

## El art. 400 LEC: una norma tan bienintencionada como peligrosa

### Sumario

-

*El art. 400 LEC prevé sólo una norma de preclusión de alegaciones de hechos o títulos jurídicos, pero no de petitums. Tras un debate jurídico sobre el alcance de esta norma, alguna reciente sentencia del Tribunal Supremo español (STS 772/2022, de 10 de noviembre) extiende analógicamente la aplicación del art. 400 LEC a las peticiones diferentes, lo que supone una clara denegación del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante al impedirle obtener un pronunciamiento sobre el fondo respecto de una petición que nunca será judicialmente juzgada, causándole una evidente indefensión. En consecuencia, esperamos que el Tribunal Supremo reconsidere esta nueva doctrina y vuelva a los límites que sobre el alcance del art. 400 LEC había establecido con anterioridad a la STS 772/2022, de 10 de noviembre.*

### Abstract

-

*Art. 400 of the Spanish Civil Procedure Act (LEC) provides only for a rule of preclusion of allegations of facts or legal grounds, but not of claims (petitums). After a legal debate on the scope of this rule, a recent judgment of the Spanish Supreme Court (STS 772/2022, of 10<sup>th</sup> November) has extended analogy the application of art. 400 LEC to claims (petitums), which is a clear denial of the plaintiff's right to effective judicial protection by preventing him from obtaining a ruling on the merits of a petition that will never be judicially adjudicated, causing him obvious defencelessness. Consequently, we hope that the Spanish Supreme Court will reconsider this new doctrine and return to the limits on the scope of art. 400 LEC that it had established prior to STS 772/2022, of 10<sup>th</sup> November.*

**Title:** Art. 400 LEC: a rule that is as well-intentioned as it is dangerous

-

**Palabras clave:** art. 400 LEC, preclusión procesal, cosa juzgada, petitum  
**Keywords:** art. 400 LEC, procedural preclusion, res judicata, petitum

-

**DOI:** 10.31009/InDret.2023.i2.12

2.2023

Recepción  
27/01/2023

-

Aceptación  
07/02/2023

-

## Índice

-

### **1. Introducción**

### **2. Interpretación jurisprudencial del art. 400 LEC antes de la STS 772/2022, de 10 de noviembre**

2.1. Elementos básicos de aplicación del art. 400 LEC

2.2. Casuística jurisprudencial del art. 400 LEC

### **3. La errónea doctrina de la STS 772/2022, de 10 de noviembre (ponente Pedro José Vela Torres)**

3.1. El caso

3.2. Crítica al alejamiento de esta sentencia respecto de la doctrina precedente –y correcta– del TS

### **4. Reflexión final**

### **5. Tabla de contenidos jurisprudenciales**

### **6. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

## 1. Introducción\*

Desde la promulgación de la LEC ya se destacó que el art. 400 LEC sería uno de los que plantearía mayores problemas interpretativos<sup>1</sup>. Y así está siendo si tenemos en cuenta el considerable número de sentencias que ha originado en nuestro Tribunal Supremo (sistematizadas en la tabla de contenidos jurisprudenciales –epígrafe 5–). En esta jurisprudencia encontramos una línea interpretativa correcta, algunas resoluciones discutibles, pero en la última de ellas (STS 772/2022, Civil, de 10 de noviembre, ECLI:ES:TS:2022:4103) una doctrina desacertada y muy peligrosa en su posible aplicación práctica por los tribunales de instancia.

Como es sabido, el art. 400 LEC nació con la buena intención de que la tutela judicial sobre una determinada petición se agotase en un solo proceso, pues de este modo se ganaba en economía procesal y seguridad jurídica. Así en el párrafo VIII de la Exposición de Motivos de la LEC se afirma:

«Se parte aquí de dos criterios inspiradores: 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 puede zanjarse en uno solo. Con estos criterios, que han de armonizarse con la plenitud de las garantías procesales, la presente Ley, entre otras disposiciones, establece una regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos, ya conocida en nuestro Derecho y en otros ordenamientos jurídicos».

De acuerdo con esta voluntad legislativa el art. 400 LEC establece:

«Artículo 400. Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos.

1. 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. [...]

---

\*El presente trabajo se enmarca dentro Grupo de Investigación Reconocido, Consolidado y Financiado «Retos del Derecho Procesal» (2021SGR00991) de la AGAUR; y del Proyecto I+D «Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio» (PID2020-115304GB-C21) del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación; ambos liderados por Joan PICÓ I JUNOY. El autor quiere agradecer públicamente las observaciones efectuadas por el profesor Manuel CACHÓN CADENAS que, sin duda, han enriquecido el resultado final del estudio.

<sup>1</sup> A modo de ejemplo, con referencia al art. 400 LEC, NIEVA FENOLL destaca que «a pesar de que tiene esa noble intención ya expuesta, crea más problemas que beneficios [...], y hasta ahí la intención del legislador es correcta. Pero al hacer referencia a los argumentos (hechos y fundamentos) alegados en sustento de la pretensión, es decir, a la “entrañable” *causa petendi*, lo que está ocurriendo en la práctica es que muchos Jueces están interpretando esa norma de manera contraria a cuando imaginó el legislador» (*La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 166-167); CORREA DELCASSO indica «que las buenas intenciones del legislador caen, nuevamente, en saco roto, cuando los tribunales interpretan lo que entienden quiso decir éste último [el art. 400 LEC]» («Alcance de la disposición contenida en el art. 400.2 LEC», *Justicia: Revista de derecho procesal*, 2007, vol. 3-4, p. 86); y DAMIÁN MORENO insiste en la idea de que el nuevo art. 400 LEC, al intentar delimitar el alcance de la cosa juzgada, «introdujo, seguramente sin quererlo, un elemento enormemente perturbador desde el punto de vista de la inteligencia de esta disposición» («El deber de fundar la demanda en los diferentes hechos o en los distintos fundamentos o títulos jurídicos que resulten conocidos o que puedan invocarse al tiempo de interponerla: el artículo 400 LEC», en GÓMEZ COLOMER/BARONA VILAR/CALDERÓN CUADRADO, *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca: liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 499).

*2. 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».*

La propia redacción del precepto recoge conceptos doctrinalmente complejos, y especialmente los de «lo que se pida» y «distintos fundamentos o títulos jurídicos», que merecen de una correcta jurisprudencia interpretativa. En este punto, resultan fundamentales las SSTs, Civil, 772/2022, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4103); 757/2022, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4095); 649/2022, de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3504); 331/2022, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1715); 423/2021, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2500); 313/2020, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1990); 5/2020, de 8 de enero (ECLI:ES:TS:2020:11); 628/2018, de 13 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3734); 417/2018, de 3 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2564); 664/2017, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4442); 515/2016, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3634); 214/2015, de 23 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1533); 671/2014, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4840); 768/2013, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5820); 629/2013, de 28 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5188); 189/2011, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2227); 164/2011, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1240); 771/2006, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:2006:6358); y las SSTC 106/2013, de 6 de mayo (BOE núm. 133 de 04 de junio de 2013); 10/2012, de 30 de enero (BOE núm. 47 de 24 de febrero de 2012); 71/2010, de 18 de octubre (BOE núm. 279 de 18 de noviembre de 2010); y 5/2009, de 12 de enero (BOE núm. 38 de 13 de febrero de 2009).

## **2. Interpretación jurisprudencial del art. 400 LEC antes de la STS 772/2022, de 10 de noviembre**

### **2.1. Elementos básicos de aplicación del art. 400 LEC**

Con carácter general, de la literalidad del art. 400 LEC, la jurisprudencia ha identificado correctamente sus cuatro elementos básicos para que entre en escena que, de acuerdo a las SSTs, Civil, 772/2022, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4103); 649/2022, de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3504); 331/2022, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1715); 313/2020, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1990); 664/2017, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4442); 671/2014, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4840); y 189/2011, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2227), son los siguientes:

Primero: debe haber dos demandas;

Segundo: debe haber diferentes causas de pedir alegadas en las dos demandas, bien en sus elementos fácticos –«diferentes hechos»–, como normativos –«distintos fundamentos o títulos jurídicos»–;

Tercero: la causa de pedir (en cualquiera de los aspectos de su doble vertiente –fáctica o normativa–) de la segunda demanda debe haberse podido alegar en la primera demanda («resulten conocidos o puedan invocarse»); y

Cuarto: debe haberse pedido lo mismo en las dos demandas.

