, el objeto de la apelación debiera quedar *perfilado* o *enmarcado* en el momento de la presentación del escrito de preparación del recurso, regulado en el art. 457 LEC. En este acto procesal, absolutamente *necesario*, la parte recurrente, conforme a los requisitos de postulación y defensa que resulten aplicables al proceso de que se trate, presenta un escrito ante el mismo órgano judicial que ha dictado la resolución (órgano *a quo*), en el plazo de cinco días a contar del siguiente a la notificación de la resolución, o de su aclaración o denegación de ésta (art. 448 LEC). Y, desde luego, cabe la posibilidad de que dos o más litigantes, sin conocer el dato de la preparación de la apelación por los demás, coincidan en presentar escritos de preparación. El citado escrito debe contener, en todo caso, las siguientes precisiones: a) la cita exacta de la resolución impugnada, y b) la manifestación de la voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que se impugnan (art. 457.2 LEC). Está en el espíritu de esta previsión legal, a nuestro juicio, otorgar a esta fase de preparación del recurso una triple finalidad: por una parte, impedir que acaeciera el efecto de cosa juzgada material respecto de los pronunciamientos de la sentencia que se pretenden recurrir (*sensu contrario*, que los pronunciamientos consentidos y no impugnados, adquieran firmeza); en segundo lugar, manifestar la voluntad de recurrir, que se patentiza por el mero hecho de presentar dicho escrito; y finalmente, delimitar el “qué” se recurre, mediante la exigencia de “expresar los pronunciamientos que se impugnan”, aunque el desarrollo pormenorizado de la argumentación se posponga para la posterior fase de impugnación del recurso.

Sobre la interpretación de esta exigencia de delimitar exactamente, y desde un principio, el objeto del recurso de apelación (con “expresión de los pronunciamientos”) se produjo, tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000, una agria controversia en el seno de la llamada *jurisprudencia menor*, que se plasmó en dos grandes líneas interpretativas. Por una parte, algunas Audiencias Provinciales consideraban, de forma muy rigurosa, que si el recurrente manifesta-

ba de *forma genérica* o estereotipada su intención de impugnar la sentencia (con fórmulas como “apelo contra todos los pronunciamientos que me resulten desfavorables”, o “apelo la sentencia por causar perjuicio a esta parte”, o “por ser desfavorable a esta parte”), sin precisar cuáles eran los concretos pronunciamientos que se impugnaban, la función delimitadora quedaba manifiestamente incumplida, entrañando una omisión esencial que debía determinar, ineludiblemente, la inadmisión del recurso a trámite y con ello su desestimación [Vid., por todas, AAP Madrid (21^a) 15-1-2002 (RJ 2003\40495); SAP Málaga (4^a) 23-1-2003 (RJ 2003\165882); SAP Valencia (8^a) 2-3-2004; (RJ 2004\170310); SAP Vizcaya (5^a) 19-1-2005 (RJ 2005/79273)]. En el polo opuesto y, a nuestro juicio, alejándose mucho de la nueva exigencia legal, otras Audiencias atendían al mero espíritu impugnatorio básico y admitían dichas impugnaciones genéricas, extendiéndolas a todos los pronunciamientos del fallo. Según esta interpretación el art. 457. 4 LEC únicamente permite denegar la preparación del recurso de apelación cuando se incumplieren los requisitos referidos al carácter inimpugnable de la resolución y el plazo señalado por la ley para dicha preparación [Vid., por todas, SAP Cantabria (1^a) 25-5-2004 (RJ 2004/176561); SAP Barcelona (19^a) 6-10-2004 (RJ 2005/13780); AAP Guipúzcoa (1^a) 15-12-2005 (RJ 2005/60426)]. Finalmente el TS, basándose en la jurisprudencia del TC sobre el derecho fundamental de acceso al recurso, incardinado en el art. 24 CE, ha adoptado una solución que podríamos denominar como *intermedia*. En efecto, huye de una interpretación “excesivamente formalista” de la letra de la ley e impone la exigencia de concretar los motivos de impugnación, a través de la habilitación de un plazo para subsanar: “*El artículo 457.2 LEC establece que «[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». La denegación del recurso solo procede, según el apartado 3 del precepto, en los casos en que la resolución impugnada no fuera apelable o el recurso se preparare fuera de plazo. Por ello esta Sala ha evitado una interpretación excesivamente formalista del artículo 457.2 LEC (STS 23 de diciembre de 2009, RC n.º 1508/2005) y ha entendido que no procede el rechazo de plano, sino que debe procurarse previamente a la denegación del recurso la oportunidad de subsanar (SSTS 30 de marzo de 2009, RC n.º 1436/2004, 15 de julio de 2009, RC n.º 678/2005). Este criterio es acorde con el sostenido por la STC 182/2003, de 20 de octubre» [STS 25-5-2010; n.º 329/2010 (RJ 2010\3716)]. No es este el lugar adecuado para someter a crítica esta doctrina jurisprudencial que, apartándose de la letra y el espíritu de la LEC, crea un trámite de subsanación *ex novo*, pero nos da pie para enlazar con el siguiente acto procesal que permite delimitar el objeto del recurso de apelación: el escrito de interposición del recurso por la parte apelante.*

En segundo lugar, el apelante tiene la carga de delimitar definitivamente, a través de su fundamentación, el recurso de apelación mediante el escrito de interposición (art. 458 LEC). Así pues, admitida a trámite la preparación del recurso (ahora, normalmente, mediante diligencia de ordenación del Secretario

judicial), el recurrente dispone de veinte días hábiles para presentar, igualmente ante el órgano jurisdiccional *a quo*, escrito de *interposición* del recurso. Lo característico de este acto procesal es que se deben desarrollar pormenorizadamente los motivos que fundamentan el recurso y que, como hemos dicho, han debido ser señalados, aunque sea sucintamente, en el acto procesal de la preparación. En este segundo momento, pues, queda definitivamente delimitado el alcance del recurso; es decir, los concretos pronunciamientos de la sentencia de instancia que se someten a un nuevo enjuiciamiento por parte del tribunal *ad quem*. Y como pueden ser varios los litigantes que coincidan en la preparación y posterior interposición del recurso, el objeto del proceso en esta segunda instancia quedará determinado por el conjunto de los pronunciamientos impugnados por todas las partes apelantes, sean éstos coincidentes o no.

