

PRECLUSIÓN, COSA JUZGADA Y SEGURIDAD JURÍDICA: A VUELTAS CON EL ARTÍCULO 400 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ^(*) ¹

Enrique Vallines García
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: PALABRAS PREVIAS. — **1.** INTRODUCCIÓN. — **2.** LA PRECLUSIÓN: **2.1.** *Concepto de preclusión*; **2.2.** *Requisitos de la preclusión*; **2.3.** *Efectos de la preclusión*. — **3.** PRECLUSIÓN Y COSA JUZGADA: **3.1.** *Breve referencia al concepto de cosa juzgada*; **3.2.** *Las diferencias entre preclusión y cosa juzgada*; **3.3.** *Los puntos de contacto entre preclusión y cosa juzgada: a)* En general; *b)* La llegada de la cosa juzgada material es causa legal de preclusión: la llamada “preclusión final” o “suma preclusión”; *c)* El efecto de cosa juzgada material es necesario para que los efectos *ad extra* de las preclusiones operen de manera definitiva y permanente; *d)* La alegación de cosa juzgada material sirve para hacer valer los efectos *ad extra* de las preclusiones. — **4.** PRECLUSIÓN, COSA JUZGADA Y SEGURIDAD JURÍDICA: **4.1.** *La seguridad jurídica como fundamento de la preclusión y de la cosa juzgada*; **4.2.** *La seguridad como garantía de los eventuales perjudicados por la preclusión o por la cosa juzgada: la vertiente subjetiva del principio de seguridad jurídica*; **4.3.** *La posible “tensión” entre los dos aspectos de la seguridad jurídica relacionados con la preclusión y la cosa juzgada: la primacía de la vertiente subjetiva de la seguridad jurídica*. — **5.** INTERPRETACIÓN DEL ART. 400.1,I LEC A LA LUZ DE LA VERTIENTE SUBJETIVA DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA: **5.1.** *Planteamiento: ¿afecta el art. 400.1,I LEC a las acciones con distintos petita?*; **5.2.** *La interpretación correcta del art. 400.1,I LEC: el precepto solamente afecta a las acciones con el mismo petitum*; **5.3.** *La interpretación extensiva del art. 400.1,I LEC: el precepto afecta también a las acciones con los mismos sujetos y la misma causa de pedir, pero con distintos petita*; **5.4.** *Necesidad de rechazar la interpretación extensiva del art. 400.1,I LEC a la luz de la vertiente subjetiva del principio de seguridad jurídica*; **5.5.** *Epílogo: refuerzo de la anterior conclusión a la luz del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y de su necesaria interpretación según el criterio pro actione*.

PALABRAS PREVIAS

Hace más de doce años, tuve la fortuna de realizar mi tesis doctoral sobre el tema de la preclusión, bajo el magisterio del Profesor De la Oliva. Hoy vuelvo a escribir sobre este mismo asunto, a lo que me mueve lo aprendido y reflexionado desde entonces. Pero, sobre todo, me mueve a volver sobre la preclusión el hecho de que el tema guarde importantes puntos de contacto con la institución de la cosa juzgada, la cual ha sido objeto de muy relevantes e influyentes publicaciones del Profesor De la Oliva. Me refiero, en especial, a dos de sus libros: *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del TC*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, y *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2005.

Cosa juzgada y preclusión son, en fin, asuntos a los que el Profesor de la Oliva ha dedicado muchas horas de riguroso estudio y reflexión, que después se han plasmado en cientos de páginas que muchos hemos leído —y muchos leerán— con todo el respeto y

(*) Publicado en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 3171-3195.

¹ Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto “El proceso civil en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Bases para la armonización del Derecho Procesal Civil en Europa” (DER 2012-33378), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y dirigido por el Prof. De la Oliva Santos.

la admiración que provoca el trabajo de excelencia verdadera. De ese trabajo partió mi tesis doctoral y parten ahora las líneas que siguen, en la esperanza de que la labor del maestro pueda entenderse humildemente continuada por uno de sus agradecidos discípulos. Muchas gracias, Profesor De la Oliva.

1. INTRODUCCIÓN

§. Con la presente contribución, queremos destacar cuáles son las diferencias y los puntos de contacto entre dos instituciones básicas del Derecho Procesal, la preclusión y la cosa juzgada, así como hacer explícita la tesis de que, en nuestra opinión, las normas reguladoras de la preclusión y de la cosa juzgada deben ser objeto de una interpretación restrictiva en virtud de la “vertiente subjetiva” del principio de seguridad jurídica. Entendemos, así, que deben desterrarse las interpretaciones extensivas que puedan conducir a que los tribunales declaren precluidos poderes jurídicos que, con la ley en la mano, las partes no podían prever que perderían; y, del mismo modo, deben rechazarse aquellas otras interpretaciones extensivas que puedan llevar a que los tribunales consideren juzgadas ciertas cuestiones que, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico, los justiciables nunca pudieron anticipar que alcanzarían ese estado jurídico.

Con esta perspectiva, comenzaremos exponiendo las ideas esenciales acerca de la preclusión. En segundo lugar, nos detendremos brevemente en analizar las relaciones entre la preclusión y la cosa juzgada. En tercer lugar, trataremos del principio de seguridad jurídica y de su relación con esos dos institutos procesales, para concluir, como acaba de decirse, que aquel principio exige una interpretación restrictiva de las normas reguladoras sobre la preclusión y sobre la cosa juzgada. Y, por último, a modo de “banco de pruebas” para nuestra tesis, nos ocuparemos de cuál debe ser, a la luz de nuestra anterior conclusión, la interpretación correcta del art. 400.1,I LEC, precepto de especial trascendencia para los derechos e intereses sustantivos de los justiciables.

2. LA PRECLUSIÓN²

2.1. Concepto de preclusión

§. Cabe definir la preclusión como *la extinción en el seno de un concreto proceso de los poderes jurídico-procesales no ejercitados por los sujetos que intervienen o pueden intervenir en ese proceso.*

En esta definición hay cinco ideas fundamentales. En primer lugar, la preclusión entraña, en esencia, una “extinción” o, como dice el art. 136 LEC, una “pérdida”. En segundo lugar, la preclusión es siempre una extinción “en el seno de un concreto proceso”: la clave para poder conceptuar un fenómeno como de “preclusión” (y, así, distinguirlo de otras figuras jurídicas, como la caducidad o la prescripción) radica en el lugar en el que se produce la extinción, a saber: en un *concreto proceso*. En tercer lugar, la extinción que la preclusión supone afecta solamente a los “poderes jurídico-procesales”, es decir, a los derechos, facultades y potestades de los que disfrutaban los sujetos que intervienen o pueden intervenir en un proceso (cfr. art. 136 LEC, que se refiere a las “oportunidades” como el objeto de la preclusión que regula); en consecuencia, la preclusión *no* opera sobre los *deberes* que la ley imponga a esos

² Resumimos en este epígrafe algunas de las conclusiones esenciales a las que llegamos en *La preclusión en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2004, *passim*.

mismos sujetos, sólo opera sobre sus *poderes*. En cuarto lugar, los poderes jurídicos que son objeto de la preclusión deben guardar una relación estrecha (“un profundo enlace”, como dice cierta jurisprudencia) con la acción afirmada que sirve de objeto al proceso concreto en el que se produce la extinción. Y, en quinto lugar, es inherente a la preclusión la idea de “no ejercicio”:³ desde un punto de vista semántico, “preclusión” significa “cierre” (“-clusión”) “delante” (“pre-”), lo que indica que la preclusión se produce cuando, existiendo la posibilidad de ejercitar un poder jurídico (de aprovechar una “oportunidad”), *delante* del interesado se produce alguna circunstancia que le *cierra* esa posibilidad; de este modo, la preclusión siempre tiene lugar respecto de los poderes que no se han ejercitado.⁴

2.2. Requisitos de la preclusión

§. Para que se produzca la preclusión es necesario que: *a*) se den los cuatro presupuestos de la preclusión; y *b*) se dé una de las causas de preclusión previstas en la ley.

§. Los cuatro presupuestos de la preclusión son circunstancias lógicas, inherentes al concepto mismo, a saber: 1) la existencia de un poder jurídico (debe existir un sujeto a quien el Derecho objetivo atribuya una potencia de obrar); 2) la determinación temporal de ese poder (es decir, la necesidad de que, tras su nacimiento, el poder jurídico disfrute de un período de vida anterior a su extinción); 3) la falta de ejercicio del poder; y 4) la pendencia de un concreto proceso cuyo objeto guarda una estrecha relación con el poder.

§. Por otro lado, las causas de preclusión son los hechos que, conforme a la ley, determinan la efectiva extinción del poder en el seno del concreto proceso de que se trate. En este punto, el legislador es libre para crear las causas de preclusión que desee y, de ese modo, configurar el concreto régimen jurídico de la preclusión.

