



Roj: **STS 1635/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1635**

Id Cendoj: **28079119912019100015**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **23/05/2019**

Nº de Recurso: **2203/2016**

Nº de Resolución: **282/2019**

Procedimiento: **Recurso extraordinario infracción procesal**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 282/2019

Fecha de sentencia: 23/05/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2203/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/04/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: RSJ

Nota:

RECURSO INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2203/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 282/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno



D. Rafael Saraza Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro Jose Vela Torres

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 23 de mayo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 58 de Madrid. El recurso fue interpuesto por Elias y Erasmo , representados por la procuradora Consuelo Rodríguez Chacón y bajo la dirección letrada de Rafael Gómez-Ferrer Morant. Es parte recurrida Felicísimo , Florentino y Gerardo , representados por la procuradora Montserrat Gómez Hernández y bajo la dirección letrada de Carlos Lorenzo Romero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia.*

1. La procuradora Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de Elias y de Erasmo , interpuso una demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 58 de Madrid, contra Florentino , Felicísimo y Gerardo , para que se dictase sentencia por la que:

"1.- Declare que el número y numeración de las acciones que cada uno de los grupos de hermanos han de transmitirse recíprocamente son, respectivamente, los indicados en los hechos décimo y undécimo de esta demanda.

"2.- Condene a D. Florentino a adquirir, para su transmisión a mis mandantes las acciones de Imronda S.A. números 29.101 a 104.100, apercibiéndole de que, caso de no hacerlo, vendrá obligado a abonar a mis representados la suma de 2.298.000 euros, que importa el valor contable de dichas acciones (1.149.000 euros), con más otros 1.149.000 euros, que se establece como indemnización de los daños y perjuicios que se derivan de su eventual no adquisición y transmisión, sumas a cuyo pago se le condena subsidiariamente.

"3.- Condene a los demandados a emitir declaración de voluntad de transmisión a favor de mis mandantes, por mitad e iguales partes, de las acciones libres de cargas de Imronda, S.A. y Cuevalosa, S.A. cuyos concretos número y numeración se han dejado indicados en el hecho Décimo de esta demanda y que se relacionan en los cuadros I y II aportados con el presente escrito como documentos números 141 y 142, y de adquisición recíproca de ellos por transmisión de mis representados, por terceras e iguales partes si los demandados no manifestaren otra cosa, de las acciones de Urbial S.A., Urbatorre S.A., Demagrisa S.A. e Inmasan S.A., cuyos concretos número y numeración también se han dejado indicados en el hecho Undécimo de esta demanda y que se relacionan en los cuadros III, IV, y V aportados con el presente escrito como documentos números 143, 144 y 145; concretándose que las transmisiones recíprocas dichas proceden en cumplimiento de la obligación impuesta por laudo dictado con fecha 12 de noviembre de 2001, aclarado el 28 de noviembre de 2001, y que, de conformidad con lo establecido en el mismo, no procede ninguna otra transmisión ni compensación entre las partes; y que cada uno de los hermanos Felicísimo Elias Erasmo Florentino Gerardo satisfará los gastos e impuestos correspondientes a la transmisión que cada uno de ellos hace. Todo ello advirtiendo a los demandados de que, caso de no emitir la referida declaración de voluntad, se tendrá por emitida en ejecución de sentencia y se librá el oportuno testimonio, así como se procederá por el Juzgado a otorgar a su costa y en su lugar la escritura pública mediante la que se documente la correspondiente transmisión de acciones.

"4.- Condene a los demandados al pago de las costas causadas con motivo de este procedimiento."

2. La procuradora Montserrat Gómez Hernández, en nombre y representación de Felicísimo , Florentino y Gerardo , contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"[...] por la que declare la desestimación íntegra de la demanda, absolviendo a mi representada, con imposición a la parte actora de las costas del litigio."

3. El Juzgado de Primera Instancia n.º 58 de Madrid dictó sentencia con fecha 5 de junio de 2015 , con la siguiente parte dispositiva:

"Fallo: Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda, por apreciar la excepción de cosa juzgada, y todo lo anterior sin imposición de la condena de las costas causadas."

**SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia.*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Elías y Erasmo .
2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia de 20 de abril de 2016 , con la siguiente parte dispositiva:

"Fallamos: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Rodríguez Chacón, en representación de don Elías y don Erasmo , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 58 de Madrid con fecha 5 de junio de 2015 , que debemos confirmar, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada al recurrente."