Por supuesto, en virtud de la directa relación entre las dos primeras fases del recurso de apelación establecida por el legislador, no sería admisible que los recurrentes pudieran, en el escrito de interposición, ampliar el objeto del recurso, por ejemplo impugnando nuevos pronunciamientos que no hubiesen sido incluidos en el escrito de preparación (salvo, quizás, que se tratase de graves defectos procesales generadores de nulidad radical y que debieran ser apreciadas de oficio por el órgano jurisdiccional, como la falta de jurisdicción por razón del objeto, competencia objetiva o funcional, etc.). Sin embargo, *sensu contrario*, y por aplicación del principio dispositivo, no habría inconveniente en admitir, en el supuesto de que se hubiese preparado el recurso de apelación frente a distintos pronunciamientos, que en la fase de interposición el apelante decidiera formular su oposición sólo frente a parte de los pronunciamientos simplemente anunciados en la preparación. En estos casos, la discordancia entre los escritos de preparación e interposición de recurso debe resolverse en favor del último, es decir, considerar que finalmente no se ha interpuesto el recurso contra todos los pronunciamientos incluidos en el escrito de preparación, sino frente a los que se ha formalizado definitivamente la interposición, adquiriendo firmeza las decisiones del juez de la primera instancia que no constituyen el objeto de la interposición.

Normalmente el objeto del recurso de apelación quedará circunscrito al contenido del escrito (o escritos, en caso de que haya más de un apelante inicial) de interposición que, a su vez, está íntimamente relacionado con el acto previo de preparación. Sin embargo, aún existe otro momento –siempre contingente, a diferencia de la interposición propiamente dicha–, en el cual la parte apelada disfruta de una “segunda oportunidad” para impugnar la sentencia de primera instancia a la vista de la apelación planteada por la contraparte. Pero, a diferencia del régimen legal anterior a la vigente LEC (“adhesión a la apelación”), este acto ha pasado a denominarse “impugnación de la sentencia” por quien inicialmente no hubiese recurrido (art. 461 LEC). Es este, pues, el tercer y último momento procesal que debe ser tenido en cuenta para que, definitivamente, quede totalmente delimitado el objeto del recurso de apelación.

En efecto, al regular el contenido de este acto de impugnación, la LEC remite a la regulación del escrito de interposición del recurso (art. 461.2 LEC), de modo que el apelado, que ahora también se convierte en apelante, debe expresar –ante el *juez a quo*– los motivos de su impugnación y así termina de delinear el conjunto de cuestiones sobre las que deberá pronunciarse el tribunal *ad quem*; es decir, para delimitar definitivamente la *res de qua agitur* en la segunda instancia, a las pretensiones anteriormente deducidas por la(s) parte(s) apelante(s), habrá que añadir las nuevas del apelante “sobrevenido”, el cual solicitará que se revoque total o parcialmente la sentencia originaria y que la nueva contenga nuevos pronunciamientos que le resulten más favorables. A este escrito podrán acompañarse los documentos y solicitarse las pruebas que la parte apelada considere necesarios, y frente al mismo sólo podrá(n) la(s) parte(s) apelante(s) principal(es) manifestar lo que tenga(n) por conveniente sobre la admisibilidad de la impugnación, así como sobre los documentos y demás pruebas propuestas por el apelado (art. 461.4 LEC). Por lo tanto, la actuación del apelante inicial frente a este escrito sobrevenido de impugnación la configura el legislador como de simple oposición, sin que quepa ampliación del objeto de la apelación. Por supuesto, en la vista ante el tribunal *ad quem* (en caso de que se produzca) los litigantes no pueden añadir ninguna fundamentación para justificar la tutela que cada uno solicita. Tan sólo podrán reproducir (con mayor o peor fortuna en la exposición oral) los argumentos introducidos en sus escritos de alegación previos. De lo contrario, perdería toda su utilidad el escrito de interposición (basado en el previo de preparación) y, en su caso, de impugnación, y los respectivos de oposición [GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., 2001, p. 80].

A modo de recapitulación, pues, los momentos procesales en que va a quedar definido “progresivamente” el objeto del proceso en la segunda instancia – que se desarrollan siempre ante el órgano *a quo*–, son los siguientes: escritos de *preparación* e *interposición* y, en su caso, el de *impugnación* sobrevinida por parte del apelado. La diferencia entre ellos radica, no obstante, en que mientras los dos primeros son siempre “necesarios”, el de impugnación por parte del apelado es contingente. A continuación examinaremos los aspectos fundamentales de esta facultad extraordinaria de la que dispone la parte apelada, ya que constituye el objeto principal del presente comentario.

3. La impugnación sobrevinida de la sentencia apelada (art. 461.1 y 2 LEC)

Esta impugnación de la sentencia por parte del apelado, a diferencia de la apelación inicial, no tiene como finalidad la apertura de la segunda instancia (la nueva instancia ha sido ya abierta por la apelación principal). Con este acto el legislador ofrece una posibilidad extraordinaria (en el sentido etimológico

del término) para que un sujeto inicialmente apelado, que no hizo uso del recurso de apelación en su momento, se pueda constituir (*in extremis*) en parte apelante y recurrir lo que le resulte perjudicial de la resolución que puso fin a la primera instancia. Y, si bien se mira, la impugnación del apelado sólo tiene sentido en el supuesto de estimación parcial de la demanda, ya que cuando la sentencia hubiese estimado o desestimado totalmente la misma, el apelado no tendría en tal caso nada que recurrir [RICHARD GONZÁLEZ, M., 1998, p. 23].

3.1. Naturaleza jurídica (no es una “adhesión” a la apelación)

El art. 461 LEC abandona la vieja terminología de “adhesión a la apelación”, utilizada hasta la derogación de la LEC de 1881, ya que el legislador ha querido realzar el carácter autónomo de esta sobrevenida impugnación del apelado. Todos podemos convenir que el término “adhesión” referido a un acto de impugnación propio y autónomo del apelado es inadecuado, y pudiera inducir al error de pensar que éste sólo puede coadyuvar con el recurso primeramente interpuesto por el apelante originario. Por el contrario, el término “impugnación” resalta la realidad de que el apelado puede interponer un recurso de apelación independiente y convertirse en un genuino apelante. A este respecto, es muy significativo el siguiente párrafo de la Exposición de Motivos (en adelante, EM) de la LEC: “Cabe mencionar que la presente Ley, que prescinde del concepto de adhesión a la apelación, generador de equívocos, perfila y precisa el posible papel de quien, a la vista de la apelación de otra parte y siendo inicialmente apelado, no sólo se opone al recurso sino que, a su vez, impugna el auto o sentencia ya apelado, pidiendo su revocación y sustitución por otro que le sea más favorable”.

