



Trabajo Fin de Grado

La preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos: el art. 400 de la LEC

The preclusion of declaration of facts and rights:
article 400 of the Spanish Code of Civil Procedure

Autor/es

Javier Merino Cano

Director/es

Juan F. Herrero Perezagua

Facultad de Derecho
2020

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	4
II. LA PRECLUSIÓN EN LA LEC	4
1. <i>EL CONCEPTO Y CAUSAS DE PRECLUSIÓN EN LA LEC</i>	4
1.1 El transcurso del momento procesal oportuno para el ejercicio de un poder procesal	5
1.2 El ejercicio de acciones	5
2. <i>DIFERENCIA ENTRE EL ART. 136 Y EL ART. 400 LEC</i>	6
III. EL ART. 400 LEC	7
1. <i>FUNDAMENTO JURÍDICO</i>	7
2. <i>ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO</i>	8
2.1 La causa <i>petendi</i>	8
2.2 El <i>petitum</i>	10
3. <i>ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO</i>	12
3.1 Sujetos afectados por el art. 400	12
3.2 Exigibilidad de la identidad de los demandados	18
IV. EL TRATAMIENTO PROCESAL: ART. 400.2	19
1. <i>LA ALEGACIÓN DE COSA JUZGADA</i>	19
1.1 Introducción	19
1.2 Preclusión y cosa juzgada: puntos de contacto	20
1.3 La ficción jurídica de que lo precluido fue juzgado	21
2. <i>LA ALEGACIÓN DE LITISPENDENCIA</i>	22
3. <i>LA PROHIBICIÓN DEL CAMBIO DE DEMANDA (BREVE REFERENCIA)</i>	23
V. APPLICACIÓN DEL ART. 400	24
1. <i>ACCIONES CON EL MISMO PETITUM</i>	24
1.1 Supuestos de hecho controvertidos	25
2. <i>LA PRECLUSIÓN DE LA ALEGACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS</i>	27
V. CONCLUSIÓN	30

ABREVIATURAS

Art., arts.	Artículo, artículos.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
CE	Constitución Española de 1978.
Cfr.	Consulte.
Cit.	Citado.
Dir.	Director.
EM	Exposición de motivos.
FJ	Fundamento jurídico. ⁷
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero).
Núm.	Número.
P., pp.	Página, páginas.
ROJ	Repertorio Jurisprudencial.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJU	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
T.	Tomo.
TC	Tribunal Constitucional.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.
V.g.	Verbigracia.
<i>Vid.</i>	Véase.

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión objeto del presente trabajo es el análisis de la regla de preclusión de hechos y fundamentos de derecho del art. 400 de la LEC. El objetivo principal es delimitar el ámbito de aplicación, objetivo y subjetivo, del precepto, con la finalidad de poder reflexionar acerca de su correcta aplicación en el proceso civil.

Para ello, en primer lugar deslindaré entre las dos causas fundamentales de preclusión de la LEC. En segundo lugar, analizaré el ámbito de aplicación y el funcionamiento del art. 400 LEC. En tercer lugar, haré referencia a su tratamiento procesal en la LEC a través de la institución procesal de la cosa juzgada.

Por último, reflexionaré acerca de los supuestos de hecho en los que la aplicación del precepto resulta controvertida con especial atención a la jurisprudencia del TJUE en materia de protección de consumidores.

II. LA PRECLUSIÓN EN LA LEC

1. EL CONCEPTO Y CAUSAS DE PRECLUSIÓN EN LA LEC

La rúbrica del art. 400 LEC es la siguiente: «Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos». Pero ¿qué es la preclusión? La doctrina procesalista española ha asociado el concepto de preclusión a la imposibilidad de realizar un acto procesal por no haberse ejercitado dentro del tiempo legalmente establecido¹.

No obstante, la concurrencia de los elementos inherentes al concepto de preclusión es una condición necesaria pero no suficiente para la efectiva extinción del concreto poder procesal no ejercitado. Así las cosas, es también necesaria la existencia de una causa legal que anude a un supuesto de hecho la consecuencia jurídica de la preclusión del concreto poder procesal.

El legislador ha establecido, esencialmente, dos causas de preclusión. En primer lugar, el transcurso del momento procesal oportuno para el ejercicio de un poder

¹ En este sentido, VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en el proceso civil*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 33: «Por “preclusión” se entiende, a nuestro juicio, la extinción en un concreto proceso de los poderes jurídico procesales no ejercitados por los sujetos que intervienen o pueden intervenir en un proceso». También DE LA OLIVA SANTOS, A. (con DÍEZ-PICAZO y VEGAS), *Derecho Procesal. Introducción*, 2.^a edic., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 38: «Se entiende por preclusión el efecto del transcurso del tiempo previsto en la ley para realizar el un acto procesal (plazo o término), efecto consistente [a]len impedir los actos que no se hayan realizado o [b]en convertirlos en completamente ineficaces si se llevan a cabo fuera del plazo o transcurrido el término».

jurídico-procesal; regulada en el art. 136 LEC. En segundo lugar, el ejercicio de acciones, regulada en el art. 400LEC².

1.1 El transcurso del momento procesal oportuno para el ejercicio de un poder procesal

El art. 136, bajo la rúbrica de «Preclusión», dispone que:

«Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate [...].».

Por lo tanto, los actos procesales de parte a los que la LEC haya fijado un momento o un lapso de tiempo para su ejercicio deben ejercitarse en dicho momento. De no ser así el poder procesal que les permitía ejercer el acto se extinguirá.

Por ejemplo, el art. 64 LEC establece que:

«La declinatoria se habrá de proponer dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda [...].».

De tal forma que la parte que no proponga la declinatoria dentro del plazo impuesto por la LEC perderá la oportunidad de denunciar la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda. Quedando compelido a litigar ante el tribunal que conoció de la demanda aunque no fuera el competente, como confirma el art. 416.2 LEC.

En la misma línea, el art. 458 LEC dispone que:

«El recurso de apelación se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla [...].».

De lo que se sigue que si ninguna de las partes ha presentado recurso en el plazo legalmente fijado, la resolución devendrá firme y no cabrá recurso contra ella. Por lo que las partes habrán perdido la oportunidad de perseguir la impugnación de la resolución.

1.2 El ejercicio de acciones

El art. 400.1, 1 LEC dispone, bajo la rúbrica de «Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos», que:

² VALLINES GARCÍA, E., «Preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica: a vueltas con el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva*, t. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, p.3174.

«Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior».

La demanda es el «vehículo formal³» de la acción, entendida como un derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional concreta. Por su parte, la acción identifica el objeto del proceso mediante tres elementos: sujetos, *petitum* y *causa petendi*.

Por lo tanto, el art. 400.1, 1 establece que la interposición de una acción, a través de la demanda, es causa de preclusión de los hechos y fundamentos jurídicos que hubieran podido fundamentarla cuando se formuló.

Por ejemplo, A interpone acción de reclamación de indemnización por daños contra B basada en la responsabilidad contractual. El tribunal dicta sentencia desestimatoria. Conforme al art 400.1 A no podrá interponer una nueva acción de reclamación de indemnización por daños contra B, esta vez fundamentada en la responsabilidad extracontractual, ya que ha precluido como fundamento de derecho.

2. DIFERENCIA ENTRE EL ART. 136 Y EL ART. 400 LEC

Comparando el art. 136 y el 400.1 LEC se puede decir que el 136 establece la preclusión de los actos procesales de parte, como la facultad de proponer declinatoria, interponer recurso de apelación o contestar a la demanda; mientras que el art. 400 establece la preclusión de la facultad de realizar alegaciones de hecho y de derecho para delimitar el objeto del proceso.

La institución de la reconvención es especialmente expresiva a efectos de delimitar las diferencias entre los artículos 136 y 400. Por una parte, dispone el art. 404.1 que el letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la demanda al demandado “para que la conteste en el plazo de veinte días”.

Por su parte, el art. 406.1 LEC establece que «Al contestar a la demanda, el demandando podrá, por medio de reconvención, formular la pretensión o pretensiones que cree que le competen respecto del demandante». A lo que añade el art. 406.4 que «Será de aplicación a la reconvención lo dispuesto para la demanda en el art. 400».