3. La representación procesal de Elías y Erasmo , solicitó complemento de la anterior sentencia, y el 10 de mayo de 2016, la Audiencia dictó auto con la siguiente parte dispositiva:

"No haber lugar a complementar la sentencia dictada por esta sala con fecha 20 de abril de 2016 .".

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal.*

1. La procuradora Consuelo Rodríguez Chacón, en representación de Elías y Erasmo , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

- "1º) Infracción de los artículos 218.1 y 465.5 LEC , al incurrir en incongruencia omisiva.
- "2º) Infracción de los artículos 218.1 y 465.5 LEC , al incurrir en incongruencia *extra petita* .
- "3º) Vulneración del artículo 24.1 CE . y en concreto del derecho a la tutela judicial efectiva."

2. Por diligencia de ordenación de 14 de junio de 2016, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.ª, tuvo por interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Elías y Erasmo , representados por la procuradora Consuelo Rodríguez Chacón; y como parte recurrida Florentino , Felicísimo y Gerardo , representados por la procuradora doña Montserrat Gómez Hernández.

4. Esta sala dictó auto de fecha 3 de octubre de 2018 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Elías y don Erasmo , contra la sentencia dictada, con fecha 20 de abril de 2016, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19.ª, en el rollo de apelación 132/2016 , dimanante del juicio ordinario 1327/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 58 de Madrid".

5. Dado traslado, la representación procesal de Felicísimo , Florentino y Gerardo , presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 15 de enero 2019. Por providencia de 15 de enero de 2019, se acordó suspender el anterior señalamiento y señalar votación y fallo para el día 5 de marzo de 2019.

7. Por providencia de 5 de marzo de 2019, se acordó someter el presente recurso a conocimiento del Pleno de la Sala, a cuyo efecto se señaló el día 10 de abril de 2019, en que ha tenido lugar. El magistrado ponente D. Eduardo Baena Ruiz manifestó su discrepancia con la mayoría y anunció voto particular, y la redacción de la sentencia fue asumida por el magistrado de la sala D. Ignacio Sancho Gargallo, conforme dispone los arts. 206 LOPJ y 203 LEC .

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.** Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia

Los cinco hermanos Felicísimo Elías Erasmo Florentino Gerardo (Elías , Erasmo , Florentino , Felicísimo y Gerardo) compartían la titularidad sobre el patrimonio familiar que comprendía diferentes paquetes de acciones de las sociedades Urbial, S.A., Imronda, S.A., Inmasan, S.A., Cuevalosa, S.A., Urbatorre, S.A. y Demagrisa, S.A.



El 13 de noviembre de 2000, firmaron un convenio por el que acordaban someter sus diferencias a arbitraje de equidad que debía ser resuelto por un solo árbitro. Su objeto era determinar las últimas voluntades que regían las sucesiones de sus padres y su ejecución. En concreto, determinar las participaciones y derechos que correspondían a cada una de las partes del arbitraje en relación con las sociedades e inmuebles.

El arbitraje concluyó mediante laudo emitido el 12 de noviembre de 2001, aclarado el 28 de noviembre de 2001. Contra el laudo arbitral se interpuso acción de anulación por tres de los hermanos Felicísimo Elías Erasmo Florentino Gerardo (Florentino , Felicísimo y Gerardo). La anulación pretendida fue desestimada por sentencia de 18 de marzo de 2003 .

Los otros dos hermanos, Elías y Erasmo , instaron la ejecución del laudo arbitral. El 1 de marzo de 2005, el Juzgado de Primera Instancia que conoció de esta petición dictó auto en el que estimaba la oposición formalizada por Florentino , Felicísimo y Gerardo , y declaraba la nulidad del despacho de ejecución. Los dos instantes de la ejecución recurrieron este auto en apelación, y el recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial, mediante auto de 20 de febrero de 2006, al entender inejecutable el Laudo.

2. Con estos antecedentes, Elías y Erasmo interpusieron la demanda que dio inicio al presente procedimiento, dirigida contra los otros tres hermanos (Florentino , Felicísimo y Gerardo). En esta demanda, para lograr la efectividad y el cumplimiento de lo acordado en el laudo de 12 de noviembre de 2001, aclarado el 28 de noviembre de 2001, se pedía lo siguiente:

i) La declaración de que el número y numeración de las acciones que cada uno de los grupos de hermanos debían transmitirse recíprocamente eran, respectivamente, los indicados en los hechos décimo y undécimo de esa demanda;