Así pues, la impugnación del apelado se configura como una institución autónoma, que tiene unos efectos similares a los que en su momento produjeron los actos de interposición originarios de otras partes. La única subordinación de esta apelación sobrevenida respecto de la principal se produce en relación con la preexistencia necesaria de ésta. Sólo si efectivamente alguna parte ha apelado inicialmente, cabrá la impugnación posterior del apelado, ya que si ninguna de las partes ha interpuesto el recurso tempestivamente, habrá precluido la posibilidad de que posteriormente se pueda atacar el contenido de la sentencia de primera instancia. En todo lo demás, se trata de un nuevo recurso con plena autonomía e independencia; y ello por los siguientes motivos: 1º) en caso de que el recurrente principal desistiese de su apelación, sólo se tendrán por abandonadas sus pretensiones, pero seguirá incólume la impugnación del apelado, y viceversa (art.450.2 LEC); 2º) para impugnar la sentencia el apelado debe cumplir los mismos requisitos exigidos por la ley para apelar la sentencia (gravamen); y 3º) el objeto de la impugnación y el de la apelación principal no tienen por qué ser coincidentes, incluso pueden ser diametralmente opuestos a los extremos perjudiciales para el apelante originario [OROMÍ I VALL-LLOVERA, 2002, p. 218].

En otro orden de consideraciones, debe distinguirse entre *impugnación* de la resolución de la mera *oposición* al recurso de apelación (art. 461 LEC), ya que son diferentes sus fundamentos, finalidades y efectos. La oposición a la apelación, basada en la forma contradictoria del proceso, constituye la vía para desvirtuar las alegaciones de la contraparte, con el fin de que el tribunal confirme la sentencia de primera instancia, sin que se amplíe el objeto de la segunda instancia. Por el contrario, la impugnación consiste en un verdadero recurso de apelación donde el apelado se transforma, a su vez, en apelante y solicita la anulación de una serie de pronunciamientos, con el fin de que sean sustituidos por otros que le resulten favorables. Por lo tanto, el apelado incrementa la *res de qua agitur*. Ahora bien, del propio precepto legal antes citado se desprende la posibilidad de oponerse al recurso y, además, impugnar la sentencia objeto de la apelación, ya que ambas actuaciones no son en absoluto excluyentes [BANACLOCHE PALAO, 2001, p. 795].

3.2. Contenido

La impugnación de la resolución apelada es un recurso autónomo que, como señala OROMÍ I VALL-LLOVERA (2002, p. 219), presenta dos límites: a) sólo puede referirse a cuestiones que se hayan planteado expresamente durante la primera instancia; y b) que se hayan resuelto en la sentencia de forma desfavorable para el apelado (aunque no se excluya ningún pronunciamiento, ni se limite o condicione el alcance y efectos de la impugnación).

Por su parte, el art. 461.3 LEC permite al impugnante acompañar a su escrito los documentos y solicitar las pruebas que considere necesarios, así como formular las alegaciones que se estimen oportunas sobre la admisibilidad de los documentos aportados y de las pruebas propuestas por el apelante principal.

3.3. Efectos

La *impugnación* produce, por una parte, los mismos efectos que la apelación principal (tiene efecto “devolutivo”, impide la firmeza de los pronunciamientos impugnados y hace desaparecer la prohibición de *reformatio in peius*, en perjuicio del primer apelante); pero, además, produce dos efectos típicos que alteran la configuración ordinaria del recurso de apelación:

A) Conversión del apelado en parte apelante

Por medio de la *impugnación*, el apelado se convierte en apelante sobrevenido y, como sabemos, la naturaleza jurídica de esta apelación en nada se diferencia de la principal. De tal manera que la sentencia del tribunal *ad quem* producirá los mismos efectos, estimatorios o no de la pretensión de parte, tanto respecto del apelado impugnante como del apelante originario.

B) Amplía el ámbito de la *cognitio* del tribunal *ad quem*

Mediante esta figura de la *impugnación* se amplía el objeto del recurso de apelación. De esta manera, el tribunal *ad quem* debe entrar a conocer no sólo de la materia objeto de la apelación principal, sino que, además, también debe hacerlo respecto de aquellos extremos de la sentencia de instancia que el apelado, ahora también apelante, haya impugnado como gravosos o perjudiciales. Es decir, las alegaciones impugnatorias pasan a formar parte del *tantum appellatum*, que debe ser *devolutum* por la Audiencia. No en vano el art. 465. 5 LEC establece que “el auto o 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*. La resolución 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” (la *cursiva* es nuestra).

En resumen, estamos en presencia de una “segunda oportunidad” de recurrir en manos de la parte apelada, que tiene como finalidad contrarrestar la posible reforma favorable de la sentencia de instancia, respecto del apelante principal, permitiendo al tribunal *ad quem* dictar una resolución acorde con las nuevas pretensiones del apelante sobrevenido.

3.4. Procedimiento

La posibilidad de formular la impugnación a la que nos estamos refiriendo, comporta necesariamente que, anteriormente, se haya preparado e interpuesto el correspondiente recurso por un apelante principal (o más de uno). A partir de este dato, existe una completa equiparación procedimental entre ambos recursos, si exceptuamos el trámite de la preparación, que la ley omite respecto del apelante sobrevenido.

Especial interés reviste para el objeto del presente comentario, como es lógico, el traslado de la impugnación a la parte inicialmente recurrente. Sobre este trámite el art. 461.4 LEC establece que “de los escritos de impugnación a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo, se dará traslado al apelante principal, para que en el plazo de diez días manifieste lo que tenga por conveniente”. Estamos ante un correlato, para el apelante principal, del escrito de oposición al recurso de apelación, que el apelado inicialmente puede presentar. No parece dudoso que en esta manifestación (a la que puede aplicarse el apartado 3 de dicho art. 461 LEC), siempre mediante escrito, el apelante originario tiene derecho a alegar lo que considere oportuno sobre la inviabilidad de la impugnación de la contraparte, o sobre la admisibilidad de la documentación aportada o sobre la prueba propuesta por el impugnante; e incluso puede proponer la prueba que se refiera a los motivos de oposición a la impugnación [BANACLOCHE PALAO, J., 2001, p. 795].