En consecuencia pueden extraerse dos ideas esenciales:

³ DE LA OLIVA SANTOS, A. (con DÍEZ-PICAZO), *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 2.^aedic., Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 2001, p.42.

En primer lugar, transcurrido el plazo de veinte días para contestar a la demanda, el demandando habrá perdido la oportunidad de contestar la demanda y, por ende, de formular reconvención.

En segundo lugar, ejercitada la reconvención, el actor reconvencional debe alegar todos los hechos y fundamentos de derecho que puedan fundamentar su pretensión. De no hacerlo precluirán.

Así las cosas, la preclusión del poder jurídico-procesal del demandado de contestar a la demanda y, con ello, formular reconvención tiene anclaje legal en el art. 136. La preclusión de las alegaciones no ejercitadas que hubieran podido fundamentar la pretensión del actor reconvencional tiene base en el art. 400.

III. EL ART. 400 LEC

Analizado el concepto de preclusión y las dos causas de preclusión de la LEC puede analizarse el art. 400 de la LEC.

El art. 400.1 LEC establece, bajo el título de «Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídico», que:

«Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en diferentes 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».

1. FUNDAMENTO JURÍDICO

No es posible desagregar los elementos nucleares del precepto sin tener en cuenta el fundamento jurídico que lo inspira. En palabras de la EM de la LEC, la razón de ser de la regla de preclusión de alegaciones de hechos y fundamentos jurídicos es «...por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente pueda zanjarse en uno».

En primer lugar, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) es fundamento de la preclusión porque establece límites temporales al ejercicio de los poderes procesales. De esta forma, permite que la incertidumbre que provoca que un sujeto pueda producir

alteraciones jurídicas en la situación jurídica de otros sujetos no se extienda indefinidamente en el tiempo⁴.

En segundo lugar, la EM establece como fundamento de la regla del art. 400.1 la economía procesal, de tal forma que compele al demandante a una actividad diligente para evitar “zanjar” en varios procesos lo que “razonablemente” puede “zanjarse” en uno.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO

El art. 400.1.I parte de la expresión “Cuando lo que se pida en la demanda”. La demanda, como se ha dicho, es el acto procesal mediante el cual el actor afirma una concreta acción, entendida como un derecho subjetivo público a una tutela jurisdiccional concreta y que se identifica por unos sujetos, un *petitum* y una *causa petendi*. En consecuencia, se debe analizar la conexión entre los elementos identificadores de la demanda y el art. 400.1, I.

2.1 La causa *petendi*

La cuestión de delimitar los elementos integrantes de la causa de pedir o *causa petendi* no es pacífica. No obstante, adhiriéndome a la posición de VALLINES, diré que la *causa petendi* está conformada por «los hechos esenciales [...] que el actor alega como sustento del *petitum*, así como el punto de vista jurídico que quiere hacer valer»⁵.

Respecto al punto de vista jurídico que el actor pretende hacer valer, es interesante delimitarlo con el art. 218.1.II de la LEC en la mano. El precepto, inspirado por el principio *iura novit curia*, dispone que:

«El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes».

De esta forma, si la aplicación por el tribunal de normas jurídicas distintas de las que hayan alegado las partes no se considera una alteración de la causa de pedir, las

⁴«Por lo tanto, durante el período de tiempo en el que un poder procesal puede ejercitarse existe, para otros sujetos, incertidumbre-inseguridad- acerca de si esas modificaciones y esos condicionantes van a tener lugar. Y para poner fin a esa incertidumbre se dispone, precisamente, que en cierto instante el poder procesal no ejercitado se extinga, muera, desaparezca». VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en...cit.*, p.103.

⁵ VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en...cit.*, p.210.

normas aplicables no forman parte de la causa de pedir. Esta es la postura, también, de MONTERO AROCA⁶.

Por otro lado, si acudir a fundamentos de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer es apartarse de la causa de pedir, los fundamentos de Derecho o punto de vista jurídico, de *lege lata*, forman parte de la causa de pedir.

Recorriendo de nuevo el mismo iter argumental, se infiere que los fundamentos de hecho también forman parte de la causa de pedir. Los hechos que fundamentan la causa de pedir se denominan hechos esenciales. Por oposición, los hechos que no forman parte de la causa de pedir se denominan hechos accesorios.

El criterio distintivo entre ambos es su relación con el punto de vista jurídico. De tal forma que los hechos esenciales son necesarios y suficientes para integrar la causa de pedir. Mientras que los hechos accesorios, aunque guardan una estrecha relación con la causa de pedir, no son necesarios para integrarla⁷.

A la vista de lo expuesto, entiendo que cuando el art. 400.1.I establece la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos, lo que está regulando es la preclusión de alegar las causas de pedir que hubieran podido fundamentar la acción y no lo hicieron.

En consecuencia, la regla del 400 no alcanza a las facultades de alegación ajenas o posteriores a la causa de pedir. Y en este sentido debe interpretarse el precepto cuando establece que:

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

De forma que el art. 400.1.II no es una excepción al 400.1, I, sino una aclaración o recordatorio del legislador. Puesto que con la ley en la mano, de conformidad con

⁶ «La causa de pedir no puede consistir en normas ni en calificaciones jurídicas, pues ni unas ni otras pueden cumplir con la finalidad de individualizar un proceso con respecto a otros posibles. Las normas no añaden realmente nada a la identificación del proceso, a su distinción de otros posibles». MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil*, 27^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 156.

⁷ «Con ello se está diciendo que no cualesquiera hechos integran la causa de pedir, sino precisamente sólo los hechos que tiene importancia jurídica, con lo que se excluyen los hechos intranscendentales desde el punto de vista jurídico». MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional...*, cit., p.157.

artículos tales como el 426 o el 433 LEC, las partes pueden efectuar alegaciones de hechos nuevos y alegaciones complementarias con posterioridad a la demanda con la limitación de no «alterar sustancialmente sus pretensiones» o para «fundamentarlas». Por lo que sin la necesidad de recurrir al 400.1.II, mediante una interpretación sistemática de la LEC, habríamos alcanzado la misma conclusión.

En definitiva, a tenor del ámbito sustantivo de la causa de pedir, la regla del art. 400 afecta a las facultades de alegación de hechos esenciales y de fundamentos de derecho o de un punto de vista jurídico. Pero no se extiende a la facultad de realizar alegaciones que no alteren el punto de vista jurídico, es decir, a aquellas permitidas por la regla *iura novit curia*, ni a las alegaciones complementarias que no alteren la causa de pedir.

2.2 El *petitum*

El principal problema jurídico del art. 400.1.I es que algunas sentencias han ampliado el ámbito de aplicación del precepto, de forma que han entendido precluidos poderes jurídico-procesales que, con la ley en la mano, no deberían haber precluido.

Partiendo del tenor literal del artículo y de lo expuesto en el apartado anterior, puede leerse el precepto de la siguiente forma:

Cuando lo que se pida en la acción pueda fundarse en diferentes causas de pedir, habrán de aducirse en ella cuantas resulten conocidas o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

Por lo tanto, el presupuesto esencial para la aplicación del art. 400.1.I es que lo que se pida en la acción pueda fundarse en diferentes causas de pedir, «de modo que si “lo que se pide” en un segundo proceso es algo diferente a lo pedido en uno anterior, no puede operar aquella preclusión»⁸.

En consecuencia, el art. 400.1.I regula la preclusión de las acciones, con el mismo *petitum* y causa de pedir distinta, que pudieran haberse interpuesto cuando se formuló la primera acción. Pero, *sensu contrario*, no establece la preclusión de las acciones con diferente *petitum* e idéntica causa de pedir de la que se interpuso en el primer proceso, que es lo que han establecido algunas sentencias, ampliando injustificadamente el ámbito de aplicación del art. 400.1.I.

⁸VALLINES GARCÍA, E., *Preclusión, cosa juzgada...cit.*, p. 3186.

La interpretación expuesta ha sido secundada por la doctrina del TS y del TC, que han adoptado el término pretensión para denominar al *petitum* de la acción. V.g., la STC núm. 71/2010 de 18 de octubre, dice en su FJ 5 que «los arts. 222.2 y 402.2 LEC se refieren a hechos y alegaciones que pudieron ser aducidos en un procedimiento anterior, pero no a la formulación de pretensiones que permanezcan imprejuzgadas y respecto de las cuales no hubiese prescrito o caducado la acción procesal».