En nuestra vigente LEC, el legislador ha establecido, en esencia, dos causas de preclusión, a saber: 1) el *transcurso del momento procesal oportuno* para el ejercicio de cada poder jurídico-procesal (causa que tiene su anclaje legal en el art. 136 LEC); y 2) el *ejercicio de acciones* (art. 400.1 LEC).

§. En efecto, el art. 136 LEC (“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”) viene a establecer que todos los poderes jurídicos a los que la ley señala un momento de ejercicio dentro del proceso precluyen si no se ejercitan dentro de ese momento.

³ Esto no significa que el ejercicio efectivo de los poderes jurídicos no pueda acarrear su extinción. Lo que ocurre, nos parece, es que esa extinción no puede denominarse “preclusión”. Cabría denominarla “consumación” (ésta es la expresión que utiliza CHIOVENDA, Giuseppe, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1934, p. 459) o, quizá mejor, “consunción”.

⁴ Como es sabido, para poder ejercitar válida y eficazmente los poderes jurídico-procesales, dicho ejercicio debe hacerse en la forma prevista en las leyes procesales (cfr. el “principio de legalidad procesal” proclamado en el art. 1 LEC). Por eso, un poder jurídico “no ejercitado” es tanto el que nunca se intentó ejercitar (lo que deriva de la total y absoluta inactividad del titular del poder), como el que se intentó ejercitar pero sin ajustarse a las formalidades exigidas por la ley procesal —tras no haberse aprovechado, en su caso, los correspondientes trámites de subsanación—. Dicho de otro modo: a efectos de preclusión, el no ejercicio derivado de la inactividad y el ejercicio legalmente defectuoso son una misma cosa.

De esta forma, el legislador instaura un régimen jurídico estricto o riguroso de la preclusión en el proceso (que se puede condensar en la frase “un momento para cada cosa y cada cosa en su momento”), que impulsa a los sujetos que intervienen en el proceso a ser diligentes y vigilantes a la hora de ejercitar sus poderes jurídicos (*vigilantibus non durmientibus iura succurrunt*),⁵ y con el que, fundamentalmente, consigue que se respete el orden legal de los actos procesales y se eviten las disfunciones que, en caso de que fuera válido el ejercicio extemporáneo de facultades procesales, provocarían los ajustes procedimentales o retroacciones de actuaciones necesarios para salvaguardar del derecho de defensa de las partes y/o las exigencias de la lógica o del sentido común.

Con todo, la ley matiza la aplicación de la causa de preclusión prevista en el art. 136 LEC en ciertos casos. En este sentido, el legislador (cfr. art. 752.1 LEC) viene a disponer que, en los procesos en los que está en juego un interés público, los poderes de cuyo ejercicio depende un eventual ajuste entre la verdad y el resultado del proceso (los poderes de alegación de hechos y de introducción de pruebas) no están sometidos al régimen estricto de preclusión y, por ende, pueden también ser ejercitados después de que haya pasado el momento procesal oportuno para ello, con los ajustes procedimentales que resulten necesarios. De esta forma, en atención al interés público existente, la ley manifiesta su preferencia por una sentencia más ajustada a la verdad antes que por un proceso en el que se haya respetado la ordenación de actuaciones legalmente prevista.

§. Por su parte, el art. 400.1,I LEC, bajo la rúbrica de “Preclusión de la alegación de hechos y de fundamentos jurídicos”, establece: “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.”

Contemplemos ahora la formulación legal que acaba de transcribirse a la luz de la concepción técnico-jurídica de la acción como derecho subjetivo público a una tutela jurisdiccional concreta; a la luz del entendimiento del objeto del proceso como la particular acción afirmada, identificada por unos sujetos, un *petitum* y una *causa petendi*; y, en fin, a la luz de la consideración de que esta última (la *causa petendi*) viene configurada tanto por un conjunto de hechos esenciales como por un “planteamiento jurídico” (por el “fundamento de Derecho” que el actor “haya querido hacer valer”, si queremos utilizar las palabras del art. 218.1 LEC). Pues bien, el resultado de todo ello es que, en realidad, el art. 400.1,I LEC dispone que *el ejercicio de acciones es causa de la preclusión de las acciones no ejercitadas que, teniendo los mismos sujetos y la misma petición que las que sí se ejercitaron, poseen una causa de pedir distinta*.⁶

⁵ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Vigilantibus non durmientibus iura succurrunt. Actualidad de lo clásico y practicidad de la teoría*, Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2015, esp. págs. 11-31 y 67-70.

⁶ En realidad, para que opere esta causa de preclusión, nuestra LEC exige algo más que el ejercicio de una acción, plasmado en la presentación de una demanda; *también* es preciso, a nuestro modo de ver, que se haya producido la *preclusión de la facultad del actor de ampliar su demanda* con nuevas acciones, si es que dicha ampliación era legalmente posible (arg. *ex* arts. 400, 401 y 412 LEC). La ley prevé, así, que en un mismo instante precluyan dos tipos de poderes jurídicos del actor: por un lado, la facultad de ampliación de la demanda y, por otro lado, las acciones con la misma petición y distinta causa de pedir (las cuales podrían haberse hecho valer a través de la ampliación).

Se trata de una “regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos, ya conocida en nuestro Derecho y en otros ordenamientos jurídicos”, con la que se pretende evitar “someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo”; o dicho de otro modo, evitar “multiplicar innecesariamente la actividad jurisdiccional” (las citas son de la EM de la LEC, apartado VIII, párrafos 2.º, 3.º y 4.º).

2.3. Efectos de la preclusión

§. Siempre que se den los cuatro presupuestos de la preclusión y una de sus causas legales, se producirá el efecto extintivo en que la preclusión consiste.

§. A este efecto le acompañará, como regla general, una suerte de efecto “expansivo” que supone que el titular de un poder precluido no podrá adquirir posteriormente otros poderes jurídicos que sirvan a la misma finalidad del que precluyó; efecto “expansivo” cuya formulación general podemos encontrar en la EM, XII, párrafo 13.º LEC (“la ley considera improcedente llevar a cabo nada de cuanto se hubiera podido proponer y no se hubiere propuesto”) y del que encontramos muchas manifestaciones concretas a lo largo y ancho de las leyes procesales (cfr., por ejemplo, arts. 416.2, 459, 469.2 y 500,I LEC).⁷

§. Los efectos de la preclusión (tanto el extintivo como el “expansivo”) operan *ad intra*, es decir, dentro del mismo proceso en el que la preclusión se produce, lo que incluye todas las instancias o fases de recurso de ese proceso (y, por esta razón, la jurisprudencia alude con frecuencia a la prohibición de introducir “cuestiones nuevas” en fase de recurso).

Pero también operan *ad extra*, es decir, en procesos distintos, de manera que si un poder precluido pretende ejercitarse en un proceso diferente de aquel donde precluyó, el tribunal podrá constatar la preclusión y privar de eficacia al pretendido ejercicio, lo que se articula procesalmente a base de la ficción jurídica de dar por “juzgado” o por “pendiente” lo que, en realidad, ha sido objeto de preclusión (cfr. art. 400.2 LEC).

§. Finalmente, por razones de justicia, los efectos de la preclusión podrán ser dispensados mediante resolución judicial en la que se reconozca que el titular del poder precluido estuvo imposibilitado para conocer o para ejercitar ese poder (*ad impossibilia nemo tenetur*). La imposibilidad de conocimiento de un poder jurídico-procesal y la imposibilidad de ejercicio de un poder jurídico-procesal constituyen, así, los dos “órbices de la preclusión”, de manera que, si el afectado por la preclusión alega y prueba una de esas imposibilidades —es decir, que la preclusión ocurrió por motivos que no le eran imputables—, los tribunales habrán de concederle una “restitución procesal” de su poder jurídico.

La ley se refiere a esta posibilidad de “restitución procesal” de poderes precluidos en muchos de sus preceptos (cfr. arts. 134.2, 183.1, 188.1, 193.1.4.º, 265.3, 270, 271, 286, 400.1,I, 426.4, 433.1,II, 435.1, 460 y 501 LEC). Se trata, en sustancia, de todos los preceptos en los que se permite a un litigante ejercitar: a) poderes *cuyo contenido*

⁷ Evidentemente, esta regla general prevista en la ley sobre el efecto “expansivo” de la preclusión, podrá tener las excepciones que la propia ley prevea, ejemplos de las cuales son, nos parece, el derecho del actor a ampliar su demanda o el derecho del apelado a presentar escrito de impugnación (cfr. arts. 401 y 461 LEC).

todavía no existía en el instante en el que en principio debieron haberse utilizado;⁸ *b) poderes cuyo contenido era desconocido* en el momento en que en principio debían haberse utilizado;⁹ o *c) poderes que, aun siendo su contenido existente y conocido, no se ejercitaron por motivos no imputables a sus titulares.*¹⁰

Consecuentemente, es abundante la jurisprudencia que acuerda restituciones procesales con base en la existencia de una imposibilidad de conocimiento o de ejercicio de poderes precluidos, si bien el fundamento de estas resoluciones se suele buscar en nociones jurídicas distintas de la preclusión, como el derecho a no padecer indefensión del art. 24.1 CE o las causas de nulidad de los actos procesales.

