|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 33/2006 |
| Fecha | de 1 de febrero de 2006 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. |
| Núm. de registro | 6806-2005 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 6806-2005 |
| Fallo | Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6806-2005. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Con fecha 29 de septiembre de 2005 se registró en este Tribunal oficio de la Secretaría de Justicia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra al que se adjuntaba testimonio del rollo de apelación núm. 21-2005 y Auto de 9 de junio de 2005, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 465.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“coincidente este último con el art. 227.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil”), por posible infracción de los arts. 9.3, 24.1 y 117.1 de la Constitución.

2. Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la cuestión son, sucintamente expuestos, los que siguen:

a) En autos de juicio ordinario núm. 146-2004 el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Pontevedra dictó Sentencia de 28 de septiembre de 2004, estimatoria de la demanda interpuesta por una entidad bancaria contra una persona física que fue condenada al pago de determinada cantidad.

b) La parte demandada interpuso recurso de apelación ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra (rollo núm. 21-2005), reprochando a la Sentencia de instancia haber dejado sin resolver uno de los motivos de oposición formulados en la contestación a la demanda, cuya apreciación habría conducido a la desestimación de la pretensión actora.

c) Tramitado el recurso, por providencia de 4 de abril de 2005, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.2 LOTC, la Sección requirió a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que estimasen conveniente en relación con la pertinencia de cuestionar la constitucionalidad de los arts. 465.2 LEC y 240.2 LOPJ (art. 227.2 LEC), pues dichos preceptos impiden anular la Sentencia de instancia y retrotraer lo actuado para que el Juzgado se pronuncie sobre lo silenciado, de manera que, resolviéndose en apelación lo que debió decidirse en primera instancia, se produciría como efecto la pérdida de una instancia de enjuiciamiento.

d) El Ministerio Fiscal recurrió en reposición el anterior proveído por no indicarse en él los preceptos constitucionales supuestamente infringidos. Mediante providencia de 3 de junio de 2005 la Sección identificó como posiblemente vulnerados los arts. 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva), 9.3 (principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos), 117.1 (principio de sometimiento de los Jueces a la ley) y 120.3 (motivación de las resoluciones judiciales).

e) La parte actora entendió que no procedía el planteamiento de la cuestión. En su opinión, sin perjuicio del interés que ofrece el problema de fondo, la resolución del proceso no depende de la validez de las normas señaladas por el órgano judicial, toda vez que carecía de fundamento el motivo de oposición respecto del cual se habría guardado silencio por parte del Juzgado.

f) El Ministerio Público se opuso igualmente al planteamiento de la cuestión. A su juicio el litigante afectado por una Sentencia dictada en infracción de normas procesales no vería vulnerados sus derechos ex art. 24 CE por el hecho de quedar privado del recurso que le correspondería sobre el fondo, al resolver sobre el mismo el propio Tribunal de apelación, sin posibilidad de retroacción a la primera instancia. Para el Ministerio Fiscal el litigante obtiene en todo caso una respuesta judicial suficiente, pues en virtud del recurso ejercido se resuelve tanto sobre el defecto procesal como sobre la cuestión de fondo, acumulándose en una sola resolución la respuesta a dos pretensiones diferentes (formal y material). De otro lado el derecho a la doble instancia sólo está constitucionalmente garantizado en el ámbito de la jurisdicción penal.

3. Mediante Auto de 9 de junio de 2005 la Sección acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 465.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“coincidente este último con el art. 227.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil”), por posible infracción de los arts. 24.1, 9.3 y 117.1 de la Constitución.

Se cuestiona la constitucionalidad de los siguientes preceptos legales:

Artículo 465.2 LEC. “Si la infracción procesal alegada se hubiera cometido al dictar sentencia en la primera instancia, el Tribunal de apelación, tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fuera objeto del proceso”.

Artículo 240.2 LOPJ. “Sin perjuicio de ello, el Juzgado o Tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

En ningún caso podrá el Juzgado o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese Tribunal”

Artículo 227.2 LEC. “Sin perjuicio de ello, el Tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

En ningún caso podrá el Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese Tribunal”.

En el Auto de planteamiento se afirma, en primer lugar, que los preceptos legales objeto de la cuestión son aplicables al caso que debe resolverse por el Tribunal que la plantea y que de su validez depende el fallo. Esto último en razón de que la Sección está en situación de tener que reparar una infracción procesal en la forma exigida por los preceptos cuestionados. De ser inconstitucionales el Tribunal anularía la Sentencia de instancia ordenando que por el Juzgado se dictara una nueva resolución; en otro caso no habría retroacción de lo actuado y sería la Sección misma la que debería resolver, por vez primera y en única instancia, sobre la cuestión omitida por el Juzgado.