Por su parte, la STS núm. 531/2015 de 14 de octubre (ROJ: 4282/2015) establece que con esta norma (art.400.1 LEC) «se pretende [...] impedir que, resuelto el primer pleito con desestimación de la demanda, el demandante pueda volver a formular la misma pretensión sobre la base de unos hechos o fundamentos jurídicos que, pudiendo haber sido invocados en el pleito inicial, no lo fueron».

Uno de los problemas que plantea la aplicación de la norma es el grado de identidad exigible para entender que el *petitum* de una acción es el mismo que el de otra. La doctrina y la jurisprudencia han postulado que el grado exigible es la homogeneidad, de forma que es suficiente que las dos acciones sirvan a una misma finalidad. Esta es la postura de VALLINES⁹ y SABATER¹⁰.

La STS 671/2014 de 19 de noviembre (ROJ: 4840/2014) establece en su FJ 7 que para interpretar la norma del art. 400.1 hay que tener en cuenta que «esta regla no requiere la identidad estricta entre pedimentos, sino que basta su homogeneidad».

Un grado de identidad excesivamente formalista permitiría a los justiciables enmascarar la verdadera finalidad material de una acción a través de formular una pretensión formalmente diferente al *petitum* de la acción que causó su preclusión. En este sentido se pronuncia, verbigracia, la STS 628/2018 de 13 de noviembre (RJ 2018\5219), que establece que «La desproporcionada extensión formal de las peticiones [...] no logran ocultar que lo materialmente pedido en ella —la verdadera petición— era

⁹«Es suficiente, en nuestra opinión, que los *petita* sean homogéneos. O dicho quizá con más precisión, lo verdaderamente relevante para que el art. 400.1,1 entre en funcionamiento es que la acción que se ejerce y la que precluye, [...] sirvan a una misma finalidad, concurran a un mismo resultado o fin [...].» VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en...*, cit., p.220.

¹⁰ SABATER MARTÍN, A. *La reserva de alegaciones para un segundo proceso en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2001, p. 1508.

exactamente lo mismo que lo pedido en la demanda interpuesta [...] en el litigio anterior»¹¹.

Otro problema que se suscita es que la identidad formal de las pretensiones no es equivalente a la identidad material. Por ejemplo, si A reclama contra B 1000 euros derivados del contrato X y posteriormente reclama de nuevo a B 1000 euros derivados del contrato Z, una interpretación exclusivamente formalista determinaría que la segunda acción de reclamación era idéntica a la primera y, por lo tanto, precluyó.

De esta forma, adhiriéndome a la postura de VALLINES, deben analizarse las dos pretensiones en función de sus respectivas causas de pedir. Lo que permitirá, introduciendo un criterio de identidad material, evitar considerar idénticas pretensiones que solo lo son aparentemente¹².

Finalmente, a modo de síntesis se puede decir que el art.400.1 de la LEC impone la carga al demandante, bajo riesgo de preclusión, de acumular eventualmente a la acción principal, las acciones que, con la misma finalidad, se basen en una causa de pedir diferente. De forma que el término “podrá”, empleado por el art. 71.4 LEC, devendrá en deberá. Pero en ningún caso obliga a ningún demandante a acumular a la acción principal las acciones con misma causa de pedir y distinto *petitum*, puesto que no caen bajo el ámbito de aplicación del art. 400.1¹³.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

3.1 Sujetos afectados por el art. 400

En el presente apartado se trata de determinar quiénes son los sujetos titulares de las acciones precluidas por aplicación del art. 400.1 LEC. Con la ley en la mano el precepto hace referencia expresa a que las acciones bajo riesgo de preclusión «habrán de aducirse» en la demanda. Por ello, *prima facie*, la carga de alegación de los hechos y fundamentos jurídicos compete, exclusivamente, al demandante.

¹¹ No obstante, este caso es un supuesto límite, en el que se formuló voto particular en contrario, por considerar que ambas pretensiones no eran idénticas.

¹²VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en...*, cit., p. 222.

¹³Así lo señala VALLINES GARCÍA, E., *Preclusión, cosa juzgada...*, cit., p. 3187 y 3188: «[...]el art. 400.1, I LEC obliga a los demandantes que disponen de varias causas de pedir para alcanzar una misma petición, a realizar una acumulación eventual de todas las acciones de que dispongan, bajo amenaza de preclusión. Por eso, aunque el art. 71 LEC dice que el actor “podrá” acumular eventualmente todo tipo de acciones, el art. 400.1, I LEC viene a añadir que, cuando se trata de acciones con el mismo *petitum* y diversa causa petendi, ese “podrá” del art. 71 se convierte en una suerte de “deberá”, en la medida de que las acciones no ejercitadas serán fagocitadas por la preclusión»..

No obstante, SABATER defiende que el ámbito de aplicación de la norma debe extenderse al demandado. Esta postura se sustenta en dos argumentos¹⁴:

En primer lugar, el art. 400.1.II de la LEC hace mención expresa a la «contestación». Por lo tanto, la laguna del párrafo primero debe colmarse con el párrafo segundo. No obstante, como ya hemos anticipado, el art. 400.1.II no constituye una excepción al 400.1, I, sino que tiene carácter aclaratorio. En este sentido dice VALLINES:

«[...] el artículo 400.1.2, por su parte, se limita a recordar a las partes que la regla de preclusión no afecta a las alegaciones jurídicas que no cambian el punto de vista jurídico de la acción ejercitada ni a los hechos accesorios, conforme a lo que se desprende de otros preceptos de la LEC que permiten efectuar “alegaciones complementarias»¹⁵.

En segundo lugar, SABATER argumenta que no tiene sentido sancionar al demandante que se reserva alegaciones para un segundo proceso, mientras que el demandado “indolente” queda impune.

Sin embargo, es necesario discernir entre las distintas actitudes que el demandado puede adoptar cuando contesta a la demanda. Cada actitud tiene implicaciones procesales diferentes y, por lo tanto, un tratamiento procesal distinto.

A) Excepciones

El demandado puede oponerse a la demanda, ya sea por razones de forma o de fondo, a través de la alegación de excepciones del art. 405.1 y 3 de la LEC. Por un lado, las excepciones que se oponen por motivos de forma son las excepciones procesales y ponen de manifiesto la concurrencia de un óbice procesal. Por el otro lado, las excepciones que se oponen en lo que atañe al fondo son las excepciones materiales, que, mediante la introducción de hechos nuevos al proceso, pretenden una sentencia absolutoria sobre el fondo del asunto.

La característica esencial de las excepciones es que tienen carácter meramente defensivo. De tal forma que no alteran el objeto del proceso. En otras palabras, el objeto

¹⁴SABATER MARTÍN, A., *La reserva...*, cit., p.1508

¹⁵VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en...*, cit., p.227.

litigioso continúa siendo, exclusivamente, la pretensión del demandante. Esta es la postura de, por ejemplo, VALLINES o CORTÉS¹⁶.

En consecuencia, no son pretensiones ajenas a la concreta tutela jurisdiccional solicitada por el demandante. De lo que se sigue que, si el art. 400.1 regula la preclusión de acciones, y las excepciones no lo son, la facultad del demandante de oponerse a la demanda alegando excepciones materiales o procesales no cae bajo el ámbito de aplicación de la regla del art. 400.1 LEC.

Cuestión diferente es que las facultades de alegar excepciones precluyan. Pero lo harán con fundamento en el derecho a contestar a la demanda, y no como consecuencia del art. 400.

B) Reconvención

La facultad del demandado de alegar concretas excepciones no es objeto de preclusión con anclaje legal en el art. 400. 1 LEC, puesto que tienen carácter exclusivamente defensivo. Sin embargo, la facultad del demandado del formular reconvención es esencialmente diferente.

El art. 406.1 LEC establece que:

«Al contestar a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvención, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante».

En consecuencia, el actor reconvencional no persigue meramente la desestimación de la demanda, sino que formula una acción «distinta e independiente de la que ha afirmado el actor». En este sentido, la doctrina procesalista ha identificado la reconvención como una modalidad de acumulación de acciones, puesto que se trata “de un nuevo proceso en el mismo procedimiento”¹⁷.

