



Roj: **SAP BI 1212/2018 - ECLI: ES:APBI:2018:1212**

Id Cendoj: **48020370032018100169**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **3**

Fecha: **16/05/2018**

Nº de Recurso: **161/2018**

Nº de Resolución: **211/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA CARMEN KELLER ECHEVARRIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN TERCERA
BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - HIRUGARREN SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR 10-3ª planta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016664

Fax / Faxes: 94-4016992

NIG PV / IZO EAE: 48.06.2-17/000140

NIG CGPJ / IZO BJKN :48044.42.1-2017/0000140

Recurso apelación juicio verbal LEC 2000 / Hitz.jud.ap.2L 161/2018

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Getxo / Getxoko Lehen Auzialdiko eta Instrukzioko 1 zk.ko ZULUP

Autos de Juicio verbal 25/2017 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Adriana

Procurador/a/ Prokuradorea:PAULA MARTINEZ DE PANCORBO SANCHEZ

Abogado/a / Abokatua: MARTA CANTALAPIEDRA ESCOLAR

Recurrido/a / Errekurritua: ERRI BIDE DECORACION S.L.

Procurador/a / Prokuradorea: LEYRE CAÑAS LUZARRAGA

Abogado/a/ Abokatua:

SENTENCIA Nº 211/2018

ILMA. SRA.

Dª. CARMEN KELLER ECHEVARRIA

En BILBAO (BIZKAIA), a dieciseis de mayo de dos mil dieciocho.

La Audiencia Provincial de Bizkaia - Sección Tercera, constituida por los/as Ilmo/as. Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Juicio verbal 25/2017 del UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Getxo, a instancia de Adriana apelante - demandante, representado/a por el/la procurador/a Sr/a. PAULA MARTINEZ DE PANCORBO SANCHEZ y defendido/a por el/la letrado/a Sr/a. MARTA CANTALAPIEDRA ESCOLAR, contra D./Dª. ERRI BIDE DECORACION S.L. apelado - demandado, representado/a por el/la procurador/a Sr/a. LEYRE CAÑAS LUZARRAGA y defendido/a por el/la letrado/a D/ Dª.ANA OLAZABAL RAMIREZ, todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 5/03/2018 .



Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de marzo de 2018 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por doña Paula Martínez de Pancorbo Sánchez, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de doña Adriana CONDENO a la parte actora al pago de las costas procesales derivadas de su reclamación frente a Erri Bide Decoración, S.L."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte actora se interpuso en tiempo y en forma Recurso de Apelación que, admitido en ambos efectos por el Juzgado de Instancia y emplazadas las partes para ante este Tribunal y dados los oportunos traslados comparecieron la partes por medio de sus Procuradores; ordenándose a la recepción de autos y personamientos efectuados la formación del presente Rollo al que correspondió el número 161/18 de Registro y que se sustanció con arreglo a los trámites de su clase.

TERCERO.- No siendo necesaria la celebración de vista, se señaló fallo 15 de mayo de 2018 en el presente recurso de apelación.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso, se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada Dña. CARMEN KELLER ECHEVARRIA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte apelante interpone recurso de apelación contra el Auto dictado en Primera Instancia, en tanto estima la excepción de cosa juzgada, cuando ello no es posible al no haberse notificado a la actora el laudo arbitral y por tanto carecer de firmeza, en segundo lugar no se ejercita la misma acción que en el procedimiento arbitral, y en dicho procedimiento la cuestión aquí planteada quedó impreviada.

La contraparte se opone al recurso.

SEGUNDO.- Como recoge el Auto hoy recurrido "Procede por tanto el análisis de la excepción de cosa juzgada con carácter previo ya que su estimación excluiría el estudio de la otra cuestión planteada. Como es sabido, la cosa juzgada material puede producir uno de estos dos efectos o ambos: el negativo o preclusivo y el positivo, vinculante o prejudicial.

El primero de ellos, el negativo o preclusivo, comporta que no puede seguirse un proceso ulterior sobre el mismo objeto litigioso que ya fue resuelto por sentencia firme en un proceso anterior entre las mismas partes ("non bis in idem"). El segundo de los referidos efectos implica que no puede resolverse en un proceso ulterior un concreto tema o punto litigioso de manera distinta a como ya quedó en un proceso anterior entre las mismas partes, pues lo resuelto por la sentencia firme recaída en el proceso anterior, con respecto a dicho tema o punto litigioso, tiene efecto vinculante o prejudicial en el segundo proceso, con lo que cabe en otra contienda invocar cosa juzgada para que sirva de base o punto de partida a la correspondiente Sentencia. Es decir, que mediante este efecto se crea una premisa que vincula a lo que se resuelva en la resolución judicial de futuro, al desplegar su eficacia en el juicio siguiente. Ambas funciones de la cosa juzgada se contemplan en el art. 222 L.E.C., que dedica el apartado 1º al efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada, mientras que el apartado 4º se hace eco del efecto positivo o vinculante de lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en sentencia firme que haya puesto fin a un proceso.