Tras referir los particulares del caso debatido en el proceso, el órgano judicial concluye que la Sentencia impugnada en el recurso de apelación que debe resolver incurre en una clara incongruencia omisiva, de la que resulta una infracción del derecho a la tutela judicial. Para el Tribunal proponente la reparación de esa infracción sólo puede alcanzarse declarando la nulidad de la Sentencia recurrida y retrotrayendo las actuaciones para que se dicte una nueva resolución en la primera instancia. En otro caso, además de consumarse la infracción producida en la primera instancia, se le daría continuidad en la apelación, pues se privaría a la parte del disfrute efectivo de una segunda instancia, redundando todo ello en una vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y del obligado sometimiento de los Jueces a la ley (art. 117.1 CE).

Aun sabiendo que no existe un derecho constitucional a la doble instancia civil, el órgano judicial recuerda que, establecida por el legislador una segunda instancia, se tiene derecho a disfrutarla en plenitud, sin que sean factibles soluciones procesales que la hagan impracticable. Para el Tribunal, si con la doble instancia se aspira a que una misma cuestión sea objeto de dos enjuiciamientos sucesivos por parte de dos órganos judiciales diferentes, la solución procesal combatida traicionaría ese propósito, pues con arreglo a ella ha de dictarse una única Sentencia de fondo, con quiebra del principio de inmediación y con perjuicio grave de la naturaleza propia del juicio de apelación, que presupone siempre un pronunciamiento judicial previo en el que se formaliza un criterio o punto de vista que el Tribunal ad quem debe incorporar como un elemento más del juicio que le corresponde llevar a cabo en la segunda instancia.

En el Auto de planteamiento se advierte de que la posición de los Tribunales y de la doctrina académica no es pacífica, no existiendo una línea jurisprudencial uniforme. Por lo demás se llama la atención sobre las consecuencias que derivan del régimen legal vigente en los casos de defecto de litisconsorcio pasivo necesario, pues el Tribunal de apelación no podría declarar de oficio la nulidad de lo actuado y retrotraer la causa al momento del emplazamiento omitido. Por último el órgano judicial llama la atención sobre el distinto tratamiento dispensado a las Sentencias dictadas en primera instancia y en apelación cuando no se observan las exigencias del art. 218 LEC: si en el primer caso no se retrotraen las actuaciones y es el Tribunal ad quem el que suple el defecto advertido, en el segundo supuesto habría lugar a un recurso extraordinario por infracción procesal que, de prosperar, provocaría la devolución de los autos por el Tribunal Supremo o por el Tribunal Superior de Justicia para que se dictara nueva Sentencia por el Tribunal a quo.

4. Mediante providencia de 8 de noviembre de 2005 la Sección Tercera acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si fuera notoriamente infundada.

5. El escrito de alegaciones del Fiscal General del Estado se registró en el Tribunal el 19 de diciembre de 2005. En él se sostiene, en primer lugar, que de la lectura del Auto de planteamiento se desprende que la inconstitucionalidad advertida traería causa de la infracción del art. 24.1 CE por impedirse el derecho a una segunda instancia, partiendo el órgano judicial de la idea de que la instancia sólo se consume cuando el órgano judicial se pronuncia sobre el fondo de la controversia. A la vista de la doctrina sentada por el Tribunal (AATC 98/1993, 366/1996, y Auto de 26 de enero de 2004) el Fiscal General concluye que el conocimiento por el órgano superior de objetos procesales que no han sido depurados en la primera instancia no vulnera el derecho de acceso al recurso ni el derecho a la doble instancia. Ello con independencia de que este último tiene una aplicación muy limitada, si no nula, fuera del proceso penal. El objetivo de la doble instancia se satisface por el hecho de que la parte tenga acceso a un recurso ante el órgano superior que le permita defender sus derechos y presentar pruebas dentro del marco diseñado por la ley.

La circunstancia, prosigue el Fiscal General, de que el legislador, por razones de economía procesal u otras derivadas de principios constitucionales como el derecho a un proceso sin dilaciones, haya previsto la subsanación del defecto de motivación o de incongruencia por el Tribunal de apelación entra dentro de su ámbito de decisión. Se trata de una opción legislativa que no vulnera ningún precepto constitucional. Y la función de control del órgano inferior por el superior, al que tanto se alude en el Auto de planteamiento, no deja de ejercerse porque se depuren en la Sentencia de apelación los vicios de la dictada en primera instancia. El control en estos casos se ejerce mediante la corrección por el superior de la falta de motivación o de congruencia de la resolución impugnada.

Por lo expuesto el Fiscal General del Estado interesa la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra cuestiona la constitucionalidad de los siguientes preceptos legales:

Artículo 465.2 LEC. “Si la infracción procesal alegada se hubiera cometido al dictar sentencia en la primera instancia, el Tribunal de apelación, tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fuera objeto del proceso”.