3. PRECLUSIÓN Y COSA JUZGADA

3.1. Breve referencia al concepto de cosa juzgada

§. La cosa juzgada es la vinculación de los tribunales al “estado jurídico”¹¹ en el que se encuentra un derecho de un justiciable después de que se haya ejercitado ante la jurisdicción y ya no sea legalmente posible reiterar ese ejercicio, es decir, cuando, según la ley, la existencia o no de ese derecho ha quedado judicialmente resuelta de forma definitiva y con vocación de inmutabilidad.

Tradicionalmente, el estudio de la cosa juzgada se viene abordando desde la perspectiva de los efectos de las resoluciones judiciales firmes; y, con este enfoque, cabe precisar, de modo algo más concreto, que la cosa juzgada es el efecto vinculante que el contenido de una resolución judicial firme tiene para los tribunales, tanto para los que intervienen en el mismo proceso en el que esa resolución firme se ha dictado (cosa juzgada formal), como para los que conocen de procesos distintos (cosa juzgada material).

⁸ En estos supuestos, se puede hablar de “imposibilidad de ejercicio” como fundamento de la restitución procesal. Se justifica así que la ley permita el ejercicio de facultades de alegación de hechos nuevos; de facultades de aportación de documentos nuevos; o de acciones cuya causa pedir no existía al tiempo de interponer una demanda anterior con la misma petición y que, como dice el art. 400.1,I LEC, no “pudieron invocarse” en aquel momento. Con todo, estos supuestos también podrían calificarse como de “inexistencia de preclusión”: cabría argumentar que los poderes no existían realmente hasta que no surgió su contenido concreto (es decir, hasta que no se produjo el hecho nuevo, el documento nuevo o la causa de pedir nueva), por lo que, en realidad, faltaba uno de los presupuestos de la preclusión (la existencia de un poder jurídico-procesal) y, por ende, ninguna preclusión se había producido.

⁹ En estos supuestos, concurre el óbice de “imposibilidad de conocimiento”. Se explica así que sea lícito ejercitar facultades de alegación de hechos de nueva noticia, facultades de aportación de documentación de nueva noticia, facultades de alegación y prueba del rebelde involuntario que, por tener esa condición, desconocía la existencia del pleito; o acciones que, como dice el art. 400.1,I LEC, no “resultaban conocidas” al tiempo de interponerse la demanda.

¹⁰ Nos encontramos aquí ante una “imposibilidad de ejercicio” que deriva de circunstancias ajenas al control y voluntad del titular de las facultades precluidas; circunstancias que pueden afectar a la situación subjetiva del titular (como la fuerza mayor que impide el ejercicio de poderes procesales) o estar relacionadas con el contenido del objeto del debate procesal (como el hecho de que la *relevancia* para el debate procesal del ejercicio de determinados poderes procesales surja de manera sobrevenida, es decir, con posterioridad al momento en el que aquellos poderes pudieron ejercitarse inicialmente, lo cual puede ocurrir, típicamente, con las facultades de alegación de hechos o de proposición de pruebas cuando, por circunstancias imprevistas, los hechos o las pruebas en cuestión solo adquieren relevancia para el litigio después de que haya transcurrido el momento ordinario para ejercitarlas).

¹¹ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre la cosa juzgada...*, cit., pág. 17.

3.2. Las diferencias entre preclusión y cosa juzgada

§. Desde un punto de vista semántico, las diferencias entre cosa juzgada y preclusión son claras, pues a la preclusión le es inherente la idea de “no ejercicio” y no parece tener sentido hablar de que exista algo “juzgado” sobre lo que no ha ocurrido.

En efecto, la preclusión alude a lo que *no se ha hecho* en el seno de un proceso, es decir, a las cuestiones que no se plantearon dentro de un proceso porque los poderes jurídicos para suscitarlas no llegaron a ejercitarse antes de su extinción. En cambio, la cosa juzgada se referiría a lo que *sí se ha hecho* dentro del proceso, esto es, a aquellas cuestiones efectivamente planteadas en el proceso y que, según la ley, han quedado resueltas judicialmente de forma definitiva y con vocación de inmutabilidad.

3.3. Los puntos de contacto entre preclusión y cosa juzgada

a) *En general*

§. No obstante lo anterior, preclusión y cosa juzgada tienen innegables puntos de contacto.

Ambas figuras jurídicas tienen un fundamento común, a saber: el principio de seguridad jurídica, sobre el que volveremos más adelante (véase epígrafe 4.1 de este trabajo). Y, en virtud de ese fundamento común, tanto la preclusión como la cosa juzgada determinan que haya cuestiones (las afectadas por la preclusión y las afectadas por la cosa juzgada) que ya no puedan hacerse valer ante los tribunales.¹²

Pero hay, además, otros tres importantes puntos de contacto entre preclusión y cosa juzgada *material*. Y es que, aunque la mayoría de los poderes jurídico-procesales van precluyendo durante la tramitación del proceso (en virtud de las preclusiones “singulares”), cuando el proceso concluye con fuerza de cosa juzgada material: 1) los poderes jurídico-procesales que todavía existen precluyen en el momento del advenimiento de la cosa juzgada material (de manera que se produce una suerte de “suma preclusión” o “preclusión final”); 2) todas las preclusiones son objeto de “confirmación” por ese efecto de cosa juzgada material, lo que debe entenderse en el sentido de que los efectos *ad extra* de las preclusiones se consagran de manera definitiva y permanente; y 3) la alegación de cosa juzgada material sirve para hacer valer, en procesos distintos y posteriores al ya finalizado, aquellos efectos *ad extra* de las preclusiones “confirmadas”. Veamos con un poco más de detalle estos tres puntos de contacto entre la preclusión y la cosa juzgada material.

b) *La llegada de la cosa juzgada material es causa legal de preclusión: la llamada “preclusión final” o “suma preclusión”*

§. La llegada del instante en el que el proceso acaba con el efecto de cosa juzgada material *es causa legal de preclusión*: hay determinados poderes jurídico-procesales (por ejemplo, el poder jurídico del demandado-rebelde para personarse en el proceso) cuyo momento procesal oportuno de ejercicio se extiende hasta que se produce el efecto de cosa juzgada material; así, una vez que se produce este efecto jurídico, esos poderes precluyen por disposición de la ley (art.136 LEC).

¹² Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe, “Cosa juzgada y preclusión”, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, vol. III, trad. de Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1949, pág. 231.

Se trata de una causa legal de preclusión totalmente razonable, pues, si los poderes jurídicos que guardan un profundo enlace con el objeto de un proceso determinado se explican principalmente en función de la existencia de ese proceso, es lógico que el legislador disponga que la llegada del momento en que el proceso acaba definitivamente y con una decisión que tiene vocación de inmutabilidad —es decir, del momento en el que se produce el efecto de cosa juzgada material— traiga consigo la preclusión de todos los poderes jurídico-procesales relativos al proceso finalizado que, todavía, pudieran existir.

En este sentido, dice ALCALÁ-ZAMORA que “el advenimiento de la cosa juzgada constituye, por decirlo así, la preclusión suma o máxima”.¹³ Se trata, con palabras de CHIOVENDA, de que, en todo proceso, el legislador establece una “suma preclusión” o “preclusión final” que se produce con el efecto de cosa juzgada material; preclusión “final” que contrasta con las preclusiones “singulares”, las cuales son las que se van produciendo durante la tramitación procedimental.¹⁴

c) El efecto de cosa juzgada material es necesario para que los efectos ad extra de las preclusiones operen de manera definitiva y permanente

§. Por otra parte, las relaciones entre preclusión y cosa juzgada material también se evidencian en que el efecto de cosa juzgada material es necesario para “confirmar” todas las preclusiones acaecidas en un proceso y, así, permitir que éstas desplieguen sus efectos *ad extra* en otros procesos distintos de manera definitiva y permanente.

Y es que, mientras no se haya producido el efecto de cosa juzgada material, la eficacia *ad extra* de las preclusiones “singulares” que hayan tenido lugar en un proceso todavía pendiente puede operar en otros procesos de manera provisional mediante la alegación de litispendencia (cfr. art. 400.2 LEC).

Ahora bien, para que esa eficacia *ad extra* sea definitiva y permanente, será necesario que el proceso en el que se ha producido la preclusión termine con fuerza de cosa juzgada material; si no es así y el proceso acaba sin esa fuerza (por ejemplo, en virtud de desistimiento), entonces los efectos *ad extra* de la preclusión desaparecen, de manera que los poderes que habían precluido “reviven” y pueden ser válidamente ejercitados en otro proceso posterior.

d) La alegación de cosa juzgada material sirve para hacer valer los efectos ad extra de las preclusiones

§. Finalmente, el último de los puntos de contacto entre preclusión y cosa juzgada material consiste en que el tratamiento procesal de los efectos *ad extra* de las preclusiones ocurridas en un proceso finalizado se hace a través de la alegación de cosa juzgada material.

