

DICTAMEN JURÍDICO

LÍMITES TEMPORALES DE LA COSA JUZGADA MATERIAL

ASUNTO SOLAR SITO EN LA AVENIDA XXXXXXXX DE XXXXXXXXXXXX. DEMANDA DE LA MERCANTIL XXXXXXXX
FRENTE A XXXXXXXX

PROCESO INICIAL EN QUE SE PIDIÓ EL CUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE CAMBIO POR OBRA CON ENTREGA DE PISOS ALTOS SEGÚN CONVENIO DE COLABORACIÓN URBANÍSTICA, DESESTIMADA LA PRETENSIÓN PORQUE EL CONTRATO IMPONÍA LA ENTREGA DE LOCAL COMERCIAL. Y POSTERIOR PRETENSIÓN EN LA QUE, CONFORME AL RÉGIMEN ACTUALMENTE VIGENTE, ES POSIBLE ENTREGAR LOS BAJOS COMERCIALES

DR. RICARDO JUAN SÁNCHEZ
DRA. ALICIA ARMENGOT VILAPLANA
Universitat de València (Estudi General)

DICTAMEN JURÍDICO	1
I. PRESENTACIÓN	2
II. LA COSA JUZGADA Y SUS LÍMITES TEMPORALES. DOCTRINA CIENTÍFICA Y JURISPRUDENCIA	3
1. Reconocimiento y operatividad de la eficacia de cosa juzgada material correspondiente a las resoluciones judiciales	3
2. Alcance y límites de la cosa juzgada. En especial, los límites temporales	6
A) Consideraciones generales sobre los límites de la cosa juzgada	6
B) Plazos preclusivos y dies a quo a partir del cual cabe hablar de hechos nuevos y distintos como fundamento no alcanzados por la cosa juzgada	8
C) Nuevos hechos y nuevo objeto del proceso	10
D) Nuevos hechos y nuevo fundamento de la pretensión, aunque no se dé un nuevo objeto del proceso en sentido estricto	11
E) Los nuevos “fundamentos jurídicos”	12
F) Inoperancia de la eficacia del efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada a partir de la preclusión del proceso ulterior	13
III. LA INOPERANCIA DE LA COSA JUZGADA EN LA PRETENSIÓN CONCRETA SOMETIDA A DICTAMEN	14
1. La “cosa” que fue “juzgada” en el proceso inicial	14
A) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de XXXXX, de 8 de octubre de 1998	15
B) Sentencia núm. 277 dictada por la Secc. 7ª de la Audiencia Provincial de XXXXX, de 29 de marzo de 2000	16
2. La pretensión actual. Distinto objeto del proceso por plantear nuevo <i>petitum</i> y, sobre todo, <i>causa petendi</i> . consecuencias	18
A) <i>Petitum</i>	19
B) <i>Causa petendi</i>	19
C) Consecuencias de la inoperancia de la eficacia de cosa juzgada	20
1.º Respecto de la solicitud de anotación preventiva de la demanda:	20
2.º Respecto del proceso principal:	22
IV. CONCLUSIONES	23
V. BIBLIOGRAFÍA CITADA	25

I. PRESENTACIÓN

Por la representación de la demandante se ha encargado un dictamen jurídico a unos profesores de Derecho Procesal, en cuanto a su condición de técnicos expertos en el objeto de dictamen, y todos ellos integrantes del Área de Derecho Procesal del “Departament de Dret Administratiu i Processal de la Universitat de València (Estudi General)”.

El presente dictamen versa sobre si la cosa juzgada resulta procedente y operativa en el asunto que se nos sometió a dictamen, así como las consecuencias pertinentes de todo ello. Concretamente, la cuestión es la relativa a sendos procesos entre la demandante “XXXXXX, S. A.” y la demandada Dña. XXXXX en relación a un solar sito en la Avda. XXXXX, núms. XXXX de XXXXX.

En el proceso inicial, entablado entre las partes y finalizado en primera instancia por SJPI núm. 7 de XXXXX, de 8 de octubre de 1988, y en segunda instancia por la SAP XXXXX, Secc. 7ª, de 29 de marzo de 2000, se solicitó por la demandante la condena de la demandada al cumplimiento del contrato de fecha 2 de marzo de 1999, debiendo la demandada recibir, siempre según la demandante, el correspondiente coeficiente de obra en pisos altos. Todo ello porque según el convenio de colaboración urbanística entre el Ayuntamiento de XXXXX y la mercantil demandante, aunque tenía la virtualidad de convertir suelo público en construible, imponía la entrega de los bajos comerciales al propio Ayuntamiento, de modo que impedía la entrega de éstos a la demandada. Como sea que se entendió por el juzgador en las citadas sentencias que el contrato imponía la entrega de locales comerciales en lugar de los pisos altos solicitada, se desestimó la pretensión.

En el proceso ulterior y actual entre las mismas partes, se solicita igualmente el cumplimiento del contrato de fecha 2 de marzo de 1999, si bien debiendo recibir la demandada el correspondiente coeficiente de obra en locales comerciales. Todo porque según la actual regulación urbanística, concretamente consecuencia del PGOU aprobado en fecha 3 de julio de 2002, es posible la entrega a la demandada de los citados locales comerciales. Circunstancia que la actora estima fundamental en tanto y

cuanto esta circunstancia hoy posible –e imposible cuando se juzgó- fue la fundamentalmente motivó la desestimación de la primera pretensión en las sentencias citadas.

No obstante haberse solicitado el presente dictamen por una de las partes, nos limitaremos a ofrecer nuestra opinión técnica sobre el asunto que se nos somete, fundada en una selección de la doctrina más relevante y mayoritaria así como en jurisprudencia actual. En particular, tendremos que analizar la posible operatividad de cosa juzgada material correspondiente a los pronunciamientos contenidos en la sentencia firme del primer proceso, y para ello atenderemos a los límites sobre todo temporales de la cosa juzgada material; compararemos analíticamente el proceso inicial y el ulterior, principalmente en cuanto se refiere al *petitum* y *causa petendi*; comprobaremos el momento y trascendencia de las nuevas circunstancias que puedan suponer o no identidad entre ambos procesos; así como, en definitiva, una vez constatada la identidad o no entre los procesos, realizaremos una proyección con criterios de lógica-jurídica de las consecuencias sobre la decisión de las principales solicitudes formuladas en el proceso actual, tanto respecto de la anotación preventiva de demanda como, en definitiva, sobre viabilidad y estimación del proceso principal.

