

## ***Efectos de cosa juzgada del laudo arbitral***

**(Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2010) \***

Vicente GUILARTE GUTIERREZ.

Abogado  
Catedrático de Derecho civil

*Sumario:* I. Los antecedentes del supuesto y lo decidido en las diversas instancias. 1. Una inicial aproximación al contenido de la Sentencia. 2. Las bondades genéricas de la Sentencia. 3. El supuesto de hecho litigioso y el laudo arbitral inicialmente recaído. 4. El acuerdo sobre inefectividad del laudo y el procedimiento judicial ulterior. 5. La Sentencia de instancia: el análisis del fondo del asunto y la vinculación del Tribunal a lo arbitrado. 6. La Sentencia de la Audiencia; el efecto negativo de la cosa juzgada material y la desestimación de la demanda. 7. El recurso de casación fundado en la indebida aplicación del art. 1252 Cc. 8. La Sentencia de la Sala 1ª del TS: el rechazo al efecto negativo de la cosa juzgada y la admisión de su efecto positivo. II. El contenido decisorio de la sentencia y su valoración. 1. Sobre la naturaleza del laudo en su día emitido. 2. Una reflexión complementaria sobre la renuncia al laudo. 3. Los efectos de cosa juzgada del laudo. 4. El análisis de la identidad subjetiva de supuestos y el problema de la solidaridad. 5. La identidad objetiva entre las pretensiones arbitrales y jurisdiccionales. 6. Los efectos positivos de la cosa juzgada derivados de la existencia del laudo. 7. El resto de pretensiones no afectadas por el efecto positivo de la cosa juzgada. III. A modo de conclusión.

### **I. Los antecedentes del supuesto y lo decidido en las diversas instancias**

#### ***1. Una inicial aproximación al contenido de la Sentencia***

La Sentencia de la Sala 1ª de 23 de junio de 2010 no es especialmente trascendente en materia arbitral aunque sí lo es en su conexión con la normativa procesal común pues en relación con los laudos arbitrales delimita con precisión el alcance de la cosa juzgada material, en sus vertientes positiva y negativa que actualmente disciplinan los párrafos 1º y 4º del art. 222 de la LEC si bien en el momento de producirse los hechos litigiosos el proceso se regía por lo dispuesto en el art. 1252 Cc derogado, como es sabido, por la LEC.

De esta manera aunque la única norma que funda el recurso de casación es el art. 1252 Cc, en su redacción vigente con anterioridad a la actual LEC, también es cierto que el tema está vinculado con el arbitraje ante la existencia de un laudo que había precedido a las actuaciones jurisdiccionales decididas en la Sentencia de la Sala. A tal efecto la Sentencia se limita a aplicar fungiblemente a dicho laudo los principios y reglas que informan el alcance

---

\* *Vid. infra*, pp. 273-278.

de la cosa juzgada de las Sentencias, identificando plenamente a estos efectos uno y otro tipo de Resolución, laudo y Sentencia.

Paralelamente la Sentencia no trata otra de las cuestiones que singularizaban sin duda el supuesto litigioso, constituido por el hecho de que el laudo del que va a discutirse su eficacia de cosa juzgada en el ulterior procedimiento jurisdiccional que la Sentencia de la Sala decide, había sido renunciado de forma paccionada por los firmantes del compromiso arbitral vinculados por aquel. Hecho acaecido con posterioridad a su emisión y firmeza. Sin embargo, como queda dicho, aún constando en los antecedentes de la Sentencia, de forma un tanto imprecisa, que las partes habían acordado dejar sin efecto tal arbitraje es lo cierto que de ello no se va a extraer consecuencia alguna ni se contiene en la Sentencia reflexión que determine la irrelevancia de tal pacto que se da por supuesta. De esta manera, sin más, la Sentencia se limita a considerar que el laudo firme produce, al igual que una Sentencia, eficacia de cosa juzgada inmune al ulterior acuerdo de las partes arbitradas. Tema sin duda que pudiera ser objeto de una discusión mas crítica pero que, no planteada por las partes en sus respectivos escritos –o al menos de ello no se da noticia en los antecedentes de la Sentencia–no es lógicamente objeto de controversia ni de decisión por la Sala 1ª. Ello no impide que efectuemos unas breves reflexiones sobre tal renuncia.

La Sentencia objeto de este comentario, sin duda ejemplar en cuanto manifestación de elevada técnica hermenéutica de las normas aplicables, reconduce con precisión el objeto de discusión a la valoración de los efectos negativo y positivo de la cosa juzgada material encajando en tales conceptos lo que ya había pensado el Juzgador de instancia –también hablaba de los efectos positivos de la cosa juzgada–quien, en cuanto al fondo del asunto, había accedido a las mismas conclusiones a las que finalmente accede la sentencia del TS.

De esta manera la decisión de la Sala arranca de negar, muy argumentadamente, la presencia de las necesarias identidades objetiva y subjetiva entre el procedimiento arbitral y el ulterior procedimiento jurisdiccional que resuelve incidiendo para rechazar la identidad subjetiva en el siempre complejo instituto de la solidaridad y en la eficacia que respecto de terceros no intervinientes en el proceso ha de tener la Sentencia –en este caso laudo–recaída en un procedimiento en el que la reclamación se dirige tan solo frente a alguno de los deudores solidarios. Una vez negadas tales identidades, y por tanto la eficacia de cosa juzgada negativa del laudo en su día producido, entra a conocer del fondo del asunto donde, de diferente manera, entiende la eficacia positiva de la cosa juzgada material considerando la vinculación del Tribunal, ciertamente limitada, a los antecedentes decididos en el laudo que, a su vez, sirven para mediatizar decisivamente el pronunciamiento parcialmente estimatorio sobre el fondo del asunto.