ii) La condena de Florentino a adquirir, para su transmisión a los demandantes, las acciones de la mercantil Imronda, S.A., n.º 29.101 a 104.100, con el apercibimiento de que en caso de no hacerlo, vendría obligado a abonar a los actores la cantidad de 2.298.000 €, importe del valor contable de las acciones (1.149.000 €), más 1.149.000 €, como indemnización de los daños y perjuicios;

iii) La condena de los demandados a emitir la declaración de voluntad de transmisión a los demandantes, por mitad e iguales partes, de las acciones libres de cargas de Imronda, S.A. y Cuevalosa, S.A., de Urbial, S.A., Urbatorre, S.A., Demagrisa, S.A. e Inmasan, S.A., cuyos concretos números y numeración se contiene en los hechos décimo y undécimo de la demanda. Estas transmisiones recíprocas proceden en cumplimiento de la obligación impuesta por el laudo arbitral antes citado, sin que proceda ninguna otra transmisión ni compensación entre las partes. Cada uno de los hermanos Felicísimo Elías Erasmo Florentino Gerardo satisfará los gastos e impuestos correspondientes a la transmisión que cada uno de ellos hace. Con la advertencia a los demandados de que, caso de no emitir la referida declaración de voluntad, el juzgado lo otorgaría a su costa.

3. Los demandados, que se opusieron a la demanda, formularon previamente las excepciones de cosa juzgada e inadecuación de procedimiento.

El juzgado de primera instancia desestimó la demanda al apreciar la excepción de cosa juzgada. No se pronunció sobre la excepción de inadecuación de procedimiento, aunque manifestó sus dudas al respecto.

4. La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia circunscrito, en principio, a lo que había sido *ratio decidendi* de ella, a saber, la estimación de la excepción de cosa juzgada. Sin embargo, introdujo en el debate del recurso la cuestión relativa a la excepción de inadecuación de procedimiento. En su alegación segunda, bajo el título "la ambigüedad del tratamiento que la sentencia hace de la excepción de inadecuación de procedimiento", realiza una reflexión extensa dirigida a convencer al órgano colegiado sobre la improcedencia de tal excepción.

5. La sentencia de apelación parte de la siguiente consideración:

"No obstante el orden del planteamiento de las excepciones en la contestación a la demanda e independientemente de que ese haya sido el atendido por el juzgador *"a quo"*, siendo la inadecuación de procedimiento un defecto procesal, apreciable de oficio o a instancia de parte en cualquier estado del procedimiento que consiste en la infracción de la norma imperativa determinante de la clase de procedimiento a seguir y que determina, en caso de concurrir, bien la subsanación de dicho defecto si ello es posible, o bien el archivo definitivo de la causa sin dictar sentencia sobre el fondo del asunto, procede entrar a examinar aquella en primer lugar".

A continuación, analiza la excepción de inadecuación de procedimiento y la estima con el siguiente razonamiento:



"Considerando que lo que literalmente se pretende en la demanda, según su propio encabezamiento, y sin posibilidad de subsanar sin menoscabar las garantías procesales, es obtener los necesarios pronunciamientos para dar efectividad y cumplimiento al laudo arbitral dictado el 12 de noviembre de 2001, -cuya ejecución fue rechazada por el auto dictado por la sección 10.ª-, no puede más que concluirse, con que el procedimiento elegido por los demandantes, ahora recurrentes, no se ajusta a la norma,-lo que tratan es de ejecutar-, ni siquiera, como se pretende, al socaire de lo dispuesto en el . art. 552.3 de la LEC . Dicho precepto, -a tenor del cual, denegado que sea por auto firme el despacho de la ejecución, "el acreedor sólo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente, si no obsta a éste la cosa juzgada de la sentencia o resolución firme en que se hubiese fundado la demanda de ejecución"-, no ampara corregir, subsanar, completar o, en definitiva, rehabilitar un título que no se puede ejecutar, -acción que es la que articulan los demandantes-, sino que obliga, mediante el proceso ordinario correspondiente, a obtener nueva resolución estimatoria de una pretensión que, consecuentemente, sirva de título para ejecutar".

6. Frente a la sentencia de apelación, los demandantes han interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, que articulan en tres motivos.

Con carácter general, la parte recurrida opone como causa absoluta de inadmisibilidad que la sentencia recurrida no es susceptible de recurso de casación y de infracción procesal porque no tiene la consideración de sentencia de fondo que ponga fin a la segunda instancia.