II. LA COSA JUZGADA Y SUS LÍMITES TEMPORALES. DOCTRINA CIENTÍFICA Y JURISPRUDENCIA

1. RECONOCIMIENTO Y OPERATIVIDAD DE LA EFICACIA DE COSA JUZGADA MATERIAL CORRESPONDIENTE A LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

La cosa juzgada material se ha conceptualizado como la cualidad de inmutable que ostenta la decisión contenida en una sentencia firme respecto de cualquier otro proceso posterior entre las mismas partes (u otras personas afectadas) y sobre el mismo objeto (pretensión procesal). Asimismo, implica una vinculación, de naturaleza jurídico-pública, que impone a los jueces no juzgar de nuevo sobre aquello juzgado así como, derivadamente, no admitir controversia de las partes acerca de ello.

Junto a su reconocimiento normativo y jurisprudencial, cabe ser explicada ya desde una perspectiva de lógica jurídica. Resulta necesario que las consecuencias jurídicas declaradas en la resolución final del proceso resulten fijadas. La seguridad jurídica proclamada en el art. 9.3 CE impone que en algún momento resulten

inmutables las decisiones sobre las cuestiones litigiosas adoptada por los órganos jurisdiccionales ejerciendo su potestad jurisdiccional a través del proceso (art. 117.3 CE). De ahí que se consagre desde un punto de vista de derecho positivo y se reconozca, como no podía ser de otro modo, por la jurisprudencia uniforme.

En el ámbito del proceso civil recibió un temprano reconocimiento normativo. El art. 1252 CC vino a disponer y exigir que “para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron...” A su vez, la jurisprudencia, y en particular la del Tribunal Constitucional, ha vinculado la eficacia de cosa juzgada al derecho a la tutela judicial efectiva proclamada en el art. 24.1 CE, sobre todo en cuanto a la operatividad de sus efectos. Entre otras muchas, dice la STC 242/1992 (Sala 2ª), 21 diciembre 1992 (RTC 1992\242), que de no operar la cosa juzgada material “se lesionaría la paz y la seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una Sentencia dictada en proceso anterior entre las mismas partes, como se ha dicho en la STC 264/1984”.

Y en esa línea, entre las resoluciones más recientes, la STC 200/2003 (Sala 2ª), 10 noviembre de 2003 (RTC 2003\200), explica que la procedencia, fundamento y efecto de la cosa juzgada material cuando, afirma que “este Tribunal ha sostenido de manera reiterada y uniforme que una de las proyecciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE es la que se concreta en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el Ordenamiento... Como recordábamos en la STC 151/2001, de 2 de julio, «[e]n otro caso, es decir, si se desconociera el efecto de la cosa juzgada material, se privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y seguridad jurídicas de quien se vio protegido judicialmente por una Sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes (SSTC 77/1983, de 3 de octubre; 159/1987, de 26 de octubre; 119/1988, de 20 de junio; 189/1990, de 26 de noviembre; 242/1992, de 21 de diciembre; 135/1994, de 9 de mayo; 87/1996, de 21 de mayo; 106/1999, de 14 de junio; 190/1999, de 25 de octubre; y 55/2000, de 28 de febrero)».... No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino

de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla. La intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos, es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial, tal como se consagra en el art. 24.1 CE, de tal suerte que éste resulta también desconocido cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto (lo que indudablemente sucederá cuando la parte a quien interesa la aporte a los autos), tal y como puso de manifiesto la STC 182/1994, de 20 de junio (F. 3), y corroboró, con posterioridad, la STC 190/1999, de 25 de octubre (F. 4)» («ibídem», F. 3. Vid también STC 135/2002, de 3 de junio [RTC 2002\135], F. 6)».

Con todo, la vinculación a la tutela judicial efectiva no excluye que el mismo Tribunal Constitucional reitere que la determinación del alcance de la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, salvo si resultan incongruentes, arbitrarias o irrazonables. Así, entre otras muchas resoluciones, el ATC 286/2002 (Sala 2ª, Secc. 4ª) 15 septiembre 2003 (RTC 2003\286 AUTO). A lo anterior reitera el ATC 301/2002 (Sala 2ª, Secc. 3ª) 29 septiembre 2003 (RTC 2003\301 AUTO) las consecuencias negativas que implica el desconocimiento de la operatividad de la cosa juzgada, cuando expone que “si se desconociera el efecto de la cosa juzgada material, se privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y seguridad jurídicas de quien se vio protegido judicialmente por una Sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes”.

Por fin el art. 222 LEC contiene una regulación detallada que incluye tanto el reconocimiento como los requisitos, efectos y limitaciones que corresponden a la cosa juzgada material.

“Artículo 222. Cosa juzgada material.

1. *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.*

2. *La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley.*

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen.

3. *La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.*

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.

4. *Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste 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”.*

2. ALCANCE Y LÍMITES DE LA COSA JUZGADA. EN ESPECIAL, LOS LÍMITES TEMPORALES

A) Consideraciones generales sobre los límites de la cosa juzgada

Partiendo del reconocimiento y operatividad de la eficacia de cosa juzgada, incluida su vinculación al derecho a la tutela judicial efectiva, ésta no opera de forma ilimitada.

El mismo art. 222 LEC establece límites a la misma: subjetivos y objetivos. Respecto de estos últimos, impone la necesaria identidad de objetos entre el proceso en que se ha producido la cosa juzgada y el objeto del proceso posterior (art. 222 puntos 1 y 4 LEC respectivamente para sus efectos excluyentes y positivos). Así, todavía en relación con la regulación anterior, en palabras del ATC 96/1982 (Sala 2ª, Secc. 4ª), 17 de febrero 1982 (RTC 1982\96) “para que la cosa juzgada opere en un proceso ulterior es menester -además de otros requisitos- una identidad objetiva que, en palabras del art. 1252 del Código Civil, se traduce en identidad de cosas y causas, que es lo mismo que decir identidad de pretensiones”. Y algo más concretamente, el ATC 1219/1988 (Sala 1ª, Secc. 1ª) 7 noviembre 1988 (RTC 1988\1219 AUTO) señala estos límites no obstante el fundamento constitucional de la cosa juzgada cuando afirma que “es cierto

que el principio de la cosa juzgada material se puede conectar con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (ATC 703/1986, fundamento jurídico 1.º), pero también lo es que, en el presente caso, el tribunal a quo consideró y resolvió razonada y fundadamente la excepción a tal efecto interpuesta en el pleito, apreciando la no concurrencia de la misma por basarse la acción de resolución en causa legal diversa a la que se invocó por el arrendador en el anterior proceso”.