Razón por la que el legislador amplió el ámbito de aplicación del art. 400 a la reconvención. De tal forma que el art. 406.4 dispone que:

¹⁶CORTÉS DOMINGUEZ, V. (con MORENO CATENA, V.), *Derecho procesal Civil Parte General*, 10^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.175. En este sentido, también, VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en....*, cit., p. 228.

¹⁷CORTÉS DOMINGUEZ, V. (con MORENO CATENA, V.), *Derecho procesal....*, cit., p. 176.

«Será de aplicación a la reconvención lo dispuesto para la demanda en el artículo 400».

Por lo tanto, el actor reconvencional tiene la carga de alegar en su pretensión todos los hechos y fundamentos jurídicos que pudieran fundamentarla. De tal forma que, de no alegarlos, no podrá aducirlos en un segundo proceso.

Ahora bien, el demandado que pudiendo reconvenir no lo hiciera, no resultará sancionado con la preclusión. Si hace valer su pretensión en un proceso ulterior, no podrá sobreseerse este sobre la base de que pudo hacerlo en el anterior. La preclusión se proyecta sobre sus armas defensivas (las excepciones), no sobre sus armas de ataque (el ejercicio de acciones).

C) Allanamiento

El allanamiento está regulado en el art. 21 LEC y es la conducta del demandando por la que manifiesta su conformidad con la pretensión de la demanda. La cuestión que suscita el allanamiento, en relación con la regla de preclusión de alegaciones del art. 400, es si el demandado que se allana en la pretensión del demandante tiene la carga de formular reconvención.

El tenor literal del art. 406.1 LEC dispone que el demandado «podrá» formular reconvención. De forma que el legislador ha regulado la reconvención como un derecho del demandante, no como un deber.

Argumento que ha conducido a la jurisprudencia a considerar que el allanamiento del demandando no produce la preclusión de las acciones que pudiera haber interpuesto contra el demandante. En esta línea, la STC núm. 106/2013, de 6 de mayo, dice que:

«Entender, como han hecho los órganos judiciales, que a la luz del art. 400 LEC, la reconvención es necesaria para evitar la preclusión de las pretensiones que el demandado pudiera tener frente al demandante, supone una interpretación contraria al tenor del art. 406 LEC [...]».

D) Excepciones reconvencionales

Por último, me ocuparé de la alegación de compensación y de nulidad de negocio jurídico reguladas en el art. 408 LEC, denominadas por la doctrina procesalista excepciones reconvencionales.

Prima facie, la línea divisoria entre la reconvención y las excepciones es nítida. La reconvención implica el ejercicio de una acción distinta a la que formuló el demandante. Por el contrario, las excepciones se limitan a oponerse a la acción del actor. No obstante, las excepciones reconvencionales plantean problemas adicionales.

a) La alegación de compensación de crédito

La alegación de compensación del 408.2 introduce en el proceso una relación jurídica ajena a la que había planteado el demandante. Por lo que se está ampliando el objeto procesal. De ahí su equiparación a la reconvención.

Sin embargo, como establece GÓMEZ ORBANEJA podemos distinguir dos supuestos de compensación de créditos. En primer lugar, el supuesto en que el demandado solicita la condena al demandante del saldo que a su favor pudiera resultar. En segundo lugar, el supuesto en que el demandado solo opone la compensación para lograr su absolución.

Como señala CORTÉS DOMÍNGUEZ¹⁸, el art. 408.1 LEC acoge esta distinción. De tal forma que el artículo faculta al actor a contestar a la excepción de compensación opuesta por el demandante en la forma prevista para la reconvención.

En consecuencia, la alegación de compensación tiene naturaleza de excepción, puesto que si se configurará como una reconvención carecería de sentido la previsión expresa del legislador equiparando el tratamiento procesal de ambas. *Sensu contrario*, la alegación de compensación que pretenda la condena del actor por el exceso de crédito es, a todos los efectos, una reconvención.

En el mismo sentido se pronuncia el art. 438.3 que inadmite la alegación de compensación si la cuantía del crédito fuese superior a la que determina que se siga el juicio verbal (6000 €).

VALLINES¹⁹, por el contrario, considera que la alegación de compensación tiene, en todo caso, la naturaleza de una reconvención. Uno de los argumentos que esgrime es que, de conformidad con los arts. 408.3 y 222.2, el pronunciamiento del

¹⁸ CORTÉS DOMINGUEZ, V. (con MORENO CATENA, V.), *Derecho procesal...*, cit., p.177«Ahora la LEC acoge, aunque imperfectamente, esta base de distinción en el art. 408.1 en el que, de forma clara, se nos dice que sólo es excepción de compensación cuando se pide la absolución de la demanda principal y no la condena al pago del saldo que a su favor pudiera resultar».

¹⁹ VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en...*, cit., p. 230.

tribunal sobre la compensación devendrá en autoridad de cosa juzgada independientemente de la pretensión del demandante.

Pero, en este caso, el fundamento de la previsión del art. 222.3 es que la ejecución de la compensación exige un pronunciamiento con eficacia de cosa juzgada²⁰. De forma que el acreedor demandado no pueda cobrar dos veces por el mismo crédito.

A la vista de lo expuesto, la alegación de compensación que pretenda la absolución del demandando tiene naturaleza de excepción y no está sometida a la preclusión del art. 400.1. Mientras que la alegación de compensación que pretenda la condena del demandante por el exceso de crédito tiene naturaleza de reconvenCIÓN y, si y solo si se formula, producirá la preclusión de las acciones con idéntico petitum y causa petendi diferente.

b) La alegación de nulidad de negocio jurídico

Respecto a la alegación de nulidad de negocio jurídico del art. 408.2 distinguimos con VALLINES dos supuestos. Por un lado, el supuesto en que el demandante pretende la validez del negocio jurídico. Por el otro lado, el supuesto en que el demandante ha ejercitado una pretensión distinta y da por supuesta la validez del negocio.

En el primer supuesto, la alegación por el demandado de la nulidad de negocio jurídico no adquiere entidad propia, sino que tiene un contenido meramente defensivo, puesto que es una forma de oponerse a la pretensión del demandante. Por lo que tiene el carácter de excepción.

En el segundo supuesto, el demandando introduce en el juicio una pretensión diferente de la que planteó el demandante. De tal forma que, en este caso, la alegación de nulidad adquiere el carácter de pretensión autónoma²¹ dotada de entidad propia.

No obstante, del art. 408.2 sólo puede inferirse que la alegación de nulidad de negocio jurídico, cuando su validez ha sido dado por supuesta en la demanda, se rige por el plazo establecido para la contestación a la reconvenCIÓN.

²⁰ ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal civil*, Decimoprimerª edición, Marcial Pons, Madrid, 2018., p. 178 y CORTÉS DOMINGUEZ, V. (con MORENO CATENA, V.), Derecho procesal..., cit., p.177.

²¹ VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en...*, cit., p. 230.

Por lo tanto, la alegación de la nulidad del negocio jurídico, aunque en el supuesto de que el actor hubiera dado por supuesta la validez del negocio recibe el tratamiento procesal de la reconvención, es en todo caso una excepción. En consecuencia, la alegación de nulidad no precluye con causa en el art. 400.1, puesto que establece la preclusión de acciones, no de excepciones.

Cuestión diferente es que la facultad del demandado de alegar la excepción de nulidad precluya. Pero lo hará con fundamento en el derecho a contestar a la demanda, y no como consecuencia del art. 400.1.

3.2 Exigibilidad de la identidad de los demandados

El sujeto que ejercita una acción es el titular de las acciones, con el mismo fin y distinta *causa petendi*, precluidas. Pero la regla del art. 400.1 no prevé rigurosamente si las acciones precluirán, exclusivamente, respecto del demandando del primer proceso o, por el contrario, respecto de cualquier sujeto. En otras palabras, el tenor literal de la norma no regula expresamente el sujeto o sujetos que identificarán la parte demandada de la acción precluida.

Puede haber dos interpretaciones distintas de la norma. Por un lado, se puede decir que el sujeto demandado en la acción del primer proceso (la que causó la preclusión) identifica la acción precluida. De lo que se sigue que el precepto no implica la preclusión de las acciones, con la misma finalidad y diferente *causa petendi*, que el demandante pudiera interponer contra sujetos diferentes al demando del primer proceso.