Nuestro Derecho Procesal no prevé una suerte de “excepción de preclusión” que sirva a los litigantes para hacer valer, dentro de un proceso pendiente, las preclusiones

¹³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, “Prescripción, caducidad y preclusión en el Derecho mexicano”, *Poder Judicial*, 1983, núm. 7, junio, pág. 167.

¹⁴ Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe, “Cosa juzgada y preclusión”, cit., pág. 275.

acaecidas en otro proceso terminado;¹⁵ solamente la alegación de “cosa juzgada” sirve para hacer valer los efectos *ad extra* de esas preclusiones (cfr. art. 400.2 LEC).

Así las cosas, en línea con lo que mantiene DE LA OLIVA SANTOS,¹⁶ el objeto de la cosa juzgada material comprende no solo el objeto “actual” del proceso (al que el art. 218.1.I LEC llama el “objeto del debate”) sino también el objeto “virtual” del proceso, es decir, el cúmulo de cuestiones que podrían haberse sometido al tribunal pero que no llegaron a suscitarse por haberse dejado precluir las correspondientes oportunidades; en suma, utilizando una expresión clásica de nuestra jurisprudencia, “la cosa juzgada cubre lo deducido y lo deducible”, en el bien entendido de que “lo deducible” solamente puede ser aquello que fue objeto de preclusión —pero *no* es aquello a lo que la preclusión no alcanzó—.

Resulta, así, que, como adelantábamos en el subepígrafe 2.3 de este trabajo, para dotar de eficacia a los efectos *ad extra* de las preclusiones producidas en un proceso terminado, el legislador acude a la ficción jurídica de dar por “juzgado” lo que, en realidad, nunca fue objeto de un verdadero “juicio” sino objeto de preclusión.

4. PRECLUSIÓN, COSA JUZGADA Y SEGURIDAD JURÍDICA

4.1. La seguridad jurídica como fundamento de la preclusión y de la cosa juzgada

§. Como adelantábamos en el epígrafe 3.3.a), preclusión y cosa juzgada tienen su fundamento en el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), que hace conveniente que haya cuestiones (las que entran dentro de lo “precluido” y de lo “juzgado”) que ya no puedan hacerse valer ante los tribunales.

Por un lado, la seguridad jurídica es fundamento de la preclusión porque, con ella, el legislador pretende limitar en el tiempo la situación de incertidumbre que genera el posible ejercicio de un poder jurídico-procesal. Debe advertirse que quien es titular de un poder jurídico-procesal tiene al alcance de su mano provocar alteraciones en la situación jurídica de otros sujetos mediante el ejercicio de su poder. En particular, el ejercicio de los poderes procesales modifica las expectativas jurídicas de los justiciables que actúan o pueden actuar en el proceso y condiciona la actividad de los tribunales (por ejemplo, quien es titular del poder de contestar a una concreta demanda tiene la posibilidad de condicionar el trabajo procesal del tribunal y del actor, así como de producir un cambio en las expectativas jurídicas de este último; quien posee el poder de recurrir determinada resolución puede variar las expectativas de aquellos sujetos a los que la resolución favorece y forzar concretas actuaciones procesales; etc.). 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 precluya.

Por otro lado, también la seguridad jurídica es el fundamento último de la cosa juzgada. Y es que, como dice DE LA OLIVA SANTOS, la cosa juzgada subviene a las necesidades de “seguridad y paz jurídicas”, “porque a esas necesidades sirve una vinculación que impide: 1.º) que una discusión jurídica se prolongue indefinidamente;

¹⁵ Aunque, a favor de que nuestro Derecho contemple de forma expresa la “excepción de preclusión”, viene a manifestarse DE PADURA BALLESTEROS, María Teresa, *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada. Su régimen en la LEC 1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 95-98.

¹⁶ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Objeto del proceso y cosa juzgada...*, cit., págs. 75-80 y 263.

2.º) que vuelva a entablarse y avance un proceso acerca de un asunto ya definido firmemente por la Jurisdicción; y 3.º) que se produzcan resoluciones y sentencias contradictorias o que se reiteren, injusta e irracionalmente, sentencias con el mismo contenido, respecto de los mismos sujetos jurídicos.”¹⁷

4.2. La seguridad jurídica como garantía de los eventuales perjudicados por la preclusión o por la cosa juzgada: la vertiente subjetiva del principio de seguridad jurídica

§. A pesar de ser el fundamento último de la preclusión y de la cosa juzgada, debemos subrayar que, en nuestra opinión, la seguridad jurídica también debe ser un límite para la elaboración y la aplicación de las normas que regulan ambas figuras jurídicas; límite que debe actuar como garantía a favor de los eventuales perjudicados por esas normas.

Por una parte, entendemos que el principio de seguridad jurídica proclamado en el art. 9.3 CE impone al legislador el deber de ser claro y preciso a la hora de regular la preclusión y la cosa juzgada, de manera que los justiciables puedan anticipar qué conductas suyas van a provocar que determinadas cuestiones queden afectadas por la preclusión o por la cosa juzgada.

Por otra parte, en el trance de la aplicación de las normas sobre preclusión y cosa juzgada, a la hora de determinar si una cuestión determinada entra dentro de lo “precluido” o de lo “juzgado” —y, por ende, de resolver si resulta lícito plantear esa cuestión en sede judicial—, entendemos también que, en virtud del principio de seguridad jurídica, las oscuridades del legislador no deben perjudicar al justiciable. Así las cosas, si el ordenamiento jurídico no permite concluir con razonable certeza que una determinada cuestión ha sido afectada por la preclusión o por la cosa juzgada, nos parece que los tribunales deben permitir el planteamiento de la cuestión de que se trate.

§. Nuestra opinión se fundamenta en la constatación de que la seguridad jurídica tiene una vertiente o “faceta subjetiva”, la cual consiste, “básicamente, en la posibilidad de conocimiento previo por los ciudadanos de las consecuencias jurídicas de sus actos”; es decir, en que “el sujeto de un ordenamiento jurídico debe poder saber con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido”, de manera que, “en función de ese conocimiento, los destinatarios del Derecho pueden organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad”.¹⁸

¹⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Objeto del proceso y cosa juzgada...*, cit., págs. 103-105.

¹⁸ Los entrecomillados son de PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, págs. 106 y 22, aunque son muchos los autores que se han referido, de manera más o menos explícita, a esta vertiente subjetiva de la seguridad jurídica. El mismo KELSEN decía que la “seguridad jurídica” consiste “en que las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado, y, por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al Derecho pueden orientarse en su comportamiento según las decisiones judiciales previsibles” (KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de Vernengo, 11.ª edición, Porrúa, México, 2000, pág. 260).

En el ámbito de la literatura iusfilosófica, entre los trabajos monográficos que han analizado la vertiente subjetiva de la seguridad jurídica, cabe señalar, por ejemplo: GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad*, trad. de Moreno Cruz y Dei Vecchi, Marcial Pons, Madrid, 2012, 271 págs.; y LIFANTE VIDAL, Isabel, “Seguridad jurídica y previsibilidad”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 36, 2013, págs. 85-105. A esta misma vertiente se refieren otros trabajos que han tratado de la seguridad jurídica en general como, por ejemplo: LÓPEZ DE OÑATE, Flavio, *La certeza del derecho*, trad. de Sentís Melendo y Ayerra Redin, Comares, Granada, 2007 (original de 1942), págs. 20-21;

A esta “vertiente subjetiva del principio de seguridad jurídica” también se ha referido el Tribunal Constitucional en muchas de sus resoluciones, relacionándola siempre con la idea de “previsibilidad” de las consecuencias jurídicas de los propios actos.¹⁹ Por ejemplo, la STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4, señala que “la exigencia del art. 9.3 CE relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador (...) debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle *sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse*”; en la STC 273/2000, de 15 de noviembre, FFJJ 9 y 11, se menciona la existencia de una “vertiente subjetiva” del principio de seguridad jurídica que consistiría en “*la previsibilidad de los efectos de la aplicación de la norma por los poderes públicos*”; la STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 5, y la STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 8, afirman que la seguridad jurídica comporta la “*expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho*”, para terminar refiriéndose a la “vertiente subjetiva del principio de seguridad jurídica” que se identifica con el concepto de “*previsibilidad*”; y, en fin, la STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 8, concluye que una norma que permite que “el ciudadano puede conocer qué clase de conductas pueden llegar a ser sancionadas”, entraña una “*previsibilidad que garantiza el respeto al principio de seguridad jurídica*”.