El transcurso del tiempo juega un papel fundamental en los límites de la cosa juzgada. De ahí que se hable por la doctrina y la jurisprudencia de límites temporales. En efecto, la sentencia se dicta atendido a un estado de hechos determinado, concretamente, el existente en el momento de precluir las posibilidades de alegación en el proceso correspondiente. Y con posterioridad pueden suceder hechos o realizarse actos o negocios jurídicos con repercusión sobre la pretensión procesal. De ese modo, como explica DE LA OLIVA “es posible, en efecto, que nuevos hechos determinen una situación diferente de la que originó el primer proceso y sobre la que recayó la sentencia con fuerza de cosa juzgada. Si la situación cambia y se plantea hacer de ella la res de qua agitur (la “cosa” de que se trata) en un nuevo proceso, parece del todo razonable que en él no surta efectos de cosa juzgada la sentencia del proceso anterior”. Por ello que, en definitiva, en palabras de ORTELLS, “que la cosa juzgada tiene unos límites temporales significa que la misma no podrá ser opuesta para impedir una resolución que determine las consecuencias jurídicas de esos hechos, actos o negocios jurídicos posteriores”.

En esa misma se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia. Así, por ejemplo, todavía sin contar con el art. 222 de la vigente LEC, la STS (Sala 1ª), 14 junio 1986 (RJ 1986\8129) se refiere a los citados límites temporales cuando indica que “no significa que ante las circunstancias sobrevenidas, radicalmente innovadoras, tenga que seguir desplegando efectos la cosa juzgada material, cuya limitación objetiva permitiría aducir en el plano teórico en un proceso ulterior las transformaciones producidas en la situación que la sentencia firme definió”. El fundamento de estos límites temporales de la cosa juzgada, esto es, “un elemental principio de justicia” los explica claramente la STS (Sala 1ª) 30 septiembre 2000 (RJ 2000\7537), que a su vez recoge su propia jurisprudencia cuando pone de manifiesto

que: “dice la sentencia de 20 de abril de 1988 (RJ 1988\3267) que «... un elemental principio de justicia obliga a matizar el anterior principio y a establecer como regla de excepción aquella que predica que no es predecible la cosa juzgada cuando en el primer proceso no se hubieran agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño en la sentencia. Es decir, el efecto preclusivo se da cuando el proceso terminado haya sido susceptible jurídicamente de un agotamiento del caso. En consecuencia no existe cuando se dé esa posibilidad y el proceso posterior que complementa el anterior no vulnera el principio “non bis in idem”. De ahí que en alguna ocasión, se haya recurrido a la denominada eficacia temporal de la cosa juzgada de que ya se hizo aplicación en las sentencias de 19 de marzo de 1973 y 25 de marzo de 1976»; doctrina que es recogida en las posteriores sentencias de 24 de diciembre de 1997 y 6 de mayo de 1998”.

Considerados sus límites temporales, como elemental principio de justicia, la cosa juzgada no operará para impedir una resolución que determine las consecuencias jurídicas de los nuevos hechos, actos o negocios jurídicos. De ahí que el art. 222.2 LEC disponga que “se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen”. Art. 222 LEC que, como indica la SAP Asturias (Secc. 6ª), 6 octubre 2003 (EDJ 2003/149060), “no ha hecho mas que recoger lo que era una doctrina jurisprudencial consolidada precedente acerca de la eficacia temporal o límites temporales de la cosa juzgada”.

B) Plazos preclusivos y dies a quo a partir del cual cabe hablar de hechos nuevos y distintos como fundamento no alcanzados por la cosa juzgada

La completa preclusión a que se refiere el citado art. 222.2 LEC determinará el *dies a quo* a partir del cual las modificaciones pueden ser consideradas posteriores a los efectos de permitir un cambio en la situación no alcanzado por la cosa juzgada. Ésta se producirá, exactamente, en varios momentos:

- 1) El último momento, aunque referido sólo a hechos nuevos o de nueva noticia, se produce cuando comienza a transcurrir el plazo para dictar sentencia *ex* art. 286 LEC, sin perjuicio de que se acuerden diligencias finales conforme a los arts. 425 y 436 LEC.

- 2) En la audiencia previa, respecto de hechos nuevos posteriores a la demanda o contestación o que se justifiquen en razón a las alegaciones complementarias permitidas a causa de lo alegado, y sin que sea admisible alterar los fundamentos fácticos de las pretensiones principales, tal y como previene el art. 426 LEC.
- 3) La demanda y contestación determinarán la primera preclusión de alegaciones, sin perjuicio de las complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia legalmente autorizadas vistas. El art. 400 LEC prevé la preclusión de alegaciones tanto fácticas como jurídicas, alegadas o alegables: *“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”*. A lo que añade su párrafo segundo 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”*.

Partiendo de estos momentos preclusivos para la introducción de nuevas alegaciones, TAPIA concluye que “si pudieron alegarse tempestivamente en el primer proceso, quedarán cubiertos por la cosa juzgada, aunque no se hayan efectivamente alegado. Si no pudieron alegarse entonces por no permitirlo la preclusión impuesta, no ser verán alcanzadas por los efectos de cosa juzgada de la sentencia que puso fin a aquel litigio, pudiendo fundar una nueva acción (porque la causa de pedir será distinta)”. De hecho, tal consideración se encontraba ya en el sustrato de pronunciamientos jurisprudenciales diversos, como por ejemplo, el de la SAP Ciudad Real (Secc. 1ª), 23 febrero 1999 (EDJ 1999/10141), cuando pone de manifiesto que “no puede apreciarse cosa juzgada, por la prosecución de anterior proceso en el que efectivamente se deducía igual pretensión resolutoria que en éste, cuando ahora **la nueva pretensión se basa en hechos acaecidos con posterioridad, a los que no alcanza la cosa juzgada que tiene unos limites temporales claros y definidos**. Ello no obsta a que sólo pueda ser examinado el alegado incumplimiento en cuanto se funde en hechos posteriores a aquel anterior proceso”.

Cabe realizar todavía más alguna matización partiendo de una concepción estricta del objeto del proceso, constituido, en cuanto a su causa petendi por hechos constitutivos que, además, sean identificadores. De ahí que estas modificaciones posteriores, que repercuten sobre el fundamento de la pretensión procesal y generan una situación jurídica diferente que merece ser resuelta, no necesariamente provocan

que nos encontremos ante un objeto procesal nuevo, entendido éste en su concepción estricta.

C) Nuevos hechos y nuevo objeto del proceso

Desde luego, los nuevos hechos surgidos en un momento ulterior al último preclusivo en el proceso correspondiente pueden suponer que al posterior proceso corresponda un objeto procesal nuevo. Así ocurriría, por ejemplo:

Proceso en que se desestima una acción reivindicatoria sobre un determinado bien y posteriormente el actor adquiere el bien y ejercita nuevamente una reivindicatoria.

Se estima una declaración de incapacidad y posteriormente el demandado sufre una recuperación que hace desaparecer la causa incapacitante.

Se desestima una resolución arrendaticia por entenderse que no se acredita la falta de necesidad en la ocupación de la vivienda arrendada por el propietario y, con el trascurso del tiempo, surge la necesidad de ocupación por causas nuevas.