Esta causa de inadmisión no concurre en este caso. La sentencia recurrida ha puesto fin al procedimiento, que no es incidental, y hace imposible su continuación al apreciar la excepción de inadecuación de procedimiento. Así lo ha entendido esta sala en otras ocasiones, por ejemplo en las sentencias 703/2015, de 21 de diciembre y 992/2008, de 27 de octubre , en sendos casos en que la sentencia recurrida había estimado la excepción de inadecuación de procedimiento.

SEGUNDO. *Motivos primero y segundo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación de los motivos* . El *motivo primero* se formula al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1. LEC , y se funda en que la sentencia recurrida se ha dictado con infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto de los artículos 218.1 y 465.5 LEC , al incurrir en incongruencia omisiva. El recurso entiende que la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva al negarse la Audiencia a entrar a conocer de la excepción de cosa juzgada apreciada en la primera instancia y cuya improcedencia hubiera determinado la revocación de la misma. Cita y extracta las SSTC 4/2006, de 16 de enero y 85/2006, de 27 de marzo .

El *motivo segundo* se formula al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC , y denuncia que la sentencia recurrida infringe las normas reguladoras de la sentencia, en concreto de los artículos 218.1 y 465.5 LEC , al incurrir en incongruencia *extra petita* .

En el desarrollo del motivo se razona sobre la improcedencia de apreciar la inadecuación de procedimiento que no se pretendió en el recurso de apelación ni por la parte apelante ni por la apelada, y ser una excepción procesal que no puede apreciarse de oficio en este caso de acuerdo con la jurisprudencia que expone.

En su argumentación cita y extracta sentencias de esta sala primera del Tribunal Supremo sobre la incongruencia *extra petita* (sentencias de 6 de julio de 2015 , recurso 2318/2013, de 30 de noviembre de 2012 , recurso 737/2008 y 30 de marzo de 2016 , recurso 2203/2013) y también sobre la improcedencia de apreciar de oficio la excepción de inadecuación de procedimiento (sentencias de 9 de mayo de 2008, recurso 104/2001 ; de 10 de junio de 2001, recurso 1602/1996 ; de 14 de diciembre de 1994, recurso 1847/1994 y 11 de mayo de 1998, recurso 1093/1994).

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación de los motivos primero y segundo* . Propiamente, la sentencia de apelación no incurre en los vicios de incongruencia, omisiva y *extra petita* , denunciados en los dos primeros motivos.

Como en otras ocasiones, hemos de partir del marco jurisprudencial sobre el deber de congruencia de las sentencias, contenido, entre otras en la sentencia 450/2016, de 1 de julio :

"Con carácter general, venimos considerando que "el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la causa *petendi* [causa de pedir] y el fallo de la sentencia" (Sentencias 173/2013, de 6 de marzo). "De tal forma que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("*ultra petita*"), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("*extra petita*") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("*infra petita*"), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige por ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de la



demanda y, en su caso, de contestación a la demanda y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito" (Sentencias 468/2014, de 11 de septiembre , y 375/2015, de 6 de julio)

Además, las sentencias de apelación se encuentran afectadas por las exigencias derivadas de la determinación de lo que es objeto del recurso, conforme a lo previsto en el art. 465.5 LEC . Este precepto dispone lo siguiente:

"El auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art. 461".

Esto es, el tribunal de apelación ha de resolver sólo las cuestiones controvertidas en el recurso de apelación y, en su caso, en la impugnación del recurso, en cuanto que las partes pueden haberse conformado con algunos de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia y haber ceñido la controversia en apelación a unas determinadas cuestiones (sentencias 308/2018, de 24 de mayo y 242/2019, de 24 de abril).

3. No hay duda de que en primera instancia eran objeto de litigio el análisis de las excepciones de cosa juzgada e inadecuación de procedimiento planteadas por los demandados en su contestación a la demanda. La sentencia de primera instancia se sujeta al orden en que fueron planteadas, analiza en primer lugar la excepción de cosa juzgada y la estima. No obstante, en su fundamento jurídico 16 y a "meros efectos dialécticos", el juez se pronuncia sobre la otra excepción, y razona que el procedimiento era inadecuado. El recurso de apelación no solo impugna que la sentencia de primera instancia haya apreciado la existencia de cosa juzgada, sino que además insiste en su alegación segunda sobre la procedencia del procedimiento seguido. De suerte que formaba parte del objeto de la apelación no sólo la cosa juzgada, sino también la cuestión de la inadecuación de procedimiento. Por eso, al margen de las razones dadas por la Audiencia para pronunciarse primero sobre la inadecuación de procedimiento y confirmar el pronunciamiento desestimatorio de la demanda, no cabe negar que lo resuelto fuera objeto de enjuiciamiento, y por eso no se incurre en incongruencia *extra petitum* .