Y dogmáticamente ello puede plantear una duda que sin embargo, ya lo adelanto, se encuentra a mi juicio teóricamente bien resuelta por la Sentencia: no es otra que la compatibilidad en el rechazo al efecto negativo de la

cosa juzgada material por no darse los presupuestos que habilitan su eficacia y la posibilidad, sin embargo, de admitir su efecto positivo.

## 2. Las bondades genéricas de la Sentencia

Al margen de la valoración a efectuar sobre el fondo del asunto, a la que destinaré las páginas centrales de este comentario, el supuesto decidido en la Sentencia que analizamos y, específicamente la manera con la que se estructura su decisión, merecen dos consideraciones que aisladamente consideradas necesariamente han de ser loatorias si bien como veremos la bondad de la segunda quizás quede un tanto desvanecida por la primacía decisoria de la primera.

La primera de tales reflexiones consistiría en valorar apriorísticamente el intrínseco acierto de la decisión porque analizada desde la perspectiva externa de quien se enfrenta al supuesto fáctico decidido sin predeterminaciones procesales, llegaría a la solución a la que finalmente accede la Sentencia. Es decir en función de la mera aplicación del valor justicia la solución parece debiera ser la de la Sentencia que da respuesta justa a un conflicto pues como tal ha de considerarse desde una perspectiva ética la que obliga a pagar lo que es realmente debido entendiendo por tal lo que pericialmente, por técnico competente, se ha decidido que fue la obra realmente ejecutada.

Adicionalmente, en segundo lugar y desde una perspectiva ahora de estricta técnica jurídica, debe loarse asimismo que la Sentencia aparece estructurada y resuelta de forma modélica desde el punto de vista del razonamiento jurídico pues el que se contiene deriva de una lógica argumental aplastante llegando a una solución que aparece fatalmente encadenada al discurso lógico que la precede y que, desde una perspectiva constitucional, le sirve de su necesaria motivación. Es encomiable el *iter* lógico conducente al Fallo que parte del análisis de los efectos de la cosa juzgada exigente en primer lugar de la presencia de un elemento subjetivo –la identidad de sujetos– que se analiza con exquisito detalle para concluir su parcial ausencia<sup>1</sup>, y, en segundo lugar, de una identidad objetiva que, examinada igualmente con gran minuciosidad expositiva, alcanza el doble objetivo de servir como fundamento al Fallo y, a la vez, de sentar unas pautas interpretativas de mas amplio aliento que constituyen parte esencial de la función de esa Sala 1ª.

La duda, y de ahí la inicial referencia a que la primacía de la inicial reflexión pudiera arrumbar la bondad de la segunda, radica en valorar que si la Sala ha sido capaz de encontrar un camino tan lógico y estructurado jurídicamente como es el que lleva a la solución que previamente hemos considerado justa quizás la misma Sala, con unas inmensas capacidades de construcción de un discurso jurídico motivado, hubiera sido capaz de motivar, racional y lógicamente, la solución alternativa si *prima facie* la solución justa

---

<sup>1</sup> Tal identidad confluye respecto de las entidades constructora y promotora, obviamente, pues son partes en el procedimiento arbitral y judicial pero no concurre respecto de los técnicos que no fueron parte en el procedimiento arbitral inicial.

hubiera sido la contraria. Y es que una vez —por primera vez— oí a un antepasado, Catedrático de Derecho civil y luego Magistrado de la Sala 1ª, algo que reiteradamente todos hemos oído: la dificultad de hacer una Sentencia radica en decidir la cuestión conforme a un principio de justicia a partir del cual lo único que queda es vestir el mono pues el Cc, decía, sirve para todo. Incidiré sobre este tema en el epígrafe conclusivo que cierra este comentario jurisprudencial.

### *3. El supuesto de hecho litigioso y el laudo arbitral inicialmente recaído*

El supuesto de hecho resulta sin duda anómalo en lo que a la cuestión arbitral se refiere. Parte de un contrato de ejecución de obra en virtud del cual una entidad mercantil Seafon Investmet Limited encarga la construcción de una villa a otra denominada N.M. Rae S.A. La dirección facultativa la detentaron D. José C., como arquitecto, y D. Jesús C., como aparejador.

El contrato fechado en el año 1989 —extremo que propicia no pocas reflexiones complementarias sobre la eficiencia temporal del sistema de solución de conflictos privados— contiene una cláusula por la que se somete a arbitraje cualquier incidencia derivada de la interpretación o ejecución del contrato.