Sin embargo, en este trámite de mera oposición, el apelante originario debe tener vedada absolutamente la posibilidad de introducir otras alegaciones diferentes o añadidas a las que ya realizó en el momento procesal de la interposición, al haber precluido esta posibilidad. Es cierto que, al tratarse de una actuación escrita, el apelante principal puede caer en la tentación de aprovechar esta oportunidad para efectuar “nuevas alegaciones”, que sobrepasen el ámbito de una mera oposición. En este caso, de cara a atajar esta antijurídica actuación, el tribunal debe preterirlas y tenerlas por no puestas. Si no fuera así, se le estaría facilitando al apelante inicial de una oportunidad suplementaria para ampliar el objeto del recurso, sin posibilidad de contradicción para la parte contraria, lo cual vulneraría el principio de igualdad.

4. Sala 1ª TS versus Sala 1ª TS: dos sentencias contradictorias

Ya dijimos al principio del presente comentario que la Sala 1ª del TS se había pronunciado en dos ocasiones, en sendas sentencias contradictorias, y separadas por apenas cinco días, sobre el problema que plantea la posibilidad, o no, de ampliar el objeto del recurso por parte del apelante principal en el trámite de alegación posterior a la impugnación realizada por el apelado, en virtud del art. 461.4 LEC (SSTS n° 865/2009, 13-01-2010; y n° 869/2009, 18-01-2010).

Aunque los supuestos de hecho de ambas resoluciones son distintos, tienen una similar estructura subjetiva y reúnen los requisitos, respecto a la composición de la litis, adecuados para que pueda surgir las dudas interpretativas; a saber: a) en los dos casos existe litisconsorcio pasivo; y b) la sentencia de primera instancia culmina con una estimación sólo parcial de la demanda. Si faltara alguno de estos dos presupuestos, es decir, la pluralidad de partes (litisconsorcio activo, pasivo o mixto) y/o la estimación parcial de las pretensiones del actor (si la estimación fuera total o, por el contrario, la demanda fuera completamente desestimada), difícilmente podría producirse la polémica tantas veces referida.

El sucinto planteamiento de la discusión es, en ambos casos, el siguiente: la parte demandante interpone sus pretensiones frente a dos demandados y obtiene, en la sentencia definitiva de primera instancia, sendos pronunciamientos de condena, aunque no se estiman totalmente sus peticiones iniciales. Ante esta situación, el demandante sólo recurre en apelación el pronunciamiento que afecta al demandado A, puesto que da por bueno el pronunciamiento frente al demandado B. El demandado A recurre también en apelación la sentencia de primera instancia, pero el demandado B, que inicialmente no había recurrido, haciendo uso de la potestad que le confiere el art. 461 LEC, “impugna” la sentencia en lo que le resulta desfavorable. El problema radica en dilucidar si, ante la impugnación sobrevenida por parte de un sujeto que inicialmente no había preparado e interpuesto el recurso de apelación, el apelante principal

puede introducir una nueva pretensión procesal que tenga por finalidad el reconocimiento completo de la petición que había vertido en la demanda originaria.

Ante esta importante cuestión polémica la Sala 1ª del TS, en la primera sentencia (la nº 865/2009, 13-01-2010) admite con rotundidad la posibilidad de que el apelante principal, en el trámite de contestación previsto en el apartado cuarto del mencionado art. 461 LEC, pueda añadir nuevas pretensiones, siempre que alguna parte no apelada inicialmente haya impugnado la sentencia en el trámite de oposición al recurso de apelación (antigua “adhesión” a la apelación). Esta conclusión, se apoya en cuatro razonamientos:

1º) Porque, de no admitirse esta posibilidad, en los casos de pluralidad de sujetos, se estaría forzando la interposición de recursos de apelación frente a la totalidad de las partes, aunque la intención inicial del apelante fuera la de limitar la impugnación a sólo parte de los pronunciamientos de la sentencia.

2º) Porque así se evitan las posibles situaciones de indefensión que pudiera padecer el apelante principal, puesto que el equilibrio de armas sólo existe respecto de las partes contra las que se dirige la apelación, pero no con las restantes que, de forma sobrevenida, recurren también en apelación.

3º) Porque, sobre la base del brocardo latino *tot capita, tot sententiae* (tantas personas, tantas sentencias) [sic], debe imponerse la consideración separada, a efectos de la apelación de la sentencia de primera instancia, de las diferentes pretensiones dirigidas contra partes diversas.

4º) Porque esta interpretación no se opone a la literalidad del art. 461.2 LEC, pues al referirse a “quien inicialmente no hubiera recurrido” no precisa si esta inicial ausencia de recurso debe entenderse de manera absoluta o sólo respecto de las partes contra las cuales se formula la impugnación. Es más, desde un punto de vista sistemático, es obligado entender que el apelante principal es también una parte que “inicialmente no ha recurrido” respecto de los pronunciamientos que había consentido.

En definitiva, en esta resolución la Sala 1ª considera que no puede hablarse de “segunda apelación” o de un intento de subsanación de errores en la interposición inicial del recurso, sino ante el ejercicio legítimo de nuevas pretensiones, exigido por la nueva situación procesal propiciada por el apelante sobrevenido.

Sin embargo, en la sentencia objeto del presente comentario (nº 869/2009, 18-01-2010), cuyo ponente fue uno de los Magistrados discrepantes con el fallo emitido unos días antes –por medio de un voto particular–, se vino a establecer el criterio contrario; es decir, que una vez interpuesto el recurso de apelación principal precluye la posibilidad de introducir posteriormente nuevas pretensiones contra las partes que no fueron inicialmente apeladas. Los argumentos que sustentan esta nueva conclusión del TS son los siguientes:

1º) Porque los puntos de disconformidad del apelante principal con la sentencia de primera instancia deben quedar perfectamente delimitados en el trámite de *preparación* y de *interposición* del recurso; sin que sea posible introducir nuevas pretensiones con posterioridad.