Por el otro lado, podemos decir que el sujeto demandando en la acción del primer proceso no identifica la acción precluida. Por lo tanto, el único criterio de delimitación subjetiva del art. 400 sería el actor. Y, por ende, el actor estaría constreñido por la carga de acumular, para una misma finalidad, todos los sujetos contra los que pudiera dirigirse para satisfacerla.

Sin embargo, el art. 400.1 LEC es una norma restrictiva de derechos. Por lo que, de acuerdo con el criterio interpretativo *odiosa sunt restringenda*²², no sería adecuado realizar una interpretación extensiva del precepto. En consecuencia, adoptando la segunda postura, puede concluirse que las acciones del demandante precluirán respecto al demandado del primer proceso, pero no respecto de quien no lo fue.

²² VALLINES GARCÍA, E., *Preclusión, cosa juzgada....*, cit., p.3192. También VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en....*, cit., p. 234.

IV. EL TRATAMIENTO PROCESAL: ART. 400.2

Una vez concluido que del art. 400.1, I LEC se desprende que el ejercicio de una acción provoca la preclusión de alegaciones de fundamentos de hecho y de derecho que hubieran podido fundamentarla y, en consecuencia, como medio procesal para ello, la preclusión de las acciones de idéntico *petitum* y distinta *causa petendi* que hubieran podido formularse al tiempo de interponerla, analizaremos su tratamiento procesal.

El tratamiento procesal de una institución, adoptando la definición de FÉRNANDEZ-BALLESTEROS²³, se refiere a los mecanismos que el legislador facilita a los sujetos del proceso para cumplir o hacer cumplir las normas procesales. Por lo tanto, el tratamiento procesal que se anuda a la regla del art. 400.1 es el que se dispone para aquellos casos en que un sujeto pretenda formular una acción precluida.

El art. 400.2 LEC dispone que: «De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste».

De lo que se sigue que el legislador dispone que el tratamiento procesal de la preclusión de las acciones con la misma finalidad, pero diversa causa de pedir, que la acción que causó su preclusión se realiza a través de las alegaciones de cosa juzgada y litispendencia.

1. LA ALEGACIÓN DE COSA JUZGADA

1.1 Introducción

La cosa juzgada consiste en la prohibición de reiteración de juicios con la finalidad de garantizar la estabilidad de las resoluciones judiciales²⁴. De forma que es un medio para lograr la seguridad jurídica, ya que un sistema jurídico cuyas resoluciones judiciales fueran indefinidamente revisables en el tiempo produciría un elevado grado de incertidumbre para los justiciables²⁵.

²³FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. (con DE LA OLIVA), *Derecho Procesal Civil*, t. I, 4.^a edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.

²⁴NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 293.

²⁵MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 499: «esa posibilidad significaría que las relaciones jurídico materiales estarían siempre sujetas a discusión, sin alcanzar nunca estabilidad. La seguridad jurídica impone que la discusión tenga un momento final, alcanzado el cual el resultado obtenido se convierta en irrevocable».

La LEC regula dos tipos de cosa juzgada, la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material. La cosa juzgada formal está regula en el art. 207.3 LEC y «sería la prohibición de reiteración del juicio dirigida al mismo juez que ha dictado la resolución»²⁶.

Por su parte, la cosa juzgada material, regulada en el art. 222 LEC, «es la prohibición de reiteración del juicio, pero dirigida a cualesquiera otros jueces que conozcan del caso que ya ha sido juzgado en un nuevo proceso». La cosa juzgada material tiene dos vertientes, negativa y positiva²⁷.

La vertiente negativa establece que cuando el objeto de un nuevo proceso es idéntico al de un proceso anterior y ya ha sido juzgado, la cosa juzgada material impide cualquier decisión futura sobre el mismo objeto, puesto que violaría la máxima *non bis in idem*.

La vertiente positiva exige que cuando el objeto de un nuevo proceso es similar al de un proceso anterior y ya ha sido juzgado, la cosa juzgada material impone que la decisión del segundo proceso respete la del primero.

1.2 Preclusión y cosa juzgada: puntos de contacto

A la vista de lo expuesto la cosa juzgada hace referencia a la inmutabilidad de las decisiones de las autoridades judiciales sobre el objeto del juicio. Por lo tanto, se extiende a las cuestiones del objeto de juicio que fueron efectivamente juzgadas. *Sensu contrario*, no son inmutables las cuestiones que no fueron juzgadas.

La preclusión está asociada, por la doctrina, a la idea de no ejercicio. Idea de la que participan los arts. 136 y 400 LEC. Y como, *prima facie*, lo no ejercitado no puede haber sido juzgado, los poderes precluidos no han sido juzgados.

Sin embargo, a pesar de las diferencias entre ellas, la preclusión y la cosa juzgada tienen puntos de contacto. En primer lugar, ambas están fundamentadas en la seguridad jurídica. En segundo lugar, el advenimiento de la cosa juzgada produce la preclusión de todos los poderes procesales que podían haberse ejercitado en el proceso y no se ejercitaron; es lo que CHIOVENDA denominó *suma preclusión*. En tercer lugar,

²⁶NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal...*, cit., p.296

²⁷ NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal...*, cit., p.296

la cosa juzgada confirma los poderes precluidos, de modo que, de forma definitiva, no podrán hacerse valer en un segundo proceso²⁸.

A efectos del presente trabajo interesa el cuarto punto de contacto, que consiste en que la LEC establece que el tratamiento procesal de la preclusión de la facultad de alegar fundamentos de hecho y de derecho en un nuevo proceso se realiza mediante la alegación de cosa juzgada material en su vertiente negativa. En este sentido se pronuncia, como he señalado, el art. 400.2.

1.3 La ficción jurídica de que lo precluido fue juzgado

Ontológicamente, un poder no ejercitado no puede haber sido juzgado; sin embargo, la LEC establece la ficción jurídica de que «a efectos de cosa juzgada» las causas de pedir precluidas por el art. 400.1 son las mismas que las que efectivamente formaron parte del objeto del proceso y, por ende, fueron juzgadas, aunque de *facto* no lo fueran.

En consecuencia, como dice DE LA OLIVA²⁹, el objeto del proceso, a efectos de cosa juzgada material, está conformado por el «objeto actual del proceso», es decir, la cosa juzgada en sentido estricto, y por el «objeto virtual». Razonamiento que materializa el principio según el cual la cosa juzgada cubre tanto «lo deducido» como «lo deducible».

En lo relativo al art. 400 LEC el «objeto virtual» del proceso está integrado por las causas de pedir que hubieran podido integrar el objeto primer proceso y, por no hacerlo, precluyeron³⁰.

Esta idea también subyace en el concepto de límites temporales de la cosa juzgada. En este sentido, el art. 222.2, 2 LEC dispone que:

²⁸ VALLINES GARCÍA, E., *Preclusión, cosa juzgada...*, cit., p. 178 a 180.

²⁹ DE LA OLIVA SANTOS, A. (con DÍEZ-PICAZO, I.), *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 2.^aed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 517-523. También DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del TC*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 93 y 94.

³⁰ VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en...*, cit., p. 321.: «Dicho de otro modo: el legislador finge que aquello sobre lo que, como consecuencia del ejercicio de los poderes precluidos, se pudo pronunciar el tribunal se integra dentro de lo juzgado. En definitiva: la regulación de nuestra LEC parte de la base de que el «objeto de la cosa juzgada»—entendiendo «cosa juzgada» en un sentido lato—engloba tanto el «objeto actual del proceso»—sobre el que debe haber habido un pronunciamiento jurisdiccional ex art. 218.1 LEC— como el «objeto virtual del proceso»—sobre el que no ha existido juicio alguno-».

«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.»

De esta forma, el art. 222. 2 recurre al concepto de la preclusión para delimitar la extensión temporal que abarca la cosa juzgada, puesto que define los hechos nuevos por oposición a los precluidos. De lo que se sigue que, si los hechos nuevos no forman parte de la cosa juzgada porque no han precluido, *sensu contrario*, los hechos precluidos, como no son hechos nuevos, forman parte de la cosa juzgada.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación del art. 400 LEC se ha pronunciado en la misma línea. Por ejemplo, la STS 4255/2007, a efectos de determinar si las cuestiones precluidas producen efecto de cosa juzgada, dice que: «Puede que sea oportuno señalar las referencias doctrinales al objeto virtual del proceso civil, en el sentido de que viene determinado, respecto del objeto principal y del accesorio (excepciones materiales), por los sujetos, “el petitum” y, finalmente, por todos los hechos y todos los fundamentos o títulos jurídicos que se hubieran podido aducir, aunque de hecho no se hicieren valer en un determinado proceso».

