



Roj: **SAP M 10396/2015 - ECLI:ES:APM:2015:10396**

Id Cendoj: **28079370212015100267**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **21**

Fecha: **21/07/2015**

Nº de Recurso: **206/2014**

Nº de Resolución: **263/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ROSA MARIA CARRASCO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoprimera

C/ Ferraz, 41 , Planta 6 - 28008

Tfno.: 914933872/73,3872

37007740

N.I.G.: 28.005.00.2-2013/0001584

Recurso de Apelación 206/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 01 de Alcalá de Henares

Autos de Procedimiento Ordinario 208/2013

APELANTE: D./Dña. Nicanor

PROCURADOR D./Dña. LUIS DE ARGUELLES GONZALEZ

D./Dña. Augusto

APELADO: D./Dña. Torcuato

PROCURADOR D./Dña. EDUARDO MOYA GOMEZ

IV

SENTENCIA

MAGISTRADOS Ilmos Sres.:

D. GUILLERMO RIPOLL OLAZABAL

Dª ROSA MARÍA CARRASCO LÓPEZ

D. RAMÓN BELO GONZÁLEZ

En Madrid, a veintiuno de julio de dos mil quince. La Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto, en grado de apelación los autos de juicio ordinario número 208/2013 procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alcalá de Henares, seguidos entre partes, de una, como Apelante-Demandado: don Nicanor , de otra, como Apelado-Demandante: don Torcuato , y de otra, como Apelado-Demandado: don Augusto .

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dª ROSA MARÍA CARRASCO LÓPEZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.



PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Alcalá de Henares, en fecha 8 de octubre de 2013, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando en parte la demanda interpuesta por Torcuato , representada por el Procurador Don José María García García, contra Nicanor , representado por la Procuradora Doña Gema García Merino, y contra Augusto , representado por la Procuradora Doña Victoria Pavón Vela, debo condenar a los citados demandados a que abonen, por mitad, al demandante la cantidad de CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON SEIS CÉNTIMOS, de los que, estando entregados TREINTA MIL CINCUENTA EUROS CON SESENTA CÉNTIMOS deberá entregar únicamente VEINTITRÉS MIL QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO EUROS, más el interés legal de esta cantidad desde la fecha de interposición de la demanda, así como debo condenar a los demandados al pago de las costas de este juicio por mitad".

En fecha 19 de diciembre de 2013 se dictó auto aclarando dicha resolución, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Su señoría por ante mí el Secretario dijo: que debía aclarar la sentencia recaída en el presente procedimiento, en el sentido de sustituir la cifra 23.574 contenida en el razonamiento jurídico quinto y en el fallo condenatorio por la de 235.740 euros, quedando redactado el fallo en el siguiente modo:

"Que estimando en parte la demanda interpuesta por Torcuato , representada por el Procurador Don José María García García, contra Nicanor , representado por la Procuradora Doña Gema García Merino, y contra Augusto , representado por la Procuradora Doña Victoria Pavón Vela, debo condenar a los citados demandados a que abonen, por mitad, al demandante la cantidad de doscientos treinta y cinco mil setecientos cuarenta euros, más el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda, así como debo condenarles al pago de las costas de este juicio por mitad".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, admitido en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada, quién se opuso en tiempo y forma. Elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de 19 de junio de 2015, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 6 de julio de 2015.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- D. Torcuato presentó demanda de la que ha conocido el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alcalá de Henares después de haberse estimado la declinatoria promovida por el demandado D. Nicanor por no ser competentes los Juzgados de Primera Instancia de León, que conocieron de la demanda anterior en la que se ejercitó acción resolutoria del contrato de "permuta", folio 28, suscrito con los demandados el Sr. Nicanor y Sr. Augusto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil .

Esta demanda, iniciadora del proceso del que trae causa esta apelación, fue presentada por el Sr. Torcuato una vez que fue firme la sentencia resolutoria del contrato que había promovido al amparo del artículo 1124CC, y mediante ella solicitaba ser indemnizado de los daños y perjuicios que traían causa en el incumplimiento del contrato resuelto.

