



Roj: **STS 2564/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2564**

Id Cendoj: **28079110012018100406**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/2018**

Nº de Recurso: **3252/2015**

Nº de Resolución: **417/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 1645/2015,**
STS 2564/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 417/2018

Fecha de sentencia: 03/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3252/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3252/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 417/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 3 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de septiembre de 2015, dictada en recurso de apelación 140/2015, de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante de autos de juicio ordinario 1546/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arona; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la entidad mercantil Ghione & García Proyectos y Construcciones S.L., representada en las instancias por el procurador D. Jaime Jesús Serrano García, bajo la dirección letrada de D. Alejandro Jiménez Grande, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. María del Valle Gili Ruiz en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad mercantil Abanca Corporación Bancaria S.A., representada por el procurador D. Rafael Silva López, bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Saliquet de la Torre.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La entidad mercantil Ghione & García Proyectos y Construcciones S.L., representada por el procurador D. Jaime Serrano García y bajo la dirección del letrado D. Alejandro Jiménez Grande, interpuso demanda de juicio ordinario en reclamación de 1.161.235,27.-? más intereses y costas, contra Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense y Pontevedra y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«En la que se disponga lo siguiente:

»Primero.- Se declare el derecho de mi mandante, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 1.594 del Código Civil, a ser indemnizada de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados por el desistimiento unilateral de la demandada en la ejecución de la obra que estaba realizando mi mandante.

»Segundo.- Se condene a la demandada, al pago a mi mandante, de la cantidad de un millón ciento sesenta y un mil doscientos treinta y cinco euros con veintisiete céntimos de euro (1.161.235,27.-?), importe a que asciende el 16%, -beneficio industrial- de la obra pendiente de ejecución. Al haber renunciado esta parte al exceso, según cálculos efectuados en la pericial que se acompaña.

»Tercero.- Subsidiariamente, y al amparo del artículo 399.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y para el supuesto de no acoger el juzgado la petición contenida en el apartado precedente, se condene a la demandada al pago a mi mandante de la cantidad de un millón ochenta y ocho mil seiscientos cincuenta y ocho euros con seis céntimos de euro (1.088.658,06.-?), correspondiente igualmente al beneficio industrial pero calculado al 15%.

»Cuarto.- Se condene, asimismo, a la actora al pago a mi mandante del interés legal de las expresadas cantidades a devengar desde el momento en que finalizó la obra, 10 de Junio de 2011, según certificado final de obra, con carácter subsidiario, al amparo también del artículo 399.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde la interposición de la presente demanda.

»Quinto.- Se condene a la demandada al pago de todas las costas del presente juicio, si se opusiere a la presente demanda».

2.- La entidad NCG Banco S.A. se personó en calidad de demandado, como sucesor universal de Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense y Pontevedra, conforme acreditó legalmente, representado por la procuradora Dña. Ana Jesús García Pérez y bajo la dirección letrada de D. Javier Saliquet de la Torre, contestó a la demanda y, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se desestime íntegramente la totalidad de los pedimentos de la parte actora contra mi representada. Todo ello, con expresa condena en costas».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arona se dictó sentencia, con fecha 15 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por la entidad Ghione & García Proyectos y Construcciones S.L., representado por el procurador D. Jaime Serrano García y defendido por el letrado D. Alejandro Jiménez Grande, y debo condenar y condeno a la entidad Caixa de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense



e Pontevedra, representado por el procurador Dña. Ana Jesús García Pérez y defendido por el letrado D. Javier Saliquet de la Torre, al pago de la cantidad de 1.161.235,27 euros y al pago de los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial. Las costas serán abonadas por el demandado».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, con fecha 14 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo:

- »1.º- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, NCG Banco, S.A..
- »2.º- Desestimamos la impugnación formulada por la entidad actora, Ghione & García Proyectos y Construcciones, S.L.
- »3.º- Revocamos la sentencia apelada en el sentido de desestimar totalmente la demanda interpuesta por la referida entidad actora-impugnante, absolviendo a la entidad demandada- apelante de las pretensiones contra ella formuladas, sin hacer expresa imposición de las costas de la primera instancia.
- »4.º- No ha lugar tampoco a hacer expresa imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada».

TERCERO.- 1.- Por la entidad mercantil Ghione & García Proyectos y Construcciones S.L. se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo único.- Por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, art. 469.1.2.º. Infracción de los arts. 216, 218.1 y .2, y 456.1, se obvia en la sentencia el principio de justicia rogada, se apoya la sentencia, para su revocación de la sentencia de primera instancia, en un documento que no ha sido cuestionado ni pedido por la demandada en primera instancia y efectúa una errónea valoración y apreciación de la prueba. Por inexistencia de cosa juzgada, se infringen los arts. 216, 219.3, 222.1, 222.4 y la numerosa y pacífica jurisprudencia que contradice los argumentos de la sentencia de la apelación al aplicar la excepción de una inexistente cosa juzgada, y sin perjuicio de hacerlo -además- de oficio.