En definitiva, la cosa juzgada material, en su función negativa, es el medio procesal que la LEC pone a disposición de las partes para hacer valer los efectos extraprocesales de la preclusión de la facultad de alegar fundamentos de hecho y de derecho producida en un proceso finalizado en autoridad de cosa juzgada, a fuerza de la ficción jurídica de considerar juzgado un poder que, de *facto*, no lo fue.

2. LA ALEGACIÓN DE LITISPENDENCIA

El término litispendencia hace referencia a la pendencia de un proceso con plenos efectos, es decir, a que un proceso está en marcha³¹. La litispendencia se produce, de conformidad con el art. 410 LEC, desde la interposición de la demanda, si es admitida.

Uno de los efectos procesales de la litispendencia consiste en impedir la existencia de otro proceso con el mismo objeto y sujetos que el proceso pendiente. De forma que los tribunales no puedan juzgar lo que se está juzgando, habida cuenta de que lo que está pendiente terminará en autoridad de cosa juzgada.

³¹MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 323-324.

Por ello, se dice que «lo que mañana será cosa juzgada es hoy litispendencia» o, en palabras de DÍEZ-PICAZO, que «la litispendencia es una institución cautelar de la cosa juzgada»³².

El art. 400.2 LEC dispone que a efectos de litispendencia las causas de pedir aducidas en un litigio se considerarán las mismas que las alegadas en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este. De lo que se sigue que las acciones con idéntico fin y distinta causa de pedir que la interpuesta en un proceso pendiente están precluidas.

No obstante, en el supuesto de que el proceso pendiente no termine con fuerza de cosa juzgada material la litispendencia pierde su «virtualidad», y los poderes que habían precluido podrán ejercitarse en otro proceso. En este sentido dice VALLINES que «los efectos extraprocesales de la preclusión que se hacen valer por la vía de la litispendencia operan sólo de modo provisional»³³.

En conclusión, la alegación de litispendencia es el medio procesal que tienen las partes de hacer valer los efectos extraprocesales de la preclusión de la facultad de alegar fundamentos de hecho y de derecho producida en un proceso pendiente de finalización, a fuerza de la ficción jurídica de considerar pendiente de resolución un poder que, de *facto*, no lo está³⁴.

3. LA PROHIBICIÓN DEL CAMBIO DE DEMANDA (BREVE REFERENCIA)

En el supuesto de que el titular de la acción precluida pretenda alegarla en el mismo proceso en que aquella preclusión se produjo, el demandando no dispone de un medio procesal específico para hacer valer la preclusión de los hechos y fundamentos de derecho.

A falta de una concreta excepción, el demandante podrá hacer valer la preclusión por la prohibición de *mutatio libelli* del art. 412 LEC, que establece el estadio procesal en el que las partes no podrán alterar el objeto del proceso y, por ende, tampoco estarán facultados para aducir hechos esenciales o fundamentos de derecho en que pudieran basar una acción con la misma finalidad que la que produjo la preclusión.

³²DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., (con DE LA OLIVA, A.), *Derecho procesal civil. El proceso...*, cit., p.251.

³³VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en...*, cit., p. 327

³⁴VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en...*, cit., p. 326: «Cuando la LEC acude a la litispendencia para permitir que la preclusión opere en un proceso distinto a aquel en que se ha producido, está considerando sub iudice [...] algo que, ontológicamente, no está en esa situación [...]»

V. APLICACIÓN DEL ART. 400

1. ACCIONES CON EL MISMO *PETITUM*

A la vista de lo expuesto, el art. 400.1.I LEC impone al demandante la carga de acumular a la acción principal, las acciones que, con la misma finalidad, pudieran haberse fundado en hechos y fundamentos de derecho distintos y conocidos al tiempo de interponerla, es decir, en una causa de pedir diferente; de lo contrario, precluirán. No obstante, autores como DAMIÁN MORENO³⁵, han señalado que esta interpretación ha inducido a equívoco a algunos tribunales, que han considerado que el precepto obliga a acumular la totalidad de acciones relacionadas con la relación jurídica controvertida, que VALLINES denomina «peticiones complementarias»³⁶.

Sin perjuicio de las diferentes posturas doctrinales, en todas ellas late una misma idea, la necesidad de que para que opere la preclusión, la acción formulada en el segundo proceso tenga el mismo *petitum* que la primera. De forma que el legislador establece que cuando una acción ha sido juzgada, no podrá volver a plantearse por el mero hecho de variar la *causa petendi*. Pero, *a sensu contrario*, las acciones imprejuzgadas, aunque tengan la misma causa de pedir que la juzgada, podrán formularse, puesto que no caen bajo el ámbito de aplicación de la preclusión del art. 400.

Una interpretación incorrecta del precepto, que consideró que el art. 400 LEC se extiende a las acciones con diferente *petitum* que la que se formuló en el primer proceso, es la que realizó la STJUE (Sala Primera) de 3 de octubre de 2013 (asunto C-32/12), conocida como caso Duarte.

El TJUE declara que el juez español debe, de oficio, reconocer el derecho de la sra., Duarte a la reducción de precio del automóvil, a pesar de que solicitó

³⁵Cfr. DAMIÁN MORENO, J., «El deber de fundar la demanda en los diferentes hechos o en los distintos fundamentos o títulos jurídicos que resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla: el art. 400 LEC», en *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango*, (coord.: Gómez Colomer, Barona Vilar y Calderón Cuadrado) Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 496-509: «[...] precepto del que erróneamente se ha extraído la idea de que en realidad lo que la ley estaría imponiendo es una suerte de acumulación de acciones que abarcaría la totalidad de las cuestiones susceptibles de ser planteadas a raíz de la relación material controvertida».

³⁶VALLINES GARCÍA, E., Preclusión, cosa juzgada..., cit., p. 3188-3189: «Con la doctrina que acaba de exponerse, convive otra doctrina jurisprudencial que, en contra del tenor literal del art. 400.1, I LEC, viene a establecer que la preclusión regulada en este precepto también afecta a las acciones cuyos *petita* sean “complementarios” de otras peticiones “principales” ya formuladas, siempre que entre unas y otras acciones exista un “profundo enlace”; “profundo enlace” que, además de en su carácter complementario de los *petita* radicaría en la identidad de causa de pedir».

exclusivamente la resolución del contrato de compraventa. Respuesta que se fundamenta en dos razones: en primer lugar, la protección de la Sra. Duarte como consumidora; en segundo lugar, que de conformidad con el Derecho procesal español, la sra. Duarte no podrá presentar una segunda demanda para hacer valer la pretensión de la reducción de precio.

Respecto a la derogación del principio dispositivo que inspira el proceso civil español resulta, como dice ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, «difícilmente justificable»³⁷. Pero lo que a efectos del presente trabajo cobra una especial importancia es el segundo razonamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Es patente que la pretensión de resolución del contrato de compraventa y la de reducción del precio son formal y materialmente diferentes. Por lo que, conforme al art. 400 LEC, la sra. Duarte hubiera podido formular en un segundo proceso la pretensión de reducción del precio. De lo que se sigue que el fallo del tribunal desconocía el verdadero funcionamiento de la regla preclusiva del art. 400.

1.1 Supuestos de hecho controvertidos

En el caso Duarte la diferencia entre los *petita* de las dos pretensiones resulta obvia. Sin embargo, en todos los casos no resulta así de sencillo. En este sentido, traigo a colación la STS 628/2018 de 13 de noviembre, que establece que la pretensión de resolución de compraventa, ejercitada en un primer proceso, y la de declaración de nulidad de cláusula abusiva, formulada en distinto proceso por la misma parte, como demandante en el primero, y como actor reconvencional en el segundo, tienen la misma finalidad y, por lo tanto, el ejercicio de la primera causó la preclusión de la segunda.

Los argumentos del tribunal se fundamentan, esencialmente, en que la acción de declaración de nulidad de cláusula abusiva servía a la finalidad de otorgar la facultad de resolver el contrato a la parte que la formuló, de forma que la desproporción formal entre las acciones, no lograr ocultar que, materialmente, las pretensiones eran la misma.