En relación a la acción ejercitada, indemnizatoria de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, alega que de ella se hizo "reserva" en las sentencia de 21 de junio de 2010 , y que la misma "está estrechamente relacionada con la acción de resolución del propio contrato y puede considerarse como una incidencia del procedimiento ordinario con número de autos 884/2009...", siendo lo anterior razón para justificar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61LEC que "el mismo Tribunal" (alegación y pretensión, que no prosperó al haber sido estimada la declinatoria promovida por falta de competencia territorial de los Juzgados de León, y razón por la que ha conocido el Juzgado de Alcalá de Henares) de aquel partido fuera quien resolviera esta acción.

SEGUNDO .- Reclama, el demandante, Sr. Torcuato , los daños y perjuicios que traen causa del incumplimiento del contrato que suscribió con los demandados, que enumera bajo los epígrafes de "inversiones realizadas en la finca mientras estuvo en posesión de los demandados", que son el IBI de los años 2005 al 2011, y pagos desde el 2004 al 2011 a la Comunidad de Regante, "Arreglo de la presa", "reparaciones realizadas en la edificación que ya existía en la finca" "demoliciones realizadas en la finca" y "coste de oportunidad.- Modificación de la legislación urbanística", y las cuantifica en 9.795, 52? -IBI y comunidad de regantes-, 22.420? -arreglo de la presa-, 37,318m18? -arreglos: 24.488,19? y 12.830?-, 8.526? -demoliciones- y 785.800?-. En total reclamó 863.859,70?.



Los demandados se opusieron, negando que D. Augusto estuviera obligado a abonar indemnización alguna al haber "renunciado", según se recogía en el acuerdo habido con el otro codemandado, a los derechos que pudieran derivarse del contrato de permuta, aportando ese acuerdo de fecha 1 de agosto de 2004, y el otro codemandado D. Nicanor solicitó fuera estimada la excepción de cosa juzgada sin entrar en el fondo con condena en costas al demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 400LEC y si no fuera estimada que se le absolviera porque no cabía exigirles cantidad alguna por los conceptos referidos al IBI, ni las cantidades derivadas del mantenimiento de la parte porque no era propietarios y no se pactó ser de su cargo dichas obligaciones desde la firma del contrato, el único gasto que tenían que hacer era el derivado de la redacción del Plan Parcial y de los proyectos de urbanización y reparcelación, que no son los reclamados, y respecto al perjuicio por "coste de oportunidad" tampoco porque nada se podía hacer en dos o tres años que es lo que tarda la tramitación administrativa, y además porque hubo incumplimiento previo del demandante que nunca segregó de la finca el molino siendo dichos incumplimientos trascendentes como así fue declarado en la sentencia de dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de León, y en todo caso por ser lo reclamado por estos perjuicios una cantidad "desmesurada e injustificada"

TERCERO .- La Juez de instancia una vez fijados qué hechos habían quedado probados, y qué fue lo reclamado y opuesto -fundamentos de derechos- concretó cuál era el objeto de litigio, en la cuantificación de los daños y perjuicios por incumplimiento contractual, no considerando posible volver a discutir "el incumplimiento" al haber sido decidida en sentencia firme.

Partiendo de lo anterior, lo primero que resolvió fue la improcedencia de lo alegado respecto al artículo 400LEC siendo las razones literales contenidas en el fundamento segundo párrafo último, que ello había quedado "resuelto por las resoluciones recaídas en el proceso seguido en León, donde claramente se efectúa una reserva de acciones, considerando dicha reserva expresamente compatible con las previsiones del artículo 400 -tal como indica la sentencia de apelación)", y a continuación partiendo de ser las responsabilidades de los demandados mancomunadas, examinó la prueba a los efectos de determinar la "cuantificación"; declaró que hubo perjuicios uno de ellos ya indemnizado en 30.000 euros -tardanza en la tramitación administrativa- y el otro, único que admitió, fue la devaluación de la finca, un 30%, de la cantidad de 785.800 euros que sería según la pericial el precio obtenido si hubiera vendido la finca, que era 235.740? - cantidad fijada en el auto de aclaración de fecha 19 de diciembre de 2013 al existir un error aritmético en la sentencia, en la que fijó como importe por dicho concepto 23.574 euros-.

La demanda ha sido estimada en parte habiendo sido condenados los demandados, por mitad, a abonar al actor "la cantidad de doscientos treinta y cinco mil setecientos cuarenta euros, más el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda, así como debo condenarles al pago de las costas de este juicio por mitad".