Una vez ejecutada la obra y ante las discrepancias de las partes se insta el procedimiento arbitral, en el que obviamente no son parte ni D. José C. ni D. Jesús C., con la finalidad de cuantificar la obra realmente ejecutada. De la medición y cuantificación decidida por el árbitro resulta que la obra construida era realmente inferior a lo abonado por ella siendo la diferencia a favor de Seafon Investmet Limited objeto del ulterior litigio que en el trámite casacional va a ser resuelto por la Sentencia de la Sala 1ª. Es oportuno poner de relieve, a efectos de nuestro ulterior discurso, que se afirma por Seafon Investmet Limited, y así lo detalla al interponer el Recurso de Casación, que lo único sometido a consideración arbitral es la cuantificación y valoración de la obra realizada de forma que tan sólo produciría efectos vinculantes o prejudiciales la cuantificación o valoración de tal obra pero no puede atribuirse al árbitro ninguna otra decisión ni a favor ni en contra de ninguna de las partes.

### *4. El acuerdo sobre inefectividad del laudo y el procedimiento judicial ulterior*

Por razones que no constan en los antecedentes de la Sentencia comentada es lo cierto que ambas partes acuerdan dejar sin efecto el laudo arbitral en su día pronunciado y que había alcanzado plena firmeza.

Con posterioridad la entidad promotora, Seafon Investmet Limited, insta un procedimiento ordinario en reclamación de la suma de 8.285.427 ptas. en cuanto suponía el exceso pagado respecto de lo construido en los términos que había sido dictaminado arbitralmente. Dirige el procedimiento no solo contra la entidad constructora sino, asimismo y con carácter solidario, contra el arquitecto y aparejador por entender que ambos habían de ser condenados

solidariamente a tal pago en función de haber aprobado las certificaciones de las que derivaba que realmente lo certificado era superior a lo realmente construido. Tal acción se complementa con la reclamación de intereses así como con una petición adicional indemnizatoria de los daños y perjuicios causados.

*5. La Sentencia de instancia: el análisis del fondo del asunto y la vinculación del Tribunal a lo arbitrado*

La Sentencia de instancia estima parcialmente la demanda respecto de la entidad constructora y el arquitecto, condenándoles solidariamente al pago de la diferencia entre la suma abonada y la realmente ejecutada que limita a 3.276.398 pues en la demanda solo se acredita el pago de una determinada suma aunque del importe de las certificaciones deriva una suma abonada superior, imaginamos que lo sería la que era objeto de la reclamación. Por su parte se absuelve al co-demandado D. Jesús C. por no haber firmado las certificaciones de las que surge la irregularidad.

Se funda tal estimación en la eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral decidiendo de oficio los efectos positivos de la cosa juzgada del laudo para condenar al pago de la suma pagada en exceso a la entidad constructora. Lo hace en función de lo dispuesto por el art. 37 LA/1988 y art. 1251 párrafo 2º Cc en virtud de lo cual al haberse cuantificado las obras en una determinada suma y estar acreditado el pago de una suma superior procede la restitución. Se añade el contenido del art. 31 LA en cuya virtud cabe desistir del arbitraje antes de dictarse el laudo lo que evidencia tal imposibilidad posterior. Argumenta finalmente que la cosa juzgada es apreciable de oficio con cita de numerosas Sentencias de la Sala 1ª del TS.

*6. La Sentencia de la Audiencia; el efecto negativo de la cosa juzgada material y la desestimación de la demanda*

Se interpone Recurso de Apelación por Seafon Investmet Limited –en reclamación de la superior cantidad solicitada en la demanda— así como por el arquitecto co-demandado D. José C. quien pretende exonerarse de la condena solidaria que ha sufrido en la instancia.

La Sentencia de la Audiencia estima el Recurso del referido D. José C., a la par que desestima el de Seafon Investmet Limited, y revocando la sentencia dictada estima la excepción de cosa juzgada en sentido negativo reservando a Seafon Investmet Limited las acciones que procedan para la ejecución del laudo. A tal fin considera inadecuadas las consecuencias que de la cosa juzgada arbitral extrae el juzgador de instancia pues, de existir tal cosa juzgada, impediría al tribunal conocer de la acción jurisdiccional.

En este sentido considera que existe solidaridad entre los codemandados y que ello determina la identidad subjetiva exigida para la aplicación de la cosa juzgada por lo que no es posible que vuelva a someterse a proceso judicial la cuestión salvo para su ejecución, en los términos de los arts. 52 ss LA que no era el caso.

### *7. El recurso de casación fundado en la indebida aplicación del art. 1252 Cc*

La entidad en su día demandante Seafon Investmet Limited interpone Recurso de Casación fundado en la infracción del art. 1252 Cc que considera indebidamente aplicado al no concurrir las tres identidades a que se refiere dicho precepto. Niega la identidad objetiva y subjetiva y estima que el laudo no tiene valor alguno de cosa juzgada sin perjuicio de su valor como medio probatorio en el ulterior pleito. Concluye que al no contener declaración de condena y no poder ejecutar el laudo se le causaría evidente indefensión.

La representación de los técnicos participantes en el proceso constructivo se opone al Recurso considerando que la decisión del árbitro es un verdadero laudo y no un mero dictamen o consulta y que, por ende, no podía ser dejado sin efecto.

### *8. La sentencia de la Sala 1ª del TS: el rechazo al efecto negativo de la cosa juzgada y la admisión de su efecto positivo*

La Sala 1ª casa la sentencia partiendo de que, efectivamente se trata de un laudo firme pero que no concurre respecto del procedimiento ulterior instado la eficacia de cosa juzgada negativa que sanciona el art. 1252 Cc al faltar tanto la identidad de sujetos, al menos parcialmente, como la identidad objetiva, ésta totalmente es decir valorando en su conjunto las pretensiones instadas sin la desmembración que si ha operado respecto de los sujetos afectados. Ello en términos que sin duda pueden ser cuestionables como mas adelante haremos.