Y, en la medida en que la sentencia de apelación expresamente afirma que se entiende desestimada la demanda por inadecuación de procedimiento, con sus efectos propios, y sustituye la razón de la desestimación contenida en la sentencia de primera instancia, que era la cosa juzgada material en sentido negativo, desde la perspectiva del demandante la sentencia recurrida no incurre en incongruencia omisiva por dejar de analizar si estaba bien estimada esta excepción.

TERCERO. Motivo tercero del recurso extraordinario por infracción procesal

1. Formulación del motivo . El *motivo tercero* se formula al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC , porque la sentencia recurrida vulnera el artículo 24.1 CE y en concreto del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

En el desarrollo del motivo, primero desarrolla la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto (en especial, la contenida en las sentencias 75/2009, de 23 de marzo ; 225/2006, de 17 de julio y 102/2009, de 27 de abril). Y, a continuación, argumenta que la decisión contenida en la sentencia recurrida de denegar la vía del juicio declarativo ordinario para instar los pronunciamientos necesarios para que pueda darse cumplimiento al laudo arbitral, "supone una interpretación de la excepción procesal de inadecuación de procedimiento en conexión con el artículo 552.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) rigorista, excesivamente formalista y desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican, por lo que supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, contenido en el artículo 24 de la Constitución ".

2. Oposición a la admisión del motivo . La parte recurrida se opone a la admisión de este motivo porque, a su juicio, el defecto denunciado debería haber sido objeto de una petición de subsanación o complemento. Procede rechazar esta objeción, porque ni el defecto denunciado es susceptible de subsanación por vía de un complemento de sentencia, ni mucho menos es imprescindible para poder impugnarlo por el recurso extraordinario por infracción procesal. Lo que se denuncia, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por privación del acceso a la jurisdicción, es consecuencia inmediata de la decisión del tribunal de apelación de considerar inadecuado el procedimiento empleado por los demandantes para lograr el cumplimiento del laudo. Frente a esta decisión, no hay margen de subsanación o complemento, y sólo resta, como hacen los recurrentes, acudir al recurso extraordinario por infracción procesal.

3. Doctrina constitucional sobre el derecho de acceso a la jurisdicción . El Tribunal Constitucional ha reconocido el acceso a la jurisdicción como un derecho derivado del derecho a la tutela judicial efectiva entre otras en las SSTC 39/2015, de 2 de marzo , 49/2016, de 14 de marzo , y 222/2016, de 19 de diciembre .



En relación con supuestos como el presente, en que se inadmite una demanda o se deja de resolver sobre el fondo por entenderse inadecuado el procedimiento al que se acude, la STC 39/2015, de 2 de marzo, con cita de la anterior STC 44/2013, de 25 de febrero, parte de la siguiente consideración:

"Resultan constitucionalmente legítimas desde la perspectiva del derecho fundamental a acceder a la jurisdicción, aquellas decisiones de inadmisión o de finalización anticipada del proceso, sin que se resuelva sobre el fondo de las pretensiones deducidas en él, cuando encuentren amparo en una norma legal interpretada y aplicada razonablemente y sin rigorismo, formalismo excesivo o desproporción".

De tal forma que, como recuerda la STC 222/2016, de 19 de diciembre:

"constituye doctrina consolidada de este Tribunal que la denegación de una decisión sobre el fondo del asunto tiene relevancia y dimensión constitucional cuando tal inadmisión suponga una interpretación de la legalidad procesal manifiestamente irrazonable, arbitraria o fruto de un error patente, o también, adicionalmente, caso de que lo anterior no fuera apreciado por ser respetuosa con el derecho fundamental la respuesta judicial desde ese plano, cuando las reglas de acceso a la jurisdicción se hayan interpretado de manera rigorista o excesivamente formalista, o de cualquier otro modo que revele una clara desproporción entre los fines que estas reglas preservan y los intereses que sacrifican (por ejemplo, STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5, entre otras muchas)".

Consiguientemente, la decisión del tribunal de apreciar la inadecuación del procedimiento no sólo ha de tener amparo en la ley, sino que además debe ser aplicada de forma razonable, sin rigorismo, formalismo excesivo o desproporción.

En nuestro caso, la apreciación de la inadecuación del procedimiento ha supuesto una aplicación del art. 552.3 LEC manifiestamente irrazonable, por lo que exponemos a continuación.

