

# Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos en la demanda

Comentario a la STS de 27 de abril de 2022

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

El comentario de esta reciente sentencia del Tribunal Supremo se centra en una demanda interpuesta por un particular contra una entidad bancaria, que solicita la devolución de las cantidades de dinero entregadas a cuenta a la cooperativa de viviendas por el concepto «adquisición de una vivienda nueva». Nada extraordinario en este aspecto, simplemente se está instando a la devolución del dinero que se deposita como forma normal de comprar una vivienda en el futuro; algo absolutamente habitual, que tiene su causa en la declaración concursal de la cooperativa y la frustración de la construcción prevista. Lo excepcional radica en analizar si el juicio anterior con sentencia firme, que ya se ha pronunciado sobre la garantía de esas cantidades entregadas, tiene o no efecto de cosa juzgada (más adelante se aclara), al demandar varios cooperativistas a la entidad bancaria –entre ellos el mismo que ahora demanda nuevamente–, y si lo alegado con posterioridad pudo haberse alegado en el juicio anterior para eludir la excepción de litispendencia. Nos estamos refiriendo al valor de una posible acción declarativa previa sobre el reconocimiento de un derecho a los efectos de poder condicionar la demanda posterior de condena. Es la litispendencia, la preclusión de los actos procesales por el impedimento claro del artículo 400.2 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) cuando nos dice: 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 este. O bien, el artículo 222 en el mismo sentido: «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 aquella se produjo». La posibilidad o no de entablar un nuevo pleito

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de diciembre de 2022).

por el cooperativista, una vez deducido otro con sentencia firme anterior, a los efectos de identidad subjetiva u objetiva, es lo que ocupa el razonamiento de esta sentencia del Tribunal Supremo, destacada también por la exposición resumida y actual que hace de estos temas invocados como excepciones procesales (cosa juzgada, preclusión, litispendencia...).

La perspectiva jurídica que aquí nos interesa, por consiguiente, es la argumentación que se realiza de la oposición a la demanda en cuanto al fondo se refiere y, para el caso de la desestimación de esta pretensión principal, la consecución del mismo objetivo alegando la prescripción de la acción y las excepciones de cosa juzgada y preclusión de la reclamación. En estos aspectos procesales se centra el comentario y el análisis que se hace del recurso de casación interpuesto por el particular cooperativista, pues en apelación se le da la razón al banco y, evidentemente, es el actor quien ahora interpone la casación, anunciando por adelantado que el Tribunal Supremo va a aceptar su recurso por infracción procesal. El banco, en esencia, se había opuesto alegando haber «transcurrido sin interrupción más de cinco años desde que se pudo ejercitar la pretensión, la cosa juzgada material, porque sobre la misma pretensión ya había recaído sentencia firme en el anterior litigio entre las mismas partes, la preclusión de la acción, dado que el demandante pudo ejercitar la acción de condena en ese mismo litigio precedente», entre otros motivos.

En la primera instancia, el banco es condenado a pagar la cantidad de 73.709,85 euros, así como al pago del interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda. Interpuesto el correspondiente recurso de apelación, que se tramitó con el n.º 249/2018 de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, la sentencia de 14 de noviembre de 2018 estima la apelación.

La base del recurso de casación que se interpone a continuación está en efecto de cosa juzgada, que puede o no tener la sentencia recaída en otro proceso anterior, en el que se le da la razón al mismo particular y a otros cooperativistas que habían demandado al mismo banco como depositario de las cantidades anticipadas por la adquisición futura de la vivienda. El efecto preclusivo que tiene lo juzgado con anterioridad y el negativo de la cosa juzgada son los temas a tratar (arts. 222 y 400.2 LEC). Porque el efecto material excluye un nuevo proceso que tenga por fin el idéntico objeto y lo resuelto en el juicio, vincula «al tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal». De otro lado, cuando se habla de preclusión nos estamos refiriendo a la alegación de hechos y fundamentos jurídicos en un litigio posterior que pudieron y debieron alegarse en el anterior. Concretamente, y como dispone el artículo 400.2 en el que se basa el recurso, «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 este».