Conforme al artículo 43 de la ley de **Arbitraje** 60/2003 de 23 de diciembre, la decisión del árbitro solo puede combatirse mediante demanda de anulación del laudo o, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes. Por lo que los laudos arbitrales provocan el mismo efecto de cosa juzgada que las sentencias firmes. Se invoca en el presente procedimiento el efecto negativo, indicando que se promovieron en el actual procedimiento las mismas cuestiones que se sometieron a decisión arbitral. No se discute por las partes que se sometieron Junta Arbitral de Consumo de Euskadi, es más, consta en el expediente aportado la aceptación del **arbitraje** por la actora el 14 de julio de 2014 y por la empresa hoy demandada el 28 de agosto de 2014, por lo que ambas partes decidieron someter el conflicto a decisión arbitral. Se celebró audiencia de conciliación y se dictó laudo arbitral el 3 de octubre de 2014, constando notificado el mismo el 3 de noviembre de 2014, por lo que habiendo transcurrido dos meses desde dicha fecha, el laudo arbitral adquirió firmeza. Por tanto, queda por examinar si se cumplen los requisitos para que opere la función negativa o excluyente de la cosa juzgada, negando la



parte actora la identidad en el objeto apuntando que al no entrar a valorar la cuestión de fondo en el laudo la cuestión quedó imprejuizada.

No siendo controvertida la identidad subjetiva, procede estudiar si concurre el requisito de la identidad de objeto entre el presente procedimiento y el anterior, conforme dispone el art. 222.1 LEC . El objeto procesal viene constituido por la pretensión, a su vez integrada por el petitum y la causa de pedir. La causa de pedir es un conjunto de hechos concretos jurídicamente relevantes y de razones jurídicas para fundar la petición o petitum. A estos efectos es ilustrativa la STS de 31 de diciembre de 2002 a su vez reiterada por otras posteriores (como la STS de 28 de febrero de 2007), que recopila las directrices jurisprudenciales sobre la apreciación de la cosa juzgada, especialmente en lo concerniente a la causa de pedir: "la causa de pedir viene integrada por el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS de 3 de mayo de 2000) o, dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (SSTS de 19 de junio de 2000 y 24 de julio de 2000) o título que sirve de base al derecho reclamado (SSTS 27 de octubre de 2000 y 15 de noviembre de 2001)", "la identidad de causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción (STS 27 de octubre de 2000)". Teniendo en cuenta lo expuesto el primer motivo se ha de desestimar por cuanto el laudo fue notificado en el mes de septiembre de 2014, folio 142 de las actuaciones.

TERCERO.- En cuanto al segundo de los motivos, pese a las pretensiones añadidas que la parte pueda considerar justificarían salvar la identidad objetiva precisa, lo cierto es que tal y como recoge la resolución de instancia, en el presente caso no existe duda en la identidad en la causa de pedir que no es otra que la existencia de partidas mal ejecutadas así como daños provocados durante los trabajos realizados en abril de 2014 en la C/ Etxebarri nº 5 2º C de Sopelana. El art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que "cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior", y el segundo apartado de dicho artículo prevé que "a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste". Del texto del precepto se desprende que no pueden ejercitarse posteriores acciones basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser esgrimidos en la primera demanda. Pero lo que no supone tal precepto es que el litigante tenga obligación de formular en una misma demanda todas las pretensiones que en relación a unos mismos hechos tenga contra el demandado cuando las mismas dan lugar a pedimentos distintos, especialmente cuando se trata de pretensiones incompatibles entre sí (como son la de considerar válida una cláusula y solicitar que se interprete de una determinada forma, que es lo que se pidió en el primer litigio, y la de considerar nula tal cláusula por suponer un abuso de posición dominante y pedir que así se declare, que es lo pretendido en el segundo litigio). El art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite tener por aducidos todos los hechos y fundamentos o títulos jurídicos en que el demandante pudiera haber fundado lo pretendido en su demanda, hayan sido aducidos efectivamente en la demanda o no lo hayan sido, pero no permite tener por formulado un pedimento, a efectos de litigios posteriores, que efectivamente no lo haya sido en el litigio anterior. Como ha afirmado algún autor (Díez-Picazo Giménez), "la preclusión alcanza solamente causas de pedir deducibles pero no deducidas, pero no a petita deducibles pero no deducidos", o lo que es lo mismo, este precepto no obliga al demandante a ejercitar todas las acciones que le asistan contra el demandado, basadas en cualesquiera hechos jurídicamente relevantes para lograr cualesquiera consecuencias jurídicas, sino a alegar todos los hechos y fundamentos de derecho que sirvan para sostener la pretensión que ha ejercitado.