En éstos, como en otros ejemplos, el elemento temporal ha tenido su influencia a la hora de determinar la diferencia en los objetos del proceso. Ciertamente, como explica LÓPEZ-FRAGOSO, “la aparición de nuevos hechos sobre el derecho o situación ya juzgada, cosa que es evidente que puede suceder, transforma dicho derecho o situación en una distinta, la cual, en consecuencia, varía la identidad objetiva que ha de concurrir para la apreciación por el tribunal de los efectos de cosa juzgada”. Y en otros términos, afirma MONTERO que la relación jurídica sobre la que la cosa juzgada opera “no se mantiene estática, sino que está sujeta a los nuevos acontecimientos que puedan producirse, los cuales significarán la aparición de una causa petendi nueva y con ella la posibilidad de un nuevo proceso entre las mismas partes y con la misma petición”. Desde luego, el cambio de la situación se produce en el tiempo, si bien lo que realmente excluirá en ellos la eficacia de cosa juzgada será la falta de identidad objetiva entre ambos procesos. Todo porque, como dice la SAP Madrid (Secc. 14ª), 30 julio 2003 (EDJ 2003/142289) “*es evidente que ante realidades que pueden ser cambiantes no podemos pretender que la eficacia de la cosa juzgada material persista en el tiempo de modo indefinido, situación a la que ha venido dar respuesta el artículo 212 del C. C. cuando dice que la sentencia recaída en un*

procedimiento de incapacitación no impide que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida, y el artículo 222-2 de la L.E.C. que considera, a efectos de la eficacia de la cosas juzgada, hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las pretensiones de las partes, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquellas se formularen”.

Y, en la misma línea, la SAP Salamanca 22 diciembre 1993 (EDJ 1993/13958) cuando se refiere a que ***“la intangibilidad e inmutabilidad de la sentencia firme anterior ha de sujetarse a los límites temporales de la primitiva pretensión, no pudiendo invocarse con éxito cuando, en el ulterior transcurso del tiempo, cambian las circunstancias que produjeron la resolución anterior, y esto es, precisamente, lo que acaece en todo tipo de procesos afectados por la riqueza y plasticidad de las relaciones humanas y el desarrollo y desenvolvimiento de la propia personalidad -"ad exemplum", alimentos matrimoniales, ejecutivos, arrendaticios-, de manera que nos resulta harto difícil contemplar la posibilidad de concurrencia de cosa juzgada en un procedimiento sobre denegación de prórroga arrendaticia a menos que miméticamente la necesidad y la causa de necesidad invocadas y ya desestimadas se repitan en toda su extensión y profundidad, lo que obviamente, de acuerdo con la sentencia recurrida, aquí evidentemente no acaece”.***

D) Nuevos hechos y nuevo fundamento de la pretensión, aunque no se dé un nuevo objeto del proceso en sentido estricto

Puede ocurrir que operen los límites de la cosa juzgada sin que no obstante sea distinto el objeto del proceso, formado éste, en cuanto a la *causa petendi*, meramente por hechos constitutivos que además sean identificadores. En este caso, cabe resolver en consideración de hechos relevantes para el sentido de la resolución que hayan ocurrido con posterioridad a la preclusión de las alegaciones en el proceso que produjo cosa juzgada. El ejemplo clásico y más claro sería el relativo a una desestimación por falta de vencimiento de la obligación. El vencimiento de la obligación resulta ser hecho constitutivo de la pretensión, pero no resulta identificador, puesto que, aunque su concurrencia es necesaria para la estimación, el objeto del proceso no cambia se encuentre la obligación vencida o no. Así, por ejemplo, desestimada una pretensión de condena al pago de una cantidad por falta de vencimiento de la obligación, una vez vencida, puede formularse nueva pretensión. El objeto del proceso ha sido el mismo, pero no operará la eficacia de cosa juzgada pues ésta alcanza hasta el momento en que concurren las causas que la han motivado. Este mismo límite temporal es el que permite, por ejemplo, la alegación y estimación del pago realizado en momento

posterior al último preclusivo en el proceso previo en sede de proceso de ejecución (arts. 556.1 y 561.1.2ª LEC).

En estos supuestos, la cosa juzgada no impide el nuevo pronunciamiento. Pero no por ser distinto el objeto del proceso, sino porque no ha precluido la posibilidad de alegar hechos relevantes para poder resolver sobre este objeto del proceso en cuanto surgen con posterioridad a la última posibilidad procesal de alegarlos en el proceso de declaración anterior. Un nuevo ejemplo de esto lo encontramos en la SAP Zaragoza, 15 febrero 1992 (EDJ 1992/13272) cuando estima que *“la falta de liquidez de una deuda es un defecto subsanable por diversas circunstancias, entre ellas el simple paso del tiempo, como entiende el tratadista D. Jaime Guasp en su conocido trabajo sobre “Límites temporales a la cosa juzgada”. La deuda que en determinado momento no era vencida y líquida, pasado algún tiempo sí puede ser vencida y líquida, y se puede reclamar de nuevo...”*.

E) Los nuevos “fundamentos jurídicos”

Los arts. 426.4, 435.1.3ª ó 286 LEC se refieran meramente a hechos nuevos o de nueva noticia, sin referencia a los nuevos fundamentos jurídicos. En principio, de la literalidad de los mismos se desprendería que no pueden introducirse nuevos y distintos fundamentos jurídicos alegados posteriormente. Ahora bien, según el art. 433.3 *“expuestas sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, cada parte podrá informar sobre los argumentos jurídicos en que se apoyen sus pretensiones, que no podrán ser alteradas en ese momento”*. A pesar de que, por su redacción, parece decirse que lo que no pueda alterarse sean meramente las pretensiones (dado el femenino de “alteradas”), sería más lógico entender que lo no alterable sean los argumentos jurídicos en que se apoyan las pretensiones. Como manifiesta TAPIA, *“se ha de afirmar que los fundamentos jurídicos base de las pretensiones de tutela no pueden en ese momento procesal ser alterados, cuando ya no es posible una contraargumentación seria”*.

Con todo, el art. 400.1 LEC prevé la preclusión no solamente de los hechos sino también de los distintos fundamentos o títulos jurídicos, que *“habrán de aducirse en ellas cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al interponerla, sin que sea*

admisible reservar su alegación para un proceso ulterior”. Puede afirmarse rotundamente que la cosa juzgada comprende también los fundamentos jurídicos no aducidos que fueran aducibles, incluso aunque el órgano jurisdiccional no se hubiera pronunciado sobre ellos.