Y ante la necesidad de dictar Sentencia parte de que como efecto positivo de la cosa juzgada del laudo ha de estarse a lo decidido en el laudo respecto de la diferencia entre el precio satisfecho y el que correspondía pagar por la obra realmente ejecutada, teniendo el laudo efecto prejudicial para evitar un pronunciamiento contradictorio con una decisión anterior.

A la vez, respecto de las cuestiones no afectadas por el efecto positivo del laudo se considera acertado el criterio de imputación de responsabilidad al arquitecto D. José C. y su cuantificación, así como la absolución del aparejador D. Jesús C. a quienes exonera del pago de intereses así como de la petición de indemnización de daños y perjuicios que de ellos se reclama. En definitiva la Sentencia de la Sala 1ª va a reproducir el contenido estimatorio decidido en la Sentencia de instancia.

## **II. El contenido decisorio de la sentencia y su valoración**

### *1. Sobre la naturaleza del laudo en su día emitido*

Como queda dicho el argumento inicial del recurrente en casación radicaba en considerar que el laudo emitido carecía de relevancia alguna sobre el ulterior procedimiento jurisdiccional toda vez que el árbitro designado se había limitado a dictaminar una cuestión técnica, sin declaración de condena alguna— Y todo ello sin perjuicio de su valor como medio probatorio en el

ulterior pleito. Concluyendo que, al no poder ejecutarse el laudo, se le causaría evidente indefensión en el supuesto de estimarse la eficacia negativa de la cosa juzgada del laudo sobre el ulterior procedimiento judicial. En definitiva, dicho con otras palabras, piensa inaplicable el alcance negativo de la cosa juzgada y, a lo sumo, cabría tan solo pensar en el alcance positivo de la cosa juzgada en cuanto que condiciona al juez que vaya a resolver sobre la misma cuestión.

Y aunque respecto de al condena al pago de una determinada suma va a llegarse a la misma conclusión por la Sala 1ª no se comparte la idea conceptual del recurrente de forma que la Sentencia asume que el documento emitido en su día por el árbitro es un laudo firme y ejecutable.

Tal conclusión deriva del contenido argumental del FJ 3º, epigrafiado “Naturaleza del documento protocolizado”<sup>2</sup> y esgrime argumentos que han de compartirse. Entre los mas relevantes se encuentra el que una vez notificado el laudo no se articuló por quien resultaba en principio beneficiario del mismo la posibilidad de complemento permitida por el art. 36.1 de la Ley de 1988 y actualmente por su art. 39 “por lo que la alusión a supuestas omisiones de pronunciamientos necesarios para la ejecución de lo resuelto no ampara la apertura de un proceso posterior” (STS 28 de julio de 1995).

A la vez, y creemos que es el argumento decisivo pues otra cosa significaría arrumbar gran parte de la eficacia de los arbitrajes de equidad a los que sigue haciendo referencia el art. 34 de la vigente Ley, se considera por la Sala que al tratarse de un arbitraje de este tipo, evacuado por un técnico lego en derecho, debe considerarse plenamente integrado el contenido del laudo que al efecto señalaba el art. 32.1º Ley/1988. Es lo cierto que efectivamente el árbitro solventó las discrepancias existentes entre las partes y que del contenido de lo arbitrado era perfectamente posible –al margen de que no se efectuara una expresa declaración de condena–instar su ejecución pues claramente resultaba del laudo la existencia de una deuda pecuniaria de una de las partes respecto de la otra. Es lo cierto, utilizando la terminología del actual art. 34, que el árbitro decidió “*el fondo de la controversia*”.

Ahora bien una vez decidida la ejecutabilidad del laudo en su día dictado pudiera haberse considerado, tal y como hizo la Audiencia, que ello obviaba la posibilidad de articular un procedimiento judicial ulterior que afectaba a similares hechos. Sin embargo, mas cuestionablemente, la Sala 1ª reniega de tal decisión –aunque con un efecto en el fondo bastante similar–tras analizar el ámbito objetivo y subjetivo de la cosa juzgada estimando que al no concurrir procede la condena dictada en la Sentencia recaída que tiene por base condicionante la que deriva del efecto positivo de la cosa juzgada.

## *2. Una reflexión complementaria sobre la renuncia al laudo*

Como ya se ha apuntado, la Sentencia, al detallar el relato de lo acaecido, se expresa de forma un tanto imprecisa respecto de la forma en que se pro-

---

<sup>2</sup> Es a mi juicio encomiable, para una mayor claridad de lo decidido, el que la Sala 1ª, en ocasiones, epigrafe los Fundamentos de Derecho.

dujo la paccionada decadencia del arbitraje consumado limitándose a concluir que “la renuncia al compromiso arbitral que hicieron las partes en acto de conciliación carece de relevancia conforme al art. 32 LA 1988 pues se efectuó con posterioridad a que se dictara el laudo”. Idea a la que, de igual manera, se accedería bajo la actual Ley al amparo de su art. 43 también sancionador de que el laudo produce efectos de cosa juzgada.