De concurrir todos estos elementos la aplicación del art. 400 LEC deviene incluso de oficio, como destaca la STS 417/2018, Civil, de 3 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2564); y la SAP Madrid, sec. 14ª, 257/2017, de 19 de julio (ECLI:ES:APM:2017:11933).

## 2.2.Casuística jurisprudencial del art. 400 LEC

Partiendo de estos cuatro elementos configuradores del art. 400 LEC, en la jurisprudencia encontramos una rica casuística de supuestos que paso a plantear seguidamente.

Primer supuesto: *una petición con diversos hechos*: ¿La preclusión del 400 LEC obliga a alegarlos todos en el primer proceso? Obviamente sí, pues esta situación entra de lleno en el ámbito normativo del art. 400 LEC, como indican las SSTS, Civil, 628/2018, de 13 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3734); 417/2018, de 3 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2564); 214/2015, de 23 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1533); 671/2014, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4840); 768/2013, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5820); 9/2012, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:807); 189/2011, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2227); o la 164/2011, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1240).

Segundo supuesto: *una petición con diversos fundamentos o títulos jurídicos (acciones)*: ¿La preclusión del art. 400 LEC obliga a alegarlos todos en el primer proceso? Cuando nos encontramos ante un «concurso de acciones», esto es, una demanda que puede fundamentarse en distintos títulos jurídicos, el art. 400 LEC también obliga a alegarlos en la primera demanda y ejercitar todas las acciones, impidiendo que puedan reservarse para un segundo proceso, como destacan las SSTS, Civil, 5/2020, de 8 de enero (ECLI:ES:TS:2020:11); y 189/2011, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2227); y la SAP Madrid, sec. 28ª, 252/2017, de 18 de mayo (ECLI:ES:APM:2017:7211). Como excepción a esta regla general encontramos el caso en el que legalmente no sea posible la acumulación de acciones en el primer proceso (esto es, precisamente, lo que sucede en la STS 423/2021, Civil, de 22 de junio, ECLI:ES:TS:2021:2500), en el que en el primer proceso se ejercitó la acción de reclamación dineraria contra un administrador

por responsabilidad social ante los juzgados de lo mercantil y, en el segundo, se le reclamó lo mismo pero en concepto de enriquecimiento injusto ante el juez de primera instancia<sup>2</sup><sup>3</sup>.

Tercer supuesto: *dos peticiones diferentes con hechos diferentes*: ¿La preclusión del 400 LEC obliga a formularlas todas en el primer proceso? Como es obvio la respuesta debe ser negativa por cuanto faltan el segundo y cuarto elemento configurador del art. 400 LEC. Y así lo ha entendido la STC 5/2009, de 12 de enero (BOE núm. 38 de 13 de febrero de 2009); las SSTS, Civil, 664/2017, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4442); 671/2014, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4840); y 189/2011, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2227); y la SAP Madrid, sec. 11<sup>a</sup>, 90/2018, de 21 de marzo (ECLI:ES:APM:2018:3958).

Cuarto supuesto: *dos peticiones diferentes sobre hechos comunes*: ¿Deben acumularse en el primer proceso debido al art. 400 LEC? En este caso, la respuesta debe ser también negativa por cuanto está ausente el cuarto elemento identificador del art. 400 LEC, como lo han advertido las SSTS, Civil, 664/2017, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4442); 515/2016, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3634); 671/2014, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4840); y 812/2012, de 9 de enero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:277); las SSAP Madrid, sec. 28<sup>a</sup>, 461/2022, de 17 de junio (ECLI:ES:APM:2022:9283); y sec. 13<sup>a</sup>, 74/2008, de 15 de febrero (ECLI:ES:APM:2008:2926); y la SAP Barcelona, sec. 15<sup>a</sup>, 2/2018, de 2 de enero (ECLI:ES:APB:2018:11)<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Como indica esta sentencia: «En este segundo pleito (...) (l)os hechos en que se basa la reclamación son los mismos [del primer proceso], las disposiciones injustificadas de dinero de la sociedad que había realizado Carmelo mientras era consejero delegado de la sociedad (...). Lo que cambia es la fundamentación jurídica, pues la razón o justificación de la reclamación aceptada por el juzgado es el enriquecimiento injusto. Conforme a lo que declaramos en la sentencia 5/2020, de 8 de enero, la variación del título o causa de pedir no debería impedir que operara el efecto de la preclusión de alegaciones del art. 400.2 LEC, y que como consecuencia de ello, en virtud de lo previsto en el art. 222 LEC, procediera apreciar la eficacia de cosa juzgada material en sentido negativo, si no fuera porque cuando se interpuso la demanda del primer pleito existía un impedimento legal para acumular las acciones ejercitadas en el segundo pleito. El art. 400.2 LEC supedita el efecto consiguiente de la preclusión de alegaciones de que, "a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior", a que "hubiesen podido alegarse en éste". En este caso, cuando se ejercitó la acción social de responsabilidad ante los juzgados de lo mercantil que tienen atribuida la competencia objetiva para conocer de estos asuntos por el art. 86 ter.2.1º LOPJ, la sociedad demandante no podía acumular las acciones ejercitadas en el segundo pleito, entre ellas la de enriquecimiento injusto que fue la que acabó por ser estimada, porque la competencia para conocer de estas acciones no correspondía al juzgado de lo mercantil, sino al de primera instancia (...). Esto es, la sociedad necesariamente debía ejercitar estas otras acciones en una demanda distinta y ante un juzgado de primera instancia, sin que pueda apreciarse ahora el efecto de cosa juzgada de la sentencia firme desestimatoria de la acción social de responsabilidad ejercitada en el primer pleito, respeto de las acciones ejercitadas en este segundo pleito, pues no existe propiamente preclusión de alegaciones».

<sup>3</sup> Sin embargo, como se indica en el anexo jurisprudencial, en la doctrina judicial tanto de la AP de Madrid como la de Barcelona, encontramos resoluciones que permiten un segundo proceso para debatir la nulidad de un contrato en función de un motivo distinto del que fundamentó un primer proceso en el que se debatió la misma nulidad contractual (como ejemplo, puede consultarse la SAP Barcelona, sec. 15<sup>a</sup>, 1862/2021, de 27 de septiembre, ECLI:ES:APB:2021:10739).

<sup>4</sup> No obstante, algunas resoluciones entienden que cuando lo pedido en el segundo proceso se encuentra implícito, es inherente o conexo u homogéneo o se deriva del primero sí debería aplicarse el art. 400 LEC: así, por ejemplo, lo entiende la SAP Madrid, sec. 25<sup>a</sup>, 215/2021, de 31 de mayo (ECLI:ES:APM:2021:6942), cuando en un primer proceso se insta la resolución de un contrato por incumplimiento, y en el segundo la devolución de lo entregado en función del contrato resuelto en el primer proceso; o la SAP Madrid, sec. 20<sup>a</sup>, 171/2021, de 22 de abril (ECLI:ES:APM:2021:4126), cuando en el primer proceso se formula una petición declarativa de infracción del derecho al honor y otra de condena a hacer (cancelar la inscripción en determinados ficheros) y en el segundo se solicita una condena pecuniaria por los daños morales.