4. Estimación del motivo tercero. Partimos de la existencia de un laudo por el que se resolvió el arbitraje de equidad al que se habían sometido los cinco hermanos Felicísimo Elías Erasmo Florentino Gerardo (Elías, Erasmo, Florentino, Felicísimo y Gerardo), que compartían la titularidad sobre el patrimonio familiar que comprendía diferentes paquetes de acciones de las sociedades Urbial, S.A., Imronda, S.A., Inmasan, S.A., Cuevalosa, S.A., Urbatorre, S.A. y Demagrisa, S.A., para determinar las participaciones y derechos que correspondían a cada una de las partes del arbitraje.

El laudo, emitido el 12 de noviembre de 2001 y aclarado el 28 de noviembre de 2001, devino firme, y aunque se instó su anulación por tres de los hermanos Felicísimo Elías Erasmo Florentino Gerardo (Florentino, Felicísimo y Gerardo), fue desestimada por sentencia de 18 de marzo de 2003.

Para la ejecución del laudo, el art. 44 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, se remite a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Conforme a ellas, Elías y Erasmo instaron la ejecución forzosa del laudo. Pretensión que fue rechazada al estimar el juzgado la oposición de los otros tres hermanos (Florentino, Felicísimo y Gerardo). El juzgado rechazó la ejecución porque consideró que el laudo era inejecutable al no contener pronunciamientos de condena y ser necesario que se realizara la testamentaria de la madre, Loreto. Esta decisión fue confirmada por la Audiencia.

Concluida la partición de la herencia de Loreto, Elías y Erasmo instaron a los otros tres hermanos a dar cumplimiento a lo acordado en el laudo, mediante la correspondiente transmisión recíproca de acciones.

Ante la negativa de Florentino, Felicísimo y Gerardo, los ahora demandantes (Elías y Erasmo) presentan una demanda para que en cumplimiento de lo acordado por el laudo y para permitir su ejecución, se condene a aquellos (Florentino, Felicísimo y Gerardo) a emitir las preceptivas declaraciones de voluntad, que sí podrían ser luego objeto de ejecución.

Esta pretensión se justifica por lo previsto en el art. 552.3 LEC: firme el auto que denegó la ejecución del laudo, sólo cabía que los instantes hicieran valer su pretensión de dar cumplimiento al laudo mediante un juicio declarativo ordinario que, respetando la eficacia de cosa juzgada del laudo, permitiera su ejecución en caso de negativa de alguno de los hermanos a cumplir con lo acordado.

Al margen de si pueden prosperar o no las pretensiones de los dos hermanos demandantes, en cuanto a su contenido y a su correcta adecuación a lo decidido en el laudo, no cabe negarles la posibilidad de hacerlas valer, y lo contrario supone privarles del acceso de la jurisdicción, con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

En el presente caso, declarar la inadecuación del procedimiento supone negarles injustificadamente este acceso a la jurisdicción, no es posible acudir a un declarativo ordinario ni a otro arbitraje para volver a resolver lo que fue resuelto por aquel laudo cuyo cumplimiento ahora se pretende, ni tampoco pueden volver a instar su



ejecución porque les fue denegada por resolución firme. Sólo cabe acudir a la jurisdicción para que, sobre la base de lo decidido en el laudo, se dicten los pronunciamientos declarativos de condena necesarios para dar cumplimiento al laudo y acudir a una ejecución forzosa en caso de que los demandados no quieran cumplir voluntariamente.

5. La estimación del recurso da lugar a que dejemos sin efecto la sentencia recurrida y que remitamos los autos a tribunal de apelación para que a la vista de lo que acabamos de resolver, entre a juzgar sobre lo pretendido por los demandantes.

CUARTO. Costas

Estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, no procede hacer expresa condena de costas (art. 398.2 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Elias y Erasmo , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 19.ª) de 20 de abril de 2016 (rollo 132/2016), que dejamos sin efecto.

2.º Remitir los autos a la sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid para que, partiendo de la adecuación del procedimiento, resuelva sobre el fondo del asunto.

3.º No imponer las costas del recurso a ninguna de las partes con devolución del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia: 23 de mayo de 2019

Tipo de procedimiento: RECURSO INFRACCIÓN PROCESAL

Número: 2203/2016

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz, al amparo de lo previsto en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , 203 y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Con el respeto que me merece el parecer mayoritario de la sala, acepto la anterior sentencia en los antecedentes de hecho y en la decisión jurídica que ofrece sobre los motivos primero segundo del recurso, y discrepo exclusivamente sobre el motivo tercero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para la mejor inteligencia del voto particular voy a detenerme en la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida para, a partir de ella, examinar si se justifica o no el motivo tercero del recurso extraordinario por infracción procesal.