4.3. La posible “tensión” entre los dos aspectos de la seguridad jurídica relacionados con la preclusión y la cosa juzgada: la primacía de la vertiente subjetiva de la seguridad jurídica

§. Sucede así que, al interpretar y aplicar una norma sobre preclusión o sobre cosa juzgada, podemos encontrarnos con una suerte de “tensión” entre dos aspectos de la seguridad jurídica:

- a) En un lado de la balanza, está la necesidad de seguridad jurídica de quienes, gracias a la preclusión y/o a la cosa juzgada, pretenden liberarse de las consecuencias del ejercicio de un poder jurídico por parte de otro; esto es, la necesidad de limitar la incertidumbre que acarrea la posibilidad indefinida de ejercitar los poderes jurídico-procesales (fundamento de la preclusión) o la necesidad de evitar la reiteración de decisiones judiciales que pongan en riesgo situaciones consolidadas y generen el peligro de resoluciones contradictorias (fundamento de la cosa juzgada).

ARCOS RAMÍREZ, Federico, *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 35-42 y 71; MIRAUT MARTÍN, Laura, “Seguridad jurídica y niveles de predicción en el Derecho”, en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 2, coordinado por Virgilio Zapatero, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2002, págs. 254-255; GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Acerca del valor moral de la seguridad jurídica”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 26, 2003, págs. 486-489; MARCOS DEL CANO, Ana María, “La seguridad jurídica: su configuración actual”, en *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en homenaje a profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 774.

¹⁹ Cfr. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio, “El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 28, 2006, págs. 19, 22-23 y 38; VIDAL MARÍN, Tomás, “Técnica legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y Tribunal Constitucional”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, págs. 328-331; y MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, “La garantía de seguridad jurídica en las sentencias de casación”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 35, 2013, págs. 7-8.

- b) Y, en el otro lado, está la necesidad de seguridad jurídica de quienes desean ejercitar unos poderes jurídicos que, haciendo una interpretación razonable del Derecho, no podían prever que perderían; esto es, la necesidad de previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los propios actos y la necesidad de no privar a los justiciables de derechos cuya pérdida no podían claramente anticipar a la vista del ordenamiento jurídico (vertiente subjetiva de la seguridad jurídica).

§. En tal tesitura, nuestra opinión es que debe primar la segunda de las necesidades que acabamos de indicar, es decir, la vertiente subjetiva de la seguridad jurídica.

Ciertamente, el valor o principio constitucional que está en juego es el mismo: la seguridad jurídica.²⁰ Pero, a nuestro modo de ver, ese valor constitucional sufre mucho más si se desprecia la vertiente subjetiva de la seguridad jurídica.

Y es que nos parece que es mucho más grave negar a un justiciable el ejercicio de un derecho —por considerar, pese a las dudas legales existentes, que está afectado por la preclusión o por la cosa juzgada—, que permitirle dicho ejercicio, por mucho que éste condicione actuaciones de otros sujetos o posibilite la alteración de situaciones jurídicas aparentemente consolidadas: negar el ejercicio judicial de un derecho supone impedir para siempre una decisión judicial al respecto; en cambio, permitir el ejercicio judicial de un derecho implica posibilitar una decisión judicial sobre el particular, la cual no tiene necesariamente que ser contraria a los intereses de otros sujetos ni tiene necesariamente que ser contradictoria con otras decisiones judiciales anteriores.

Con otras palabras, si, en presencia de dudas legales, se aprecia preclusión o cosa juzgada, se estará sacrificando a ciencia cierta la vertiente subjetiva del principio de seguridad jurídica, pues, por las dudas existentes, un justiciable quedará impedido para ejercitar un derecho sin haber podido prever con la debida certidumbre que sus actos determinarían ese impedimento. Sin embargo, cuando, ante esas dudas legales, se opta por rechazar la preclusión y la cosa juzgada y, por ende, se permite a un justiciable ejercitar el derecho dudosamente precluido o juzgado, el perjuicio al justiciable que alega la preclusión o la cosa juzgada será más matizado: alguna situación de incertidumbre sí se le producirá hasta que exista una resolución firme que decida la cuestión planteada, pero esa resolución podrá ser favorable a cualquiera de los justiciables afectados; y, así, si termina favoreciendo al justiciable que invocó infructuosamente la preclusión o la cosa juzgada, la falta de apreciación de estas alegaciones le habrá supuesto un perjuicio menos grave que el que habría padecido la contraparte en el caso de que a ésta se le hubiera impedido, de plano, el ejercicio de su derecho por considerarlo precluido o juzgado.

En suma, si comparamos el perjuicio consistente en tener que padecer un tiempo adicional de incertidumbre hasta la resolución de una cuestión jurídica con el perjuicio consistente en negar, *sin justificación legal clara*, la posibilidad —el derecho— de que

²⁰ No olvidamos que, en la CE, la seguridad jurídica no es un derecho subjetivo de los ciudadanos (dice la STC 165/1999, de 27 de septiembre, FJ 2, que la seguridad jurídica “no se configura en nuestro texto constitucional como un derecho subjetivo y, menos aún, de naturaleza fundamental”) y, por este motivo, su cumplimiento efectivo no puede ser exigido ante los tribunales. Ahora bien, no puede tampoco obviarse que se trata de un “principio” que la Constitución “garantiza” (cfr. art. 9.3 CE), por lo que informa todo el ordenamiento jurídico (cfr. art. 1.4 CC) y entra dentro del “contexto” en el que deben interpretarse y aplicarse todas las normas jurídicas (cfr. art. 3.1 CC). Sobre esta cuestión, puede verse la interesante exposición de LOURIDO RICO, Ana María, “La articulación de las relaciones entre la seguridad jurídica y la justicia: la cosa juzgada y algunos mecanismos procesales que permiten desconocerla”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 7, 2003, págs. 494-497.

esa resolución exista, nos parece más grave lo segundo, en la medida en que siempre va implicar una quiebra cierta de la “vertiente subjetiva” del principio de seguridad jurídica.

§. Por todo ello, a nuestro modo de ver, siempre que sea legalmente dudoso que un derecho está afectado por la preclusión o por la cosa juzgada, entendemos que la vertiente subjetiva de la seguridad jurídica (la necesidad de previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los propios actos) exige una interpretación restrictiva de las normas reguladoras de ambas figuras jurídicas que permita la mayor efectividad posible del derecho en cuestión.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando, para resolver dudas interpretativas sobre el cómputo de plazos procesales, invoca “el principio de seguridad jurídica”²¹ como argumento a favor de la interpretación que resultaba más previsible para el ciudadano. Así, por ejemplo, en la STEDH *Olsby c. Suecia* (de 21 de junio de 2012, n.º 36124/06), § 51, las dudas legales acerca del cómputo de un plazo procesal para recurrir se despejan con base en “la necesidad de *seguridad jurídica*” de una de las partes “para poder confiar en que el plazo para recurrir dado por la ley y expresamente mencionado en una resolución es válido y no admite excepciones, a no ser que esas excepciones estén explícitamente mencionadas”.²²

5. INTERPRETACIÓN DEL ART. 400.1,I LEC A LA LUZ DE LA VERTIENTE SUBJETIVA DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

5.1. Planteamiento: ¿afecta el art. 400.1,I LEC a las acciones con distintos *petita*?

§. Uno de los preceptos que, en nuestra opinión, debería interpretarse restrictivamente en virtud de la vertiente subjetiva del principio de seguridad jurídica es el art. 400.1,I LEC.

La precisión es importante, porque desde su aprobación ha habido algunas sentencias que han venido a ampliar el ámbito de la preclusión que ese precepto regula, a base de dar por precluidas —y por juzgadas— acciones de los justiciables que, en rigor, nunca debieron considerarse extinguidas.

Concretamente, desde el año 2000, hemos podido comprobar que algunas resoluciones han considerado que la preclusión del art. 400.1,I LEC no afecta solamente a las acciones no ejercitadas que, compartiendo petición y sujetos con otras ya ejercitadas, difieren en su causa de pedir, *sino también* a las acciones no ejercitadas que, teniendo en común sujetos y causa de pedir con otras efectivamente ejercitadas, poseen un *petitum* diferente. Veamos.

5.2. La interpretación correcta del art. 400.1,I LEC: el precepto solamente afecta a las acciones con el mismo *petitum*

²¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos suele afirmar, con carácter general, que “el principio de seguridad jurídica” “está implícito en todos los artículos del Convenio [incluido el art. 6(1)] y constituye uno de los aspectos fundamentales del Estado de Derecho” (v., entre otras, STEDH *Albu y otros c. Rumanía*, de 10 de mayo de 2012, n.º 34796/09, § 34(iv)).

²² En sentido similar, cfr. SSTEDH *Miragall Escolano y otros c. España* (25 de enero de 2000, n.º 38366/97) § 37; y *Zvolský y Zvolská c. República Checa* (12 de noviembre de 2002, n.º 46129/99) § 51.