Quinto supuesto: *declaración de nulidad de un acto o negocio jurídico y posterior reclamación de lo indebidamente pagado en función de lo declarado nulo*. ¿Es de aplicación el art. 400 LEC para cuando se ejercita la acción de nulidad de un contrato (primer proceso) y seguidamente se pretende la condena dineraria a devolver las cantidades indebidamente pagadas derivadas de la citada nulidad (segundo proceso)? En este caso encontramos una disparidad de soluciones en la doctrina judicial de las audiencias provinciales. Así:

- a) entienden que no entra en escena el art. 400 LEC las SSAP Barcelona (siempre de su sec. 15<sup>a</sup>, especializada en derecho mercantil) 2246/2021, de 5 de noviembre (ECLI:ES:APB:2021:12478); 226/2020, de 4 de febrero (ECLI:ES:APB:2020:556); 2413/2019, de 23 de diciembre (ECLI:ES:APB:2019:14706); 474/2018, de 29 de junio (ECLI:ES:APB:2018:6579); y la 285/2017, de 29 de junio (ECLI:ES:APB:2017:5398); y las SSAP Madrid, sec. 14<sup>a</sup>, 216/2021, de 7 de junio (ECLI:ES:APM:2021:7471); y 348/2018, de 19 de noviembre (ECLI:ES:APM:2018:15574); sec. 28<sup>a</sup> (especializada en derecho mercantil), 2179/2020, de 30 de octubre (ECLI:ES:APM:2020:15359); y sec. 12<sup>a</sup>, 294/2020, de 14 de octubre (ECLI:ES:APM:2020:10898);
- b) consideran que sí debe aplicarse el art. 400 LEC las SSAP Madrid, sec. 28<sup>a</sup> (especializada en derecho mercantil), 902/2020, de 27 de mayo (ECLI:ES:APM:2020:4300); sec. 18<sup>a</sup>, 318/2020, de 22 de octubre (ECLI:ES:APM:2020:11470), y 192/2017, de 3 de mayo (ECLI:ES:APM:2017:7756); y sec. 13<sup>a</sup>, 243/2017, de 26 de mayo (ECLI:ES:APM:2017:6940).

En mi opinión, la respuesta debería ser negativa por cuanto falta el cuarto elemento configurador del art. 400 LEC, esto es, la identidad de peticiones en ambos procesos (en la primera demanda se ejercitó una acción constitutiva y en la segunda una acción de condena dineraria)<sup>5</sup>.

Sexto supuesto: *reclamación de una suma dineraria como principal y posterior reclamación judicial de sus intereses*. ¿Puede en un primer proceso pedirse el principal de una deuda y en un segundo proceso los intereses de dicha deuda? En este caso la respuesta es negativa por cuanto estamos ante un mismo tipo de petición de tutela judicial (de condena dineraria) por los mismos hechos (aunque en el primer proceso en concepto de principal y en el segundo como intereses), por lo que se dan todos los elementos esenciales de aplicación del art. 400 LEC. Así lo han considerado las SSTs, Civil, 313/2020, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1990), implícitamente; 629/2013, de 28 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5188); y la 164/2011, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1240).

Séptimo supuesto: *los procesos sumarios* ¿es de aplicación el art. 400 LEC en los procesos que concluyen con sentencias sin eficacia de cosa juzgada? La respuesta debe ser afirmativa por cuanto dicha norma no hace distinción respecto del concreto tipo de proceso (sumario o no), como advierten las SSAP de Madrid, sec. 13<sup>a</sup>, 349/2017, de 8 de septiembre (ECLI:ES:APM:2017:11130); y de Barcelona, 204/2014, sec. 13<sup>a</sup>, de 30 de abril (ECLI:ES:APB:2014:4930).

---

<sup>5</sup> Además del art. 400 LEC, la doctrina judicial destaca otros argumentos a favor de esta postura en materia de consumidores como la vigencia del principio de efectividad del art. 6 de la Directiva 93/13/CEE y la efectividad del derecho a la tutela judicial (*ad exemplum*, la SAP Madrid, sec. 14<sup>a</sup>, 216/2021, de 7 de junio, ECLI:ES:APM:2021:7471).

Octavo supuesto: *la demanda reconvenicional* ¿lo previsto en el art. 400 LEC también afecta al demandado que efectúa una demanda reconvenicional? La respuesta debe ser afirmativa por cuanto el demandado reconvenicional no deja de ser un actor que interpone una demanda contra el demandante inicial (art. 406.1 LEC) y así lo ha entendido la STC 106/2013, de 6 de mayo (BOE núm. 133 de 04 de junio de 2013); la STS 393/2012, Civil, de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2012:4945); la SAP Barcelona, sec. 4ª, 670/2021, de 14 de diciembre (ECLI:ES:APB:2021:14778); y las SSAP Madrid, sec. 9ª, 143/2017, de 29 de marzo (ECLI:ES:APM:2017:5549); y sec. 25ª, 383/2016, de 25 de octubre (ECLI:ES:APM:2016:13580).

Noveno supuesto: *aplicación al demandado no reconviniente* ¿entra en escena el art. 400 LEC para el demandado que no formula una reconvenición –o plantea una excepción material– y luego pretende solicitar su *petitum* en un proceso declarativo posterior con idéntico contenido alegatorio? Este es el caso, por ejemplo, de reclamarse en la demanda el cumplimiento de un contrato y la posibilidad del demandado de reconvenir o excepcionar la nulidad del mismo. La respuesta debe ser negativa ya que faltan el primer y el cuarto elemento configurador del art. 400 LEC: en primer lugar, no ha habido dos demandas por la misma persona (en el primer proceso el demandado no ejercita acción alguna); y en segundo lugar, lo que se pide es distinto en ambos procesos (en el ejemplo citado, en el primero se ejercita una acción de condena y en el segundo una acción constitutiva). En esta línea de ideas se pronuncia la STC 106/2013, de 6 de mayo (BOE núm. 133 de 04 de junio de 2013); la STS 142/2021, Civil, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:977); y las SSAP Barcelona, sec. 11ª, 546/2022, 28 de octubre (ECLI:ES:APB:2022:11327); y sec. 4ª, 670/2021, de 14 de diciembre (ECLI:ES:APB:2021:14778); y 1163/2019, de 13 de diciembre (ECLI:ES:APB:2019:14830); y de Madrid, sec. 11ª, 240/2017, de 21 de junio (ECLI:ES:APM:2017:8331)<sup>6</sup>.

Décimo supuesto: *el proceso de ejecución y el declarativo posterior* ¿es de aplicación el art. 400 LEC en el declarativo posterior respecto de causas de oposición no alegadas (o alegables) en el previo proceso de ejecución? Como es bien sabido, todos los motivos de oposición a la ejecución deben formularse en este proceso, por lo que no puede esperarse a iniciar un declarativo para pretender que judicialmente se resuelva sobre una cuestión que podía haber sido debatida y decidida en un proceso anterior (ejecutivo). Así lo ha establecido reiteradamente la jurisprudencia (*ad exemplum*, SSTs, Civil, 757/2022, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4095); 649/2022, de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3504); 576/2018, de 17 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3553); 526/2017, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3373); 462/2014, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4617); o 123/2012, de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:1312).

Sin embargo, debemos destacar que es incorrecto recurrir aquí al art. 400 LEC por cuanto falta el primero de los requisitos de su aplicación, a saber, que existan dos demandas: en este caso, en el primer proceso, la oposición a la ejecución no se formula a través de una demanda, sino de un escrito de oposición al despacho de la ejecución. Ello no significa que se llegue a la misma la solución a través del art. 564 LEC, que sólo permite acudir a un proceso declarativo posterior respecto de «hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución»<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> En esta última sentencia se destaca que si bien las excepciones materiales (nulidad) no formuladas por el demandado no están afectadas por el art. 400 LEC, si les afecta el efecto de cosa juzgada «implícita» si estamos ante una cuestión prejudicial o lógica no deducida.

<sup>7</sup> De igual modo, CACHÓN CADENAS, respecto de este supuesto, destaca que la «referencia al art. 400 es poco afortunada (...) [y] la alusión al art. 400 que efectúan aquellas sentencias es innecesario, dado que el art. 564, interpretado a sensu contrario, permite llegar a la misma solución alcanzada por el Tribunal Supremo»

### 3. La errónea doctrina de la STS 772/2022, de 10 de noviembre (ponente Pedro José Vela Torres)

#### 3.1. El caso

El supuesto de hecho de la STS, Civil, 772/2022, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4103), es bien simple: en un primer proceso, se ejercitó una acción meramente declarativa dirigida a que se reconociera que el banco había incumplido sus obligaciones de informar y asesorar sobre los riesgos derivados de la celebración de unos determinados contratos bancarios –que resultó estimada– y, en un segundo proceso, se interpuso una acción de condena dineraria por los daños y perjuicios derivados del citado incumplimiento contractual. Esta demanda prosperó tanto en primera como en segunda instancia, pero el Tribunal Supremo, estimando el recurso extraordinario por infracción procesal, la desestima en aplicación del art. 400 LEC.