Recorre el demandado D. Nicanor. Los motivos son excepción de cosa juzgada, artículo 400LEC, error al valorar la prueba (en concreto la pericial, artículo 335 LEC) y vulneración de lo dispuesto en el artículo 394LEC, costas; suplicando que se le absolviera acogiendo la excepción de cosa juzgada, y sino se atendiera esta primera petición se revocara por el segundo motivo alegado con imposición de costas al demandante, y subsidiariamente, se dictara resolución declarando no haber lugar a hacer pronunciamiento en costas, respecto del mismo sin costas en esta alzada.

D. Torcuato se opuso al recurso reiterando que no procedía declarar la excepción de cosa juzgada porque en el anterior proceso solo se dio respuesta a la acción indemnizatoria habiéndole hecho reserva de la misma en la sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de León, por lo que al amparo de lo "previsto 421.2 d la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede confirmar la declaración de inexistencia de cosa juzgada realizada por el Juzgado (...)", folio 498, y tampoco el error de valoración de la prueba alegado de contrario porque el defecto formal reprochado al informe pericial quedó subsanado en el Juicio en el que compareció y ser la prueba practicada válida y suficiente para resolver, remitiéndose a dicho informe que consideró eficaz y correctamente valorado por la Juez porque el terreno no ha perdido su valor, pero sí a causa de los incumplimientos de los demandados no ha podido ingresar los 785.000 euros que habría obtenido de la venta "del proyecto terminado en virtud de lo pactado y atendiendo a las circunstancias de mercado y urbanísticas de aquellas fechas". En resumen consideró que en la sentencia se ha reconocido no solo la existencia de pérdida del valor de la finca sino otros más pero cuantificados en un importe inferior, 30.000 euros que consideró ya abonados -no los 78.059,7 euros-, por lo que consideraba que el pronunciamiento en costas era correcto más aun porque ha sido la conducta de los demandados la que ha provocado que hubiera de accionar contra ellos al no "ofrecerle al menos una indemnización razonable" tal y como dispone la sentencia de instancia, debiendo por ello desestimarse el recurso íntegramente imponiéndole al Sr. Nicanor las costas de esta alzada.



CUARTO .- Es un hecho no solo probado a través de la documental aportada por ambas partes litigantes, apelante y apelado, que previamente a este proceso el demandante D. Torcuato presentó demanda ante los Juzgados de León contra los demandados en el que solicitó, con reserva de "la acción indemnizatoria de daños y perjuicios" que se declarara resuelto el contrato por incumplimiento de los demandados.

En la *sentencia de fecha 21 de junio de 2010* se resolvió la *acción única* ejercitada por el demandante, propietario de la finca, que era la *resolutoria del contrato* de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 1124 del Código Civil* por considerar que incumplieron los demandados el contrato "en los términos establecidos", folio 41, añadiendo que no se hacía pronunciamiento respecto de " *...los daños y perjuicios reclamados por la actora y derivados del incumplimiento contractual*" porque "se ha efectuado reserva de acciones a reclamar en otro procedimiento", y en estos mismos términos se dictó la parte dispositiva -" *fallo*" de la *sentencia* - en la que se declaró resuelto el contrato que ligaba a las partes, "condenando a los demandados a estar y pasar por tal resolución y a cumplirla, todo ello con imposición de las costas a los demandados y *con reserva de la reclamación de daños y perjuicios*".

Sentencia de instancia que fue confirmada en apelación, sentencia de 2 de febrero de 2011 -Audencia Provincial de León, Sección 2ª- después de dar respuesta a los motivos referidos a la cesión de derecho de un demandado a otro, incumplimiento del propietario del inmueble, demandante, que descartó a los efectos del artículo 1124Cc, y por último rechazó la pretensión de los recurrentes, los demandados, referida a la vulneración de los artículos 219 y 400 LEC, *razonando* - fundamento quinto de esta resolución- que no se había incumplido el primero de los preceptos porque la pretensión de la actora era solo "un pronunciamiento de resolución de contrato", y respecto al artículo 400 LEC que dicha norma "prevé la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos, respecto de la pretensión formulada en la demanda, no siendo exigible que se plantee ahora una pretensión indemnizatoria por ser contrario al principio de justicia rogada art. 216 LEC)".