Como matiza DE LA OLIVA, ha de distinguirse los fundamentos jurídicos existentes y conocidos, pero no aducidos, de los posibles fundamentos jurídicos genuinamente nuevos, esto es, surgidos tras la última oportunidad procesal de hacer valer ese elemento de la acción o de la pretensión. Sobre los últimos, en palabras del citado autor *“es claro que la regla de preclusión no debe jugar y que, aun manteniéndose iguales los demás elementos subjetivos y objetivos –sujetos procesales y petitum- puede considerarse nacida una res iudicanda distinta de la res iudicata, por lo que no incidirá en el segundo proceso la cosa juzgada derivada del primero*”. Y en la misma línea, explica TAPIA que *“no ha de caber duda de que al ser nuevos los argumentos jurídicos de que se dispone, no pudieron ser alegados en aquel momento preclusivo; y por lo tanto, habrán de seguir el régimen procesal establecido para los hechos nuevos”*.

Otra cuestión se planteará en la medida en que la pluralidad de determinados fundamentos jurídicos preexistentes pudiera ser obscura o, la inversa, que se presente como clara la unicidad del elemento jurídico de la *causa petendi*. En tales casos la acumulación eventual de fundamentos y la preclusión podrá resultar poco razonable o excesivamente gravosa. El citado autor defiende que *“la alegación conjunta, la regla de la preclusión y la consiguiente cosa juzgada se limiten a aquellos fundamentos o títulos, que sean razonablemente apreciables en los momentos procesales oportunos. Es una labor de prudencia jurídica y judicial”*.

F) Inoperancia de la eficacia del efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada a partir de la preclusión del proceso ulterior

De un modo o de otro, lo bien cierto es que los hechos nuevos y distintos, en relación a las referidas pretensiones a que se refiere el art. 222.2 LEC, esto es, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen, impedirán la operatividad de la eficacia de la cosa juzgada de

las resoluciones que ponen fin al proceso, sin excluir, por tanto, un nuevo enjuiciamiento de la pretensión en que concurren dichos hechos nuevos y distintos.

Junto a la jurisprudencia ya citada, entre otras, la SAP La Coruña (Secc. 5ª), 15 junio 2001 (AC 2001\1683 y EDJ 2001/49409), es rotunda cuando expresa que los hechos o negocios jurídicos que puedan surgir tras la sentencia primitiva permite contradecir en nuevo juicio una declaración anterior fundándose en una nueva situación de hecho. Dice literalmente esta sentencia que *“tales relaciones jurídicas derivadas de derechos reales –y nos referimos ya a límites temporales– se asientan en hechos o negocios jurídicos que pueden haber surgido después de la sentencia primitiva de forma que se puede contradecir en nuevo juicio una declaración anterior fundándose en una nueva situación de hecho nacida con posterioridad al momento en que precluyó el plazo para aportar hechos en el proceso inicial”*.

En el caso concreto, la decisión sobre esta ineficacia de la cosa juzgada habrá de realizarse a través de un juicio comparativo entre la sentencia anterior y las pretensiones del ulterior proceso. Como expresa la SAP Madrid (Secc. 10ª) 15 octubre 2001 (EDJ 2001/50593) *“a los anteriores límites de la cosa juzgada hay que añadir los límites temporales de la misma”*. Como dice la STS de 27 de noviembre de 1992, *“la concurrencia de las referidas identidades ha de apreciarse estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia anterior y las pretensiones del ulterior proceso, de manera que la paridad entre los dos litigios ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primero con lo pretendido en el segundo, teniendo en cuenta la parte dispositiva de aquél”*.

III. LA INOPERANCIA DE LA COSA JUZGADA EN LA PRETENSIÓN CONCRETA SOMETIDA A DICTAMEN

Partiendo de las anteriores premisas, procede por tanto realizar un juicio comparativo entre la resolución del proceso ulterior y las pretensiones del actual proceso. Concretamente:

1. LA “COSA” QUE FUE “JUZGADA” EN EL PROCESO INICIAL

Los términos del debate se centraron en una situación determinada por el *petitum* y la *causa petendi*. Por la actora, XXXXX, S.A. se solicitaba la condena de la

demandada, Sra. XXXXX, a recibir el 27 % de la obra que se construya **en plantas altas**, oponiéndose la demandada, solicitando la desestimación de la demanda y sin formular ningún tipo de reconvención, que lo que debía percibir era en local comercial, de modo que se ha incumplido el contrato.

A pesar de que, efectivamente la sociedad demandante obtuvo el cambio en la calificación, de modo que cabía la edificación en el solar, se entendió por el juzgador que no podía imponerse la condena a la demandada en cuanto, en virtud al convenio de colaboración urbanística celebrado entre la empresa demandante y el Ayuntamiento de XXXXX, no era posible entregar a la Sra. XXXXX el correspondiente porcentaje de obra ubicado en bajos comercial, sino en planta alta. Así se desprende de la sentencia de instancia, como, sobre todo, de la Sentencia núm. 277 dictada por la Secc. 7ª de la Audiencia Provincial de XXXXX, de 29 de marzo de 2000. Veamos:

A) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de XXXXX, de 8 de octubre de 1998

En su fallo dice literalmente: *“Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Enrique XXXXXX en nombre y representación de la ENTIDAD XXXXX S. A. contra DOÑA XXXXXXXX representada por la Procuradora de los Tribunales Doña María José XXXXXXXXXX, debo absolver y absuelvo a la mencionada demanda de las pretensiones esgrimidas por la parte actora en demanda, todo ello con expresa imposición de las costas a la parte actora”*.

Para alcanzar tal conclusión, interesa resaltar (se adjunta copia de la sentencia al presente dictamen respecto de otras partes de la sentencia) lo siguiente:

a) El fundamento de derecho primer resume perfectamente los términos del debate. Básicamente, se indica que la empresa reclama que se condene a recibir el 27 % de la obra que se construya en plantas altas, oponiéndose la demandada que lo que debía percibir era en local comercial, de modo que se ha incumplido el contrato. Afirma este fundamento de derecho que: *“En la demanda origen de estos autos se interesa por la parte actora “XXXXX S.A.” que se condene a la demanda Doña. XXXXXXXXXX a cumplir el contrato de cambio de solar por obra suscrito inter partes*

*de fecha 2 de marzo de 1990 y en consecuencia se le condene a recibir el 27 % de la obra que se construya, **1.338,74 m2 en plantas altas** más 15,39 plazas de garaje así como a participar en el 27 % del costo de la obra que se ceda al Ayuntamiento de XXXXX y a otorgar a favor de la mercantil actora la correspondiente escritura pública. Pretensión a la que se opuso la demandada alegando básicamente que **conforme a lo pactado en el mencionado contrato privado el porcentaje a percibir lo era básicamente en el local comercial en planta baja, e imputa incumplimiento a la entidad actora del pleito, en base a la alegación de que la misma no había cumplido con sus obligaciones de recalificar la adscripción del solar cedido y aportado por la demandada de uso público**”.*

b) El fundamento básico de la desestimación de la demanda puede resumirse en el incumplimiento de la condición resolutive del contrato. Tal y como literalmente se dice en el fundamento de derecho tercero de la sentencia, párrafo cuarto, que *“atendido cual era el suceso futuro e incierto del cual se hace depender el cumplimiento y existencia del contrato, la recalificación del solar por los organismos correspondientes tal condición ha de calificarse como de suspensiva y **no cumplido el evento que constituía la condición suspensiva pactada, al no haber existido proceso alguno de recalificación como certificó el secretario del Ayuntamiento de XXXXX el contrato no alcanzó plenitud de sus efectos por lo que la mencionada actora no puede pedir el cumplimiento del mismo**”.*

B) Sentencia núm. 277 dictada por la Secc. 7ª de la Audiencia Provincial de XXXXX, de 29 de marzo de 2000

Recurrida la anterior sentencia ante la Audiencia Provincial de XXXXX, la Sentencia núm. 277 dictada por la Secc. 7ª de la Audiencia Provincial de XXXXX, de 29 de marzo de 2000, fallo desestimando el recurso de apelación, confirmando íntegramente la misma, imponiendo las costas a la apelante.