Para fundamentar esta decisión, en primer lugar, menciona tres SSTS (la 812/2012, Civil, de 9 de enero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:277); la 189/2011, Civil, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2227); y la 768/2013, Civil, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5820), pero lo cierto es que ninguna de ellas tiene nada que ver con la cuestión conflictiva que se debate en el presente caso, pues se limitan a formulaciones genéricas del ámbito de aplicación del art. 400 LEC.

En segundo lugar, como argumento de autoridad, utiliza la STS 331/2022, Civil (Pleno), de 27 de abril, ponente Ilmo. Sr. Francisco Marín Castán (ECLI:ES:TS:2022:1715), en la que sí se planteó un supuesto similar al aquí analizado, esto es, la relación –a efectos de aplicar el art. 400 LEC– entre dos procesos en los que en el primero se formula una petición declarativa y en el segundo una de condena dineraria, pero curiosamente entiende que no debe entrar en escena dicha norma (estimando por ello el recurso extraordinario por infracción procesal por errónea aplicación del art. 400 LEC por parte de la Audiencia Provincial<sup>8</sup>) por cuanto había un interés legítimo del demandante en obtener un pronunciamiento meramente declarativo<sup>9</sup> y lo reclamado en ambos procesos fue diferente (en el primero, que se declarase la responsabilidad del banco, y en el segundo, que se condenase al banco al pago de determinadas cantidades económicas en función de lo establecido en la sentencia firme del primer litigio). Es cierto que después efectúa unas consideraciones, a modo de *obiter dictum*, indicando que en función de los arts. 219, 222 y 400 LEC «no es admisible una multiplicación injustificada de litigios sobre cuestiones que puedan solventarse en uno solo ni promover dos pleitos cuando el interés del demandante pueda satisfacerse por completo en uno solo».

---

(«Oposición a la ejecución y cosa juzgada, con especial referencia a las cláusulas abusivas», en CACHÓN CADENAS/PÉREZ DAUDÍ (dirs.), *Proceso y consumo*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 251-252; e ídem, «La cosa juzgada derivada del incidente de oposición a la ejecución: el pasado se hace presente», en JIMÉNEZ CONDE, Fernando/BELLIDO PENADÉS, Rafael (dirs.), *Justicia: ¿garantías “versus” eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 255).

<sup>8</sup> Y llega a la misma solución que había dado en primera instancia un juez en prácticas –como indica la propia STS–.

<sup>9</sup> Este es el requisito fundamental que exige el TS para la admisibilidad de las acciones meramente declarativas previstas en el art. 5 LEC (vid. especialmente, las SSTS, Civil, 255/2022, de 29 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1320); 254/2022, de 29 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1319); y la 131/2019, de 5 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:708).

Y, en tercer lugar, la sentencia aquí analizada generaliza el citado *obiter dictum* de la STS 331/2022, Civil (Pleno), de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1715)<sup>10</sup>, para concluir que la preclusión del art. 400 LEC se justificaba en la medida en que en nuestro sistema procesal civil es inadmisibles una pluralidad de litigios sobre cuestiones que puedan resolverse en uno solo. Para llegar a esta conclusión, la STS, Civil, 772/2022, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4103) aplica indebidamente el art. 219 LEC. En esta norma se prohíbe ejercitar una acción mero declarativa del derecho a percibir una cantidad de dinero para, posteriormente, iniciar un segundo proceso de condena a pagar la cantidad económica que se derive del primer juicio, pero en el caso concreto que se está enjuiciando en esta sentencia, el primer proceso no versó sobre una acción mero declarativa del derecho a percibir una cantidad de dinero sino a que se declarase que el Banco había incumplido sus obligaciones. La sentencia afirma con rotundidad «que debemos tener en cuenta que en nuestro ordenamiento procesal civil existe una prohibición expresa de diferir a un segundo procedimiento la reclamación de unas cantidades tras la interposición de un primer proceso de carácter meramente declarativo», pero ello es impreciso porque dicha prohibición sólo afecta al supuesto en que la acción mero declarativa del primer proceso "reclame en juicio el pago de dinero"<sup>11</sup>, supuesto que, como se ha indicado, no concurre en el presente caso<sup>12</sup>.

Como podemos ver, en este caso, el demandante se limitó en el primer proceso a ejercitar una acción mero declarativa para que se declarase que el Banco había incumplido sus obligaciones - tal como le permite el art. 5 LEC-, que no puede eliminarse con una simple -y además errónea- presunción (que expresamente se formula en la sentencia) de que dada la fecha de la primera demanda el actor ya podía solicitar en ella ambas peticiones (la mero declarativa y la de condena)<sup>13</sup>. La jurisprudencia de la fecha de la interposición de la demanda entendía que debía acreditarse que el banco incumplió su deber de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a los productos financieros objeto del proceso (*swaps*), por lo que antes de reclamar grandes cantidades de dinero derivadas de estos productos (en el caso eran más de 700.000 euros), y ante el temor de saber si se cumpliría o no dicha acreditación de información, es normal que el actor prefiriese limitarse inicialmente a ejercitar una petición mero declarativa. Además, no debemos olvidar que la jurisprudencia siempre puede cambiar y, de hecho, tanto en materia de *swaps* como en la declaración judicial de nulidad de cláusulas abusivas en la contratación hipotecaria la jurisprudencia fue modificándose respecto del contenido y alcance de dicha

---

<sup>10</sup> Y, de hecho, literalmente, afirma: «De la mencionada sentencia 331/2022, de 27 de abril, se desprende, como idea general, que la preclusión se justifica en la medida en que "no es admisible una multiplicación injustificada de litigios sobre cuestiones que puedan solventarse en uno solo". De hecho, afirma que, conforme a los arts. 400, 222 y 219 LEC, en la relación entre una demanda previa de declaración de responsabilidad contractual y una demanda posterior de condena al pago de la indemnización resultante de dicha responsabilidad, «tendría sentido apreciar la preclusión, pues no es admisible [...] promover dos pleitos cuando el interés del demandante pueda satisfacerse por completo en uno solo».

<sup>11</sup> Cita literal del art. 219.1 LEC.

<sup>12</sup> El estudio del art. 219 LEC excedería los objetivos de este trabajo, por lo que, para ello, nos remitimos a CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup>.P., *Tutela civil declarativa (de la acción a la sentencia de pura declaración)*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 384-394; y ABRISQUETA COSTA, P. *La sentencia con reserva de liquidación*, Marcial Pons, 2016, pp. 103-111.

<sup>13</sup> Así, el punto segundo del fundamento de derecho cuarto de la sentencia afirma que «(...) en la fecha en que se interpuso la primera demanda existía ya una consolidada jurisprudencia sobre los contratos de *swap* que dotaba a las partes y a los tribunales de instrumentos interpretativos suficientes para no hacer necesaria la interposición de una primera demanda meramente declarativa para duplicar posteriormente la reclamación con una redundante reclamación indemnizatoria que debía haberse sustanciado perfectamente en la primera demanda».

contratación, así como de los efectos de su anulación<sup>14</sup>. Por ello, en el caso aquí analizado, lo lógico y prudente era solicitar que se declarase el incumplimiento de la obligación de informar y asesorar sobre los riesgos derivados de los *swaps* celebrados para, posteriormente, cuantificar y reclamar los posibles daños económicos causados.