La razón de decidir, aunque reconozco que con redacción mejorable, es la siguiente:

(i) Según se desprende del encabezamiento de la demanda, y sin posibilidad de menoscabar las garantías procesales, literalmente se pretende con ella obtener los necesarios pronunciamientos para dar efectividad y cumplimiento al laudo arbitral dictado el 12 de noviembre de 2001.

(ii) La ejecución de este laudo fue rechazada por el auto dictado por la sección 10.ª.



(iii) El procedimiento elegido por los demandantes, ahora recurrentes, no se ajusta a la norma, pues lo que tratan es de ejecutar.

(iv) Ni siquiera es ello posible, al socaire de lo dispuesto en el art. 552.3 LEC, pues este precepto no ampara corregir, subsanar, completar o, en definitiva, rehabilitar un título que no se puede ejecutar, y es esta la acción que articulan los demandantes, esto es, la de ejecución.

(v) A causa de lo anterior los demandantes vienen obligados, para obtener una resolución estimatoria de su pretensión, a acudir al proceso ordinario correspondiente y, consecuentemente, que esa resolución sirva de título para ejecutar.

SEGUNDO.- El Tribunal constitucional se ha pronunciado sobre la infracción procesal en algunas sentencias.

En la STC 89/2001, de 2 de abril, se afirma:

[...] En efecto, si bien el art. 24.1 CE obliga al legislador a establecer la organización y los procedimientos adecuados para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, "no genera por sí mismo ningún derecho de acción concreta que permita, sin más, acceder a un determinado Tribunal o a una definida vía procesal, puesto que tal derecho sólo se adquiere de acuerdo con la Ley y sólo puede ejercerse en la forma y con los requisitos que ésta haya establecido" (por todas, STC 113/1990, de 18 de junio, FJ 3). Por tanto, si el legislador no ha configurado al proceso ordinario como cauce adecuado para que los hoy recurrentes impugnen la validez de un convenio colectivo, no pueden mantener por ello que tal circunstancia les cierra irrazonablemente su acceso a la jurisdicción y les niega su derecho a la tutela judicial efectiva, casándoles indefensión (nuevamente, STC 113/1990, de 18 de junio, FJ 3). [...]

En la sentencia TC 160/1998, de 14 de julio, se enjuicia un recurso de amparo por haberse apreciado la concurrencia de la excepción procesal de inadecuación de procedimiento, quedando imprejuzgada la acción.

En el Fundamento de Derecho 4.º afirma:

"Procede ahora analizar la queja sustancial, relativa a la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), en su vertiente de derecho a promover la actividad jurisdiccional y a obtener una resolución judicial sobre las pretensiones deducidas.

"En este sentido, interesa recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) comprende el derecho de acceder a la jurisdicción y, en su caso, a obtener una decisión judicial motivada y no arbitraria sobre el fondo de las pretensiones deducidas. Este último condicionante (en su caso) es consecuencia directa de la naturaleza prestacional de este derecho que únicamente faculta a sus titulares para demandar "una prestación que corresponde (proporcionar) a los órganos judiciales, de acuerdo con la naturaleza del proceso y la ordenación legal del mismo" (STC 14/1993 fundamento jurídico 3.º). Precisamente, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no es" un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación (STC 99/1985, fundamento jurídico 4.º), sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establezca dentro del obligado respeto a su contenido esencial (art. 53.1 C.E.). No es, pues, un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional (STC 55/1995) sino un derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías procesales establecidas por el legislador. Esto significa, en primer lugar, que este derecho fundamental se satisface no sólo cuando el Juez o Tribunal resuelve sobre las pretensiones de las partes, sino también cuando inadmite una acción en virtud de la aplicación, razonada en Derecho y no arbitraria, de una causa legal (STC 194/1992, fundamento jurídico 3.º). Y, en segundo lugar, que si bien "el mandato contenido en el art. 24.1 de la C.E. encierra el derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de derechos e intereses legítimos" (STC 90/1985, fundamento jurídico 5.º), es imprescindible que el cauce procesal elegido sea el jurídicamente correcto, pues "el art. 24 de la Constitución no incluye un derecho fundamental a procesos determinados; son los órganos judiciales los que aplicando las normas competenciales o de otra índole, han de encauzar cada pretensión por el procedimiento adecuado, sea o no el elegido por la parte actora" (STC 20/1993, fundamento jurídico 5.º)."