Al margen de lo anteriormente indicado, es lógico también que invoque la aplicación del artículo 1.2.ª de la Ley 57/1968, de 27 de julio (actual disposición adicional primera de la

Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación) sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, que garantiza la devolución del dinero; porque el fundamento de esa ley consiste en evitar los abusos reiterados y la alarma que genera la frustración de la ejecución de la vivienda y el desembolso producido. En términos parecidos se pronuncia la exposición de motivos de esa ley:

La justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos, que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que esta no se lleve a efecto.

Y de ahí que el precepto indicado de esta norma contemple el reintegro de ese dinero como una garantía previa al depósito. Las promotoras de viviendas que no sean de protección oficial deben cumplir una serie de exigencias. Por lo que a este asunto se refiere:

Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior.

Como la sentencia no comenta nada al respecto, conviene hacer referencia a esa especial garantía legal, porque un cooperativista que deposita importantes cantidades de dinero en una cuenta bancaria para la adquisición de una vivienda debe hacerlo con la confianza de que la operación, de no llegar a buen fin –como fue en el caso– tiene garantizada el reintegro, y esta circunstancia es especialmente importante como para dejarla de lado.

Empezamos por un breve repaso legislativo, que nos pondrá al día en esta materia:

Primero tenemos la ley mencionada, Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Luego se modifica la Ley 57/1968, y se promulga la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. El 1 de enero de 2016 entra en vigor la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Su disposición final tercera modifica la Ley 38/1999 y deroga la Ley 57/1968. Finalmente, la regulación actual vigente sobre las cantidades entregadas a cuenta se contempla en la Ley 38/1999 y en la Ley 20/2015.

Seguidamente, se indican algunos aspectos legales de la regulación que pretenden dar confianza al depositario:

- a) El cedente se obliga a la devolución al cesionario de las cantidades percibidas a cuenta más los intereses y para el caso de que la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos o no se obtenga la cédula de habitabilidad.
- b) Se obliga a firmar un aval o contrato de seguro.
- c) Se designa una entidad bancaria o caja de ahorros y la cuenta a través de la cual se ha de hacer entrega por el adquirente de las cantidades que se hubiese comprometido anticipar como consecuencia del contrato celebrado.
- d) Es importante resaltar también, en caso de no iniciación de obras o de entrega de la vivienda, que la ley faculta al cesionario para optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, o conceder al cedente prórroga.
- e) Nada desdeñable es el carácter ejecutivo que tiene el contrato de seguro o el aval, a los efectos de lo dispuesto en el título XV del libro II de la LEC.
- f) La publicidad de la obra debe contener que el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente ley; haciendo mención expresa de la entidad garante, así como de las bancarias o cajas de ahorro.
- g) Finalmente, está prevista la responsabilidad penal del promotor por la no devolución del dinero anticipado.

Expuesto lo anterior, lo importante se halla en el fundamento jurídico tercero de la sentencia, que expone la doctrina de la cosa juzgada, la preclusión y las acciones mero declarativas (a su lectura remito al lector). Si hubiera que encontrar un fundamento resumido para este instituto procesal, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva serían la respuesta correcta. Además, hay una clara relación con la litispendencia. En ambos supuestos nos hallamos ante excepciones procesales que tratan de asegurar el efecto negativo de una sentencia anterior y la aplicación de los artículos 9.3 y 24 de la CE. Por el efecto negativo, preclusivo o excluyente, la sentencia dictada con anterioridad impide un nuevo pronunciamiento (esto es lo que invoca el banco). El tribunal posterior (bien el juzgado de 1.ª instancia de Valladolid que estimó la demanda, bien la audiencia que revocó esta decisión en apelación) debe aceptar la decisión judicial firme, o resolver las cuestiones conexas en el mismo sentido, manteniendo la coherencia. Por ejemplo, las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad y medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, la cosa juzgada tiene efectos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil (art. 222.3, 2.º párrafo de la LEC). Y no se trata aquí del efecto formal de la cosa juzgada, en cuanto a la inimpugnabilidad por la firmeza de la resolución, sino del ma-

terial o del efecto negativo apuntado. Por otro lado, al analizarse en el recurso las acciones meramente declarativas, se llega a la conclusión de su admisibilidad, pero hallando el fundamento en una tutela jurisdiccional; pues, si bien el artículo 5 de la LEC prevé esta posibilidad, es el órgano jurisdiccional el que debe poner certeza donde no la hay en «torno a la relación jurídica de que se trate», a una relación jurídica cuestionada.