### **3.2. Crítica al alejamiento de esta sentencia respecto de la doctrina precedente –y correcta– del TS**

Como hemos evidenciado en el punto anterior, la jurisprudencia establecida en la sentencia 331/2022, Civil (Pleno), de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1715) fija con precisión los dos requisitos para que pueda formularse válidamente una petición inicial mero declarativa y otra posterior de condena -sin aplicarse el art. 400 LEC-: (a) que haya «interés legítimo» en la primera petición; y (b) que en ambos procesos se pidan cosas distintas. En la sentencia aquí estudiada (a) había «interés legítimo» del actor de limitarse a formular inicialmente la citada petición mero declarativa (por los motivos ya descritos), y (b) en los dos procesos se solicitaron cosas distintas, por lo que se aleja de dicha jurisprudencia, sentando la idea errónea de que la preclusión del art. 400 LEC se justifica en la medida en que «no es admisible una multiplicación injustificada de litigios sobre cuestiones que puedan solventarse en uno solo», por lo que no se puede «promover dos pleitos cuando el interés del demandante pueda satisfacerse por completo en uno solo».

Sin embargo, lo cierto es que la justificación real del art. 400 LEC se encuentra en la Exposición de Motivos de dicha Ley, que no dice lo que se indica en esta sentencia. En concreto, si bien se utiliza el término «cuestión», lo hace en singular y como sinónimo de «asunto litigioso», para destacar que cuando lo que se pida pueda fundarse en diversos fundamentos o títulos jurídicos, necesariamente deberán alegarse en dicha petición si quiere evitarse una posterior eficacia de cosa juzgada de la sentencia del proceso en que el que se resuelva dicha petición. Pero ello nada tiene que ver con la necesidad de que varias peticiones (o «cuestiones» –en plural, como se indica en la sentencia–) deban resolverse en un solo proceso bajo pena de preclusión. El actor, en el ejercicio de su derecho a acceder a los tribunales (art. 24.1 CE), y en virtud del principio dispositivo –rector del proceso civil– es libre de reclamar o no judicialmente lo que estime que le corresponde, y ni el legislador (ni mucho menos la jurisprudencia) debe obligarle a reclamar lo que no desee.

La ley sí puede, como hace el art. 400 LEC, exigir que en la concreta petición judicial que haga el actor, formule todas sus alegaciones defensivas (fundamentos o títulos jurídicos) para evitar el

---

<sup>14</sup> El ejemplo paradigmático lo constituye la condena a la devolución de lo indebidamente pagado en virtud de cláusulas suelo en contratos hipotecarios: como es sabido, la STS, 241/2013, Civil, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:1916) determinó que sólo podía reclamarse a la entidad bancaria lo indebidamente entregado a partir de dicha fecha (9 de mayo de 2013). Ello motivó diversas cuestiones prejudiciales de tribunales españoles al TJUE, quien en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 determinó que ello contravenía la normativa europea de protección a los consumidores, lo que obligó al TS a cambiar su jurisprudencia. Así, finalmente, a partir de su sentencia de 15 de febrero de 2017, se obligó a la devolución de todas las cantidades percibidas por la entidad bancaria en aplicación indebida de la cláusula suelo desde la fecha del préstamo hipotecario. Ante esta situación, y la imposibilidad de pedir la revisión de la primera sentencia que condenó al pago a partir del 9 de mayo de 2013, muchos consumidores decidieron interponer una segunda demanda para reclamar lo indebidamente pagado desde la fecha de sus contratos hipotecarios hasta el 9 de mayo de 2013, lo que ha sido rechazado en aplicación del art. 400 LEC por las SSAP Madrid, sec. 11ª, 19/2022, de 14 de enero (ECLI:ES:APM:2022:681); y sec. 28ª, 498/2021, de 5 de marzo (ECLI:ES:APM:2021:4618). En este caso, los justiciables que siguiendo la jurisprudencia de la STS de 9 de mayo de 2013 limitaron su petición a reclamar lo indebidamente pagado solo desde dicha fecha perdieron la posibilidad de reclamar lo entregado con anterioridad.

uso abusivo del proceso en sucesivos pleitos sobre la misma petición. Pero esta norma, en ningún momento, exige al actor a formular todas sus peticiones en una sola demanda, limitando así su libertad constitucional de acción. De lo contrario, caeríamos en el autoritarismo normativo denunciado por RAMOS MÉNDEZ<sup>15</sup>.

Por ello, como indica SERRA DOMÍNGUEZ, el art. 400 LEC no resuelve los efectos de cosa juzgada «respecto de las pretensiones (esto es, *petitums*) no deducidas pero deducibles»<sup>16</sup>; y como señala CACHÓN CADENAS, el demandante sí puede «formular en un proceso una determinada petición, y después formular en un proceso posterior una petición distinta, aunque se base total o parcialmente en hechos o títulos jurídicos que el demandante alegó en el primer proceso o que habría podido alegar en ese proceso anterior»<sup>17</sup>. En la misma línea, TAPIA FERNÁNDEZ, en sus diferentes estudios sobre el objeto del proceso, ha razonado debidamente que la aplicación del art. 400 LEC debe limitarse a «las distintas *causae petendi* en que se funda el *petitum* en su demanda (en el demandado en su reconvenición: art. 406.4 LEC). A ello sólo (y, nada menos) se ciñe la norma que comentamos; norma que, por ser restrictiva de derechos, ha de ser interpretada en su literalidad, sin que deba ser aplicada analógicamente a supuestos diversos (...) y lo que literalmente dice (bueno es repetirlo una vez más) es que la preclusión alcanza a los fundamentos de hecho y de derecho en que se basa la petición de tutela, no a los “pedimentos” que hubieran podido alegarse»<sup>18</sup>; DE LA OLIVA SANTOS indica que el «art. 400.1 LEC tiene por aducidos todos los fundamentos de lo pretendido (del *petitum*, para ser exactos), pero no tiene por pretendido o pedido lo que no se pretenda o pida»<sup>19</sup>; VALLINES GARCÍA sostiene que «el artículo 400.1 no opera sobre acciones que persiguen fines distintos. El ejercicio de una acción no produce de *lega data* la preclusión de otras acciones en las que “lo que se pida” sea algo diferente, *incluso cuando las causas de pedir sean idénticas*»<sup>20</sup>, por lo que «resulta lícito y razonable que el justiciable prevea que las peticiones distintas no resultan afectadas por la preclusión del art. 400 LEC»<sup>21</sup>; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, insiste en que «la preclusión alcanza solamente a causas de pedir deducibles pero no deducidas, pero no a *petita* deducibles pero no deducidos»<sup>22</sup>; BANACLOCHE PALAO, tras constatar cómo algunos tribunales vienen extendiendo indebidamente la aplicación del art. 400 LEC a las acciones con *petita* complementarios o accesorios respecto de otras ya ejercitadas, afirma que esta «posición restrictiva del derecho del justiciable carece de apoyo legal expreso (...)

---

<sup>15</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *Guía para una transición ordenada a la LEC*, J.M<sup>a</sup> Bosch editor, Barcelona, 2000, p. 305; ídem, *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, T.II, Atelier, Barcelona, 2008, p. 1187.

<sup>16</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La Ley 1/2000, sobre Enjuiciamiento Civil*, J.M<sup>a</sup> Bosch editor, Barcelona, 2000, p. 29.

<sup>17</sup> CACHÓN CADENAS, M., *Introducción al enjuiciamiento civil*, Atelier, 2021, Barcelona, p. 188.

<sup>18</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I., El objeto del proceso civil y su fijación en las alegaciones, sentencia y cosa juzgada, Wolters Kluwer, 2019, pp. 218-219. En la misma línea, vid. sus estudios El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada, La Ley, Madrid, 2000, p. 156; y La cosa juzgada. Estudio de jurisprudencia civil, Dykinson, Madrid, 2010, p. 119.

<sup>19</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2005, p. 79.

<sup>20</sup> VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 223-224.

<sup>21</sup> VALLINES GARCÍA, E., «Preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica: a vueltas con el artículo 400 de la Ley de enjuiciamiento civil», en DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio/VEGAS TORRES, Jaime (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad: liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, vol. 2, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 3193.

<sup>22</sup> DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Comentario al art. 400», en BANACLOCHE PALAO, Julio/DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio/DE LA OLIVA SANTOS, Andrés/VEGAS TORRES, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, 2001, p. 670.