TERCERO.- Con arreglo a la doctrina constitucional expuesta se ha de analizar las circunstancias concurrentes en el presente caso, en relación con la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida.

1. La parte recurrente argumenta que la sentencia recurrida ha vulnerado el derecho fundamental de ella a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, por las siguientes razones:

(i) Por haber acogido de oficio la excepción procesal de inadecuación de procedimiento.

Ya hemos expuesto que no es así, pues la referida excepción formaba parte del ámbito de conocimiento del recurso de apelación.



(ii) Por hacer una interpretación rigorista, excesivamente formalista y desproporcionada del art. 552. 3 LEC , en relación con la excepción de inadecuación de procedimiento.

Basta la lectura del desarrollo del motivo para constatar que mientras que la sentencia recurrida motiva en derecho por qué estima que el procedimiento es inadecuado, la recurrente se queda en el alegato del rigor interpretativo, pero sin una fundamentación jurídica que apoye la interpretación arbitraria que la audiencia hace de la norma procesal, que es su tesis.

Se podrá compartir o no la motivación de la sentencia recurrida, pero se encuentra fundada en derecho, sin tacha de ser ilógica o arbitraria.

El derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción y a la obtención de una resolución de fondo no es incompatible con la observancia de los presupuestos de orden procesal que la Ley exige que se deben atender en cada caso.

En este sentido el Tribunal constitucional tiene declarado que el acceso a la jurisdicción está condicionado al cumplimiento de las exigencias formales legalmente previstas y su desatención no puede quedar exonerada bajo el paraguas del derecho a la tutela judicial efectiva, so pena de vulnerar el derecho de defensa que debe reconocerse, con la misma amplitud, a la otra parte litigante. Se cita STC 198/2000 de 24 de julio .

2. Queda por examinar si la estimación de la inadecuación del procedimiento cercena a los demandantes la efectiva tutela de sus derechos ante los tribunales, por no concederle la sentencia recurrida cauce para tal posibilidad.

No es así, pues la sentencia de la Audiencia les remite a un proceso ordinario, que no sea de ejecución, para obtener en él una resolución estimatoria de su pretensión y que, obtenida ésta, sí sirva de título a ejecutar.

Si una vez que acudiesen a ese proceso ordinario al que se les remite, se apreciase en él la inadmisión por inadecuación, sería este procedimiento el que verdaderamente les habría denegado el acceso a la jurisdicción, con vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, ya que se acudió a él por remisión y mandato del precedente.

Fue el supuesto enjuiciado por el Tribunal constitucional, en relación con un juicio ejecutivo cambiario, en la sentencia 10/2012, de 30 de enero .

Literalmente afirma que:

"De este modo, la decisión de los órganos judiciales actuantes fue la de considerar inadecuada la vía procedimental seguida por el ejecutado para hacer valer sus derechos, con lo que la alternativa sólo podía residir ya en un ejercicio posterior de la correspondiente acción en un ulterior proceso declarativo ordinario, tal como hizo el aquí recurrente. Topándose sin embargo al actuar consecuentemente con lo que se le había indicado, con el obstáculo de una apreciación indebida de la cosa juzgada material. Desde el mero control externo de las resoluciones impugnadas que nos es propio, resulta contrario a la aplicación del principio *pro actione* que rige con toda intensidad en esta faceta de acceso a la jurisdicción, esto es, del derecho a la obtención de una respuesta de fondo a una pretensión lícitamente deducida, el llevar al actor a un callejón sin salida en el que primero se le niega esa respuesta en vía ejecutiva, porque puede y debe tenerla en un proceso de declaración siempre que cumpla con la carga de instarlo, y luego sin embargo cuando éste se formaliza también se le priva de una tutela de fondo, en cuanto a la estimación o en su caso declaración de no haber lugar -lo que corresponda en aplicación de la ley- a la acción anulatoria referida, bajo la premisa errónea de que este punto ya había quedado resuelto en el proceso anterior.

"Consecuentemente con lo expuesto, ha de apreciarse la aducida vulneración a la primera de las facetas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE) del aquí recurrente que se dice han sido lesionadas."

CUARTO.- Por todo lo anterior, considero que el recurso extraordinario por infracción procesal debió ser desestimado al no prosperar ninguno de los tres motivos en que se fundamenta.

La desestimación del recurso comportaría la imposición de costas a los recurrentes y la pérdida del depósito constituido.