Sin ánimo de profundizar en una polémica que no se llega a plantear en el supuesto litigioso, máxime al desconocerse las concretas circunstancias en que se produjo la renuncia al compromiso arbitral que, de alguna manera, puede considerarse una renuncia de derechos por parte del beneficiario por el laudo, es lo cierto que tradicionalmente se cuestionó por la vieja doctrina italiana desde Chiovenda<sup>3</sup> la posibilidad de prescindir de lo arbitrado y acudir las partes a un nuevo proceso arbitral o judicial. En esta línea y por referencia a nuestro Derecho se manifestó en su día Rivero Hernández<sup>4</sup>, cuyas opiniones nunca pueden ser despreciadas, quien rechazando la postura estrictamente jurisdiccional del arbitraje que pudiera conducir a ello considera que por afectar el laudo a intereses privados y disponibles no existiría obstáculo para prescindir de esa decisión y, si no les gusta “transigir entre ellas o renunciar una a sus derechos a favor de la otra o cualquier otra solución distinta”.

Sugerencia atractiva y que creo puede fundarse en la autonomía de la voluntad y en la posibilidad de renuncia de los propios derechos, máxime cuando los mismo ya existen como acaece cuando se han definido las expectativas patrimoniales de las partes en el procedimiento arbitral concluido.

### 3. Los efectos de cosa juzgada del laudo

Tras considerar que la renuncia al compromiso arbitral carece de relevancia alguna el hilo lógico de la Sentencia pasa a decidir en el siguiente FD 4º –epigrafiado “Efectos de la cosa juzgada del laudo”– la absoluta identidad entre laudos y Sentencias a efectos de cosa juzgada tras decir, mas generosamente, que “la actuación del árbitro tiene un contenido material similar al ejercicio de la función jurisdiccional y el laudo dictado produce los mismos efectos que una resolución jurisdiccional”, obviamente también los efectos de cosa juzgada. Sentada tal afirmación pasa a señalar la exigencia de las tres identidades tradicionales –cosas, causas y personas– pues faltando alguna de ellas no puede extenderse al ulterior proceso judicial lo decidido previamente en el proceso arbitral.

Y de nuevo, sin entrar en el detalle de un tema sobre el que no se ha polemizado en la Sentencia, la doctrina que se sienta de absoluta equiparación entre actividad arbitral y jurisdiccional puede ser objeto de matizaciones pues es un sofisma el pensar que la equiparación en lo particular –equiparación a efectos

---

<sup>3</sup> G. Chiovenda, *Istituzioni di Diritto processuale civile*, Nápoles 1933, vol. I, p. 78, plantea la posibilidad de que las partes del arbitraje prescindieran del laudo arbitral a diferencia de lo que ocurre con las sentencias judiciales donde ello no es posible.

<sup>4</sup> F. Rivero Hernández, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (R. Bercovitz, ed.), Madrid, Tecnos, 1991, comentario al art. 37, pp. 649 y 650.



de cosa juzgada—lleve a la equiparación de lo general y a la identidad entre laudo y Sentencia. Así a modo de ejemplo, cabe pensar en la difícil aplicación al arbitraje de la regla de preclusión del art. 400 LEC, etc. No debe nunca olvidarse que objetivamente el laudo no es una Sentencia ni el *iter* procesal que lleva a la obtención de uno y otra es similar. Parece mejor pensar que lo que acaece es que aún sin actividad jurisdiccional la Ley puede otorgar valor de cosa juzgada al laudo, al igual que sucede con las Sentencias como efecto natural de las mismas. Pero ello como opción de política legislativa al igual que acaece con la transacción y su valor de cosa juzgada tal y como deriva del art. 1816 Cc.

#### *4. El análisis de la identidad subjetiva de supuestos y el problema de la solidaridad*

Tal y como indica el FD 5º de la Sentencia, con cita de doctrina constitucional, debe partirse de que la cláusula de sumisión a arbitraje solo puede producir efectos respecto de quienes formalizaron el compromiso o traen causa de ellos.

En el presente caso el problema se plantea porque en el ulterior proceso judicial aparecen como demandados que se pretende respondan solidariamente de las obligaciones pecuniarias de la constructora —que no se olvide había percibido cantidades en exceso respecto de lo construido— los técnicos que, precisamente por certificar indebidamente, habían dado lugar al desfase patrimonial apuntado.

Ello determina que la Sentencia diga que “la doctrina admite la existencia de una identidad jurídica subjetiva para hacer posible que los efectos de la cosa juzgada puedan extenderse a personas que no fueron parte en la controversia inicial cuando conste que están ligadas a quienes lo son en controversia posterior por los vínculos de solidaridad a que se refiere el art. 1252.III Cc”<sup>5</sup>.

No obstante es lo cierto que tal afirmación, vigente la LEC, debe de ser matizada pues el hecho de que haya desaparecido del art. 222 la referencia a los obligados solidarios e indistintos hace a mi juicio más certera la idea de que tal supresión normativa impide irradiar los efectos de la cosa juzgada frente a quienes no fueron demandados en el proceso inicial. Hago mía la idea expresada por Garnica Martín<sup>6</sup> en el sentido de que vigente la nueva LEC y su art. 222 “en el caso de la solidaridad la regla no tiene excepción alguna. Es posible demandar a uno de los diversos posibles obligados y no es posible que exista extensión de los efectos de la cosa juzgada al deudor solidario no demandado porque ello sería contrario al principio de audiencia que es un principio esencial del proceso y forma parte también esencial de

---

<sup>5</sup> No debe olvidarse que el art. 1252 establecía en su párrafo 3º que existía la identidad de personas “siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad....”.