El Tribunal Supremo dictó auto fechado el 24 de enero de 2012 inadmitiendo tanto el recurso extraordinario como de casación promovidos por los demandados D. Nicanor y D. Augusto, declarando firme la sentencia,

QUINTO .- De los documentos antes referidos lo que ha quedado probado, teniendo eficacia de cosa juzgada conforme dispone el artículo 222 LEC, es la resolución del contrato de 1 de octubre de 2013, porque ésta era la acción ejercitada únicamente por D. Torcuato.

Y es una obviedad indicar que en ninguna de las resoluciones judiciales se entró a resolver la acción indemnizatoria derivada del incumplimiento porque la misma no fue ejercitada por la parte, no obstante haber alegado en la demanda iniciadora del proceso tramitado en los Juzgados de León que a consecuencia del incumplimiento se le habían causado " **daños y perjuicios** " que aparentemente parecía reclamar, **pero que no lo hizo según su suplico, en el que hacía reserva sin justificar la razón de ello**.

La resolución del primer recurso de apelación, cosa juzgada en su acepción preclusiva regulada en el artículo 400 LEC, exige no solo comprobar qué acción fue la ejercitada en la instancia sino, y además, también la razón o justificación de la reserva de la acción; reserva que no lo fue por el tribunal de instancia, sino que dicho pronunciamiento está vinculado a lo que fue solicitado por su parte, eso sí de forma contradictoria, como se evidencia y se ha transcrito antes de la lectura de la sentencia de instancia.

En el suplico de la demanda fechada el 24 de febrero de 2008, folio 231 vuelto -no consta en la copia aportada por el demandado Sr. Nicanor cuando se presentó en los Juzgados de León- se solicita se dicte sentencia declarando "resuelto el contrato de fecha 01 de octubre de 2003" y se condene a los demandados a estar y pasar por tal resolución y a cumplirla, con condena en costas, añadiendo "y con reserva a esta parte de la reclamación de daños y perjuicios que se le hayan originado por el incumpliendo que serán reclamados en procedimiento aparte"; suplico que entraba en contradicción con el hecho noveno de la demanda en la que se decía "SOBRE LA RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS QUE SE EFECTÚA".

En ese *hecho noveno de la demanda* se decía "Reclamamos al demandado todas las facturas y perjuicios que se han producido como consecuencia de la absoluta *negligencia del demandado* en el cumplimiento del contrato, puesto que a partir del plazo de la permuta a él le correspondía efectuar todos los pagos y todas las reparaciones que se produjeran en la finca objeto del contrato. Y así se reclaman las siguientes cantidades", Cantidades que eran el IBI correspondiente a los años 2005, 2006, 2007 y 2008 -año éste en el que se presenta la demanda, agua de 2004, canon regulación 2005, y 2007, y 2008, agua 2005 y 20008 y riego 2006, arreglo de canales, obras de los apartamentos y demolición por cumplimiento de contrato, en total 52.885,78 euros; y a su vez se indica haber sufrido perjuicios que cuantificaba en 600.000 euros, por lo que el total que afirmaba "reclama" era de 652.995,78 euros, añadiendo que *pericialmente "se acreditará en el procedimiento la diferencia de coste entre la oferta nueva y la oferta incumplida* que en su día efectuaron los hoy demandados". Y, entiende este tribunal, en correlación con esta última petición o reclamación que afirmaba, no obstante el suplico en los términos antes transcritos, solicitó prueba pericial a los efectos de la cuantificación económica



de los perjuicios en atención "a la oferta de Edificios y construcciones Leoneses S.a y teniendo en cuenta el Plan Parcial presentado, devengaría d. Torcuato ultimado el mentado proceso de construcción", folio 232, página 29 de la demanda presentada por este último.