2º) La posibilidad de impugnar la sentencia con ocasión de la oposición formulada frente a la apelación deducida por la parte contraria –excepción consentida expresamente por la ley, por cuanto permite, en realidad, apelar cuando ya se habría extinguido el plazo para hacerlo– es una facultad que se concede exclusivamente a quien inicialmente “no hubiera recurrido” (art. 461.2 LEC) y tiene como finalidad permitir a quien no consideró oportuno dar lugar a la apertura de la segunda instancia –pese a que la sentencia le resultaba en algo desfavorable– unirse a ella como apelante una vez que la parte contraria ha interpuesto el recurso. Por lo tanto, cualquier ampliación del objeto del recurso de apelación que no se produzca por esta vía de la impugnación sobrevenida (antigua “adhesión a la apelación”) resulta extemporánea y contraria a la literalidad de los artículos 457 y 461 LEC. De lo contrario, en definitiva, se estaría admitiendo la posibilidad, sólo en favor del apelante principal, de una doble oportunidad de recurrir frente a la misma parte.

Sin lugar a dudas, al menos a nuestro parecer, acierta el TS al rectificarse a sí mismo en tan breve espacio de tiempo. En el epígrafe siguiente intentaremos argumentarlo.

5. Dos “pilares” para interpretar el art. 461. 4 LEC: el principio de *igualdad* de partes y la *preclusión* de los actos procesales

Desde el inicio del presente comentario hemos aplaudido el cambio de criterio de la Sala 1ª, operado a través de la sentencia nº 869/2009, 18-01-2010, y abogamos por el mantenimiento de sus conclusiones en futuros casos que planteen una problemática similar. Y ello porque, de retrotraernos otra vez a “doctrina” perfilada por la STS 13-01-2010, se estarían conculcando gravemente tanto el principio de *igualdad* de partes como la regla de la *preclusión* de los actos procesales.

5.1. Principio de *igualdad* de partes

Sobre el derecho de acceso y utilización de los recursos, al igual que sucede en cualquier otra fase procedimental, debe proyectarse siempre ese postulado elemental de justicia denominado “principio de igualdad de partes”, de suerte que ninguna de ellas pueda quedar en mejor situación procesal que las otras, salvo que exista una justificación excepcional prevista expresamente en la ley. Como es sabido, este verdadero principio procesal no significa que las partes

del proceso sean iguales (la parte activa y la pasiva de un proceso en primera instancia, o en instancias posteriores, son, por definición, desiguales en su actuación: una “ataca” y la otra se defiende del ataque), sino que exige que las partes gocen de oportunidades sustancialmente equivalentes para sostener sus respectivas posturas y pretensiones.

Este principio general del Derecho procesal debe informar cualquier regulación procesal, por lo que el legislador suele positivarlo, con carácter general, a través de incontables normas que prevén, por cada acto de alegación de hechos (o de proposición prueba) de una de las partes, un acto paralelo de la parte contraria. Ahora bien, la igualdad de partes no tiene que manifestarse a través de una continua actuación paralela de éstas, sino que caben, en palabras del profesor DE LA OLIVA SANTOS, A., “asimetrías, incluso prolongadas, siempre que, a la postre y a efectos decisorios, las posibilidades de actuación estén equilibradas” (*Introducción*, 2001, p. 56).

En el ámbito específico de la regulación del recurso de apelación (arts. 457-465 LEC), por ejemplo, a pesar de que la ley no prevé un paralelismo exacto entre las actuaciones de las partes apelantes y apeladas (así, no se regula el traslado de escrito de preparación del recurso al apelado, sino sólo el de interposición, para que éste pueda oponerse a la apelación o impugnar la sentencia en lo que le resulte desfavorable; o sólo se prevé la impugnación sobrevenida de la sentencia, prevista en el art. 461 LEC, en favor de la parte que se ha quietado con el fallo inicialmente, si es apelada por la contraria, frente a la que cabe, lógicamente, trámite de oposición), el balance final es perfectamente equilibrado, puesto que tanto los apelantes iniciales, como los apelados, o incluso los apelados-apelantes (sobrevenidos), disponen de similares armas procesales antes de que el tribunal se pronuncie definitivamente sobre el objeto del recurso.

Por otra parte, el principio de igualdad también se erige en un criterio o pilar básico en el que necesariamente deben apoyarse los tribunales siempre que surja alguna duda interpretativa respecto de algún precepto procesal. Los jueces deben impedir, al interpretar y aplicar la ley procesal, que una de las partes disponga de algún trámite alegatorio sin que la contraria pueda, en absoluto, oponerse a él. Este inquietante supuesto de desigualdad causaría, a nuestro juicio, una indefensión de relevancia constitucional, que vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Y precisamente, un ejemplo de errónea resolución judicial, por colocar a una de las partes en clara inferioridad procesal, lo encontramos en la STS 13-01-2010, afortunadamente “neutralizada” por la dictada unos días después.

En efecto, cuando el apelado no se limita a oponerse al recurso de apelación, sino que impugna autónomamente la sentencia a través del trámite previsto en el art. 461. 2 LEC, se suma a la apelación originaria, y abre la posibilidad de que el apelante principal, como correlato de esta actuación sobrevenida, pueda

pronunciarse sobre la inviabilidad de dicha impugnación (o sobre la admisibilidad de la documentación aportada o sobre la prueba propuesta por la contraparte). Sin embargo, en este trámite de mera oposición (art. 461.4 LEC), el mencionado apelante originario debe tener vedada toda posibilidad de introducir nuevas alegaciones y/o pretensiones frente al apelado-apelante (cosa que debió hacer en los escritos de preparación e interposición del recurso), ya que éste carece de un trámite equivalente para defenderse. ¿Cómo y cuándo podría el apelante sobrevenido contraargumentar frente a las nuevas pretensiones de su contraparte?, ¿cuándo y cómo podría exponer su punto de vista jurídico contrario a la ampliación del objeto de la apelación por parte del apelante originario? De esta manera, como acertadamente señala el voto particular de la sentencia a la que nos estamos refiriendo: “se estaría admitiendo la posibilidad de dos apelaciones formuladas por la misma parte respecto de una misma sentencia”; lo cual, a nuestro juicio, conculca inexorablemente el principio de igualdad.