El recurso de casación basado en:

Motivo único.- Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Infracción del art. 1594 del Código Civil .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 10 de enero de 2018, se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido el procurador D. Rafael Silva López, en nombre y representación de la entidad mercantil Abanca Corporación Bancaria S.A., presentó escrito de oposición a ambos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 26 de junio de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

1.- Demanda.

La actora pretendió la condena de la demandada al pago de la cantidad de 1.161.235,27 euros en concepto de los daños y perjuicios sufridos por el desistimiento unilateral de la demandada en tanto dueña de la obra empezada (beneficio industrial), al amparo del art. 1594 CC .

Subsidiariamente reducía dicha cantidad a 1.088.658,06 euros, para el caso de que se considerase que el beneficio industrial correspondiente fuera el 15% en lugar del 16% solicitado con carácter principal.

Es precedente de esta pretensión un litigio anterior resuelto por sentencia de la misma Audiencia y Sección de fecha 23 de julio de 2010 (aportada con la demanda) que estimó en parte una demanda dirigida por la misma actora contra la misma demandada, condenándola a pagar la cantidad de 1.590.544,98 euros y desestimando las demás pretensiones, entre las que se encontraba una indemnización por lucro cesante y otros que el

fundamento de derecho sexto de la sentencia consideró sin cuantificar y desestimó por no reunir las exigencias del art. 219 LEC .

2.- Actuación de la parte demandada.

Contestó a la demanda, oponiéndose.

Fundamentaba su oposición en que ya había pagado todo lo debido, y no había incumplido sus obligaciones, pues el resto de cantidades que se le reclamaban se debían bien a una sobrecertificación de obras, o bien a que las debía el anterior propietario.

No mencionaba la cuestión del alcance de los efectos de cosa juzgada de la sentencia dictada en el proceso anterior respecto del objeto del presente proceso, que la sentencia de apelación aplicó de oficio, determinando la desestimación de la demanda.

3.- Sentencia de primera instancia (de fecha 15 de octubre de 2014).

Estimó la demanda, declarando que la demandada es propietaria de la obra y desistió unilateralmente. No se pronuncia sobre la cuestión de los efectos de la sentencia anterior por no haberse planteado por ninguna de las partes.

4.- Recurso de apelación.

Interpuesto por la demandada alegando error en la valoración de la prueba, no haberse aplicado la teoría de los actos propios a la actuación de la actora respecto del acuerdo de 29 de julio de 2008, que no recogió ningún acuerdo respecto de indemnización a la actora.

5.- Sentencia de segunda instancia (de fecha 14 de septiembre de 2015).

Estimó el recurso formulado por la demandada. En el fundamento de derecho segundo valora el acuerdo de 29 de julio de 2008 en el que intervinieron las partes en el sentido de considerar que en él no se trató de ninguna indemnización a favor de la demandante, de lo que parece deducir que esta parte vendría obligada a no reclamar por los conceptos por los que ahora demanda.

No obstante, bajo la expresión «Pero, en segundo y definitivo lugar, no puede obviarse el hecho - no invocado por las partes pero susceptible de apreciación de oficio por este tribunal por tratarse de una cuestión de orden público - [...]», viene a señalar como verdadera *ratio decidendi* de la estimación del recurso y consecuente desestimación de la demanda los efectos de cosa juzgada de una sentencia anterior dictada en un proceso entre las mismas partes con ocasión del mismo conflicto, resolución y efectos de cosa juzgada que no habían sido introducidas en el proceso por ninguna de las partes.

6.- Recurso extraordinario por infracción procesal.

Se interpone bajo el epígrafe común «infracción de las normas reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2.º)», pero realmente se estructura en dos motivos separados y con una fundamentación clara.

Viene a denunciarse la infracción del principio dispositivo que supone que se estime el recurso de apelación con desestimación de la demanda con fundamento en unos efectos de cosa juzgada que no han sido alegados de contrario, y que en todo caso son discutibles y pese a ello no han sido objeto de debate, al introducirse de oficio en la sentencia por la Audiencia Provincial.

En definitiva, la impugnación se refiere tanto a la posibilidad de introducir la cuestión en un fundamento de derecho de la sentencia de apelación, como a la determinación del alcance de la desestimación de la pretensión anterior con fundamento en el art. 219 LEC , por no haber proporcionado la demandante entonces los criterios de liquidación que permitirían una eventual condena con reserva de liquidación en ejecución de sentencia. La recurrente viene a alegar que aquella fue una absolución de la instancia (por tanto, sin efectos de cosa juzgada material, que no impediría un segundo proceso para determinar la indemnización que solicita) y que, en todo caso, falta la identidad entre *petitum* y *causa petendi* de los respectivos procesos que pudiera justificar la conclusión alcanzada por la sentencia que recurre ahora.