[por lo que] no debería continuar aplicándose por nuestros tribunales»<sup>23</sup>; y GUIXÉ NOGUÉS concluye «I. El art. 400 LEC sólo se refiere a la preclusión de alegaciones de hechos o títulos jurídicos, no a la preclusión de pretensiones. A nuestro juicio, no cabe aplicar analógicamente dicha regla a supuestos distintos ya que una interpretación extensiva limita el derecho de acceso a la jurisdicción. II. La Ley no impide que el actor deje para un proceso posterior una petición deducible en el primero aunque sea conexas ya que, la acumulación de acciones, es facultativa»<sup>24</sup>.

En esta misma línea se pronuncian las SSTC 71/2010, de 18 de octubre (BOE núm. 279 de 18 de noviembre de 2010); y 106/2013, de 6 de mayo (BOE núm. 133 de 04 de junio de 2013), ambas estimatorias del recurso de amparo solicitado por errónea aplicación del art. 400 LEC. La primera indica que cuando las peticiones de ambos procesos no «guardan identidad sustancial», no existe «previsión legal que imponga el ejercicio obligatorio de ambas acciones en concurso». Y la segunda, respecto de la declaración judicial de instancia que aplicó el art. 400 LEC al demandado no reconviniente, destaca que «No podemos olvidar que nuestra legislación procesal al regular la reconvencción en el art. 406 LEC, dispone que el demandado “podrá” por medio de reconvencción formular las pretensiones que crea le competen respecto del demandante; es decir, la decisión de reconvenir o de no hacerlo se regula como un derecho, no como un deber, del que el demandado goza en un pleito frente al demandante. Entender, como han hecho los órganos judiciales, que a la luz del art. 400 LEC, la reconvencción es necesaria para evitar la preclusión de las pretensiones que el demandado pudiera tener frente al demandante, supone una interpretación contraria el tenor del art. 406 LEC y lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia, en la medida que restringe desproporcionadamente el derecho del demandado que optó por no reconvenir, produciendo unos efectos perjudiciales en su esfera jurídica».

#### 4. Reflexión final

La nueva doctrina de la STS, Civil, 772/2022, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4103) amplía peligrosamente los márgenes de aplicación del art. 400 LEC más allá de los cuatro elementos configuradores establecidos por el propio TS. No solo desconoce la opinión científica procesal más autorizada que ha estudiado dicha norma, sino que es incorrecta, pues atenta su propia literalidad –y la finalidad para la cual se estableció, de acuerdo a lo indicado en su Exposición de Motivos–.

La problemática del ejercicio de una petición mero declarativa y otra de condena en dos procesos sucesivos no debe resolverse a través del art. 400 LEC sino del art. 219 LEC, como hace correctamente la STS 331/2022, Civil (Pleno), de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1715), teniendo en cuenta que para el caso aquí comentado (el de la STS, Civil, 772/2022, de 10 de noviembre [ECLI:ES:TS:2022:4103]) no resultaba de aplicación dicha norma (art. 219 LEC) porque el actor ejerció una acción meramente declarativa dirigida a que se reconociera que el banco había incumplido sus obligaciones, es decir, no era una acción meramente declarativa del derecho a

---

<sup>23</sup> BANACLOCHE PALAO, J., El ámbito de aplicación de la regla de la preclusión del art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *Revista de Derecho Procesal*, 2009, pp. 79 y 84.

<sup>24</sup> GUIXÉ NOGUÉS, E., «La extensión de los efectos de cosa juzgada a las pretensiones deducibles en pleito anterior y el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE», en PICÓ I JUNOY, Joan (dir.), *Principios y garantías procesales: Liber Amicorum en homenaje a la profesora M<sup>ra</sup> Victoria Berzosa Francos*, J.M<sup>a</sup> Bosch editor, Barcelona, 2013, p. 258.

percibir una cantidad<sup>25</sup>. Si bien es cierto que la primera sentencia se refiere al art. 400 LEC lo hace como mero *obiter dictum*, por lo que al generalizarse su aplicación en la segunda sentencia del Alto Tribunal se extiende peligrosamente su ámbito de vigencia al eliminarse el cuarto de los citados requisitos jurisprudenciales del art. 400 LEC (el referente a pedirse lo mismo en las dos demandas)<sup>26</sup>.

Pero lo más grave es que esta errónea interpretación extensiva del art. 400 LEC provoca una clara denegación del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante al impedirle obtener un pronunciamiento sobre el fondo respecto de una petición que nunca será judicialmente juzgada, por lo que le causa una evidente indefensión. Por todo ello, esperemos que el TS reconsidere esta nueva doctrina y vuelva a los límites que sobre el alcance del art. 400 LEC había establecido con anterioridad a la STS, Civil, 772/2022, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4103).

## 5. Tabla de contenidos jurisprudenciales

Sentencia	Primer proceso (1P)	Segundo proceso (2P)	Aplicación art. 400 LEC
TS, 772/2022, 10.11 ECLI:ES:TS:2022:4103	Acción declarativa de incumplimiento contractual	Acción de condena dineraria a devolver las cantidades entregadas	Sí (estima el recurso)
TS, 757/2022, 07.11 ECLI:ES:TS:2022:4095	Proceso ejecutivo ex art. 3 de la Ley 57/1968	Acción de resolución contractual con devolución dineraria que no pudo ejercitarse como motivo de oposición en el 1P	Sí (estima el recurso)
TS, 649/2022, 06.10 ECLI:ES:TS:2022:3504	Proceso de ejecución de título extrajudicial	Acción constitutiva de nulidad que pudo ejercitarse como motivo de oposición en el 1P	Sí (desestima el recurso)
TS (Pleno), 331/2022, 27.04 ECLI:ES:TS:2022:1715	Acción declarativa de responsabilidad legal de un banco	Acción de condena dineraria a devolver las cantidades entregadas	No (estima el recurso)
TS, 423/2021, 22.06 ECLI:ES:TS:2021:2500	Reclamación dineraria al administrador por responsabilidad social (ante juzgado mercantil).	Reclamación dineraria al mismo administrador por enriquecimiento injusto (ante juzgado de primera instancia).	En teoría sí <sup>27</sup> pero en este caso no <sup>28</sup>

<sup>25</sup> Y éste es el único supuesto de hecho de aplicación del art. 219.1 LEC. No es posible efectuar una lectura extensiva o analógica de la misma a otros supuestos distintos no previstos en esta norma (esto es, las referentes a que se declare el derecho a percibir una cantidad de dinero) porque el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva impone interpretar la legalidad de la manera que permita la máxima eficacia a dicho derecho. El principio pro-actone, que el Tribunal Constitucional lo ampara dentro del art. 24.1 CE, exige que deba acogerse la lectura de la ley más favorable al acceso a la tutela judicial, lo que, en nuestro caso, supone limitar el alcance del art. 219.1 LEC al supuesto expresamente previsto en él y no aplicarlo a otros supuestos de acciones meramente declarativas.

<sup>26</sup> Y que responde a la estricta literalidad proclamada ya en el inicio del propio art. 400 LEC cuando establece: «Cuando lo que se pida en la demanda [...]».

<sup>27</sup> Como se hace en la STS 5/2020, Civil, de 8 de enero (ECLI:ES:TS:2020:11).

<sup>28</sup> Por incompatibilidad competencial entre las dos acciones.