No obstante afirmar el actor, Sr. Torcuato que reclamaba daños y perjuicios, no lo hizo, como se comprueba del suplico, desconociendo cuál fue la razón o motivo de ello, porque nada se alegó en su momento en la demanda y no consta se hiciera en la audiencia previa celebrada en su día juzgado número 7 de Primera Instancia de León- no habiéndose pronunciado dicho tribunal sobre dicho extremo y/o contradicción, y desconociendo también si se admitió la prueba, y sino, cuál fue la razón de ello, y es **después de la firmeza** de la sentencia resolutoria del contrato que **promueve demanda** que presenta ante **el Juzgado de Primera Instancia número 7 de León, indicando que dimanaba del Procedimiento Ordinario 884/2009**, folio 6, y 5-este en él mismo sentido- siendo la razón expuesta en el fundamento referido a la "Competencia" territorial y funcional, haber conocido dicho Juzgado del procedimiento "en el que se declaró la resolución del contrato por los incumplimientos que han generado los daños y perjuicios qu ahora se reclaman (arts 5 y 61 LEC)", añadiendo que "**Es evidente que la acción que ahora se ejercita de reclamación de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato está estrechamente relacionada con la acción de resolución del propio contrato** y puede considerarse como una **incidencia del procedimiento** ordinario con número de autos 884/2009 por lo que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 61 de la LEC, deberá conocer el mismo Tribunal".

Y comparando lo que se enumeraba en el anterior proceso y afirmaba "reclamaba" aunque luego no lo hiciera al formular el suplico, y en éste, se comprueba que los conceptos son en esencia los mismos, e igualmente las cantidades, siendo la diferencias consecuencia de incluir por los mismos conceptos los alegados daños ocurridos en el periodo entre la demanda primera y la que ha dado origen a este proceso, porque en éste, en la demanda, se reclama como ya se ha indicado el IBI al igual que en el primero pero añadiendo dos anualidades más, y se incluyen los más gastos -periodo intermedio- de "regantes", ahora bien las partidas más importes de 22.420 euros -trasporte por arreglo de la presa- y la indemnización son en esencia los mismos.

SEXTO .- Lo que ha de plantearse es si cabe de conformidad con lo dispuesto en el **artículo 400.2LEC**, que fue lo excepcionado por el demandado/apelante, entrar a resolver la acción indemnizatoria o debe entenderse precluida para lo que ha de tenerse en cuenta **qué es lo que se resolvió en el anterior proceso y la regulación legal de la preclusión**.

La Juez de instancia no se ha pronunciado sobre este primer motivo que fue de oposición; y la razón era haberse ya resuelto en el anterior procedimiento, lo que no se ajusta a la realidad según se desprende de la documental aportada.

En el anterior proceso lo que se resolvió fue una acción la resolutoria por incumplimiento, pero no la indemnizatoria ni tampoco que pudiera o no reservarse la acción la parte demandante.

La Ley de Enjuiciamiento civil tiene proscrito las sentencias con reserva de liquidación, artículo 219LEC, lo que sí es posible es dejar para un proceso ulterior la liquidación concreta - artículo 219.3LEC - cuando esa sea la pretensión y no pudiera concretarse el importe; pero esto no es lo que se planteó en su día porque el demandante no se reservó la liquidación sino que no ejercitó la acción indemnizatoria, desconociéndose cuál era la razón de ello cuando en la demanda sí afirmaba que ejercitada la acción indemnizatoria y cuantificaba, para después omitir la correspondiente petición, reservándose la acción indemnizatoria. A través de esta reserva lo que se manifestaba era su voluntad, no obstante lo alegado, de que el tribunal no se pronunciara sobre si había o no lugar a ser indemnizado y por ende a cuál sería la cuantía; y esto es lo que se afirma en las sentencia dictadas por los tribunales de León,

En ningún caso se planteó, no consta en autos, que fuera cuestión litigiosa si podía o no hacer esa reserva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 219 y 400 LEC, por tanto es al ejercitar la acción indemnizatoria cuando se ha de examinar si esto es posible no por razón de concurrir la excepción de cosa juzgada material sino por razón del principio de preclusión regulado en el artículo 400.2 LEC. Por tanto lo razonado por la Juez para rechazar este motivo o excepción opuesta no es de recibo, porque en ningún caso en la sentencia se resolvió sobre ser o no posible, lógico, porque quien tiene la disposición del proceso es la parte que acciona que ejercitará la acción o acciones que considere procedentes, artículo 19 y 216LEC -principio dispositivo y de justicia rogada-.