Esta sentencia resulta muy clarificadora respecto de cual fueron los términos reales del debate, y las verdaderas circunstancias que motivaron la desestimación de la pretensión de la actora.

En efecto, lo que se estaba discutiendo no era el cambio que se había conseguido, sino que si el mismo suponía cumplir el contrato, y en tal caso, habría que imponer su cumplimiento a la demandada. Según expresamente manifiesta el fundamento de derecho segundo de la sentencia: *“No es objeto de oposición en este procedimiento que la demandante-apelante, gracias a las gestiones por ella realizadas, haya podido conseguir un cambio en la calificación urbanística del solar para poder ejecutar las prestaciones y contraprestaciones contenidas en el Convenio de Colaboración suscrito en fecha 20 de diciembre de 1996, sino si el citado Convenio cumple el fin o interés negocial que la demanda tenía en el momento de suscribir el contrato de cesión de solar por cambio de obra, calificado por las partes como permuta... de resultar demostrado el cumplimiento por parte de XXXXX S.A., lógicamente se impondría el cumplimiento del contrato a la Sra. XXXXX”*.

Y lo que resulta fundamental es que la misma sentencia parte de una serie de premisas fácticas concurrentes para la resolución: se parte de un solar de uso público, en el que XXXXX, S.A consigue un cambio de calificación de solar a edificable. Sin embargo, resulta que los bajos comerciales habían de ser cedidos al Ayuntamiento, e, interpretando que el contrato imponía la entrega a la demandada de los bajos, la de un equivalente en la edificación suponía incumplimiento del contrato. Dice exactamente la sentencia en su fundamento de derecho segundo que:

“A) La demandada... tenía pleno conocimiento de que la calificación urbanística del solar era de uso público y, en consecuencia, era inviable la edificación, de ahí que autorizara a XXXXX S. A. para que en su nombre efectuara cuantas gestiones fueran necesarias para conseguir el cambio de calificación.

B) La eficacia del contrato estaba supeditada a que las gestiones de XXXXX S.A. ante el Ayuntamiento de XXXXX consiguieran ese cambio de calificación, pero, también, a criterio de esta sala, que el cambio de calificación urbanística no impidiera conseguir la finalidad perseguida por la Sra. XXXXX al suscribir el contrato de permuta.

C)... las gestiones de XXXXX S.A. ante el Ayuntamiento de XXXXX han producido un cambio de calificación urbanística que permite la edificabilidad del

solar, sin embargo, el hecho de que necesariamente la planta baja tenga que cederse gratuitamente al Ayuntamiento, impide radicalmente que la Sra. XXXXX obtenga la propiedad de la misma...

*D) La parte demandante-apelante considera que ha cumplido los términos del contrato, **adaptándolo a las nuevas circunstancias que han acontecido**, y conseguir el cambio de calificación urbanística que permitiera la construcción de un edificio era el elemento esencial del contrato, mientras que la identificación de las unidades de obra a entregar era elemento accesorio. No se comparte ese criterio... por parte de la Sra. XXXXX se pretendía conseguir la adjudicación de la planta baja... la Sala interpreta ese silencio de la Sra. XXXXX como disconformidad con los términos del convenio, sabedora de que al Ayuntamiento de XXXXX se cedía la planta baja, única finalidad negocial perseguida por ella...”*

Concluye en su fundamento de derecho tercero afirmando que procede la desestimación porque a la demandada no se le van a entregar los bajos comerciales, sin que quepa imponerse recibir un elemento diferente por más equivalente que pudiera parecer. Dice literalmente que: *“por lo tanto, la causa fundamental del contrato para la Sra. XXXXX era obtener la entrega del local en planta baja sin que pueda obligársele a recibir un elemento diferente a no ser que fuera por el exceso de participación en la construcción, no bastando la mera obtención de un idéntico volumen edificable, sino la entrega del local en planta baja, finalidad frustrada por el Convenio de Colaboración Urbanística, suscrito por la demandante y el Ayuntamiento de XXXXX”*.

2. LA PRETENSIÓN ACTUAL. DISTINTO OBJETO DEL PROCESO POR PLANTEAR NUEVO PETITUM Y, SOBRE TODO, CAUSA PETENDI. CONSECUENCIAS

El juicio comparativo entre la resolución del juicio ulterior y la pretensión actual desprende de una forma rotunda que nos encontramos ante un objeto procesal distinto, consecuencia de hechos producidos con posterioridad al último momento preclusivo del proceso inicial y hasta de la firmeza de la resolución del mismo.

A) Petitum

El *petitum* inicial se concretaba en que se condenara a la demanda a recibir el correspondiente porcentaje de obra concretado en plantas altas. En cambio el *petitum* actual se concreta en que reciba las obras en planta baja.

Expresamente la demanda actual solicita o “suplica” que:

“A.- se declare la obligación de la demandada de cumplimiento del contrato de cambio de solar por obra concertado entre las partes en 2 de marzo de 1990, con los pronunciamientos accesorios que ello conlleva.

B.- se condene a la misma a recibir el 27% de obra que le corresponde en el cambio, que consistirá en el local en planta baja de la edificación resultante, además de las viviendas y aparcamientos que por el citado cambio le correspondan hasta completar el porcentaje de cambio indicado según contrato.

C.-se condene a la misma a otorgar escritura pública por la que se cede a título de permuta el solar objeto de esta litis a favor de XXXXX SA a cambio de recibir de esta como contraprestación en la permuta citada el porcentaje del 27% de la obra que le corresponde en el cambio según contrato”.

Este cambio en el *petitum* actual no es irrelevante en cuanto que, precisamente, la desestimación de la demanda se fundó en que la sociedad demandante no podía en aquel momento entregar los bajos comerciales. En caso contrario, se hubiera cumplido el contrato y, como se indica en el fundamento de derecho segundo de la propia SAP de 29 de marzo de 2000 resolutoria en segunda instancia del asunto, “de resultar demostrado el cumplimiento por parte de XXXXX, S.A., lógicamente, se impondría el cumplimiento del contrato a la Sra. XXXXX”. De hecho, a pesar del cambio de calificación operado, al final se desestimó la pretensión precisamente porque de la interpretación que realiza el juzgador había de entregarse el local en planta baja, cosa que no era posible en aquel momento; pero si en el actual.