No se puede minimizar esta palmaria injusticia, como pretende hacer el Magistrado ponente de la primera sentencia, con el argumento de que precisamente el “indefenso” es el apelante principal, que inicialmente se ha conformado con el pronunciamiento relativo a la parte que impugna en virtud del art. 461.2 LEC, y ahora se ve sorprendido por el recurso del “no afectado” por la apelación. El legislador de 2000, libre y razonadamente, ha decidido otorgar esta facultad extraordinaria de impugnación a quien, “sin haber inicialmente recurrido”, aprovecha que otra parte ha abierto la segunda instancia, para constituirse en apelante (*in extremis*) y recurrir lo que le resulte perjudicial en la sentencia de primera instancia (al igual, por cierto, que había hecho el legislador de 1881 al regular la “adhesión” al recurso de apelación en los arts. 705, 858 y 892 ALEC). Esta previsión legal, a nuestro juicio, en modo alguno coloca en situación de indefensión al apelante principal, y ello por dos motivos fundamentales: primero, porque pudo (y no lo hizo) recurrir “todos” los pronunciamientos que hubiese considerado desfavorables en los escritos de preparación e interposición del recurso de apelación; y segundo, porque dispone, en aplicación del principio de igualdad de armas, de un trámite de expresa oposición a la impugnación sobrevenida (art. 461. 4 LEC). En consonancia con ello, el art. 465. 5 LEC, que regula el contenido de la sentencia que resuelve el recurso de apelación, establece que ésta debe pronunciarse “exclusivamente” sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso principal y, en su caso, en los “escritos de oposición o impugnación, a que se refiere el art. 461 LEC”, sin que se mencione ningún otro acto de alegación. La indefensión, pues, se produciría en la parte contraria si en vez de permitirse al apelante inicial que utilice el citado escrito como acto de mera oposición, se le consintiera impugnar de nuevo la sentencia de primera instancia.

Es evidente, como señalábamos en un momento anterior, que al prever el art. 461.4 LEC una actuación escrita, el apelante puede caer en la tentación de introducir alegaciones fácticas y/o jurídicas que no se limiten a negar el dere-

cho del nuevo apelante, sino que se conviertan en auténticas pretensiones sobrevenidas (que desborden los límites del objeto de la apelación). Pues bien, en ese caso, el tribunal debe ser especialmente cuidadoso y no tomar en consideración dichos elementos perturbadores y antijurídicos, so pena de vulnerar el principio de igualdad de las partes [Vid. SSAP de Madrid (10^a), 1-04-2008 (2008\150989); 23-03-2007 (2007\290630)].

5.2. *La preclusión de los actos procesales*

En íntima relación con el principio de igualdad que acabamos de comentar, y también con el principio de seguridad jurídica o, para ser más exactos, como proyección de ambos principios en el proceso, se erige la figura de la *preclusión* de los actos procesales, que es, a nuestro modo de ver, el segundo gran argumento a favor de la sentencia objeto del presente comentario.

Por “preclusión” (del lat. *praecludere*, “cerrar”) entendemos, con el profesor VALLINES GARCÍA, E., (2004, p. 34), “la extinción en un concreto proceso de los poderes jurídico-procesales no ejercitados por los sujetos que intervienen o pueden intervenir en ese proceso”; es decir, *la imposibilidad de hacer algo en el proceso que antes sí se podía haber hecho* conforme a la ley.

Como otras instituciones que determinan la extinción de poderes jurídicos (por ejemplo, la caducidad, o la usucapión), la preclusión responde, fundamentalmente, a la idea de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). El titular de una facultad o un poder jurídico-procesal tiene a su disposición la alteración de las expectativas jurídicas de otros sujetos mediante el ejercicio de su poder. En el plano procesal, en concreto, el ejercicio, o no, de los poderes procesales de un sujeto va a modificar la situación jurídica de la parte que se encuentra en la posición contraria. Por ejemplo, en el caso que nos ocupa, quien posee el poder de recurrir en apelación puede variar las expectativas de aquellos sujetos a los que la resolución ha favorecido más, forzándoles o induciéndoles a actuar de una determinada manera, en función del alcance del ejercicio del poder por parte de aquel. Y para poner fin a esta incertidumbre se dispone, precisamente, que en cierto momento procesal el poder no ejercitado se extinga y desaparezca.

En cuanto al alcance de la extinción del poder procesal no ejercitado, interesa añadir que aquella siempre se proyecta hacia el futuro. Una interpretación sistemática y teleológica de los múltiples preceptos de la LEC que inciden en la preclusión de las actuaciones permite llegar a la conclusión de que existe la siguiente regla: “una vez que precluye un poder procesal el ordenamiento prohíbe que el titular del poder precluido adquiera en el futuro nuevos poderes que tengan una finalidad o contenidos idénticos al precluido. La preclusión de un derecho, facultad o potestad procesal impide el nacimiento de posibilidades de actuación de idéntico contenido o tendentes a un mismo fin” [VALLINES GARCÍA, E., 2004, p. 268].

El ordenamiento procesal civil presume que, precluida una facultad procesal, el efecto extintivo, es imputable sólo a su titular, que debe padecer sus consecuencias. Si el titular de un poder no lo ha ejercitado en tiempo oportuno y el poder ha precluido, resulta absolutamente razonable que el tribunal le niegue la adquisición de futuros poderes que le permitan alcanzar un resultado que pudo obtener con anterioridad, si hubiera ejercitado oportunamente su poder precluido. Con palabras más contundentes, siguiendo al mencionado autor, “la LEC dispone que quien pudo hacer algo antes y no lo hizo, no ha de tener, ahora, la oportunidad de hacerlo; al que desaprovechó la oportunidad de realizar un concreto acto procesal (como consecuencia del ejercicio de un concreto derecho, facultad o potestad procesal), no se le permite, después, practicar ese acto (en virtud de un derecho, facultad o potestad distinto)” [VALLINES GARCÍA, E., 2004, p. 269]. Esta idea se expresa perfectamente en la siguiente frase de la EM, XII, 13 LEC: “la ley considera expresamente improcedente llevar a cabo nada de cuanto se hubiera podido proponer y no se hubiere propuesto”.

Son muchos los ejemplos de normas de las que puede aplicarse la regla que hemos expuesto (63.1, 286.4, 405.3, 416.2, 426.4, 433.1.2, 443.2.2 LEC, y un largo etcétera), pero a nosotros nos interesa, por razones obvias, su aplicación a la regulación del recurso de apelación y, fundamentalmente, al art. 461 LEC. De tal forma que, quien apela una sentencia de primera instancia y deja precluir las facultades de obtener un nuevo pronunciamiento frente a alguno de los codemandados (porque se aquieta respecto de esa parte del fallo), no puede, con posterioridad (si la contraparte impugna, a su vez, la sentencia en lo que le resulta desfavorable), adquirir facultades para poder ampliar el objeto de la apelación y conseguir una revocación de un pronunciamiento que él había consentido. Como establece el apartado 4 del art. 461 LEC, el apelante principal tan sólo podrá oponerse a la sobrevenida impugnación de la sentencia por parte del apelado, introduciendo argumentos sobre la “admisibilidad de la impugnación y, en su caso, sobre los documentos aportados y pruebas propuestas por el apelado”.