			(desestima el recurso)
TS, 142/2021, 15.03 ECLI:ES:TS:2021:977	No formulación de reconvención ni excepcionales materiales en la contestación a la demanda	Reclamación de lo que se podía haber reconvenido o excepcionado en el 1P	No (estima el recurso)
TS, 142/2021, 15.03 (ECLI:ES:TS:2021:977	No formulación de reconvención ni excepcionales materiales en la contestación a la demanda	Reclamación de lo que se podía haber reconvenido o excepcionado en el 1P	No (estima el recurso)
TS, 313/2020, 17.06 ECLI:ES:TS:2020:1990	Reclamación por daños patrimoniales a un procurador por negligencia profesional, que se desiste	Reclamación de los daños morales producidos por dicha negligencia	No (estima el recurso al aplicarse incorrectamente en la instancia el art. 400 LEC)
TS 5/2020, 08.01 (ECLI:ES:TS:2020:11	Reclamación dineraria al administrador social por deudas (art. 367 LSC)	Reclamación dineraria al administrador social por daños (art. 241 LSC)	Sí (desestima el recurso)
TS 628/2018, 13.11 ECLI:ES:TS:2018:3734	Resolución de un contrato de CV, aparentemente porque no se entregó el bien en la fecha pactada, aunque en realidad se instó la demanda porque el actor no logró una rebaja del precio (hubo una sentencia desestimatoria)	Cumplimiento de dicho contrato y el demandado (actor del 1P) formula reconvención instando la resolución del contrato de CV por nulidad de varias cláusulas que justificarían pedir la resolución del contrato	Sí (desestima el recurso)
TS 417/2018, 03.07 ECLI:ES:TS:2018:2564	Reclamación dineraria por lucro cesante debido al desistimiento unilateral de un contrato por el demandado (se deniega por no concretar las bases de determinación ni concurrir el 219 –no hubo reserva de acción–)	Reclamación dineraria del beneficio industrial dejado de percibir derivado del citado desistimiento unilateral y que se cuantifica (1.500.000 €) con una pericial	Sí (desestima el recurso)
TS 664/2017, 13.12 ECLI:ES:TS:2017:4442	Nulidad de un contrato de compraventa	Resolución de dicho contrato por incumplimiento del vendedor	No (estima el recurso)
TS 515/2016, 21.06 ECLI:ES:TS:2016:3634	Condena a entregar unos solares y naves industriales + su posesión	Reclamación dineraria (pago de alquileres de locales de negocio)	No (desestima el recurso)
TS 214/2015, 23.04 ECLI:ES:TS:2015:1533	Acción declarativa de disfrute de una vivienda por usufructo vitalicio	Acción declarativa de disfrute de la misma vivienda por comodato	Sí (desestima el recurso)

TS 671/2014, 19.11 ECLI:ES:TS:2014:4840	Acción de reclamación de cantidad contra un banco derivada de la existencia de la emisión de una tarjeta de crédito, con falta de recepción por la demandante y su uso indebido por un 3º tercero	Acción contra el mismo banco en protección del derecho fundamental al honor por la inclusión de los datos del actor en sendos ficheros de morosos en la que pide que se declare que el banco ha vulnerado su derecho al honor, y se le condene a indemnizarle	No (desestima el recurso)
TS 768/2013, 05.12 ECLI:ES:TS:2013:5820	Nulidad de un contrato (por una causa)	Nulidad del mismo contrato (por otra causa)	Sí (desestima el recurso)
TS 629/2013, 28.10 ECLI:ES:TS:2013:5188		En el 2P no puede solicitarse <i>petitums</i> complementarios o accesorios de un 1P	Sí (estima el recurso)
TS, 164/2011, 21.03 ECLI:ES:TS:2011:1240	Reclamación dineraria (daños, pérdida de beneficios y gastos extraordinarios)	Reclamación de la actualización de dichas cantidades a la fecha de ejecución	Sí (desestima el recurso)
TS, 189/2011, 30.03 ECLI:ES:TS:2011:2227	Reclamación dineraria por infracción del derecho a la intimidad de la Ley 1/1982	Reclamación dineraria por infracción de la Ley 15/1999, de Protección de Datos	Sí (desestima el recurso)
TS 771/2006, 21.07 ECLI:ES:TS:2006:6358	Reclamación dineraria a los comuneros de pagar las cuotas o derramas	Nulidad de las Juntas e ineficacia de sus acuerdos	No <sup>29</sup> (desestima el recurso)
TC, 106/2013, 06.05 BOE núm. 133 de 04 de junio de 2013	No formulación de reconvencción ni excepcionales materiales en la contestación a la demanda	Reclamación de lo que se podía haber reconvenido o excepcionado en el 1P	No (estima el amparo)
TC, 10/2012, 30.01 BOE núm. 47 de 24 de febrero de 2012	Oposición cambiaria por inexistencia de la obligación y falta absoluta de causa, que se desestima sin perjuicio de acudir a un posterior declarativo	Se insta la nulidad del primer proceso en función de la anterior oposición, pero se desestima al indicarse que debía haberse resuelto en el 1P	No (estima el amparo)
TC, 71/2010, 18.10 BOE núm. 279 de 18 de noviembre de 2010	Reclamación dineraria por responsabilidad extracontractual	Reclamación de los intereses moratorios ex art. 20 LCS (imprejuzgados en el 1P)	No (estima el amparo)
TC, 5/2009, 12.01 BOE núm. 38 de 13 de febrero de 2009	Acción reivindicatoria frente a demandados por invasión de la finca A.	Acción reivindicatoria frente a los mismos demandados por invasión de la finca B	No (estima el amparo)
AP, Madrid, sec. 28ª, 461/2022, 17.06 ECLI:ES:APM:2022:9283	Nulidad de un determinado pacto contractual	Ineficacia de otro pacto del mismo contrato que es independiente, separado y	No

<sup>29</sup> No es un tema del art. 400 LEC sino de cosa juzgada «implícita» que así se estima y aplica (las excepciones materiales –nulidad– no formuladas por el demandado no están afectadas por el art. 400 LEC, aunque sí por el efecto de cosa juzgada «implícita» si estamos ante una cuestión prejudicial o lógica no deducida).

		distinto del pacto de la primera demanda	
AP, Madrid, sec. 8 <sup>a</sup> , 125/2022, 16.03 ECLI:ES:APM:2022:4746	Proceso de ejecución de título extrajudicial	Declarativo posterior sobre validez del título ejecutivo que intentó resolverse como motivo de oposición siendo rechazada su admisión	No
AP, Madrid, sec. 11 <sup>a</sup> , 19/2022, 14.01 ECLI:ES:APM:2022:681	Nulidad de cláusula suelo y restitución de lo indebidamente pagado a partir del 9 de mayo de 2013	Restitución de lo indebidamente pagado desde la fecha del préstamo hipotecario hasta el 9 de mayo de 2013	Sí
AP, Madrid, sec. 20 <sup>a</sup> , 408/2021, 05.11 ECLI:ES:APM:2021:13686	Reclamación por daño moral	Reclamación por dicho daño moral por hechos distintos, pero ya existentes en el 1P	Sí
AP, Madrid, sec. 14 <sup>a</sup> , 216/2021, 07.06 ECLI:ES:APM:2021:7471	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	No
AP, Madrid, sec. 25 <sup>a</sup> , 215/2021, 31.05 ECLI:ES:APM:2021:6942	Resolución de un contrato por incumplimiento	Devolución de lo entregado en función del contrato resuelto en el 1P	Sí
AP, Madrid, sec. 20 <sup>a</sup> , 171/2021, 22.04 ECLI:ES:APM:2021:4126	Petición declarativa de infracción del derecho al honor y de condena a hacer (cancelar la inscripción en determinados ficheros)	Condena pecuniaria por daños morales	Sí
AP, Madrid, sec. 28 <sup>a</sup> , 498/2021, 05.03 ECLI:ES:APM:2021:4618	Nulidad de cláusula suelo y restitución de lo indebidamente pagado a partir del 9 de mayo de 2013	Restitución de lo indebidamente pagado desde la fecha del préstamo hipotecario hasta el 9 de mayo de 2013.	Sí
AP, Madrid, sec. 28 <sup>a</sup> , 42/2021, 21.01 ECLI:ES:APM:2021:2730	Nulidad de cláusula suelo y restitución de lo indebidamente pagado a partir del 9 de mayo de 2013	Restitución de lo indebidamente pagado desde la fecha del préstamo hipotecario hasta el 9 de mayo de 2013	Sí
AP, Madrid, sec. 28 <sup>a</sup> , 2179/2020, 30.10 ECLI:ES:APM:2020:15359	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	No
AP, Madrid, sec. 18 <sup>a</sup> , 318/2020, 22.10 ECLI:ES:APM:2020:11470	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	Sí
AP, Madrid, sec. 12 <sup>a</sup> , 294/2020, 14.10 ECLI:ES:APM:2020:10898	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	No
AP, Madrid, sec. 10 <sup>a</sup> , 194/2020, 01.06 ECLI:ES:APM:2020:5980	Nulidad de una hipoteca	Devolución de la cantidad entregada por el prestatario al prestamista (y para cuyo pago se constituyó la hipoteca)	Sí