Alega también la demandante ahora recurrente que la sentencia de apelación se fundamenta en un documento y unas alegaciones que en rigor se introdujeron por la demandada en su recurso de apelación, y no en el escrito de contestación de la demanda, en cuanto a los efectos que pudieran atribuirse al acuerdo de 29 de julio de 2008.

7.- Recurso de casación.

Contra dicha sentencia se interpone, por la demandante, recurso de casación.



La parte recurrente utiliza el cauce previsto en el ordinal 2.º del art. 477.2 de la LEC , que constituye la vía casacional adecuada.

El recurso de casación se articula en un único motivo, cuya fundamentación se refiere a la procedencia de estimarse la demanda por concurrir el supuesto de hecho del art. 1594 CC , a la vista de los hechos que se declararon probados en la sentencia de primera instancia y que en rigor no han sido revocados por la sentencia de apelación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO .- *Motivo único.*

Motivo único.- Por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, art. 469.1.2.º. Infracción de los arts. 216, 218.1 y .2, y 456.1, se obvia en la sentencia el principio de justicia rogada, se apoya la sentencia, para su revocación de la sentencia de primera instancia, en un documento que no ha sido cuestionado ni pedido por la demandada en primera instancia y efectúa una errónea valoración y apreciación de la prueba. Por inexistencia de cosa juzgada, se infringen los arts. 216, 219.3, 222.1, 222.4 y la numerosa y pacífica jurisprudencia que contradice los argumentos de la sentencia de la apelación al aplicar la excepción de una inexistente cosa juzgada, y sin perjuicio de hacerlo -además- de oficio.

TERCERO .- *Sentencia de apelación.*

En la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, que ahora se recurre, consta en el fundamento de derecho 2.º lo siguiente:

«Pero, en segundo y definitivo lugar, no puede obviarse el hecho -no invocado por las partes pero susceptible de apreciación de oficio por este tribunal por tratarse de una cuestión de orden público- de que en la demanda que la hoy actora-impugnante y apelada interpuso frente la demandada-apelante y que dio lugar al procedimiento de juicio ordinario seguido con el número 1089/2008, del entonces Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 8 de Arona, se refería el incumplimiento por la última de lo acordado en fecha 29 de julio de 2008 y se instaba no sólo el pago de las cantidades que se reputaban adeudadas por obra ejecutada antes y después de haber devenido propietaria la repetida demandada, sino también otras por lucro cesante y daños y perjuicios, más sin determinar, con remisión para ello al período de ejecución de sentencia, habiéndose resuelto precisamente de modo expreso en la ya referida sentencia de esta Sección 3.ª, núm. 334/2010 -fundamento jurídico sexto- la desestimación de los pedimentos que se dicen referidos a ejecución de sentencia "por no establecerse ni siquiera las bases para su determinación lo que está prohibido por el art. 219 de la LEC ", por lo que tan solo se estimaba en parte el recurso y se revocaba en igual forma la sentencia apelada, estimándose también parcialmente la demanda formulada por la hoy actora-impugnante, condenándose a la demandada-apelante al abono de la cantidad de 1.590.544,98 euros con más los intereses legales y absolviéndola de modo expreso de los restantes pedimentos contenidos en esa demanda, de modo que, no habiendo sido objeto de recurso alguno el extremo relativo a la indemnización reclamada por lucro cesante en aquel procedimiento -no estimada- y habiendo devenido firme la mencionada sentencia núm. 334/2010, es patente para este tribunal la existencia de cosa juzgada (art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y la improcedencia de acoger en el presente procedimiento la pretensión indemnizatoria de la parte actora-impugnante».

CUARTO .- *Decisión de la sala. Incongruencia y cosa juzgada.*

Se desestima el motivo.

La sentencia de apelación que ahora se recurre, aprecia de oficio la excepción de cosa juzgada, al entender que en el presente procedimiento se está solicitando el beneficio industrial derivado de un contrato de obra del que el causante de Abanca desistió unilateralmente, al amparo del art. 1594 del C. Civil , quedando por ejecutar determinadas partidas, cuyo beneficio industrial ahora se reclama. Beneficio que ya se reclamó en concepto de lucro cesante en el juicio ordinario 1089/2008 del entonces Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Arona, partida que se desestimó en aquel procedimiento al declararse en la sentencia 334/2010 de la Sección 3 .ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que se desestimaba la partida de lucro cesante al no establecerse las bases para su determinación, lo que prohíbe el art. 219 LEC .