B) Causa petendi

La *causa petendi* de la pretensión inicial se basaba en el mismo contrato de 2 de marzo de 1990 entre las partes, cuyo cumplimiento se exigía atendido el convenio de

colaboración suscrito entre la demandante y el Ayuntamiento de XXXXX. Mediante el mismo se obtenía el cambio de calificación del solar a edificable si bien imponía la cesión al Ayuntamiento de los bajos comerciales.

La *causa petendi* de la pretensión actual, aunque se basa en el mismo contrato, se funda en un hecho posterior: la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de XXXXX realizada en fecha 3 de julio de 2002. A partir del mismo es posible ya entregar la obra en planta baja sin necesidad de entregar el equivalente en pisos altos. Motivo este último que, como se ha indicado, fue precisamente el supuso la desestimación de la pretensión inicial.

C) Consecuencias de la inoperancia de la eficacia de cosa juzgada

Partiendo de los límites temporales de la cosa juzgada y al haber surgido hechos nuevos con posterioridad al último momento preclusivo y hasta incluso a la firmeza de la resolución que puso fin al proceso precedente, puede afirmarse rotundamente que nos encontramos ante un proceso con objeto procesal diverso al precedente tal y como se ha descrito. Aunque con cierta e innegable relación con el precedente, el actual tiene un *petitum* y, sobre todo, una *causa petendi* diversa. Por ello que puede afirmarse de un modo tajante que el efecto de cosa juzgada, tanto positivo como negativo o excluyente de la resolución del proceso precedente no alcanzará al presente proceso. Circunstancia que tiene, al menos, dos consecuencias inmediatas:

1.º Respecto de la solicitud de anotación preventiva de la demanda:

La ineficacia de la cosa juzgada de la resolución que puso fin al proceso precedente supone desde ese punto de vista la falta de fundamento de todo argumento basado en la existencia de ese mismo proceso previo a los efectos de considerar falta de concurrencia del debido *fumus boni iuris*. Lo contrario supondría otorgar eficacia de cosa juzgada más allá de sus límites, con infracción al menos del art. 222.2 LEC. Asimismo y consecuentemente, cabría entender igualmente que se produce una infracción del art. 728.2 LEC, así como un error en la valoración de la documentación aportada, puesto que, partiendo de la ineficacia de la cosa juzgada, lo que ha de ser objeto de valoración, sin desatender al contrato inicial, son precisamente las acreditaciones sobre los elementos que conforman y delimitan la nueva pretensión. Y a

tal efecto, se aporta documentación justificativa de la relación contractual, de su interpretación previa y de las nuevas circunstancias que permiten su cumplimiento, documentación que es la que ha de ser objeto de valoración, y que, en nuestra opinión, son suficientes para poder fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión, máxime si tenemos en cuenta lo que decimos en el punto siguiente.

Con esta premisa, y dado que la medida cautelar se solicita tras la demanda por lo que se ha aportado la documentación tendente a fundar el proceso principal, concretamente:

Certificación urbanística emitido por el Sr. Secretario del Ayuntamiento de XXXXX de 6 de julio de 2004, por la cual se certifica que las plantas bajas de la futura construcción no están sujetas a ningún convenio

Certificaciones solicitadas al propio Ayuntamiento sobre normativa urbanística aplicable a la parcela, régimen urbanístico y aprovechamiento de esta

Informe pericial emitido por el Arquitecto Sr. D. Juan XXXXXXXX, colegiado número XXXX, en cuyas conclusiones se afirma que no existe impedimento alguno para el cumplimiento fiel del contrato firmado entre las partes

Informe y anteproyecto del solar en cuestión elaborado por el arquitecto Sr. D. Javier XXXXXXXX, colegiado número XXXXXXXX, en el cual, del mismo modo que el anterior se refiere que las plantas bajas de la futura construcción son de uso comercial y terciario, pudiendo cumplirse el contrato suscrito entre mi mandante y la Sra. XXXXX.

Ante tal soporte documental, la afirmación de que el título de la actora es insuficiente como para adoptar la medida cautelar que se postula o que no consta suficientemente acreditada ni siquiera una apariencia de buen derecho, consideramos que implica una falta de valoración del citado material –o, en su caso, insuficiente motivación en la resolución sobre dicha valoración- así como un cierto prejuicio respecto de la decisión del proceso principal, en estos momentos improcedente e inaceptable en la medida que supone aplicar el efecto de cosa juzgada de la resolución precedente.

De ese modo, no entrar a conocer del resto de requisitos, así como la denegación de la medida cautelar, puede suponer una actual y, sobre todo, una futura denegación

de tutela judicial efectiva. Incluso aunque la Audiencia Provincial, tras el recurso de apelación entrara a valorar el resto de presupuestos, se habrá privado a la solicitante del doble grado de jurisdicción, puesto que del resto de presupuestos solamente habría un pronunciamiento en lugar de dos. Asimismo, no ha de pasar por alto que la medida cautelar se preordena a evitar posibles ineficacias de la resolución posiblemente favorable a la pretensión en el proceso principal, y, al menos en abstracto, impedir el acceso de una realidad existente como es la demanda en el Registro de la Propiedad, podría impedir y frustrar la efectividad de la futura resolución favorable a la actora.

De otro lado, los efectos de la anotación preventiva son jurídica y objetivamente los que son. Según pone de manifiesto MARTÍN los siguientes: la publicidad; la prevención o advertencia a terceros de la pendencia de un proceso con trascendencia jurídico-real; que quede en entredicho quien tiene el poder dispositivo sobre los bienes; y en definitiva, que se asegure la efectividad de la eventual sentencia estimatoria que pueda recaer sobre aquél. Su gravedad se limita a estos efectos. Que de facto pueda impedir la venta del citado solar es un futurible cuanto menos discutible e incierto. Por el contrario, lo que resulta cierto e indubitado es que la medida cautelar implica una protección a terceros así como de la efectividad de la tutela judicial efectiva según el juicio de probabilidad en principio favorable a la pretensión que deriva no sólo de la acreditación y justificación documental, sino, todavía más, de la prueba documental aportada.