Y lo que no fue resuelto es si el demandante tenía derecho a ser indemnizado. No siendo la cuestión a resolver en este proceso como pudiera haber entendido la Juez la cuantificación en los términos que dispone el artículo 219.2LEC, porque no es así. El objeto de este proceso no era ni lo es en esta alzada cuantificar sino primeramente resolver sobre la procedencia de la acción indemnizatoria lo que significa declarar que a consecuencia del incumplimiento sufrió daños y perjuicios, porque no todo incumplimiento tiene por qué ser generador de los mismos. Por tanto lo que debía resolverse en este proceso era si había lugar a declarar que



como consecuencia del incumplimiento, se le causaron daños y perjuicios, y concretarlos al igual que sus cuantías. Y antes de ello lo que ha de comprobarse es si cabía ejercitar en un nuevo proceso dicha acción indemnizatoria para lo que ha de tenerse en cuenta lo que dispone el artículo 400LEC y jurisprudencia.

SÉPTIMO .- El artículo 400LEC bajo el epígrafe "Preclusión de la alegación de hecho y fundamentos jurídicos" dispone:

"1. 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**.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegaciones en otros juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste".

La resolución del recurso gira sobre el rechazo derivado de la dicción del apartado primero del artículo 400LEC, más aun en este caso en el que la parte si alegó en la demanda promovida ante los tribunales de León cuáles eran los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual que imputaba a los actores fundado; fundando la acción resolutoria en el artículo 1124Cc, y es en este mismo precepto en el que funda la pretensión indemnizatoria que cuantifica atendiendo a los mismos conceptos, en esencial, que en su día, variando solo como ya se ha indicado en algunas cantidades consecuencia de los pagos realizados en el periodo intermedio y pérdida de valor consecuencia del tiempo, también transcurrido, del terreno.

Lo que se planteó por el apelante es la no procedencia de esta nueva demanda en base a la reserva, improcedente, según él mismo, de la acción indemnizatoria.

La norma transcrita permite como ya se indicó en el Auto de fecha 26 de diciembre de 2013 -rollo de apelación 250/2013 del que fue Ponente el Presidente de esta Sala Sr. GUILLERMO RIPOLL OLAZABAL- una interpretación amplia que comprenda "cuantas acciones y causas de pedir tengan que ver con una misma situación fáctica y una interpretación más restringida que abarque únicamente a cuantas pretensiones tengan relación con la concreta acción o causa de pedir ejercitada en el primer proceso".

La interpretación más amplia, se indicaba en la anterior resolución, está apoyada por parte de la doctrina así autores como "De la Oliva" que indican que "pensamos que la solución reside en entender que la carta de la alegación de fundamentos jurídicos, la regla de la preclusión de tales alegaciones y las restantes consecuencias se limitan a aquellos fundamentos o títulos jurídicos, que sean razonablemente apreciables en los momentos procesales oportunos".

Ese criterio a aplicar en los Juicios ordinarios, porque solo está pensado en el ámbito del mismo, se interpreta no obstante lo anteriormente indicado, de forma más restrictiva tratando de compaginar por un lado el fin perseguido a su través que es evitar la sucesión de procesos cuando lo que se pide pudiera estar comprendido en distintos acciones, títulos o hechos, y por razón del efecto riguroso, comprobar si cabía o no hacer ese trabajo de previsión que en última instancia está exigiendo.

Y es por esa interpretación restrictiva que ha de tenerse en cuenta quienes son las partes, si era posible o no la acumulación de acciones o no, y en su caso la conexión o vinculación entre uno y otro proceso .

La doctrina jurisprudencial respecto a este precepto, artículo 400LEC, se ha pronunciado en sentencias de 26 de junio de 2012, 21 de marzo y 29 de octubre de 2013 al indicar como directrices jurisprudenciales "A) La intrínseca entidad material de una acción permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal (STS 11 de marzo de 1985 y 25 de mayo de 1995); B) 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 3 de mayo de 200) o dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (STS 19 de junio de 2000, y 24 de julio de 2000) o título que sirve de base al derecho reclamado (STS de 27 de octubre de 200 y 15 de noviembre de 2001); y C) 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 sirve de fundamento y apoyo a la nueva acción (STS 27 de octubre de 2000); D) No desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgado no los atendió (STS 30 de julio de



1996 , 3 de mayo de 2000 y 27 de octubre de 2000); **E) La cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con 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, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa** , después de una demanda donde objetiva y casualmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, **quiebra las garantías jurídicas del amenazado** (STS 28 de febrero de 1991 y 30 de julio de 1996), postulados en gran medida postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al art. 400 de la LEC . F) 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 (STS 3 de abril de 1990 , 31 de marzo de 1992 , 25 de mayo de 1995 y 30 de julio de 1996)".