<sup>6</sup> J.F. Garnica Martín, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (M.A. Fernández-Ballesteros, J.M. Rifá Soler y J.F. Valls Gonfau, coords.), art. 222, p. 881.

las garantías constitucionales consagradas en el art. 24 CE”. En definitiva frente a los principios –acogidos en el art. 1252.III del derogado Cc– que asumían en esta materia los postulados civiles derivados de la estructura de la obligación solidaria creo que efectivamente debe primar a estos efectos el principio de audiencia dada su mayor entidad constitucional. Y en esta línea, con cierta precisión, se ha dicho por J. Damian Moreno que “en puridad no cabe hablar de extensión de cosa juzgada en relación con las obligaciones solidarias, salvo que así se quiera llamar al efecto que produce la extinción de la obligación como consecuencia del pago por cualquiera de los deudores solidarios porque lo que afecta realmente a estos (Cortés Domínguez) no es la cosa juzgada, es el pago que, como tal, no funda sino una excepción de pago de modo que mientras que el acreedor no haya satisfecho su crédito podrá dirigirse contra los demás deudores”<sup>7</sup>.

Al margen de la nueva normativa aplicable —que no lo era en el momento en que se producen los hechos y procesos litigiosos— es lo cierto que la solución del tema a la vista del art. 1252 III.Cc, que es el aplicado por la Sentencia, resulta en alguna medida cuestionable pues, para rechazar el efecto de cosa juzgada ante la aparente solidaridad existente entre la constructora y los técnicos, ello obliga a un ejercicio hermenéutico de mayor profundidad.

A tal efecto parte la Sentencia de la presunción de mancomunidad obligacional que fluye del art. 1137 Cc y de que la identidad subjetiva ha de declararse respecto de la entidad constructora —que evidentemente era parte en ambos procedimientos, judicial y arbitral— pero no de los técnicos, tan solo demandados en el segundo proceso judicial.

Sobre tal base, sin embargo, se niega la ampliación a estos de la identidad subjetiva de la cosa juzgada que aparentemente deriva del art. 1252.III pues se argumenta que la hipotética solidaridad obligacional no surge de la ley —no hay ninguna que la establezca— ni del contrato sino que nacería de la propia Sentencia que se dicte. Concretamente se dice que “el hecho de que la entidad demandante postulara la condena solidaria de los demandados no crea un vínculo de solidaridad, el cual solo se produciría con la eventual sentencia condenatoria pues es una solidaridad que se origina en la sentencia condenatoria ya que no existe con anterioridad”.

El argumento, sin duda perspicaz, puede no resultar pleno. O, dicho de otra forma, quizás nos lleve a una especie de círculo vicioso. A tal efecto es evidente que la Sentencia no “origina” o inventa la solidaridad obligacional sino que la misma fluye de unos precedentes fácticos que la justifican. En el mundo de los hechos los presupuestos de la solidaridad existen antes de ser

---

<sup>7</sup> J. Damian Moreno, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, dir. Lorca-Guilarte, ed. Lex Nova, art. 222, p. 1447. No obstante tras la LEC también hay quien considera la persistente primacía de los principios civiles y la continuidad de la extensión de la cosa juzgada a los deudores solidarios. Así se expresa J. Garberí Llobregat, en *Comentarios a la ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje* (J. Garberí Llobregat, dir.), t. II, art. 43, p. 1226) al decir que “ya no incluye la LEC referencia alguna a los supuestos de solidaridad obligacional o de indivisibilidad de las prestaciones, a los que si se refería el art. 1252 Cc hoy carente de vigencia, los cuales, sin embargo, siguen poseyendo plena aplicación merced al reconocimiento que de tales fenómenos jurídicos la jurisprudencia ha llevado a efecto”.

ésta declarada en la Sentencia de igual manera que si derivaran del contrato y fueran negados por el oponente también deberían ser declarados por la Sentencia. No sobra recordar, a propósito de este tipo de solidaridad entre agentes constructivos, que el art. 17.3º LOE dice que “cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pueda precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente”. La norma contempla como supuesto de hecho el que judicialmente se había consagrado como supuesto de solidaridad.

Por otro lado es en cierta medida revelador del exquisito cuidado con que trata la Sentencia los temas que analiza el hecho de que el Fallo de la Sentencia que sigue a la casación de la recurrida, se cuida expresamente de no hablar de solidaridad –para no chocar sin duda con el art. 1252.III– aunque se dice confirmar la pronunciada en la instancia que, no lo olvidemos, en su FD Sexto expresamente declaraba el carácter solidario de la obligación decidida.

Es en cierta medida la pescadilla que se muerde la cola pues la identidad subjetiva lo es entre el Fallo arbitral y el *petitum* en que se pretende la condena solidaria que, además es confirmada ulteriormente por la Sentencia de la Sala 1ª. Por ello rechazar con base en el art. 1252.III Cc la identidad subjetiva quizás no fuera plenamente acorde a la legalidad pretérita de forma que aún considerando la bondad expositiva de la Sentencia existen argumentos en uno u otro sentido tal y como se ha expuesto.