Artículo 240.2 LOPJ. “Sin perjuicio de ello, el Juzgado o Tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

En ningún caso podrá el Juzgado o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese Tribunal”

Artículo 227.2 LEC. “Sin perjuicio de ello, el Tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

En ningún caso podrá el Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese Tribunal”.

El planteamiento del órgano judicial puede resumirse en la idea de que el respeto a la doble instancia exige que, advertida por el Tribunal de apelación una incongruencia omisiva en la Sentencia de instancia, se retrotraiga lo actuado para que el órgano judicial a quo dicte nueva Sentencia de fondo. La solución arbitrada por los preceptos cuestionados, consistente en habilitar al Tribunal de apelación para suplir directamente la omisión advertida, conduciría de hecho a la privación a las partes de su derecho a obtener un doble enjuiciamiento de fondo por obra de órganos judiciales diferentes que actúen en instancias sucesivas.

Con independencia de que un derecho así concebido no tiene encaje en la configuración constitucional de la doble instancia -no ya en el ámbito de la jurisdicción civil, sino tampoco en el de la jurisdicción penal-, la legislación procesal vigente es más compleja de lo que se desprende de la exégesis del Tribunal que plantea la cuestión; cuando menos ofrece matices que se han descuidado por ese Tribunal en su razonamiento.

2. El remedio posible para los supuestos de infracciones procesales no se reduce, como parece sostener la Audiencia Provincial, a la fórmula prevista en el art. 465.2 LEC. En ese precepto se contempla el caso de las infracciones cometidas “al dictar sentencia en la primera instancia”, quedando fuera, por tanto, las infracciones verificadas en momentos anteriores, lo que excluye la aplicación del precepto al supuesto de constitución defectuosa del litisconsorcio pasivo necesario, traído a colación por la Audiencia en un intento de conferir a su cuestión una dimensión abstracta que nunca podría tener. En efecto, de acuerdo con el apartado 3 del propio art. 465 LEC, de no ser aplicable lo dispuesto en el apartado 2, y si “la infracción procesal fuere de las que originan la nulidad radical de las actuaciones o de parte de ellas, el Tribunal lo declarará así mediante providencia, reponiéndolas al estado en que se hallasen cuando la infracción se cometió”. Por lo demás el principio del que parte la Ley de Enjuiciamiento es el de la nulidad de actuaciones, y consiguiente retroacción de lo actuado, si el vicio procesal advertido no pudiera ser subsanado en la segunda instancia (art. 465.3 LEC), previéndose expresamente, en cuanto a los defectos que hubieran podido padecerse respecto de la prueba, que ésta se practique en apelación o en la primera instancia según sea o no factible lo primero, atendidas las particularidades de cada caso (art. 465.3 LEC in fine).

Por su lado el art. 240.2 LOPJ (art. 227.2 LEC) atiende igualmente, como principio, a la posibilidad de subsanación del defecto procesal advertido, de suerte que, caso de no ser factible, procederá la nulidad de lo actuado. El hecho de que se exija la solicitud de la parte en ese sentido cuando no se trate de defectos referidos a la falta de jurisdicción o de competencia o a supuestos de violencia o intimidación que afectaren al órgano judicial, obedece, como es obvio, a la naturaleza dispositiva del proceso civil. Sin olvidar que el art. 241 LOPJ ofrece cobertura suficiente para los casos de indefensión derivada de defectos de forma que afecten a terceros.

3. En definitiva, los preceptos cuestionados se enmarcan en un régimen procesal civil que conjuga de manera equilibrada la necesidad de dar satisfacción a dos exigencias no siempre compatibles: de un lado, el derecho a la doble instancia; de otro, la economía procesal al servicio de la tutela judicial dispensada en un tiempo razonable. Tomando como base el criterio de la posibilidad de subsanación (lo que comporta atender siempre a las particularidades de los defectos procesales en presencia, dada la diversidad que en ese punto puede ofrecer la realidad), el legislador procesal se inclina por el principio de economía, siempre que el Tribunal de apelación pueda reparar la lesión padecida sin merma grave o significativa del derecho o interés afectados por la irregularidad procesal en cada caso. Debiendo repararse en que con ello se sacrifica otro principio, el de la doble instancia, que sólo tiene anclaje constitucional inmediato en el ámbito de la jurisdicción penal, en tanto que en la civil únicamente existe por decisión legislativa y en los términos que el legislador decida (por todas, 252/2004, de 20 de diciembre). Y precisamente porque, como derecho de configuración legal, se disfruta en la forma y con el alcance que el legislador disponga, no merece tacha alguna un régimen que, como el vigente, priva a las partes (por igual y sin distingos) de la posibilidad de dos decisiones judiciales sucesivas sobre el fondo en todos los casos en que concurra una circunstancia objetiva (la posibilidad de subsanación), apreciable por el Juez o Tribunal en términos que han de ser siempre conformes con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva; es decir, de manera razonable y no arbitraria.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6806-2005.

Madrid, a uno de febrero de dos mil seis.