2.º Respecto del proceso principal:

El proceso precedente se desestimó precisamente porque se solicitaba el cumplimiento contractual, según las circunstancias entonces concurrentes, mediante la entrega a la demandada del equivalente de obra en pisos altos en lugar de los bajos comerciales que resultaba de la interpretación jurisprudencial del contrato. Partiendo de ello y siendo inoperante la cosa juzgada para excluir el actual proceso en que se solicita el cumplimiento contractual dado que actualmente efectivamente es posible entregar los citados bajos comerciales, salvo que concurran a su vez nuevos hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la pretensión alegados por el demandado y salvo mejor criterio por el juzgador, lo consecuente y respetuoso con las decisiones e

interpretaciones jurisprudenciales precedentes supondría la estimación de la pretensión.

Ha sido punto de partida que la demandada se ha beneficiado en cierto modo de las gestiones realizadas por la empresa, en la medida que obtuvo un cambio de calificación que le fue favorable ya en sus inicios, siéndolo plenamente en la actualidad; también que el contrato imponía la entrega de la obra en planta baja o bajos comerciales. Habría de procederse a la estimación si en la actualidad, al contrario de lo que ocurría en el momento que se decidió el proceso ulterior, efectivamente puede ser cumplido el contrato mediante la citada entrega de la correspondiente obra en planta baja comercial, tal y como se ha interpretado que impone el contrato, todo ello según las normas urbanísticas vigentes en la actualidad.

IV. CONCLUSIONES

En atención a lo expuesto, podemos formular las siguientes conclusiones fundamentales de nuestra opinión:

PRIMERA.- LÍMITES DE LA COSA JUZGADA MATERIAL. Con toda la trascendental importancia que corresponde a la cosa juzgada, vinculada incluso con el derecho a la tutela judicial efectiva constitucionalmente reconocido, sus efectos no son ilimitados. Al contrario, la eficacia de la cosa juzgada está sometida a determinados límites subjetivos, objetivos y temporales.

SEGUNDA.- LÍMITES TEMPORALES EN PARTICULAR. A partir del último momento preclusivo del proceso inicial (art. 400 y concordantes LEC) pueden producirse nuevos hechos y fundamentos jurídicos, o incluso de nueva noticia, que permitan formular una pretensión distinta, con *petitum* y/o, más habitualmente, *causa petendi* diversa. En su consecuencia, en tales supuestos el efecto excluyente de la cosa juzgada material del primer proceso no alcanzará al segundo, al no darse las identidades requeridas para ello en el art. 222.1 LEC.

TERCERO.- FALTA DE IDENTIDAD ENTRE EL PROCESO INICIAL Y EL ULTERIOR SOMETIDO A DICTAMEN. En el asunto sometido a dictamen se ha producido un hecho claramente posterior al momento preclusivo del primer proceso, incluso posterior a la firmeza de su sentencia dictada por la Audiencia Provincial en el año 200: conforme a

la nueva regulación urbanística, concretamente la aprobación del PGOU en fecha 3 de julio de 2002, es ahora posible entregar la obra en locales o bajos comerciales.

Esta circunstancia permite por sí misma formular una nueva pretensión, sin identidad objetiva con el primer proceso. El *petitum* actual consiste en la condena a recibir dichos locales comerciales, en lugar de locales en pisos altos como el inicial proceso. Y sobre todo, la *causa petendi* se basa en la nueva regulación urbanística que permite tal entrega de locales comerciales, en lugar de basarse como el inicial proceso en el convenio regulador que lo impedía, siendo entonces sólo posible la entrega de pisos altos. Asimismo merece resaltarse un dato trascendente: precisamente la circunstancia de entregar pisos altos en lugar de los bajos o locales comerciales fue el motivo fundamental de la desestimación de la pretensión en el primer proceso. Circunstancia que ya no se da en la actualidad por cambio de circunstancias ulteriores al proceso.

CUARTA.- INOPERANCIA GENERAL DE LA COSA JUZGADA EN EL ASUNTO SOMETIDO A DICTAMEN. La falta de identidad entre los procesos sometidos a dictamen, consecuencia de circunstancias posteriores y novedosas, no alegadas ni alegables en el primero, supone que la ineficacia de la cosa juzgada material correspondiente a la SJPI núm. 7 de XXXXX, de 8 de octubre de 1988, y a la SAP XXXXX, Secc. 7ª, de 29 de marzo de 2000. Por tanto, resultará inoperante para excluir el proceso ulterior y actual, así como, por sí mismo, para denegar medidas cautelares en su seno.

QUINTA.- INOPERANCIA CONCRETA RESPECTO DE LA SOLICITUD DE ANOTACIÓN PREVENTIVA. La ineficacia de la cosa juzgada y el planteamiento de la nueva pretensión permiten consecuentemente afirmar que las iniciales decisiones no resulten fundadas para entender no acreditado el presupuesto de “apariencia de buen derecho” o “*fumus boni iuris*”. Lo que ha de ser objeto de valoración a tal efecto, sin desatender el contrato inicial, son precisamente las acreditaciones sobre los elementos que conforman y delimitan la nueva pretensión, lo que dará verdadera idea de si realmente existe apariencia de buen derecho o no.

SEXTA.- INOPERANCIA CONCRETA RESPECTO DE LA PROCEDENCIA DEL PROCESO ULTERIOR. Siendo inoperante el efecto excluyente de la cosa juzgada material del

primer proceso, no resultará fundado adoptar una resolución que ponga fin *limine litis* al proceso actual, ni de oficio ni a instancia de parte, con base en tal motivo. Sin perjuicio de la concurrencia de otros posibles óbices, falta de presupuestos o circunstancias desconocidas a la hora de realizar el presente dictamen, el proceso actual habría de continuar y finalizar con una resolución de fondo.

SÉPTIMA.- INOPERANCIA CONCRETA Y SENTIDO DE LA DECISIÓN . Respecto del sentido de la decisión del proceso principal, sin perjuicio de una superior valoración judicial y de la introducción de distintos y nuevos hechos impositivos, extintivos o excluyentes, ha de hacerse en principio un juicio favorable a la estimación. No cabe soslayar que, según la interpretación judicial hecha del contrato, éste impone la entrega de obra en locales o bajos comerciales. Y precisamente fue que se pretendiera la entregara no en esta forma sino en pisos altos, la causa fundamental de la previa desestimación. Si esta causa no concurre en la actualidad, sin perjuicio de nuevas circunstancias, lo más consecuente y respetuoso con la decisión judicial inicial no debería ser otra más que la de un juicio cualificadamente favorable en el sentido estimatorio de la pretensión de la mercantil XXXXX, S. A.

En Valencia, a 13 de diciembre de 2004

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, (con DÍEZ-PICAZO), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2001.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, y GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, «Los actos procesales (II)», en *Proceso Civil Práctico, III*, (con GIMENO, ASENCIO, ORTELLS y PEDRAZ), La Ley, Madrid, 2001.
- MARTÍN PASTOR, José, *La anotación preventiva como medida cautelar y el registro*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.
- MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional, II, Proceso Civil*, (con GÓMEZ, MONTÓN y BARONA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, (con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada, La Ley, Madrid, 2000.