|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 381/1985 |
| Fecha | de 5 de junio de 1985 |
| Sala | Sección Cuarta |
| Magistrados | Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente y don Francisco Pera Verdaguer. |
| Núm. de registro | 251-1985 |
| Asunto | Recurso de amparo 251/1985 |
| Fallo | La Sección acuerda la inadmisibilidad de este recurso de amparo. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El día 26 de marzo pasado se presentó en este Tribunal por don José Antonio Arcas Velasco, demanda de amparo constitucional contra Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga de 2 de marzo de 1985, por presunta vulneración del art. 24 de la Constitución Española.

Los hechos que fundamentan la demanda son los siguientes:

a) El actor dedujo demanda de juicio de desahucio por precario contra don Domingo Benítez Moreno, como consecuencia de la adquisición de una finca rústica que éste habitaba sin pagar renta ni merced. Admitida la demanda a trámite se celebró juicio verbal en el que el actor se ratificó en su demanda y el demandado alegó llevar trabajando como casero en dicha finca dieciocho años. En trámite de prueba, el actor propuso documental y confesión del demandado (que reconoció no haber pagado nunca nada), y no se propuso prueba por parte de este último. Terminado el proceso, el Juzgado de Distrito de Vélez-Málaga dictó Sentencia de 17 de mayo de 1984, acordando haber lugar al desahucio por precario.

b) El demandado interpuso recurso de apelación, siguiéndose por sus trámites hasta el momento de dictar Sentencia, en que la Sección de la Audiencia Provincial acordó, con suspensión del término para dictarla, requerir al Procurador del recurrente que aportase, como diligencia para mejor proveer el contrato de arrendamiento celebrado entre Domingo Benítez y la anterior propietaria, doña Dolores Acosta, a que se había referido aquél en el trámite de instrucción. Puesto de manifiesto dicho documento al recurrido, éste alegó lo que consideró oportuno sobre su contenido y opuso que su admisión implicaría indefensión vulneradora del art. 24 de la Constitución Española por expresar hechos no alegados en la instancia y que no han podido ser objeto de contraprueba.

c) La Sección dictó Sentencia de 2 de marzo de 1985 acogiendo el recurso por estimar probado que la ocupación de la vivienda estaba justificada no en la mera tolerancia de los propietarios, sino en una relación contractual mediante la cual podía usarse a cambio de ciertas prestaciones de labores o vigilancia sobre la finca rústica.

El demandante denuncia la vulneración del art. 24 de la Constitución por haberle producido indefensión la admisión del documento en que constaba el contrato que fue decisivo para la decisión de la Audiencia. La parte recurrente alegó la existencia de dicho contrato en el escrito en que se dio por instruido, vulnerando la prohibición establecida en el art. 857 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la Sala acordó como diligencia para mejor proveer, irrecurrible, la aportación de dicho contrato, sin que tal hecho hubiera sido alegado y objeto de controversia en la instancia. La indefensión se consuma cuando la Sala falla conforme al nuevo hecho contenido en el documento que no puede ser objeto de contraprueba en ninguna de las dos instancias.

Solicita la declaración de nulidad de la Sentencia recurrida y que se ordene a la Audiencia dicte nueva Sentencia conforme a Derecho sin tener en cuenta el documento aportado para mejor proveer.

2. Por providencia de 24 de abril se acordó oír al demandante y al Ministerio Fiscal acerca de la posible inadmisión de la demanda por las siguientes causas: 1.ª la regulada por el art. 50.1 b) en relación al 44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, porque no consta que se haya invocado en el previo proceso judicial el derecho fundamental que se dice vulnerado, y 2.ª la del art. 50.2 b) de la LOTC, por cuanto la demanda pudiera carecer de contenido que justifique una decisión por parte de este Tribunal.

En este trámite la parte demandante ha alegado en relación a la primera de las referidas causas de inadmisión que la vulneración constitucional que se denuncia se sitúa en dos momentos. En el primero, la Sala acordó como diligencia para mejor proveer requerir al Procurador del recurrente para que presentase el ejemplar del contrato de arrendamiento que había sido alegado indebidamente en el escrito de instrucción. Tal resolución, por imperativo del art. 340 de la L.E.C., es irrecurrible. El demandante tan pronto como hubo lugar para ello, esto es, al evacuar el traslado del documento, se opuso a su admisibilidad por entender que producía indefensión y la violación del derecho fundamental de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y a un derecho público con garantías, con cita del art. 24 de la Constitución. El segundo momento de la violación denunciada se produce, a su entender, cuando la Sala acuerda fallar conforme a la alegación contenida en el escrito de instrucción y al contenido del documento en él referenciado. Concluyendo su razonamiento con la doctrina sentada por este Tribunal en el sentido de que «cuando la violación se imputa a la decisión que pone fin al proceso, sin que existan otras vías jurisdiccionales útiles, es claro que no hay oportunidad procesal para la invocación, deviniendo inexigible» el requisito del art. 44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En cuanto al contenido constitucional de la demanda, expone su criterio de que la falta de aplicación de normas procesales sobre alegaciones incide en las garantías constitucionales, de igualdad de las partes, y de defensa contradictoria, ya que como se afirma por este Tribunal en Sentencia de 5 de mayo de 1982 sobre un tema de congruencia, «cuando la desviación... es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción y por ende del fundamental derecho de defensa».