##### *5. La identidad objetiva entre las pretensiones arbitrales y jurisdiccionales*

A los efectos de analizar la identidad objetiva entre ambos supuestos la Sentencia, de forma absolutamente lógica, se limita a examinar la eventual identidad de las pretensiones actuadas por aquellas partes respecto de las cuales, previamente, se ha considerado la identidad subjetiva –las entidades constructora y promotora– pues son las únicas respecto de las cuales pudiera llegar finalmente a predicarse los efectos negativos de la cosa juzgada material ya que respecto de las partes del proceso judicial, es decir los técnicos que intervinieron en el proceso constructivo, se había rechazado previamente la identidad subjetiva que permitiría concluir la eficacia negativa de la cosa juzgada cerrando el paso a un ulterior pronunciamiento jurisdiccional. En definitiva, resultaba innecesario el análisis de identidad objetiva respecto las pretensiones instadas en el procedimiento judicial contra D. José C. y D. Carlos C. una vez que respecto de ellos ya se había decidido por la Sala 1ª la ausencia de la identidad personal respecto de las partes que lo fueron en el inicial proceso arbitral y las que lo eran en el proceso judicial.

Y en relación a esta nueva cuestión la Sentencia de la Sala 1ª, para decidir el rechazo de la identidad objetiva, pone de relieve a efectos de la necesaria comparación, aquellos aspectos de las pretensiones de uno y otro procedimiento en los que no hay la exigible identidad si bien, desde un primer momento, cabe apreciar que los destacados interesadamente a tal fin por la Sala

1ª son realmente los aspectos accesorios de la ulterior pretensión jurisdiccional lo que hace que pueda dudarse del acierto de la decisión.

De esta manera en el FD 6º se va a concluir que no hay tal identidad objetiva entre ambos procesos pues en el inicial arbitraje tan solo se pretendió y declaró la existencia del exceso del precio pagado por la entidad promotora mientras que en la ulterior demanda judicial se va a reclamar la concreta cantidad dineraria en que se cuantificaba el exceso junto con una indemnización de daños y perjuicios y, asimismo, los intereses de la cantidad demandada como pretensión principal. Intereses que en ningún caso habían sido objeto de expresa decisión en el laudo inicial.

Con tal base se concluye la diversidad objetiva ante la existencia de la pretensión indemnizatoria adicional con cita al efecto de la STS 20 de marzo de 1998. Ahora bien examinando esta Sentencia se llega a la conclusión de que la fundamentación de ésta no es transplantable al caso litigioso pues la diversidad de pretensiones decidida pretéritamente por la Sala 1ª en aquella Sentencia no se fundaba en la existencia de una previa acción de condena pecuniaria a la que se añadiría en el ulterior proceso una pretensión indemnizatoria sino que el rechazo a la identidad objetiva se fundó en que en el primer proceso se había instado una acción de cumplimiento respecto de un contrato de ejecución de obra y, en el segundo proceso judicial, se articuló la pretensión indemnizatoria derivada de aquel incumplimiento, es decir las dos pretensiones que encierra la acción de cumplimiento del art. 1124 Cc<sup>8</sup>.

Así las cosas la duda surge de inmediato pues, al igual que se ha argumentado respecto de la identidad subjetiva, que se analiza por la Sala 1ª descomponiendo la existencia de diversos sujetos frente a alguno de los cuales se concluye la identidad y no frente a otros, pudiera haberse hecho lo mismo respecto de las pretensiones ejercitadas en ambos procedimientos sobre las que se establece la comparación. Es decir el *iter* lógico de la Sentencia pudiera haber llevado a descomponer asimismo las pretensiones instadas a los efectos de decidir en cuales concurría y en cuales no la referida identidad objetiva. Y efectuamos tal afirmación porque parece claro que la reclamación judicial principal, es decir la restitución del exceso de precio percibido por la entidad constructora, así como –a mi juicio– la obligación accesoria de ésta referente a la petición de los intereses eventualmente devengados<sup>9</sup> podría haber sido objeto de reclamación en trámite de ejecución del laudo en términos expresamente asumidos por la propia Sentencia de la Sala 1ª tal y como hemos expuesto en el anterior epígrafe. De esta manera, descomponiendo las diversas pretensiones, la falta de identidad objetiva se reduciría exclusivamente a la pretensión indemnizatoria que, por otro lado, en la Sentencia acaba por desestimarse. En lo estimado hay sin duda una clara identidad objetiva entre el proceso arbitral y el judicial.

---

<sup>8</sup> Evidentemente al día de hoy, al amparo del art. 400 –inaplicable entonces– habría que concluir la solución contraria. Por ello la Sentencia de 2010 que analizamos se cuida de precisar que en el presente caso no es aplicable el art. 400 LEC pues los hechos litigiosos han acaecido antes de su vigencia.

<sup>9</sup> Intereses que como veremos finalmente se rechazan como debidos.