AP, Madrid, sec. 28 <sup>a</sup> , 902/2020, 27.05 ECLI:ES:APM:2020:4300	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	Sí
AP, Madrid, sec. 14 <sup>a</sup> , 348/2018, 19.11 ECLI:ES:APM:2018:15574	Nulidad de un contrato de permuta financiera	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	No
AP, Madrid, sec. 11 <sup>a</sup> , 90/2018, 21.03 ECLI:ES:APM:2018:3958	Monitorio de reclamación de cantidad por gastos pagados por el propietario	Ordinario de reclamación dineraria por falta de pago de la renta	No
AP, Madrid, sec. 28 <sup>a</sup> , 252/2017, 18.05 ECLI:ES:APM:2017:7211	Reclamación dineraria al administrador social por deudas (art. 367 LSC)	Reclamación dineraria al administrador social por daños (art. 241 LSC)	Sí
AP, Madrid, sec. 13 <sup>a</sup> , 243/2017, 26.05 ECLI:ES:APM:2017:6940/ sec. 18 <sup>a</sup> , 192/2017, 03.05 ECLI:ES:APM:2017:7756	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	Sí
AP, Madrid, sec. 11 <sup>a</sup> , 240/2017, 21.06 ECLI:ES:APM:2017:8331	No formulación de reconvencción ni excepcionales materiales en la contestación a la demanda	Reclamación de lo que se podía haber reconvenido o excepcionado en el 1P	No
AP, Madrid, sec. 13 <sup>a</sup> , 74/2008, 15.02 ECLI:ES:APM:2008:2926	Acción declarativa de delimitación de lindes de una finca	Acción reivindicatoria de dicha finca	No
AP, Barcelona, sec. 11 <sup>a</sup> , 546/2022, 28.10 ECLI:ES:APB:2022:1132	No formulación de reconvencción en la contestación a la demanda	Reclamación de lo que se podía haber reconvenido en el 1P	No
AP, Barcelona, sec. 4 <sup>a</sup> , 670/2021, 14.12 ECLI:ES:APB:2021:14778	No formulación de reconvencción en la contestación a la demanda	Reclamación de lo que se podía haber reconvenido en el 1P	No
SAP Barcelona, sec. 13 <sup>a</sup> , 678/2021, de 26 de noviembre ECLI:ES:APB:2021:13662	Monitorio de reclamación de rentas de un arrendamiento	Ordinario de reclamación dineraria por dichas rentas	Sí
AP, Barcelona, sec. 15 <sup>a</sup> , 2246/2021, 05.11 ECLI:ES:APB:2021:12478	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	No
AP, Barcelona, sec. 15 <sup>a</sup> , 1862/2021, 27.09 ECLI:ES:APB:2021:10739	Nulidad de un contrato por un determinado vicio	Nulidad del mismo contrato, pero por una causa distinta	No
AP, Barcelona, sec. 15 <sup>a</sup> , 883/2021, 10.05 ECLI:ES:APB:2021:4480	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	No
AP, Barcelona, sec. 17 <sup>a</sup> , 104/2021, 04.03 ECLI:ES:APB:2021:2555	Condena pecuniaria por enriquecimiento injusto	Condena a cumplir un contrato (alternativa y subsidiariamente su nulidad radical)	No

AP, Barcelona, sec. 19 <sup>a</sup> , 22/2021, 21.01 ECLI:ES:APB:2021:496	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	No
AP, Barcelona, sec. 15 <sup>a</sup> , 2409/2020, 13.11 ECLI:ES:APB:2020:11716	Proceso de ejecución de título extrajudicial (hipoteca)	Declarativo posterior sobre validez de una cláusula de la hipoteca que no tiene ninguna incidencia en el primer proceso de ejecución hipotecaria	No
AP, Barcelona, sec. 15 <sup>a</sup> , 226/2020, 04.02 ECLI:ES:APB:2020:556	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	No
AP, Barcelona, sec. 15 <sup>a</sup> , 2/2018, 02.01 ECLI:ES:APB:2018:11		El art. 400 LEC no impone la obligación de acumular acciones cuando se pide cosa distinta de la solicitada en un 1P, por mucho que se hubieran podido acumular	
AP, Barcelona, sec. 15 <sup>a</sup> , 285/2017, 19.06 ECLI:ES:APB:2017:5398	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	No

## 6. Bibliografía

ABRISQUETA COSTA, Pedro, *La sentencia con reserva de liquidación*, Marcial Pons, 2016, pp. 103-111.

BANACLOCHE PALAO, Julio, «El ámbito de aplicación de la regla de la preclusión del art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista de Derecho Procesal*, 2009, pp. 72-84.

CACHÓN CADENAS, Manuel, «Oposición a la ejecución y cosa juzgada, con especial referencia a las cláusulas abusivas», en CACHÓN CADENAS, Manuel/PÉREZ DAUDÍ, Vicente (dirs.), *Proceso y consumo*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 241-259.

- *Introducción al enjuiciamiento civil*, Atelier, 2021, Barcelona, pp. 187-188.
- «La cosa juzgada derivada del incidente de oposición a la ejecución: el pasado se hace presente», en JIMÉNEZ CONDE, Fernando/BELLIDO PENADÉS, Rafael (dirs.), *Justicia: ¿garantías “versus” eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 233-263.

CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup> Pía, *Tutela civil declarativa (de la acción a la sentencia de pura declaración)*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 384-394.

CORREA DELCASSO, Juan Pablo, «Alcance de la disposición contenida en el art. 400.2 LEC», *Justicia: Revista de derecho procesal*, 2007, vol. 3-4, pp. 85-86.

DAMIÁN MORENO, Juan, «El deber de fundar la demanda en los diferentes hechos o en los distintos fundamentos o títulos jurídicos que resulten conocidos o que puedan invocarse al tiempo de interponerla: el artículo 400 LEC», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis/BARONA VILAR, Silvia/CALDERÓN CUADRADO, María Pía (coords.), *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca: liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch,

Valencia, 2012, pp. 499-512 (y en DÍEZ-PICAZO, Luis (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. 1, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1003-1018).

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 76-80.

- *Sobre la cosa juzgada*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, «Comentario al art. 400», en BANACLOCHE PALAO, Julio/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio/DE LA OLIVA SANTOS, Andrés/VEGAS TORRES, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, 2001, p. 670.

GUIXÉ NOGUÉS, Elena, «La extensión de los efectos de cosa juzgada a las pretensiones deducibles en pleito anterior y el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE», en PICÓ I JUNOY, Joan (dir.), *Principios y garantías procesales: Liber Amicorum en homenaje a la profesora M<sup>a</sup> Victoria Berzosa Francos*, J.M<sup>a</sup> Bosch editor, Barcelona, 2013, pp. 245-260.

NIEVA FENOLL, Jordi, *La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 164-171.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, T. II, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 1187-1189.

- *Guía para una transición ordenada a la LEC*, J.M<sup>a</sup> Bosch editor, Barcelona, 2000, pp. 305-306.

SALAS CARCELLER, Antonio, «La preclusión procesal del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo n<sup>o</sup> 664/2017, de 13 diciembre, Rec. 1859/2015», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2018, pp. 23-28.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *La Ley 1/2000, sobre Enjuiciamiento Civil*, J.M<sup>a</sup> Bosch editor, Barcelona, 2000, p. 29.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *El objeto del proceso civil y su fijación en las alegaciones, sentencia y cosa juzgada*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 218-219.

- *La cosa juzgada. Estudio de jurisprudencia civil*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 123-156.
- *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 156-160.

VALLINES GARCÍA, Enrique, «Preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica: a vueltas con el artículo 400 de la Ley de enjuiciamiento civil», en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio/VEGAS TORRES, Jaime (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad: liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, vol. 2, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 3171-3196.

- *La preclusión en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 223-224.