§. Con la ley en la mano, el presupuesto esencial para la aplicación de la preclusión del art. 400.1,I LEC es que “*lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos*”, 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.

En este sentido, desde la aprobación de la vigente LEC, la doctrina procesalista viene diciendo que la preclusión del art. 400.1,I LEC se proyecta sobre las causas de pedir — sobre los “hechos” o los “fundamentos o títulos jurídicos”— no deducidas que se refieren a un mismo *petitum*,²³ pero no alcanza “a *petita* deducibles pero no deducidos”; por consiguiente, “si la misma causa de pedir aducida en un primer proceso podría fundar también peticiones no formuladas, éstas sí que podrán hacerse en un segundo proceso, porque no les alcanza esta preclusión”.²⁴

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo también se ha pronunciado en esta misma línea, cuando, *utilizando el vocablo “pretensión” con el significado de “petición”*, afirma que el art. 400.1,I LEC no afecta a las “pretensiones” (esto es, a las “peticiones”) diferentes de las que se ejercitaron de forma efectiva en un proceso previo. En este sentido, la STC 71/2010, de 18 de octubre, FJ 5, dice que “los arts. 222.2 y 400.2 LEC (...) no [se refieren] a la formulación de *pretensiones* que permanezcan imprejuzgadas y respecto de las cuales no hubiese prescrito o caducado la acción procesal”.²⁵ La STS1.^a 215/2013, de 8 de abril (rec. 1291/2010), FJ 25, afirma: “el apartado 2 del art. 400 LEC está en relación con la norma contenida en el apartado 1 de este precepto, de forma que solo se justifica su aplicación (...) *cuando entre los dos procesos, atendiendo a las demandas de uno y otro, se hayan formulado las mismas pretensiones*”; y, más adelante, añade: “*su vulneración solo se produciría si los ahora recurridos hubieran iniciado un segundo proceso para solicitar lo mismo que en el proceso anterior, con apoyo en distintos hechos o diferentes fundamentos jurídicos, pero en el que se formularan las mismas pretensiones —atendiendo a las demandas de uno y otro—*.”²⁶ Y la STS1.^a 768/2013, de 5 de diciembre (recurso 1708/2011), FJ 3, mantiene que “del texto del precepto [el art. 400 LEC] se desprende que no pueden ejercitarse posteriores acciones basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos *cuando lo que se pide es lo mismo* que se solicitó anteriormente y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser esgrimidos en la primera demanda” (en consecuencia, *sensu contrario*, el art. 400.1,I LEC no resulta aplicable cuando lo que se pide *no* es lo mismo).²⁷

²³ O, mejor dicho, una misma “finalidad”, un mismo “fin” o un mismo “resultado”: cfr. nuestro trabajo, *La preclusión...*, cit., págs. 220-223.

²⁴ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio (con DE LA OLIVA, VEGAS y BANACLOCHE), *Comentarios a la LEC*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 670.

²⁵ En este caso, el Tribunal Constitucional apreció que no había cosa juzgada sobre una petición de intereses que no había sido formulada en otros dos procedimientos anteriores que versaron sobre la misma relación jurídica.

²⁶ En este caso hubo dos pleitos, uno terminado por Sentencia firme y otro pendiente, en el que se formularon peticiones diversas en relación con los mismos contratos. El Tribunal Supremo (FJ 25) rechaza la alegación de cosa juzgada con el argumento expuesto en el texto.

²⁷ En un primer litigio, la actora había solicitado la nulidad de un contrato con base en la contravención de normas comunitarias de la competencia y por inexistencia de causa. En un segundo pleito, la misma actora interesa, frente al mismo demandado, la misma petición (nulidad del mismo contrato) pero con base en una causa de pedir diferente (imposibilidad de elevación a escritura pública). El Tribunal Supremo aprecia correctamente la preclusión y la cosa juzgada sobre esa causa de pedir distinta,

§. De conformidad con la doctrina que acaba de exponerse, debe subrayarse que 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 en que las acciones no ejercitadas será fagocitadas por la preclusión.

Pero, atención, el art. 400.1,I LEC no obliga a ningún demandante a hacer valer todos los *petita* posibles que puedan basarse en la misma *causa petendi*. Dicho de otro modo: si fuera posible formular varias peticiones con base en una misma causa de pedir, de conformidad con el principio dispositivo que rige nuestro proceso civil, el titular de las acciones sería muy libre de optar entre o bien hacer esa formulación en una única demanda (haciendo la acumulación de acciones que considere oportuna), o bien formular tantas demandas distintas como peticiones diferentes. La acumulación de acciones con la misma causa pero distinta petición es, así, una simple facultad del actor (encontrada simplemente en el “podrá” señalado en el art. 71 LEC); y el no ejercicio de esta facultad nunca provocará la preclusión de las acciones no ejercitadas.

Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en dos resoluciones. La ya citada STC 71/2010, de 18 de octubre, FJ 5, precisa que, cuando las “pretensiones” (léase: “peticiones”) de uno y otro procedimiento no “guardan identidad sustancial”, no existe “previsión legal que imponga el ejercicio obligatorio de ambas acciones en concurso”. Y la STC 106/2013, de 6 de mayo, FJ 5, formula una serie de consideraciones respecto del demandado y de la reconvencción que, por analogía, deben trasladarse al demandante y a la acumulación inicial de acciones, habida cuenta de que ambas instituciones — reconvencción y acumulación inicial de acciones— producen un mismo efecto —que el proceso civil tenga pluralidad de objetos— y se regulan como una simple facultad de parte —y no como un deber—. Así las cosas, la citada Sentencia puede leerse así: “No podemos olvidar que nuestra legislación procesal al regular la *acumulación objetiva de acciones en el art. 71*, dispone que el actor ‘podrá’ por medio de *acumulación* formular las pretensiones que crea le competen respecto del *demandado*; es decir, la decisión de *acumular* o de no hacerlo se regula como un derecho, no como un deber, del que el actor goza en un pleito frente al *demandado*. Entender (...) que a la luz del art. 400 LEC, la *acumulación* es necesaria para evitar la preclusión de las pretensiones que el actor pudiera tener frente al *demandado*, supone una interpretación contraria el tenor de *los artículos 400 y 71 LEC (...)*” [las cursivas son añadidos nuestros que sustituyen a fragmentos del texto original, los cuales, como se ha dicho, se referían a la *reconvencción*].

5.3. La interpretación extensiva del art. 400.1,I LEC: el precepto afecta también a las acciones con los mismos sujetos y la misma causa de pedir, pero con distintos *petita*

§. 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

precisando, como se ha dicho en el texto, que la aplicación del art. 400.1 se produce “cuando lo que se pide es lo mismo”.

“complementarios” de otras peticiones “principales” ya formuladas siempre que entre unas y otras acciones exista un “profundo enlace”; “profundo enlace” que, además de en el carácter complementario de los *petita*, radicaría en la identidad de causa de pedir

§. Esta otra doctrina jurisprudencial —que establece el Tribunal Supremo y, luego, siguen algunas Audiencias Provinciales— se resume en un pasaje, que aparece por primera vez —salvo error u omisión por nuestra parte— en la STS1.^a 552/2002, de 10 de junio, rec. 3887/1996, FJ 4 y que, después, se “copia y pega” en otras muchas resoluciones judiciales que abordan el tema de la cosa juzgada (cfr., por ejemplo, la STS1.^a 853/2004, de 15 de julio, recurso 2627/1998, FJ 2; STS1.^a 164/2011, de 21 de marzo, recurso 1862/2007, FJ 4; o la STS1.^a 629/2013, de 28 de octubre, recurso 2096/2011, FJ 6, ap. 2). El pasaje en cuestión dice así: “La cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con *peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace*, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado (SSTS 28-2-91 y 30-7-96), postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al art. 400 de la nueva LEC.”

§. Pueden encontrarse varios ejemplos de aplicación efectiva de esta doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se elaboró sobre la regulación de la cosa juzgada anterior a la vigente LEC, es decir, sobre el derogado art. 1252 CC (jurisprudencia que, por tanto, no podía tener en cuenta el vigente art. 400 LEC). Entre otras resoluciones podemos destacar las siguientes: STS1.^a 693/1996, de 30 de julio, rec. 3523/1992;²⁸ STS1.^a 530/1998, de 6 de junio, rec. 852/1994;²⁹ y STS1.^a 873/2010, de 30 de diciembre, rec. 1232/2007.³⁰

Después de la entrada en vigor de la LEC, con el art. 400 LEC ya vigente, el Tribunal Supremo ha seguido la misma doctrina en alguna resolución, como, por ejemplo, en la STS1.^a 9/2012, de 6 de febrero, rec. 862/2008.³¹ También con la LEC vigente, algunas

²⁸ En este asunto, el Tribunal Supremo apreció cosa juzgada sobre una petición de indemnización por ciertos defectos constructivos, por entender que debió haber sido deducida en el pleito en el que se reclamó otra indemnización relativa a otros defectos diferentes que afectaban a la misma construcción.