### *6. Los efectos positivos de la cosa juzgada derivados de la existencia del laudo.*

Con tales precedentes, una vez rechazada cualquier posibilidad de proyectar sobre el nuevo procedimiento judicial el efecto negativo de la cosa juzgada –al faltar respecto de ciertos litigantes la identidad subjetiva y, respecto de aquéllos en los que ésta concurría, al no concurrir la identidad objetiva– la Sentencia valora la eventual trascendencia de la cosa juzgada positiva que hoy contempla el n° 4 del art. 222 LEC y a cuyas consecuencias se había asimismo accedido doctrinal y jurisprudencialmente al amparo de la normativa anterior.

Y a tal efecto la cantidad decidida arbitrariamente como debida en concepto de exceso de precio abonado por la entidad promotora de la obra es la que va a condicionar decisiva y prejudicialmente el resultado del segundo proceso una vez que se tuvo vía libre para la decisión sobre el fondo del asunto de este último. Es decir la Sentencia nos va a mostrar que el efecto negativo y el positivo de la cosa juzgada corren suerte diversa pues sus condicionantes y presupuestos asimismo son muy diferentes de tal manera que aún rechazada la incidencia de la primera sobre el segundo proceso se asume sin embargo la incidencia sobre éste del efecto positivo de la cosa juzgada

Ahora bien asumir tal diversidad de régimen entre los efectos positivo y negativo de la cosa juzgada, es decir sobre el juego de los efectos que hoy refieren respectivamente los n° 1 y 4 del art. 222 LEC, revela dificultades prácticas que desde una perspectiva estrictamente teórica ni tan siquiera se intuyen. A este respecto, por referencia al supuesto litigioso, diríamos que si bien respecto de los técnicos –arquitecto y aparejador– se dice en la Sentencia del TS que no juega la cosa juzgada negativa pues falta la identidad subjetiva entre uno y otro proceso también lo es que, en la práctica, la pretensión básica –única a la que el técnico superior es condenado–, es decir la responsabilidad y condena solidaria al pago del exceso del precio, es materia discutida y decidida en el procedimiento arbitral sin su audiencia, sin detentar la condición de parte, pero con carácter fatalmente prejudicial. Y esto es lo que, en definitiva, aparece proscrito por el nuevo art. 222.4º LEC al haber expulsado de la identidad objetiva a los ligados por un vínculo de solidaridad precisamente por no haber sido parte en el inicial proceso.

### *7. El resto de pretensiones no afectadas por el efecto positivo de la cosa juzgada*

En relación con las restantes restantes pretensiones articuladas en el procedimiento judicial –todas ellas accesorias– y que como sabemos no estaban tampoco afectadas por la eficacia positiva de la cosa juzgada pues no habían sido objeto de decisión arbitral, la Sala 1ª, ante la procedencia de un pronunciamiento sobre ellas, asume literalmente lo decidido en la Sentencia de instancia.

De esta manera admite el criterio de imputación del arquitecto, al que por ello asimismo condena solidariamente junto con la entidad promotora, de

igual manera que se resuelve, por los mismos argumentos expresados en la instancia, la exoneración del aparejador. Igualmente se acepta la exoneración del pago de intereses por la cantidad debida –que ya había apuntado el Juzgado de instancia– de la misma forma que también se convalida la inicialmente decidida improcedencia de condena a la indemnización de daños y perjuicios.

El resultado final va a determinar la reflexión que no resulta excesivamente satisfactoria pues es lo cierto que el objeto de la condena a que accede la Sala 1ª es exactamente el mismo al que se accedería en ejecución del laudo arbitral que fue el camino decidido por la Audiencia en la Sentencia casada y cuya ejecución la Sala 1ª también consideraba posible como hemos tenido ocasión de analizar.

### III. A modo de conclusión

Las reflexiones anteriores nos llevan a rescatar las iniciales afirmaciones de este estudio. Ciertamente la solución a la que finalmente se accede es la mas justa en cuanto responde al genérico ideal de justicia. Sin embargo, desde una perspectiva de estricta aplicación de las reglas procesales la solución inversa quizás fuera más respetuosa con ellas. Ahora bien, realmente, lo que resulta decisivo –y de ello no puede aislarse la Sala 1ª– es el hecho de chirriar profundamente desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva un nuevo reenvío –diez años mas tarde– al procedimiento arbitral para que en tal sede fuera donde se procediera a la ejecución de lo arbitrado. Y ello porque, en definitiva, de tal reenvío iba a surgir la misma condena, exactamente la misma, que la decidida finalmente por la Sala 1ª.

Todo el discurso precedente permite unas valoraciones finales:

1ª) Con una perspectiva de más largo alcance, cabe afirmar que hemos construido un sistema de resolución de conflictos realmente complejo. Ya lo es considerando aisladamente el sistema judicial pero lo es mucho mas ante la existencia de plurisistemas resolutorios cuya coordinación no resulta excesivamente diáfana.

2ª) Si yo hubiera tenido que decidir el caso sin duda lo habría resuelto como ha hecho la Sala 1ª ante la apriorística necesidad de dar primacía –ponderar– a un principio de justicia material frente a la estricta aplicación de las reglas jurídicas en este caso procesales. Tal técnica ponderativa y no meramente subsuntiva aconsejaba evitar un reenvío al trámite arbitral para finalmente acceder a la misma conclusión. También es lo cierto que para llegar a esa misma conclusión seguramente yo lo habría hecho con una motivación mucho más deficiente a la contenida en la brillante Sentencia.