La sentencia no se dictó por unanimidad, sino que contó con el parecer discrepante del magistrado Salas Carceller que formuló voto particular en el que

³⁷ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «Cuando Luxemburgo declaró la guerra al principio dispositivo: el deber judicial de reconocer al consumidor el derecho a la reducción del precio que no pidió en la demanda», *Unión Europea*, n.º 82, enero 2014, pp. 29-35.

alegaba que las peticiones eran diferentes en uno y otro proceso, por lo que no resultaban de aplicación los arts. 400 y 222 LEC.

Así las cosas, es necesario encontrar un criterio que permita poder solucionar con garantías los casos en que las pretensiones de las partes no resultan de forma evidente idénticas o distintas. La posición de VALLINES³⁸ y el TS coincide y se fundamenta en la idea de que la *causa petendi* permite individualizar cada pretensión. En este sentido, dice MONTERO AROCA:

«La petición, tanto en su sentido mediato como en el inmediato, es insuficiente para determinar el objeto del proceso, y ello por la elemental razón de que un mismo bien puede pedirse con base en causas de pedir muy diversas, tanto que sin referencia a una causa precisa y determinada la pretensión no está individualizada, en el sentido de distinguida de las demás posibles»³⁹.

Por su parte, la STS 278/2008 de 6 de mayo de 2008 (ROJ: 4223/2008) dice que «la identidad de la acción no depende de la fundamentación jurídica de la pretensión sino de la identidad de la causa de pedir, es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actor [...]» y que: «la calificación jurídica alegada por las partes, aunque los hechos sean idénticos, puede ser también relevante para distinguir una acción de otra cuando la calificación comporta la delimitación del presupuesto de hecho de una y otra norma con distintos requisitos o efectos» y que por ello «[...] la jurisprudencia alude en ocasiones al título jurídico como elemento identificador de la acción, siempre que sirva de base al derecho reclamado»⁴⁰.

Huelga añadir que no debe caerse en el equívoco de considerar que analizar el *petitum* en función de la causa de pedir significa que solo tendrán pretensiones idénticas las acciones con la misma causa de pedir. De ser así no tendría sentido una previsión como la del art. 400 LEC, que parte de la posibilidad de que una misma pretensión

³⁸ VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en...*, cit., p. 222.

³⁹ MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 155-156.

⁴⁰ A este respecto, señala DAMIÁN MORENO, J., «El deber de fundar la demanda...», cit., p. 501-502: «En definitiva, el criterio sustentado resulta de enorme utilidad y es el que precisamente ha predominado hasta ahora para determinar si concurre la identidad de la acción, como es el de tomar en consideración la naturaleza de la pretensión deducida en relación con la finalidad del derecho sobre el que descansa tanto la causa de pedir como la intención o el propósito que con su ejercicio persigue el demandante con la acción interpuesta, un criterio que desde hace ya tiempo proporcionaba indudables ventajas para resolver el problema de la concurrencia»..

pueda fundamentarse en diferentes causas de pedir y, por lo tanto, de que existen acciones con idéntico *petitum* entre ellas.

En definitiva, en los casos límite se trata de analizar las dos peticiones en función de los hechos esenciales y el punto de vista jurídico o título jurídico en que se sustentan, es decir, en el sentido y la dirección del relato fáctico y jurídico en que se funda la concreta tutela jurisdiccional solicitada. De forma que el tribunal pueda dilucidar si se trata de peticiones complementarias y, por ende, el ejercicio de una no es causa de preclusión de la otra; o, por el contrario, de peticiones con idéntico *petitum*, y por lo tanto, el ejercicio de una es causa de preclusión de la otra.

2. LA PRECLUSIÓN DE LA ALEGACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

Otro de los supuestos donde la preclusión resulta problemática es en relación con las cláusulas abusivas y la protección de los consumidores en el proceso de ejecución español, a la vista de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del TJUE en la materia.

Debe partirse de dos premisas. En primer lugar, de conformidad con el art. 552 LEC, el juez debe, de oficio, examinar la concurrencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo antes de despachar ejecución. En segundo lugar, el art. 557 LEC establece que el deudor en el plazo de diez días desde la notificación del auto que despache ejecución podrá oponerse a la ejecución alegando que el título contiene cláusulas abusivas.

Como ya he señalado, la cosa juzgada material, en el Derecho procesal español, se extiende, tanto a «lo deducido» como a «lo deducible» en un concreto proceso. En consecuencia, no solo cubre el objeto litigioso, sino que también pasarán en autoridad de cosa juzgada las preclusiones producidas en el proceso, ya sea con anclaje legal en el art. 136 o 400 LEC.

La jurisprudencia del TJUE ha señalado que el principio de cosa juzgada no es contrario a la Directiva 93/2013, habida cuenta de que la imposibilidad de impugnarse resoluciones judiciales firmes tiene como finalidad garantizar la estabilidad de Derecho y las relaciones jurídicas.

En este sentido, la STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14, Banco Primus) en su apartado 49 dispone que no se opone a la Directiva que el juez nacional

no pueda realizar de oficio un nuevo examen de las cláusulas abusivas de un contrato cuando ya ha realizado un pronunciamiento sobre ellas con fuerza de cosa juzgada. Por lo que la Directiva es conforme con el art. 207 de la LEC, que regula la institución de cosa juzgada formal. No obstante, dice en el apartado 52, que la Directiva impone al juez nacional, de oficio o a instancia de parte, a pronunciarse sobre el carácter abusivo de las cláusulas que no han sido, todavía, examinadas.

En aplicación de la doctrina de la STJUE del asunto Banco Primus, la STC 31/2019 de 28 de febrero (ECLI:ES:TC:2019:31) dispone que, aunque haya control judicial previo y precluyó el plazo de la deudora para oponerse a la ejecución, el juez podrá, de oficio o a instancia de parte, declarar el carácter abusivo de una cláusula contractual. El TC consideró que el control judicial fue genérico y, por lo tanto, no consta que todas las cláusulas contractuales fueran individual y pormenorizadamente analizadas.

El problema es que en el presente caso la parte deudora perdió la oportunidad de alegar el carácter abusivo de la cláusula por el transcurso del plazo legalmente establecido para su ejercicio, es decir, precluyó conforme al art. 136 LEC. Por lo que para poner a de nuevo en conocimiento del tribunal el carácter abusivo se valió de un incidente de nulidad, que, además, alegaba un hecho que ya formaba parte del objeto del debate, la STJUE del asunto Primus.

Consecuentemente, el TC está estableciendo que, siempre que la parte deudora considere insuficiente el control judicial previo de las cláusulas del contrato, podrá ponerlo en conocimiento del tribunal aunque hubiera transcurrido el momento procesal oportuno para alegar que vuelva a examinarlas. Lo que es una quiebra del principio procesal de la preclusión del art. 136 LEC y de la seguridad jurídica del art. 9.3 CE, ya que las partes de un contrato no podrán tener la certidumbre de que el contrato no será modificado por la concurrencia de una cláusula abusiva que todavía no ha sido detectada, y ello, a pesar de que la parte deudora tuvo la oportunidad de alegarla y no la aprovechó.

Por otra parte se plantea la cuestión de si realizado el examen de oficio y alegada la oposición en tiempo por la parte deudora, el pronunciamiento del tribunal pasa en autoridad de cosa juzgada material, es decir, si vinculará a tribunales distintos del que conociera la ejecución. Una respuesta afirmativa impedirá que, si las partes adujeron o

pudieron haber alegado el carácter abusivo de la cláusula en la oposición a la ejecución, otro tribunal conozca de tal pretensión en un posterior juicio declarativo.

En primer lugar la jurisprudencia del TJUE ha dispuesto que la cosa juzgada se rige por el ordenamiento jurídico de los Estados miembro [por ejemplo, STJCE de 3-9-2009 (C-2/08, Olimpiclub), STJUE de 10-7-2014 (C-213/13, Pizzarotti)]. En segundo lugar, el art. 564 LEC, permite alegar hechos o actos subsumidos en las causas de oposición pero producidos en un momento posterior a plazo de oposición. Por lo que, *a sensu contrario*, no podrán aducirse las ya hubieran podido aducirse. En consecuencia, no podrá alegarse en un posterior proceso de declaración el carácter abusivo de la cláusula si ya fue objeto de un posterior proceso de ejecución o pudo haberlo sido. Esta es la postura de HERRERO PEREZAGUA⁴¹. A la misma conclusión se llega, por aplicación del art. 695.4 LEC, en la oposición a la ejecución hipotecaria.