OCTAVO .- No se discute que la excepción de cosa juzgada en su sentido estricto no es lo que se alegó por la parte; lo que **se exceptuó fue la preclusión oponible a la parte actora que pudiendo haber accionado no lo hizo, pese a la conexión entre las acciones ejercitadas** ; es en definitiva uno de los supuestos en los que el Tribunal Supremo ha venido considerando improcedente esa reserva de acciones hecha por las partes. Porque sin justificación alguna no cabe reproducir los procesos, como se hace en este caso; el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 26 de junio de 2012 de la que fuera Ponente la Sra. Roca Trías teniendo en cuenta que las acciones no son idénticas, la primera y segunda, sí lo son los hechos o hechos que han determinado una y otra, pero es más, la segunda trae su causa en esa actividad generadora de la acción que se ejercitó. Produciéndose el efecto de la cosa juzgada en este segundo proceso porque al mismo se extiende aunque lo planteado en este proceso (acción impugnatoria), no fue juzgado en el anterior porque no se dedujo pero, eso sí, pudiendo, como se evidencia de la lectura de la demanda, haberlo hecho porque era el efecto o consecuencia del incumplimiento, consecuencia que era querida y ya determinada por el accionante Sr. Torcuato .

Esa reserva de la acción indemnizatoria, no de su cuantificación, no se justificó. Además lo que consta es la falta de justificación porque los conceptos por los que reclama son los que se alegaron ya en la anterior demanda y las cuantías las mismas, salvo en los incrementos por el mayor tiempo que ha transcurrido entre aquella fecha y la de este proceso, y la diferencia en relación con el lucro cesante es debido igualmente a no haberse superado la crisis, notoria, que ha provocado no solo la caída de precios sino la paralización, en más o menos, de la construcción. En consecuencia no existe razón para reservar esa acción, vinculada a su pretensión principal y efecto de la misma, cuyo no ejercicio implica una clara inactividad que tiene como reproche el previsto en el artículo 400.2 LEC . Inactividad que no puede ampararse estando cubierta por la cosa juzgada en la versión dispuesta en este apartado segundo, porque si bien es cierto que no son idénticas las acciones sí son las partes las mismas, están fundadas en un mismo hecho que es el origen del incumplimiento y pudo la parte ejercitarla y no lo hizo por causa no justificada.

La Ley lo que hace es imponer a la parte un deber que tiene su finalidad en evitar los pleitos encadenados cuando el hecho origen es él mismo , y ambas acciones están en clara conexión como es en este caso la acción de incumplimiento y la indemnizatoria. En consecuencia ha de estimarse la excepción opuesta al amparo del artículo 400.2 LEC , debiendo revocarse la sentencia y absolver a los demandados, con imposición de costas al actor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 ELC.

NOVENO .- Y por última estimado el recurso no ha lugar a hacer pronunciamiento en costas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 394 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- F A L L A M O S

En virtud de lo expuesto, el Tribunal HA DECIDIDO ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Nicanor , estimando la EXCEPCION contenida en el apartado segundo del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , debiéndose revocar la sentencia de instancia dictada en el Juicio ordinario número 208/2013, el 8 de octubre de 2013, aclarada por auto de 19 de diciembre de 2013, por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alcalá de Henares , y en su lugar se resuelve, DESESTIMAR la demanda, absolviendo a los demandados D. Nicanor y D. Augusto , imponiéndole al demandante las costas de la primera instancia.

No ha lugar a hacer pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada.

Contra la presente resolución cabe el Recurso de Casación y/o extraordinario por infracción procesal, en los términos previstos en el art 469 de la LECv, en relación con la Disposición Final Decimosexta de la misma, a interponer en el plazo de veinte días ante este Tribunal y del que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Procedase a devolver el depósito a la parte recurrente al haber sido estimado éste último.



Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