²⁹ En este caso, el Tribunal Supremo apreció cosa juzgada sobre una petición de indemnización por los días de baja por incapacidad que provocó un accidente laboral, por considerar que el actor tuvo que haberla acumulado en un pleito anterior en el que reclamó otra indemnización por los daños físicos que padeció a consecuencia del mismo accidente.

³⁰ En un primer proceso, se pidió la condena al pago de los gastos soportados por la actora por diferentes conceptos. En un segundo pleito, se pide condena al pago de otros gastos derivados de conceptos distintos, pero con origen en la misma relación contractual. El Tribunal Supremo declara existente la cosa juzgada, apreciando que la causa de pedir (el “título jurídico”) de ambos pleitos era idéntica y las peticiones deducidas en el segundo proceso debieron haber sido formuladas en el primero. Pese a la fecha de la Sentencia (2010), debe advertirse que, por razones temporales, el Tribunal resolvió el caso aplicando el hoy derogado art. 1252 CC y la doctrina jurisprudencial existente sobre él.

³¹ En este litigio, el Tribunal Supremo, con base en el vigente art. 400 LEC, aprecia cosa juzgada sobre una petición de condena a entregar la cosa específica pactada en un contrato, por entender que esa petición debió haber sido formulada en un proceso anterior en el que, con base en el mismo contrato, se había reclamado una cosa específica distinta.

Audiencias Provinciales han seguido la doctrina de que el art. 400.1,I LEC afecta a las acciones con peticiones complementarias diferentes fundadas en la misma *causa petendi*; así sucede, por ejemplo, en el AAP Madrid (Secc. 12) 603/2006, de 26 de septiembre, rec. 745/2005.³²

Incluso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tomado por correcta la interpretación extensiva del art. 400.1 LEC a todas las peticiones complementarias no formuladas que se basan en una misma causa de pedir. Así lo hizo la STJUE *Duarte Hueros c. Autociba S.A. y Citroën España S.A.* (de 3 de octubre de 2013, asunto C-32/12), en la que, para resolver una cuestión prejudicial, afirmó (FJ 36) que “con arreglo al art. 400 LEC, al demandante no se le concede la posibilidad de presentar una nueva demanda para hacer valer pretensiones [léase: “peticiones”] que hubiesen podido deducirse, cuando menos con carácter subsidiario, en un primer procedimiento”.³³

§. Como ya hemos apuntado, en todos los casos decididos en las resoluciones que acaban de mencionarse, se ha considerado que el derogado art. 1252 CC —antes— y el vigente art. 400.1 LEC —ahora— cubren las peticiones *complementarias* basadas en la *misma causa de pedir*.

La aplicación extensiva del art. 400.1,I LEC a estos supuestos se fundamenta, así, en una suerte de interpretación teleológica del precepto, en atención a su finalidad de evitar someter al mismo demandado a una multiplicidad de procesos: dado que en los supuestos de identidad de causas de pedir y simultánea diversidad de *petita* existe la posibilidad de acumulación de acciones (cfr. art. 71 LEC), el actor vendría obligado a realizar esa acumulación, bajo amenaza de preclusión, a fin de evitar que, donde puede haber un solo pleito entre las mismas partes, termine habiendo dos o más, con los perjuicios correspondientes para la seguridad jurídica del demandado (“pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado”, dice el Tribunal Supremo).³⁴

Sin embargo, consideramos que esta interpretación no resiste su confrontación con la vertiente subjetiva del principio de seguridad jurídica (entendida aquí como una garantía para el demandante); y, por ello, concluiremos que, tras la entrada en vigor de la LEC, ya no debe considerarse vigente la doctrina jurisprudencial que extiende la aplicación de la preclusión y de la cosa juzgada a acciones con peticiones distintas. Veámoslo.

³² En este caso, la Audiencia Provincial aprecia cosa juzgada sobre la petición de devolución de la fianza de un arrendamiento, por considerar que debió haber sido formulada en un pleito previo en el que el arrendatario había reclamado al arrendador los gastos efectuados en el local arrendado.

³³ El *error* cometido por el TJUE al interpretar el art. 400 LEC en el sentido indicado, ha sido objeto de duras —y, en nuestra opinión, justificadas— críticas por nuestra doctrina procesalista. Puede verse, en este sentido, CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Derechos, proceso y crisis de la justicia*, Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 2014, págs. 56-58; y ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, “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, págs. 33-34.

³⁴ Cfr. BANACLOCHE PALAO, Julio, “El ámbito de aplicación de la regla de la preclusión del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista de Derecho Procesal*, 2009, págs. 72-73 y 80.

5.4. Necesidad de rechazar la interpretación extensiva del art. 400.1,I LEC a la luz de la vertiente subjetiva del principio de seguridad jurídica

§. Para empezar, hay que subrayar que, como se ha expuesto, la doctrina que extiende la aplicación del art. 400.1,I LEC a acciones con peticiones distintas se desarrolló bajo la vigencia del hoy derogado art. 1252 CC, cuando todavía no había entrado en vigor la LEC de 2000 y, por tanto, no existía en nuestro ordenamiento jurídico el vigente art. 400 LEC.

Con la entrada en vigor de la nueva LEC, las Sentencias siguieron reproduciendo (a base de “copiar y pegar”) la doctrina que había elaborado el Tribunal Supremo sobre la cosa juzgada, añadiendo, eso sí, algunas referencias a la nueva ley procesal civil. Se explica, así, que en el pasaje que transcribíamos al comienzo del subepígrafe anterior se incorpore como inciso final: “postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al art. 400 de la nueva LEC”.

Ahora bien, hay una parte de ese inciso final que, a nuestro juicio, resulta muy reveladora para el tema que nos ocupa, a saber: el giro “*en gran medida*”. Y es que si el propio Tribunal Supremo está citando su doctrina anterior sobre la cosa juzgada para añadir, al final, que esta doctrina ha sido incorporada “*en gran medida*” en el art. 400 de la nueva LEC, ello solamente puede significar que existe una parte de la doctrina (una “menor medida”) que el precepto no ha incorporado.

La cuestión que, inevitablemente, surge a continuación es la siguiente: ¿cuál es la “gran medida” en que el nuevo art. 400 LEC recoge la vetusta doctrina del Tribunal Supremo sobre el art. 1252 CC y cuál es la correlativa “menor medida” en que el precepto no recoge esa doctrina?

§. Como ya hemos explicado, tras la entrada en vigor de la nueva ley procesal, el legislador dijo muy claramente, en el art. 400 LEC, que había cosa juzgada sobre todas las causas de pedir —los hechos y fundamentos jurídicos— que sustentaran *una misma petición*. Pues bien, en nuestra opinión, *esas causas de pedir deducibles y no deducidas sobre una misma petición son las “otras cuestiones deducibles y no deducidas” que, continuando con la vieja doctrina del Tribunal Supremo sobre el art. 1252 CC, el nuevo art. 400 LEC ha incorporado explícitamente al ámbito de la cosa juzgada*; es decir, la “gran medida” en que el art. 400 LEC confirma la anterior doctrina está en las causas de pedir deducibles respecto de la misma petición.

Mas, a nuestro modo de ver, el art. 400 de la LEC de 2000 no extiende la preclusión ni la cosa juzgada sobre peticiones distintas y, por eso, cuando en una misma causa de pedir se pueden fundamentar distintos *petita*, el actor es libre de ejercitar varias acciones conexas en una misma demanda o, alternativamente, ejercitar cada una de esas acciones en demandas independientes. La razón última por la que llegamos a esta conclusión es la vertiente subjetiva del principio de seguridad jurídica, pues existen varios argumentos que hacen que ésta sea la interpretación razonablemente previsible:³⁵

- a) En primer lugar, hay que presuponer que el legislador conocía la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la cosa juzgada del derogado art. 1252 CC se extendía a las “peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada,

³⁵ Utilizando palabras de UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio, “El concepto y alcance...”, cit., págs. 31-32, podríamos decir que existen varias “buenas razones” que hacen que resulte previsible que el art. 400 LEC no extienda sus efectos a las peticiones diferentes.

siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace”. A pesar de ese conocimiento, el legislador solamente previó de forma expresa, en el tenor literal del vigente art. 400 LEC, que la preclusión y la cosa juzgada afectaran a las causas de pedir (a los hechos y fundamentos jurídicos) relativos a *una misma petición*; pero no previó ninguna preclusión que afectara también a las acciones con la misma causa de pedir y diverso *petitum*. Así las cosas, aplicando la regla hermenéutica *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, entendemos que cualquier ciudadano razonable está legitimado para concluir, con cierta seguridad, que la *voluntas legislatoris* fue dejar fuera del ámbito del art. 400 LEC a los *petita* distintos.