No obstante debe tenerse en cuenta la STJUE de 11 de marzo de 2020 (asunto C-511/2017) para delimitar el alcance de la preclusión de alegaciones de cláusulas abusiva. La sentencia establece que el control de oficio del juez se limita a las cláusulas estén que vinculadas al objeto del proceso, aunque hayan sido, o no, alegadas por el deudor. En consecuencia, no podrán alegarse en un proceso posterior de declaración las cláusulas abusivas vinculadas al objeto del proceso que pudieran haber sido alegadas en un proceso posterior de ejecución. Pero podrán alegarse las cláusulas abusivas que no formaron parte del objeto procesal de una ejecución anterior.

En mi opinión, esta reciente jurisprudencia permite lograr el equilibrio entre la protección de la parte débil de los contratos y la cosa juzgada como garante de la seguridad jurídica, en la medida en que, en materia de cláusulas abusivas, lo deducible es lo que pudo formar parte del objeto del proceso, y, por lo tanto, no alcanza a cuestiones ajenas a él. Así las cosas, el consumidor seguirá estando protegido por la obligatoriedad del juez que conoce la ejecución de revisar de oficio del clausulado contractual (y una cláusula no revisada de oficio por el juez podrá ser siempre alegada), y verá limitada la carga de oponerse a la ejecución, de forma que si no se opone, solo

⁴¹ HERRERO PEREZAGUA, J.F., «Extensión, límites y efectos de las resoluciones civiles según la interpretación jurisprudencial europea» en *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y su interpretación por los tribunales*, Dir. JIMÉNEZ CONDE, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 210-225: «A mi parecer, lo que puede quedar para ese eventual declarativo es aquello que no se hizo valer ni se pudo hacer en el incidente de oposición; la pretensión fundada en motivos que se hicieron valer quedará excluida por efecto de la cosa juzgada y la que se base en motivos que no se adujeron pero que pudieron serlo, por efecto de la preclusión».

habrá perdido la oportunidad de alegar los poderes vinculados con el objeto del proceso, pero no cualquier poder relacionado con el carácter abusivo de las cláusulas del contrato.

En definitiva, en materia de oposición a la ejecución y la incidencia de las cláusulas abusivas en los contratos, la jurisprudencia del TJUE, con especial incidencia de la STJUE Primus, respeta el principio de cosa juzgada formal del Derecho procesal español. Además, a la vista de la regulación del ordenamiento jurídico español, tampoco puede oponerse a la Directiva 93/13 la institución de cosa juzgada material; en el sentido que, de conformidad con el art. 400 LEC, abarca a lo deducido y lo deducible en el proceso.

V. CONCLUSIÓN

La preclusión es la extinción en un concreto proceso de los poderes jurídico-procesales no ejercitados por las partes. La LEC regula, esencialmente, dos causas de preclusión: a) el transcurso del momento oportuno para su ejercicio (art. 136 LEC) b) el ejercicio de una acción (art. 400 LEC).

El art. 400.1.I establece que cuando el demandante formula una acción se produce la preclusión de los hechos y fundamentos de derecho que no alegó para fundamentar su pretensión, siempre y cuando fueran conocidos y se hubieran podido alegar en el momento en que se interpuso.

En otras palabras, el legislador parte de la previsión de que acciones diferentes pueden servir a una misma finalidad. En este sentido, el art. 71.4 faculta al demandante a acumular eventualmente a la acción principal acciones incompatibles con ella, es decir, aquellas que si se estimara la principal perderían su sentido, pues ya habrían sido satisfechas.

En consecuencia, para evitar resolver en varios procesos lo que puede zanjarse en uno, la LEC impone al demandante que acumule eventualmente a la acción principal las acciones que, con la misma pretensión (y por lo tanto incompatibles con la principal porque hay irrepetibilidad de satisfacción), se funden en causas de pedir diferentes.

Por lo tanto, aunque algunas sentencias hayan extendido injustificadamente su ámbito de aplicación, no se produce la preclusión de los fundamentos de hechos y de

derecho no alegados que pudieran aducirse respecto de acciones con una pretensión diferente.

De esta forma, la preclusión de los hechos y fundamentos de derecho provoca que el demandante soportará la carga de acumular eventualmente a la acción principal, las acciones que pretendan idéntica tutela jurisdiccional, y ello, aunque tengan diferente causa de pedir que esta. De lo que no se sigue, de ninguna manera, que el actor deba acumular contra el demandado cuantas acciones le competan respecto de la relación jurídica controvertida.

En el ámbito subjetivo, las acciones precluirán para el actor, en relación con el concreto demandado, pero en ningún caso para el demandante, salvo que en el trámite de contestación a la demanda formule reconvención. Así lo establece la LEC en el art. 406.4 debido a que el actor reconvencional está formulando una pretensión autónoma a la del demandante y, por lo tanto, está también compelido a alegar todos los hechos y fundamentos de derecho que pudieran fundamentarla.

El mecanismo procesal que el art. 400.2 de la LEC pone a disposición de las partes de un proceso para hacer valer la preclusión del art. 400.1, I es la cosa juzgada y la litispendencia. El fundamento de ello radica en la máxima de que la cosa juzgada cubre «lo deducido» y «lo deducible», de tal forma que también pasan en autoridad de cosa juzgada aquellas cuestiones que el tribunal pudo conocer, pero no lo hizo porque precluyeron. La cosa juzgada se alegará cuando el proceso en que se produjo la preclusión de hechos y fundamentos de derecho ha terminado con sentencia firme. La litispendencia se alegará cuando todavía no haya finalizado en autoridad de cosa juzgada el primero.

El principal problema que plantea la regla de preclusión del art. 400 es delimitar cuándo las pretensiones de dos procesos son, o no, distintas y, por ende, no opera la preclusión de los fundamentos de hecho y de derecho entre ellas. Un criterio útil es remitirse a la causa de pedir, puesto que el análisis del relato fáctico y jurídico que fundamenta la pretensión permite identificar el sentido con el que se solicita la tutela jurisdiccional.

Otro problema es la incidencia de la preclusión en la oposición a la ejecución fundada en la concurrencia de cláusulas abusiva, ya que si solo tuviera efectos en la ejecución, el deudor que desaprovechado la oportunidad de oponerse al despacho de la

ejecución podría alegar el carácter abusivo de la cláusula en un proceso declarativo posterior. Sin embargo conforme al Derecho procesal español entiendo que tendrá incidencia externa a efectos de cosa juzgada, y por lo tanto, el deudor que no haya sido suficientemente diligente se verá afectado por la preclusión del art. 400 LEC, ya que no debió reservarse la alegación para el proceso de declaración.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal civil*, Decimoprimerª edición, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- CORTÉS DOMINGUEZ, V. (con MORENO CATENA, V.), *Derecho procesal Civil Parte General*, 10ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- DAMIÁN MORENO, J., «El deber de fundar la demanda en los diferentes hechos o en los distintos fundamentos o títulos jurídicos que resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla: el art. 400 LEC», en *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango*, (coord.: Gómez Colomer, Barona Vilar y Calderón Cuadrado Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 496-509.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. (con DÍEZ-PICAZO), *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 2.ª edición, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 2001.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. (con DÍEZ-PICAZO y VEGAS), *Derecho Procesal. Introducción*, 2.ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del TC*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., «Extensión, límites y efectos de las resoluciones civiles según la interpretación jurisprudencial europea» en *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y su interpretación por los tribunales*, Dir. JIMÉNEZ CONDE, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 210-225.
- MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil*, 27ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «Cuando Luxemburgo declaró la guerra al principio dispositivo: el deber judicial de reconocer al consumidor el derecho a la reducción del precio que no pidió en la demanda», *Unión Europea*, n.º 82, enero 2014, pp. 29-35.

- SABATER MARTÍN, A. *La reserva de alegaciones para un segundo proceso en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2001.
- VALLINES GARCÍA, E., «Preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica: a vueltas con el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva*, tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016.
- VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en el proceso civil*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.