Por lo tanto, a nuestro parecer acierta el TS en la sentencia que estamos estudiando (*sensu contrario*, yerra en su anterior conclusión de 13-01-2010). Como se señala en el segundo Fundamento de Derecho del voto particular de la sentencia 865/2009: “3º) La posibilidad de impugnar la sentencia con ocasión de la oposición formulada frente a la apelación deducida por la parte contraria – que comporta una excepción a la aplicación del principio de preclusión en cuanto permite, en realidad, apelar cuando puede estar ya extinguido el plazo legal para hacerlo– es una facultad que se concede a quien inicialmente “no hubiere recurrido” (artículo 461.2 de la LEC) y tiene como finalidad permitir a quien no consideró oportuno dar lugar a la apertura de la segunda instancia – pese a que la sentencia le resultaba en algo desfavorable– sumarse a ella como apelante cuando se ha dado lugar a la misma por razón del recurso interpuesto de contrario [...] 4º) El contenido de la impugnación, en la forma que se pretende hacer valer en el motivo, *resulta claramente extemporáneo por cuanto supone*

ampliar los pronunciamientos sobre los que el apelante había anunciado su recurso, convirtiendo al apelante inicial en impugnante del recurso formulado por otro codemandado frente al que tuvo la oportunidad de alegar lo que a su derecho e interés conviniera, haciendo contra la literalidad no sólo del artículo 457, sino del 461.2 de la Ley, que autorizan la impugnación respecto de aquello que resulta desfavorable a quien inicialmente no hubiere recurrido. De lo contrario se estaría admitiendo la posibilidad de dos apelaciones formuladas por la misma parte respecto de una misma sentencia, rompiendo el principio de integridad del recurso” (la cursiva es nuestra).

En efecto, se produce el fenómeno curioso de que el propio legislador excepciona el efecto de la preclusión para el apelado que, en su momento, no preparó el recurso de apelación, pero en vista de que la contraparte sí ha ejercido su derecho, se “suma” sobrevenidamente al recurso (art. 461.2 LEC). De no existir esta norma, en modo alguno podría el apelado impugnar con posterioridad la sentencia que inicialmente había consentido, pero al “abrirse” *ex lege* esta segunda oportunidad, es el apelante principal el que debe asumir las consecuencias negativas de no haber ejercido de su derecho a impugnar, en su momento, “todos” los pronunciamientos que le resultaron desfavorables. En definitiva, quien no se aquieta con la sentencia de la primera instancia y por ello decide recurrir, asume la carga procesal de plantear todos los motivos de discrepancia en la preparación y posterior interposición del recurso, pues en caso contrario entraríamos, por efecto del principio de igualdad, en una absurda e interminable espiral procesal de impugnaciones, oposiciones a la impugnación y posibles nuevas impugnaciones.

6. Conclusión

Por todo lo dicho anteriormente, consideramos acertada la conclusión a la que llega la sentencia objeto del presente comentario (STS n° 869/2009, 18-01-2010); esto es, *la imposibilidad de ampliar el objeto del recurso de apelación por parte del apelante principal en el trámite de alegación posterior a la impugnación realizada por la parte apelada* (art. 461.4 LEC).

La importancia de esta resolución radica, principalmente, en que vino a “neutralizar” la perniciosa doctrina que la propia Sala 1ª del TS había establecido, tan sólo unos días antes sobre la misma problemática (STS n° 865/2009, 13-01-2010). De no haber variado el parecer del Alto Tribunal, se estaría admitiendo la posibilidad de que el apelante principal pudiera interponer, de facto, dos apelaciones contra la misma sentencia; lo cual contravendría, por una parte, la correcta delimitación del objeto del recurso de apelación y, por otra, el principio de igualdad entre las partes y la regla de la preclusión de los actos procesales. Ciertamente, no puede decirse que exista sobre esta cuestión polémica una clara “jurisprudencia”, pero, como hemos intentado argumentar, el TS acertaría si en el futuro mantuviera el criterio adoptado por el Pleno en la sentencia 869/2009.

Como hemos señalado, los momentos procesales en los que, “progresivamente”, va a quedar definido el objeto del proceso en la segunda instancia –que se desarrollan siempre ante el órgano *a quo*–, son los siguientes: los escritos de *preparación e interposición* y, en su caso, el de *impugnación* sobrevenida por parte del apelado. La diferencia entre estos tres actos radica, no obstante, en que mientras los dos primeros son siempre “necesarios”, el de *impugnación* por parte del apelado es “contingente”. Por lo tanto, la actuación del apelante inicial frente al escrito de *impugnación* la configura el legislador como de simple oposición, sin que quepa ampliación del objeto de la apelación. Así pues, en la vista ante el tribunal *ad quem* (en caso de que se produzca) los litigantes no pueden añadir ninguna fundamentación para justificar la tutela que cada uno solicita. Tan sólo podrán reproducir (con mayor o peor fortuna en la exposición oral) los argumentos introducidos en sus escritos de alegación previos. En consonancia con ello, el art. 465. 5 LEC, que regula el contenido de la sentencia que resuelve el recurso de apelación, establece que ésta debe pronunciarse “exclusivamente” sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso principal y, en su caso, en los “escritos de oposición o impugnación, a que se refiere el art. 461 LEC”.

Así pues, la *impugnación* del apelado, al igual que la antigua “adhesión a la apelación”, se configura como una institución autónoma, que tiene unos efectos similares a los que en su momento produjeron los actos de interposición originarios de otras partes. La única subordinación de esta apelación sobrevenida respecto de la principal se produce en relación con la preexistencia necesaria de ésta. Sólo si efectivamente alguna parte ha apelado inicialmente, cabrá la impugnación posterior del apelado, ya que si ninguna de las partes ha interpuesto el recurso tempestivamente, habrá precluido la posibilidad de que posteriormente se pueda atacar el contenido de la sentencia de primera instancia. En todo lo demás, se trata de un nuevo recurso con plena autonomía e independencia.