- b) En segundo lugar, si el tenor literal del art. 400 LEC no hizo distinciones al dejar fuera de su ámbito *todo tipo de peticiones distintas* —también las que puedan tildarse de “complementarias” de otras ya decididas, incluyendo las relativas a una “indemnización de daños no solicitada”—, tampoco es lícito que el intérprete haga esas distinciones (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*) para llegar a una conclusión que no es conforme con el tenor literal de la norma.
- c) En tercer lugar, es patente que el art. 400 LEC es una norma restrictiva de derechos, por lo que puede someterse al criterio interpretativo de la regla *odiosa sunt restringenda* y, por ende, no parece lícito llevarla más allá de su estricta literalidad.
- d) En cuarto lugar, como hemos expuesto en subepígrafe 5.2, existe una corriente jurisprudencial (en la que se ubican dos Sentencias del Tribunal Constitucional, las SSTC 71/2010 y 106/2013, con el especial valor que les atribuye el art. 5.1 LOPJ) que mantiene que la aplicación del art. 400 LEC exige que haya identidad de *petita* (de “pretensiones”, como dicen esas resoluciones judiciales) y que, por eso, la acumulación de acciones con *petita* diferentes es una mera facultad del actor, cuyo no ejercicio no acarrea la preclusión de las acciones no utilizadas.

En virtud de todo lo anterior, resulta lícito y razonable que el justiciable prevea que las peticiones distintas no resultan afectadas por la preclusión del art. 400 LEC. Mantener lo contrario (que el art. 400.1,I LEC sí afecta a las peticiones diferentes) atenta, así, contra la vertiente subjetiva del principio de seguridad jurídica (contra la necesidad constitucional de previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los propios actos), toda vez que supone hacer una interpretación de la norma que restringe derechos de las personas, *sin que el ordenamiento jurídico les proporcione elementos suficientes para anticipar en qué condiciones se va a producir tal restricción*: teniendo en cuenta el conocimiento de la vieja jurisprudencia sobre el art. 1252 CC que debía tener el legislador de 2000, el tenor literal del art. 400.1,I LEC y las reglas “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”, “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*” y “*favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*”, un ciudadano razonable —o un letrado razonable— no dispone de elementos suficientes para prever, con la debida seguridad jurídica, que dejar de formular una determinada petición complementaria frente a un sujeto, va a producir la preclusión de la acción de reclamación de esa petición complementaria.

Por todo ello, tras la entrada en vigor de la LEC de 2000, consideramos que la doctrina jurisprudencial sobre la cosa juzgada regulada en el ya derogado art. 1252 CC, debe entenderse corregida, en el sentido de que, *con el nuevo art. 400 LEC en la mano, no hay preclusión ni cosa juzgada sobre las “peticiones complementarias” (incluyendo*

aquellas que se refieren a una “indemnización de daños no solicitada”); o, con otras palabras, la nueva LEC no incorpora la anterior doctrina del Tribunal Supremo en la “menor medida” en que ya no pueden conceptuarse juzgadas las peticiones complementarias basadas en la misma causa de pedir.

Hacemos, así, nuestras las siguientes palabras de TAPIA FERNÁNDEZ: “(...) la preclusión [del art. 400 LEC] no se refiere a “pedimentos” diversos (de ser así, lo tenía que haber explicitado la norma, igual que hace con los fundamentos de esos pedimentos); (...) la norma no obliga a ejercitar todas las posibles acciones con *petita* distintos; (...) lo que exige el precepto es que si un *petitum* puede fundarse en distintas causas de pedir, se aleguen todas las posibles, pues la petición de tutela solicitada y resuelta por el tribunal no va a admitir nuevos procesos con la misma petición pero fundada en argumentos diversos; (...) porque una petición complementaria de otra principal o una petición de daños y perjuicios (...) son pretensiones distintas e independientes de la principal, que pueden ser ejercitadas o no junto con la principal, sin que norma alguna “obligue” al actor a ejercitarlas conjuntamente bajo sanción de preclusión (cosa juzgada)”.³⁶

Asimismo, en el mismo sentido, suscribimos también las conclusiones de BANACLOCHE PALAO, quien, tras constatar que “en continuidad con la jurisprudencia anterior a la actual LEC”, los tribunales vienen extendiendo la aplicación del art. 400.1.I LEC a las acciones con *petita* complementarios o accesorios respecto de otras ya ejercitadas, afirma: “Esta posición restrictiva del derecho del justiciable carece de apoyo legal expreso y, aunque pudiera resultar razonable que se incorporara en un futuro texto de la LEC (...), mientras no se produzca la reforma legislativa apuntada, no debería continuar aplicándose por nuestros tribunales”.³⁷

Y, en fin, compartimos plenamente esta reflexión de la STS1.^a 251/1998, de 20 de marzo, rec. 241/1994, FJ 2: “(...) el principio dispositivo que informa el proceso civil hace factible que cualquier titular de derechos pueda ejercitarlos en su totalidad o parcialmente, o sea, solicitar todas o parte de las consecuencias de tal ejercicio. En otras palabras, que mientras no exista una norma preclusiva que obligue al titular de varias acciones [con identidad de *causa petendi* y *petita* diversos] a ejercitarlas en concurso contra el oportuno demandado, no surtirá efectos de cosa juzgada la resolución de una de esas acciones, respecto al ejercicio futuro de las otras”.³⁸

5.5. Epílogo: refuerzo de la anterior conclusión a la luz del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y de su necesaria interpretación según el criterio *pro actione*

³⁶ TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *La cosa juzgada*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 119. Desde estas líneas queremos manifestar nuestro agradecimiento y admiración a la profesora Tapia Fernández, con quien hemos tenido la oportunidad de comentar el tema que nos ocupa, tanto en privado como en público (la última vez en el marco del Seminario “Preclusión y cosa juzgada en el proceso civil”, celebrado el 13 de marzo de 2014 en el Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, bajo la moderación del Profesor De la Oliva Santos).

³⁷ BANACLOCHE PALAO, Julio, “El ámbito de aplicación de la regla de la preclusión...”, cit., págs. 79-81 y 84.

³⁸ Se trata de una Sentencia anterior a la entrada en vigor de la LEC de 2000 que es, en cierto modo, excepcional, al apartarse en ella el Tribunal Supremo de su doctrina habitual, que venía extendiendo la cosa juzgada del art. 1252 CC a los *petita* complementarios deducibles que se basaban en la misma *causa petendi*.

§. En nuestra interpretación del art. 400.1,I LEC, hemos querido dejar deliberadamente a un lado las consideraciones relativas a los derechos fundamentales de contenido procesal proclamados en el art. 24 CE: con independencia de su mayor o menor incidencia en el ámbito de los derechos fundamentales, nos parece que, en general, cualquier regla sobre preclusión (ya sea la preclusión de acciones del art. 400.1,I LEC o una preclusión de simples facultades procesales amparada en el art. 136 LEC) o sobre cosa juzgada, debe ser interpretada a la luz de la vertiente subjetiva del principio de seguridad jurídica, en el convencimiento de que el ordenamiento debe suministrar a los justiciables elementos suficientes para poder prever, con un elevado grado de certidumbre, qué conductas suyas van a tener consecuencias perjudiciales para su esfera personal y/o patrimonial (consecuencias que, en el tema que nos ocupa, consisten en que se dé por precluido y/o por juzgado algún derecho que no llegó a ejercitarse).

§. Ahora bien, dado que como “banco de pruebas” para nuestra tesis hemos utilizado el art. 400 LEC, no podemos soslayar —a modo de epílogo— que, respecto de la particular preclusión prevista en este precepto (que afecta a verdaderas *acciones*, entendidas como derechos subjetivos públicos a concretas tutelas jurisdiccionales), la necesidad de descartar una interpretación extensiva de la norma preclusiva viene fuertemente reforzada por las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en sus vertientes de acceso a la justicia y obtención de una resolución de fondo, las cuales gozan de la especial protección que les brinda el criterio *pro actione* en toda su extensión.

Así las cosas, el criterio *pro actione* debe obligar a que los tribunales resuelvan acerca de la preclusión del art. 400 LEC —y de la ficción de cosa juzgada que ese precepto establece— procurando elegir, de entre todas las interpretaciones posibles, aquella que sea más favorable a la efectividad del derecho fundamental de acceso a la justicia y de obtención de una resolución de fondo; lo cual, a nuestro juicio, solo puede conducir a rechazar cualquier tipo de interpretación extensiva del art. 400 LEC más allá de su estricta literalidad.

En suma, ante la disyuntiva de si debe primar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o el valor jurídico de evitación de múltiples procesos sobre peticiones distintas que podrían haberse acumulado en una sola demanda, los tribunales han de decantarse por la protección de aquel derecho, de conformidad con el criterio *pro actione* (STC 71/2010, de 18 de octubre, FFJJ 3-5; y STC 106/2013, de 6 de mayo, FFJJ 4-5).