No obstante, resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada, impidiendo su reproducción en ulterior proceso, las peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, por tanto, "el juicio sobre la concurrencia o no de la cosa juzgada ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primer pleito con lo pretendido en el segundo" (SSTS 3 de abril de 1990 , 31 de marzo de 1992 , 25 de mayo de 1995 , 30 de julio de 1996)Jurisprudencia citada."

En el presente caso, tal y como recoge el auto, la acción ejercitada de cumplimiento contractual, es la misma que en el procedimiento arbitral persiguiéndose las mismas consecuencias jurídicas, lo único que varía es que en el primer procedimiento solo se insta pretensión de hacer y en el que ahora nos ocupa se interesa, de modo subsidiario, que se indemnice con el valor de la ejecución de las obras y reparaciones interesadas de modo principal, por lo que existe identidad en el petitum a efectos de cosa juzgada. El motivo se desestima.



CUARTO.- En cuanto a que la cuestión de fondo quedó imprejuizada en el procedimiento anterior nuevamente debe mantenerse los pronunciamientos por compartidos del Auto hoy recurrido cuando razona que "En el laudo de 3 de octubre de 2014 se recoge "la carga de la prueba de los desperfectos y daños supuestamente ocasionados en la ejecución del contrato de obra objeto de este arbitraje recae sobre la parte reclamante que es quién considera que la obra se ha ejecutado incorrectamente y es quién interpone la oportuna solicitud de arbitraje. Con la finalidad de facilitar esta prueba a la parte reclamante y de poder acreditar si la obra se ha ejecutado correcta o incorrectamente el presente Colegio Arbitral solicitó a la parte reclamante la posibilidad de acceder a su vivienda a fin de practicar la oportuna inspección ocular del resultado de la obra. Sin embargo Adriana no autorizó al Colegio Arbitral (...) Es por ello que los desperfectos alegados por la parte reclamante no han quedado acreditados". En el presente procedimiento se aporta pericial de don Sebastián objetivado los daños pero no desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada pues mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero. No es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió (SSTS 30 de julio de 1996 , 3 de mayo de 2000 y 27 de octubre de 2000); El hecho de que se desestime por falta de prueba no quiere decir que la cuestión quede imprejuizada. El único supuesto en que la cosa quedaría imprejuizada, que no concurre en el presente litigio, es que se hubiera producido la anulación del laudo, pues la acción de nulidad, que solo puede ejercitarse por causas tasadas, no constituye una segunda instancia en la que pueda revisarse la valoración de la prueba. Así se recogió en STS 9 de julio de 2017 , en su apartado Tercero.- "Procede acoger este motivo, sin entrar a conocer ya de los demás, casando la Sentencia de la Audiencia, y confirmando, ya como Órgano de instancia, la del Juzgado, que acertó en su decisión, al entender, de acuerdo con el art. 37 citado, que se daba la excepción de "cosa juzgada", por estar decidido el tema en la resolución no judicial del mismo, puesto que resolvió la reclamación que en este proceso se ha planteado, con el carácter de Órgano competente, sustitutivo, por acuerdo de las partes, del jurisdiccional, pero con igual facultad decisoria que éste, resolviendo el punto, entre otros, aquí estudiado, aunque denegara, como se verá, y por razones de falta de pruebas al respecto, la condena que en él se proponía, y así (...). La deducción que se obtiene de lo que se acaba de recoger, como decisión del Laudo sobre la concreta petición de que se trata, es que el Tribunal Arbitral, como antes se indica, sí ha resuelto lo que se le propuso al respecto, y deniega esta petición por falta de prueba, la que correspondió aportarse al procedimiento por la parte recurrente. Por lo tanto, firme el Laudo (el incidente de "nulidad" del mismo, por las causas a que el mismo se contrae, no se propuso), su rechazo es firme también respecto al punto sometido a su decisión, y conforma "cosa juzgada", que impide su repetición de planteamiento". El motivo se desestima .

QUINTO.- Las costas de esta alzada se imponen a la parte apelante, art.s 394 y 398LEC.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación y, en virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLO

Que Desestimando el recurso de apelación formulado por la representación de D^a Adriana contra la sentencia dictada por la UPAD de 1^a Instancia nº 1 de Getxo de fecha 5/03/2018 , Debo Confirmar como Confirmando dicha resolución con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así, por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada que la firma y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.