3. En el mismo trámite de alegaciones el Ministerio Fiscal ha expuesto que el problema lo plantea el recurrente referido únicamente a una diligencia para mejor proveer, ordenada por la Audiencia basando la petición de amparo en que la aportación del documento o contrato introduce en el proceso un hecho nuevo sobre el cual no ha existido contradicción y por lo tanto debate; al admitirlo y basar la Sentencia en él, la Sala causa indefensión a la parte. El Ministerio Fiscal expone que es erróneo tomar por hecho nuevo lo que constituye únicamente la prueba del hecho debatido en ambas instancias, es decir, la existencia o no del precario. El demandado mantenía que pagaba una merced y esto lo sostuvo y alegó ante el Juzgado y ante la Sala. Lo que se une al proceso es la prueba de este hecho, que fue tomada en cuenta por la Sala. No fue un hecho nuevo sino la prueba del hecho, nudo de la demanda y sobre el cual se centraron las alegaciones y pruebas del recurrente en el procedimiento de desahucio. No existe la base del recurso de amparo, al confundir la demanda el hecho con la prueba del mismo.

Después de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se exige la citación de las partes y el examen por las mismas de la prueba practicada a instancia del Tribunal, y éstas pueden alegar lo que estimen conveniente acerca de su alcance o importancia; es decir, existe la contradicción y el debate entre las partes sobre la diligencia para mejor proveer, en definitiva, sobre la prueba. No es la aportación de un hecho nuevo, porque no es una alegación, sino únicamente una prueba. En el caso concreto -reitera el Ministerio Fiscalel hecho, contenido del documento, no es nuevo, sino la base central de todo el proceso: el pago o no de merced, afirmado por el demandado y negado por el demandante. La Sala ha realizado una valoración de la prueba aportada sobre el hecho del precario y ha concluido afirmando que no existía el mismo.

El Ministerio Fiscal concluye que no ha habido indefensión para el recurrente porque no ha habido hecho nuevo no sometido a debate, sino la práctica por orden del Tribunal de una prueba que ha acreditado el hecho discutido y debatido. El recurrente ha podido, y lo ha hecho, impugnar la prueba y su contenido en el plazo que legalmente le ha concedido el Tribunal. Por lo cual no tiene la demanda, a juicio del Ministerio Fiscal, contenido constitucional.

En cuanto al posible defecto de invocación de la vulneración constitucional entiende el Ministerio Fiscal que no se da en este caso, pues tal vulneración, si se ha producido, lo ha sido en la Sentencia de apelación, ya que contra la resolución judicial ordenando la práctica de la diligencia para mejor proveer no se da recurso alguno.

Al producirse la presunta violación en la Sentencia, no existe momento procesal oportuno para denunciar la violación del derecho fundamental, por lo que no se puede realizar la invocación formal a que se refiere el art. 44.1 c) de la Ley Orgánica de este Tribunal.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Se alega en la demanda de amparo que se produjo indefensión proscrita en el art. 24 de la Constitución, en el curso y resolución de un proceso de desahucio por precario, y como consecuencia de haberse referido el apelante al evacuar el trámite de instrucción a la existencia de un contrato de arrendamiento celebrado por el demandado con la anterior propietaria de la finca de autos, lo que probaría la inexistencia del precario, documento que el Tribunal de apelación solicitó como diligencia para mejor proveer, con audiencia posterior de las partes, poniendo término al litigio la Sentencia que ahora y aquí se impugna, revocatoria de la del Juzgado de Distrito, con desestimación final de la demanda de desahucio.

El demandante en amparo expone sustancialmente, en primer lugar, la ilicitud de la alegación hecha de contrario en el trámite de instrucción relativa a la existencia del referido documento, y en segundo término, que no tuvo oportunidad de oponer la pertinente contraprueba. Ahora bien, es de notar que como pone de relieve el Ministerio Fiscal en realidad en este caso no se trata de la alegación de un hecho nuevo, o de introducir en el proceso un planteamiento inédito hasta el momento, sino, más simplemente, de poner en conocimiento del Tribunal la existencia de un determinado elemento probatorio afectante a una situación fáctica objeto de discusión, cual la de si se trataba de precario o de si éste estaba excluido por mediar entre las partes alguna vinculación que lo desvirtuaba, posibilidad que podrá ser más o menos rigurosa en un orden procesal estricto, pero que no alcanza a producir la indefensión que se invoca, porque, en definitiva, el Tribunal de Apelación dispone del mecanismo establecido en el art. 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del que puede hacer uso según su criterio, a excitación de las partes o sin ella, precepto que opera al margen de la limitación contenida en el art. 1.586 de la misma Ley, atinente a la proposición y práctica de pruebas instada por los litigantes, habiéndose producido el trámite de audiencia posterior a la práctica de la cuestionada prueba documental, siendo palmario que esta prueba, para mejor proveer, pudo igualmente haber surgido tras una simple mención realizada por la parte apelante en el acto de la vista del recurso, siendo consecuencia de todo ello la positiva aplicación de lo establecido en el art. 50.2 b) de la LOTC, sobre carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda de amparo.

2. Aun cuando es intranscendente, establecido lo anterior, debe indicarse que cabe aceptar que -según se afirma en el escrito de demanda y se reitera en el de alegaciones en la actual fase inicial- quedó cumplida la exigencia de invocación del derecho fundamental presuntamente vulnerado desde el momento en que se dice que se puso de relieve en el escrito evacuando el traslado conferido por la Sala respecto a la aportación del documento a que nos hemos referido.

ACUERDA

La Sección acuerda la inadmisibilidad de este recurso de amparo.

Madrid, a cinco de junio de mil novecientos ochenta y cinco.