Esta sala debe declarar que de acuerdo con el art. 400 LEC , «los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste».

En el presente litigio se debe hacer constar:



1. En el procedimiento 1089/2008 se reclamó el lucro cesante derivado del desistimiento unilateral del contrato de obra, difiriéndolo el demandante a ejecución de sentencia, lo que le fue desestimado, al no concretar las bases.

2. En el presente procedimiento ordinario 1546/2012 se reclama el beneficio industrial derivado de la obra que no se pudo ejecutar al desistirse del contrato por el comitente, beneficio industrial que el demandante identifica con el lucro cesante, y por ello relata al folio 3 de la demanda interpuesta en el presente procedimiento (1546/2012) que:

«Los daños y perjuicios, no cuantificados y dejados para su cálculo en el período de ejecución de sentencia consisten en el cálculo del lucro cesante, identificado a los efectos de la presente demanda en el importe económico del beneficio industrial, y que se concreta en la diferencia entre la obra presupuestada y que debía concluir mi mandante, y no pudo hacerlo al ser cesado por la demandada y la realmente ejecutada y cobrada».

3. El mencionado beneficio industrial, que el propio demandante reclama como lucro cesante, pudo ser reclamado en el procedimiento ordinario 1089/2008 y de hecho solicitaba el lucro cesante en el suplico de su demanda, lo cual no le fue concedido al no determinar las bases, tal y como requiere el art. 219 LEC .

4. De ello puede concluirse que no puede el demandante reclamar en el procedimiento ordinario 1546/2012, lo que ya reclamó en el procedimiento ordinario 1089/2008 y no le fue concedido, dado que ello colisiona con la cosa juzgada. En este sentido establece el art. 222.1 LEC : «La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo».

5. En el presente caso ni el demandante ni el tribunal de apelación justificó razonadamente reserva de acción alguna (sentencia 425/2013, de 1 de julio).

6. No concurre quiebra del principio dispositivo (arts. 216 y 218 LEC) dado que la cosa juzgada es apreciable de oficio.

En este sentido la sentencia 383/2014, de 7 de julio , cuando declara:

«Sobre esta alegación debe precisarse -como ya se ha dejado indicado- que la recurrente no planteó durante el proceso la litispendencia o prejudicialidad del juicio ordinario núm. 669/2006 sobre el Ducado..., si bien esta Sala debe pronunciarse en primer término sobre los posibles efectos de cosa juzgada derivados de la citada la sentencia firme que puso fin a ese proceso reconociendo a la recurrente el mejor derecho sobre el Ducado ..., pues, además de que la cosa juzgada debe ser apreciada de oficio cuando concurre, como se indica en la STS de 26 de septiembre de 2011, recurso núm. 93/2008 , de no hacerse así podría resultar vulnerado el derecho de tutela efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución al no obtener la recurrente respuesta a una de las cuestiones planteadas con ocasión de sus recursos».

«Como se declaró en la referida STS de 2 de abril de 2014 (recurso núm. 1516/2008), con cita de la STS de 26 de enero de 2012 (recurso núm. 156/2009), la función positiva de la cosa juzgada consiste en que el tribunal que deba pronunciarse sobre una determinada relación jurídica que es dependiente de otra ya resuelta ha de atenerse al contenido de la sentencia allí pronunciada; o lo que es lo mismo, queda vinculado por aquel juicio anterior sin poder contradecir lo ya decidido. Es el efecto al que se refiere el artículo 222.4 LEC para el que no se exige que concurren las tres identidades que integran el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada, pues basta con la identidad subjetiva en ambos procesos, cualquiera que sean las posiciones que se ocupen en cada uno de ellos, y con que lo que se haya decidido en el primero constituya un antecedente lógico de lo que sea objeto del posterior (STS de 17 de junio de 2011, recurso núm. 1515/2007). La finalidad perseguida es evitar pronunciamientos contradictorios incompatibles con el principio de seguridad jurídica y, en consecuencia, con el derecho a la tutela efectiva cuando se está ante una sentencia firme que afecte a materias indisolublemente conexas con las que son objeto de un pleito posterior».

Por todo ello, procede desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal, sin necesidad de analizar el primer motivo y sin que sea preciso estudiar el recurso de casación al haberse confirmado la existencia de cosa juzgada.

QUINTO .- Costas.

Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

No procede imposición de las costas de la casación, al no haberse entrado en su análisis, con devolución del depósito constituido para recurrir.



FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la mercantil Ghione & García Proyectos y Construcciones S.L., contra la sentencia de fecha 14 de septiembre de 2015, del recurso de apelación 140/2015, de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, y en consecuencia no analizar el recurso de casación.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida.

3.º- Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

4.º- No procede imposición de las costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