En estos casos en los que el apelado no se limita a oponerse al recurso de apelación, sino que impugna autónomamente la sentencia a través del trámite previsto en el art. 461. 2 LEC, se suma a la apelación originaria, y abre la posibilidad de que el apelante originario, como correlato de esta actuación sobrevenida, pueda pronunciarse sobre la inviabilidad de dicha impugnación (o sobre la admisibilidad de la documentación aportada o sobre la prueba propuesta por la contraparte). Sin embargo, en este trámite de mera oposición (art. 461.4 LEC), por imperativo del *principio de igualdad*, el mencionado apelante principal debe tener vedada toda posibilidad de introducir nuevas alegaciones y/o pretensiones frente al apelado-apelante (cosa que debió hacer en los escritos de preparación e interposición del recurso), ya que éste carece de un trámite equivalente para defenderse. ¿Cómo y cuándo podría el apelante sobrevenido contraargumentar frente a las nuevas pretensiones de su contraparte?, ¿cuándo y cómo podría exponer su punto de vista jurídico contrario a la ampliación del objeto de la apelación por parte del apelante originario?

Por otra parte, debemos aplicar la siguiente regla hermenéutica sobre la preclusión de los actos procesales: “*una vez que precluye un poder procesal el ordenamiento prohíbe que el titular del poder precluido adquiera en el futuro nuevos poderes que tengan una finalidad o contenidos idénticos al precluido*”. La preclusión de un derecho, facultad o potestad procesal impide el nacimiento de posibilidades de actuación de idéntico contenido o tendentes a un mismo fin” [VALLINES GARCÍA, E., 2004, p. 268]. El ordenamiento procesal civil presume que, precluida una facultad procesal, el efecto extintivo, es imputable sólo a su titular, que debe padecer sus consecuencias. Si el titular de un poder no lo ha ejercitado en tiempo oportuno y el poder ha precluido, resulta absolutamente razonable que el tribunal le niegue la adquisición de futuros poderes que le permitan alcanzar un resultado que pudo obtener con anterioridad, si hubiera ejercitado oportunamente su poder precluido; es decir, al que desaprovechó la oportunidad de realizar un concreto acto procesal (como consecuencia del ejercicio de un concreto derecho, facultad o potestad procesal), no se le permite, después, practicar ese acto. Aplicando esta regla a la cuestión planteada en el caso que nos ocupa, necesariamente debemos concluir que quien apela una sentencia de primera instancia y deja precluir las facultades de obtener un nuevo pronunciamiento frente a alguno de los codemandados (porque se aquieta respecto de esa parte del fallo), no puede, con posterioridad (si la contraparte impugna, a su vez, la sentencia en lo que le resulta desfavorable), adquirir facultades para poder ampliar el objeto de la apelación y conseguir una revocación de un pronunciamiento que él había consentido. Como establece el apartado 4 del art. 461 LEC, el apelante principal tan sólo podrá oponerse a la sobrevenida impugnación de la sentencia por parte del apelado, introduciendo argumentos sobre la “admisibilidad de la impugnación y, en su caso, sobre los documentos aportados y pruebas propuestas por el apelado”.

En resumen, pues, el acierto fundamental de la sentencia que hemos comentado reside en la erradicación de la otra “doctrina” errónea que colocaba al apelante principal en una clara situación de ventaja sobre el apelado que impugnaba la sentencia por el trámite del art. 461.2 LEC. El principio de igualdad de partes exige siempre el rechazo de cualquier acto procesal realizado fuera del tiempo legalmente determinado y, por supuesto, prohíbe un repentino cambio de la *materia iudicii* (en este caso, una injustificable ampliación del objeto del recurso de apelación). De lo contrario, se estaría produciendo una indefensión vulneradora del art. 24 CE.

Para finalizar este breve comentario, nos parece muy pertinente recordar la acrisolada doctrina de la Sala 1ª sobre la función del recurso de apelación y, en general, de la segunda instancia jurisdiccional: “El recurso de apelación que abre la segunda instancia es una *revisio prioris instantiae* [revisión de la primera instancia] que, permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa (SSTS 5-05-1997 (RJ 1997, 3669), RC 1294/1993, 31 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2038), RC n.º 141/1994, STC 3/1996, de 15 de enero (RTC 1996, 3)), lo

que faculta al Tribunal para valorar los elementos fácticos y apreciar las cuestiones jurídicas según su propio criterio aunque con los límites que impone la prohibición de la reforma peyorativa, esto es la modificación de la sentencia apelada en perjuicio del apelante salvo que provenga de la estimación de la impugnación del inicialmente apelado, y el principio *tantum devolutum quantum appellatum* [se transfiere lo que se apela], conforme al cual el tribunal de apelación sólo debe conocer de aquellas cuestiones que le han sido planteadas en el recurso, como se regula en el artículo 465.4 [465.5] LEC. Ambos límites de conocimiento son manifestaciones en la segunda instancia del principio de congruencia de las sentencias, con dimensión constitucional por afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a no sufrir indefensión que se proyecta en el régimen de garantías legales de los recursos (SSTS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 4704) , RC n.º 369 / 2005, 26 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 7476) , RC n.º 930 / 2003) [...] siendo doctrina reiterada del Tribunal Constitucional la que declara que por indefensión constitucionalmente relevante solo puede entenderse la situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien su posibilidad de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (SS-TC 48/1986, de 23 de abril (RTC 1986, 48), 145/1990, de 1 de octubre (RTC 1990, 145), 2/2002, de 14 de enero (RTC 2002, 2), 109/2002, de 6 de mayo (RTC 2002, 109) ” [Vid. STS 20-10-2010, núm. 625/2010, (RJ 2010\381831)].

7. Bibliografía

- BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J.), Madrid, Civitas, 2001.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J.), *Derecho procesal. Introducción*, Madrid, C.e.r.a., 2ª ed., 2001.
- *Derecho procesal civil. El proceso de declaración* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), Madrid, C.e.r.a., 3ª ed., 2004.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El recuso de apelación en el proceso civil*, Madrid, Colex, 2001.
- OROMÍ I VALL-LLOVERA, S., *El recurso de apelación en el proceso civil (partes, intervinientes y terceros)*, Barcelona, Atelier, 2002.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., *La segunda instancia en el proceso civil*, Barcelona, Cedecs, 1998.
- VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 2004.