Otra cuestión importante, no tratada en la sentencia que comentamos, radica en el efecto que podría tener el paso del tiempo en un proceso posterior con sentencia anterior. Aquí, lo subyacente es que el pleito anterior acumuló la solicitud de varios cooperativistas contra el banco, que había garantizado las cantidades depositadas. El banco recibe una condena anterior por la cual se le declara responsable. Lo pedido en las demandas de ambos litigios contra el mismo banco es, por tanto, diferente: «en el primer litigio, la declaración de su responsabilidad se produce con base en el artículo 1.2.<sup>a</sup> de la Ley 57/1968 frente a los veinticuatro cooperativistas demandantes; en el segundo, su condena a pagar a uno de esos mismos demandantes» se basa en la sentencia firme estimatoria del primer litigio. Pero esa sentencia inicial opera con un efecto positivo, no negativo o excluyente, por la inferencia ingeniosa de que la pretensión del cooperativista en la segunda demanda tiene su fundamento en esa condena previa de la que deriva su declaración de su responsabilidad. Es decir, el litigio precedente es el presupuesto del litigio posterior. Esto, y conectamos con la inicialmente señalado, no tiene nada que ver con el transcurrir del tiempo que ha podido cambiar, no hechos, pero sí circunstancias a analizar sobre la posible preclusión. Lo que pide ahora el cooperativista tiene su fundamento en la obtención de una tutela jurisdiccional para el presente, aunque se proyecte hacia el futuro. Solo si la situación así cambiara, diríamos que no surte efectos la cosa juzgada del proceso anterior contra el banco. Pero es evidente que esto no se plantea aquí y que por ello el Tribunal Supremo no lo analiza al exponer la doctrina; sin embargo, parece oportuno completar el análisis aludiendo al efecto perturbador que tiene el tiempo sobre la eficacia de la cosa juzgada material en su versión negativa. Ahora bien, lo importante es saber que la pérdida del efecto de la cosa juzgada se produce, en realidad, más que por el paso del tiempo, porque la situación ha podido cambiar, de ahí que sea determinante la definición de esos nuevos elementos fácticos. Obsérvese que la sentencia del Supremo no se está refiriendo a elementos fácticos nuevos, sino a un proceso anterior, que es el antecedente de la petición diferente en otro posterior por la mera declaración del banco como responsable y garante del depósito de unas cantidades de unos cooperativistas.

Esa declaración de responsabilidad anterior supone la concreción de tutela por el órgano jurisdiccional, dando certeza a una situación incierta, derivada de una relación entre el cliente-cooperativista y el banco, que asume la responsabilidad de la garantía establecida en el artículo 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Hay una parte cuestionable en la sentencia, o por lo menos la que tiene una argumentación más delicada; es la referida a la posibilidad que tuvo el cooperativista de alegar en el primer pleito la devolución de los anticipos depositados en la cuenta bancaria, con lo cual, la pre-

clusión adquiere relevancia y da sentido a la invocación del artículo 219 de la LEC sobre las sentencias con reserva de liquidación, con una mera declaración de derechos futuros a percibir, y con el fin de evitar una sucesión de juicios que podrían haberse evitado con el anterior.

Ahora bien, la desestimación de esa preclusión está en el interés que despierta obtener un simple pronunciamiento «declarativo de la responsabilidad del banco con base en el art. 1-2.ª de la Ley 57/1968», porque en el caso que comentamos se produjo un concurso de la cooperativa y la falta de las garantías que deberían haberse constituido por aplicación de la norma, lo cual provocaba una inseguridad acerca de los créditos reclamados. La sentencia, que expone la jurisprudencia sobre las demandas o acciones meramente declarativas, impeditivas de la preclusión, se centra en el interés legítimo en obtener esa declaración, para poder, posteriormente, concretar las cuantías a devolver, porque se sustenta en un derecho a obtener la tutela judicial por los cauces legales (art. 5 LEC). Y por ello se menciona la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1992, de 30 de noviembre (NSJ000635), reiterando la 71/1991, de 8 de abril de 1991 (NSJ001743), la cual, precisa, que

la admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela. La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate.