

EFFECTOS PRECLUSIVOS DE LA COSA JUZGADA MATERIAL*

JAIME CONCHEIRO DEL RÍO
Registrador de la Propiedad

SUMARIO: I. CONCEPTO DE COSA JUZGADA.— II. EL FUNDAMENTO DE LA COSA JUZGADA.— III. CLASES DE COSA JUZGADA.— IV. EFECTOS DE LA COSA JUZGADA MATERIAL.— V. POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS PRECEPTOS REGULADORES DE LA COSA JUZGADA MATERIAL EN LA NUEVA LEC.— VI. ELEMENTOS DE LA COSA JUZGADA MATERIAL: A) Elementos subjetivos de la cosa juzgada. B) Objeto del proceso y causa de pedir.— VII. APLICACIÓN INTERESANTE DEL PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL.— VIII. CONCLUSIONES.

En el mundo del Derecho conviven dos principios fundamentales: el de seguridad jurídica y el de justicia, el cual en el ámbito constitucional opera a través del denominado principio de tutela judicial efectiva. La expresada convivencia se desarrolla muchas veces de forma pacífica, de tal suerte que ambos principios se complementan y robustecen recíprocamente. En otras ocasiones, que se nos antojan más numerosas —quizás porque las situaciones conflictivas revisten caracteres de mayor estridencia—, los referidos principios adoptan

* Finalista.

posturas encontradas, convirtiéndose aquella situación de matrimonio bien avenido en otra de divorcio pleno, discurriendo cada uno de ellos por caminos divergentes.

Esta situación de tensión o pugna existente entre los principios de justicia y de seguridad jurídica es una constante que se manifiesta en todas las esferas de nuestro ordenamiento jurídico. Esta tensión se refleja igualmente en el ámbito del Derecho procesal y, dentro del mismo, con gran intensidad en todo lo concerniente a la materia de la cosa juzgada, acusando especial importancia en la materia objeto de estudio en el presente trabajo, sobre todo después de la reforma llevada a cabo por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. No podía ser de otro modo, toda vez que el Derecho procesal, según la concepción dominante, reviste un carácter instrumental con relación a otras ramas jurídicas y, muy especialmente, con relación al derecho material (el proceso civil con relación al Derecho privado); llegándose a afirmar de manera gráfica que el Derecho material da el *qué* de la resolución de los conflictos y el Derecho procesal el *cómo* de dicha resolución.

No empece a la afirmación antes sostenida la existencia de otra concepción del referido Derecho procesal, defendida principalmente por un tan ilustre procesalista como Jaime Guasp¹, quien sostiene que la función procesal va dirigida de manera esencial a la satisfacción de las pretensiones. Para esta concepción la finalidad institucional del proceso «no se haya subordinada jurídicamente a ninguna otra, pues la satisfacción de pretensiones es un concepto radicalmente primario, desde el punto de vista jurídico (aunque pueda no serlo desde el punto de vista sociológico, ya que, socialmente, la reclamación judicial suele nacer después del fracaso de las reclamaciones extrajudiciales). El Derecho procesal viene a ser, en definitiva, sólo un instrumento de los comunes valores jurídicos a los que todo el Derecho, por otra parte, obedece y se haya subordinado».

De lo expuesto se deduce que lejos de ser el Derecho procesal un instrumento del Derecho material, ocurre justamente lo contrario, porque es el Derecho procesal el que viene a proporcionar los instrumentos normalmente necesarios para la labor procesal. Consideramos, en definitiva, que las dos concepciones antes expuestas depen-

¹ En *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 2002.

den de una cuestión de punto de vista o perspectiva y no deben conducirnos a conclusiones diferentes, al menos en lo que afecta a la materia que estamos examinando. Baste con considerar algo que nadie discute: el derecho procesal y el derecho material, más que dos ordenamientos jurídicos totalmente independientes, vienen a representar dos puntos de vista distintos de una misma materia jurídica y su enlace se obtiene, como afirma igualmente Jaime Guasp, «no mediante la subordinación de uno a otro, sino mediante el juego de instituciones de conexión..., que constituyen un verdadero orden jurídico intermedio... que puede designarse con la fórmula de derecho judicial material o de otra manera cualquiera».

Esta función instrumental del Derecho procesal, encaminada a ofrecer las fórmulas adecuadas para la consecución del fin primordial del Derecho —que es descrito por Rudolph von Ihering² al decir que «la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo. (Dicho medio), por muy variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la injusticia»—, determina que los principios antes aludidos se presenten en esta disciplina con mayor virulencia, si cabe, que en las demás.

I. CONCEPTO DE COSA JUZGADA

El concepto de cosa juzgada puede entenderse de dos formas diferentes, tal y como expone De la Oliva Santos. Según la primera, cosa juzgada sería «el estado jurídico en que se encuentran algunos asuntos o cuestiones que han sido objeto de enjuiciamiento definitivo en un proceso. (...) Es el estado de un asunto, antes litigioso, cuando ha sido decidido por los órganos jurisdiccionales de forma definitiva e irrevocable». Según la segunda forma de entender la cosa juzgada, ésta «es expresión que designa ciertos efectos de determinadas resoluciones judiciales y, si se quiere adelantar más, el principal efecto de la principal resolución procesal, que es la sentencia definitiva sobre el objeto esencial de un proceso (sobre el fondo, suele decirse también) o, lo que es igual, el principal efecto del proceso entero». Este principal efecto del proceso entero es considerado por J. Goldschmidt como «la meta del proceso».

² En *La lucha por el derecho*, Civitas, Madrid, 1993.

La mayor parte de la doctrina ha criticado la escasa regulación existente sobre esta materia³, la cual, como luego veremos, se encontraba únicamente contemplada en el Código Civil, a pesar de la trascendental importancia de la misma, hasta el punto de que ha llegado a convertirse en elemento esencial para poder definir la jurisdicción. Esta insuficiencia normativa ha venido a ser suplida en parte por la nueva LEC 1/2000, de 7 de enero, debido a que la regulación contenida en la misma resulta manifiestamente insuficiente al dejar sin regulación numerosos problemas existentes en torno a esta importante figura de la cosa juzgada. La regulación de esta materia se encuentra principalmente en los arts. 222 y 400 LEC. El primero de los preceptos mencionado se refiere a la cosa juzgada material, estableciendo:

«Art. 222. Cosa juzgada material. 1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.

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

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

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

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

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

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

³ Arts. 1252 y 1253 CC.

lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal».

De la nueva regulación contenida en la LEC destaca especialmente la determinación que de los efectos preclusivos de la cosa juzgada que señala el art. 400 de la misma, el cual consideramos que está llamado a ser fuente de numerosos comentarios y de profundas controversias. El citado precepto establece:

«Art. 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.

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

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».

II. EL FUNDAMENTO DE LA COSA JUZGADA

Suele decirse⁴ que la cosa juzgada garantiza la inatacabilidad de los derechos reconocidos judicialmente. Todos los autores coinciden en la necesidad de que las cuestiones queden zanjadas definitivamente una vez que hayan sido juzgadas con carácter firme. «¿Quién puede poner en duda —se pregunta Tapia Fernández— que no conviene a la paz social que lo que haya sido discutido y resuelto por los órganos jurisdiccionales vuelva a ser removido de nuevo? Pero, ¿cuál es el fundamento de la cosa juzgada, la razón por la que el ordenamiento jurídico impone esta fuerza vinculante a las resoluciones judi-

⁴ Entre otros autores, TAPIA FERNÁNDEZ, en *Efectos objetivos de la cosa juzgada*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1995.

ciales?» Acerca de este punto la doctrina se pronuncia de manera muy dispar. Mientras algunos autores consideran que la cosa juzgada se basa en razones de mera oportunidad, de tal suerte que no consideran la misma como una institución necesaria (tal es la opinión de Chiovenda)⁵; otros, por el contrario, la consideran como una institución esencial, hasta el punto de que sin ella no podría hablarse de jurisdicción. En este sentido se pronuncian autores como Serra Domínguez⁶ y Montero Aroca⁷.

La mayor parte de la doctrina procesal, tanto en el derecho español como en el comparado, señala como fundamento e incluso como función esencial de la cosa juzgada la de constituir un medio para la consecución de la seguridad jurídica. Esta es la tendencia seguida dentro de la doctrina española, si bien con diversidad de matices (a los que luego aludiremos), por autores como Guasp Delgado, Fenech Navarro⁸, De la Plaza, Gómez de Liaño González, Tapia Fernández y Barona Vilar, entre otros muchos. Los mencionados matices pueden englobarse en dos categorías diferenciadas. Una de ellas se encuentra representada por autores como Carnelutti⁹, que considera la cosa juzgada como un exponente de la pugna entre la seguridad jurídica y la justicia. El mencionado autor sostiene que el coste de la seguridad es el mantenimiento de la sentencia materialmente injusta, pero basada en la autoridad de la cosa juzgada. Esta variante ha sido seguida en nuestro derecho por Guasp Delgado¹⁰ y por A. de la Oliva Santos¹¹.

Guasp Delgado señala, por su parte, que los efectos de la sentencia dependen de la importancia de la misma, dividiéndose los mismos en dos categorías distintas: las que se refieren al orden jurídico material y las que se refieren al orden jurídico procesal. En cuanto

⁵ En su obra *Principios de derecho procesal civil*, Tomo II, Reus, 1995.

⁶ En «Artículo 1252. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dir. Albadalejo, Tomo XVI, Vol. II.

⁷ En su obra antes citada.

⁸ En *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962.

⁹ En «La certeza del Derecho», *Estudios de Derecho Procesal*, trad. S. Sentís Melendo, Vol. I, Buenos Aires, 1994.

¹⁰ En su obra «Los límites temporales de la cosa juzgada», *Estudios Jurídicos*, Madrid, 1996; y en *Derecho Procesal Civil*, 4.ª edición, t. I, P. Aragonés Alonso Ed., Madrid, 1998.

¹¹ En *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, 1991.

a los efectos dentro del orden jurídico material, éstos se pueden dar de forma directa (en el caso de las sentencias constitutivas, por ejemplo) o indirecta (como en el caso de que la sentencia constituya la condición de un negocio jurídico material). Además, la sentencia también puede producir efectos procesales, siendo el de mayor importancia el relativo a su discutibilidad o indiscutibilidad en procesos ulteriores. En los casos en que la sentencia no admita ataque directo alguno contra la misma, entonces se denominará «sentencia firme», produciendo fuerza de cosa juzgada formal. Además, si no admite ataque indirecto mediante la apertura de un nuevo proceso, estaremos ante un caso en el que la misma goce de autoridad o produzca fuerza de cosa juzgada material.

Por su parte, De la Oliva Santos considera que el fundamento de la cosa juzgada radica en la seguridad jurídica, afirmando que es a la seguridad y a la paz jurídicas a las que sirve la vinculación que impide que una discusión jurídica se prolongue indefinidamente en el tiempo o que se produzcan resoluciones contradictorias. En este punto, consideramos oportuno destacar la opinión de Díez-Picazo Jiménez¹², el cual se pronuncia de la siguiente forma: «Si convenimos en que hay una exigencia de seguridad jurídica en que los litigios tengan un final y en que lo en ellos decidido no pueda volver a ser objeto de un proceso idéntico y en que el resultado vincule al juez de un futuro proceso, estamos conviniendo en que ese final puede ser injusto y en que esa injusticia puede ser tanto sustantiva como procesal, es decir, que una sentencia con fuerza de cosa juzgada puede haber sido dictada en un proceso en el que concurrían motivos de nulidad de las actuaciones».

Fenech Navarro, por su parte, considera que «no hay justicia sin seguridad jurídica». Una opinión singular dentro de esta tendencia es la seguida por Legaz y Lacambra¹³, quien sostiene que la base de la cosa juzgada se encuentra en «motivos de seguridad», no de justicia. No obstante, según el mencionado autor es una exigencia de justicia que la injusticia material de una sentencia errónea pasada en cosa juzgada ceda ante el principio de seguridad jurídica, ya que el reabrir de forma continua los procesos judiciales, atentando de

¹² En su obra «La reforma del Art. 240 LOPJ: luces y sombras», *Tribunales de Justicia*, 1998.

¹³ En *Filosofía del Derecho*, 5.ª ed., Barcelona, 1979.

esta forma a la seguridad jurídica, sería una injusticia mayor que aceptar que una sentencia errónea sea intocable.

Nosotros entendemos, basándonos sobre todo en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que el fundamento de la cosa juzgada se encuentra en la aplicación conjunta de los dos principios de seguridad y de tutela judicial efectiva, como consecuencia de la firmeza de la sentencia, tesis que ampliaremos con posterioridad.

III. CLASES DE COSA JUZGADA

Dentro del amplio concepto de la cosa juzgada se engloban dos fenómenos jurídicos tan diversos como el de la cosa juzgada formal y la material, hasta el punto de que hay autores, como Montero Aroca, que no acepta la sutil distinción efectuada por De la Oliva Santos entre «cosa juzgada formal» y «firmeza o inimpugnabilidad de las resoluciones», y reduce la *res iudicata* al efecto que producen las sentencias firmes sobre el fondo en procesos distintos en que han requerido —efectos *ad extra*— (es decir, los que comúnmente conocemos con el nombre de cosa juzgada material). Mientras, el concepto de firmeza desplaza al de cosa juzgada formal¹⁴. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina acepta la clasificación propuesta por De la Oliva porque, en opinión de M.^a Teresa de Padura Ballesteros¹⁵, es muy atinada la distinción (aunque tenue y delicada) entre el aspecto negativo del término «inimpugnabilidad» y el positivo de «cosa juzgada formal», entendida esta última como: «la vinculación jurídica que para el órgano jurisdiccional produce lo dispuesto en cualquier resolución firme, dentro del propio proceso en que se ha dictado dicha resolución»¹⁶.

Por cosa juzgada material entiende el autor antes citado «el efecto propio de algunas resoluciones firmes, consistente en la fuerza de vincular en otros procesos a cualesquiera órganos jurisdiccionales respecto de esas resoluciones». A su vez, la vinculación que la cosa

¹⁴ MONTERO AROCA, en la obra citada.

¹⁵ En su obra *Fundamentación de la sentencia. Preclusión y cosa juzgada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

¹⁶ DE LA OLIVA SANTOS, en *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1991.

juzgada entraña reviste dos facetas: a) negativa o excluyente, cuando se promueve un proceso cuyo objeto es idéntico a la cosa juzgada, mediante resolución o sentencia firme en un proceso anterior; y, b) positivo o prejudicial, cuando el objeto del segundo proceso es sólo conexo con el anterior, debiendo el juez del proceso posterior atenerse al contenido de las cuestiones ya decididas en sentencia firme anterior.

En nuestro derecho positivo, con anterioridad a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, no se recogía expresamente la distinción, aludiendo tan sólo a la cosa juzgada sin mayor concreción; constituyendo el parecer unánime de la doctrina el de que los escasos artículos que se dedicaban a esta figura (arts. 1251, 1252 y 1816 CC; 161.1, 544.2, 1479 y 1617 LEC) se referían a la cosa juzgada material, la cual suponía la cosa juzgada formal. La existencia de la cosa juzgada formal encontraba su fundamento en el art. 408 LEC, que decía: «Transcurridos los términos señalados para preparar, interponer o mejorar cualquier recurso sin haberlo utilizado, quedará de derecho consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada la resolución a que se refiera sin necesidad de declaración expresa sobre ello».

La actual Ley de Enjuiciamiento Civil recoge expresamente la distinción entre las dos clases de cosa juzgada. El art. 207 LEC, después de determinar qué debe entenderse por «resoluciones firmes», establece que éstas pasan en autoridad de cosa juzgada formal. Con base en este precepto se puede afirmar que la cosa juzgada formal es un efecto interno de las resoluciones firmes en virtud del cual «el Tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar, en todo caso, a lo dispuesto en ellas».

La diferencia fundamental existente entre los dos tipos de cosa juzgada se puede reducir a dos hechos distintos. En primer lugar, la cosa juzgada formal de las sentencias se encuentra circunscrita al proceso en el que las mismas se han dictado. No obstante, en el caso de la cosa juzgada material, ésta consiste en la vinculación producida por la resolución en un proceso diferente o su inmutabilidad por vía de acción independiente. En segundo lugar, la cosa juzgada formal es predicable de cualquier sentencia o resolución firme, mientras que en el caso de la cosa juzgada material, la cosa juzgada sólo es predicable de algunas sentencias. Para Montero Aroca, la cosa juzgada formal la producen todas las resoluciones dictadas a lo largo del proceso, pero no las que le ponen fin, ya que al ser la cosa juz-

gada formal un efecto interno del proceso, cuando éste ya ha terminado no sería lógico predicar la cosa juzgada formal de esas resoluciones.

IV. EFECTOS DE LA COSA JUZGADA MATERIAL

La cosa juzgada material desempeña dos funciones complementarias: una positiva y otra negativa. El efecto positivo o prejudicial se encuentra recogido en el número 4 del art. 222 LEC. La función positiva exige como presupuesto básico que lo resuelto en el primer proceso sea un antecedente lógico del objeto del segundo; exigiendo además, por disponerlo así el art. 222.3 LEC, que los sujetos de ambos procesos sean los mismos, bien por concurrir identidad de partes, bien por extenderse a ellos la cosa juzgada.

Por otra parte, puede afirmarse que el efecto negativo o excluyente (al que se refiere el art. 222.1 LEC) imposibilita un nuevo proceso sobre el mismo objeto. Sin embargo, no faltan autores que afirman que esta exclusión es meramente teórica o, lo que es lo mismo, un desiderato muy difícil de llevar a la práctica, por lo que en realidad, lo que el efecto negativo impediría sería el desarrollo de otro proceso sobre la misma cuestión, pero como las posibilidades reales de evitar este desarrollo dependen de la existencia de causas procesales que permitan la conclusión inmediata del proceso, una vez apreciada la cosa juzgada, así como del tratamiento procesal que reciba esta última, ese desarrollo tampoco puede evitarse siempre, por lo que ha de concluirse que a lo que efecto negativo se opone, en todo caso, es a que se dicte una nueva resolución de fondo sobre idéntico asunto¹⁷.

A modo de conclusión podemos, pues, afirmar que el efecto negativo de la cosa juzgada prohíbe que se dicten dos resoluciones de fondo sobre el mismo objeto; no pudiendo, en cambio, impedir la iniciación de un nuevo proceso sobre el mismo objeto, así como tampoco un determinado desarrollo del mismo. No consideramos admisible¹⁸, por tanto, la tesis sostenida por diversos autores que

¹⁷ En este sentido, autores como CIMA GARCÍA, C., *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*; F. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ (coord.), Oviedo, 2000.

¹⁸ Siguiendo a autores como ROSENBERG, L., en *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. A. Romera Vera, T. I, Buenos Aires, 1955. Dicho autor introduce

defienden que el efecto negativo consiste tan sólo en evitar que se dicte una resolución judicial distinta a la pasada en cosa juzgada, lo cual vendría a suponer que se acepta el hecho de que se pueda dictar una segunda sentencia firme sobre el mismo objeto, con la limitación de que ésta deba seguir a la anterior, lo cual, como se puede ver, deviene en una «duplicidad inútil»¹⁹. Igualmente, Prieto-Castro Ferrándiz²⁰ niega que se trate solamente de excluir un fallo diverso, sino más bien de evitar un segundo fallo²¹.

En la nueva regulación de la cosa juzgada pasa a ser elemento determinante de la misma, como hemos señalado anteriormente, la identidad del *petitum* (el objeto del proceso), tal como se desprende del apartado 1 del art. 222 CC, el cual establece como requisito del efecto preclusivo que el objeto del segundo proceso sea idéntico al del proceso en el que la cosa juzgada se produjo. Al amparo de esta nueva regulación no faltan autores que plantean la duda de la posibilidad de que siga siendo aplicable la doctrina que exigía, con base en el art. 1252 CC, para la operatividad del efecto negativo de la cosa juzgada la concurrencia de las tres identidades correspondientes a los tres elementos que individualizan el objeto del proceso: sujeto, objeto y causa (o, en otros términos, partes, *petitum* y *causa petendi*)²².

Tal como sostiene Ana M.^a Lourido Rico, «el art. 400 LEC introduce el efecto preclusivo de la alegación de hechos y fundamentos

una matización muy importante en la formulación originaria de la teoría procesal de la cosa juzgada en el sentido de entender que la cosa juzgada no sólo impide una solución divergente con otra anterior sobre el mismo objeto, como se derivaba de aquella formulación, sino que excluye todo debate y resolución nuevos.

¹⁹ Cfr. Ana M.^a LOURIDO RICO, en la obra *La cosa juzgada: su tratamiento procesal en la LEC*, Tórculo Edición, A Coruña, 2001.

²⁰ En *Derecho Procesal Civil*, 5.^a ed., Madrid, 1989.

²¹ Siguiendo a autores extranjeros como CHIOVENDA, en *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. J. Casais y Santaló, Vol. II, Madrid, 1977; o VELLANI, en *Naturaleza de la cosa juzgada*, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1963; así como SSTs de 1 de diciembre de 1954 y 16 de marzo de 1992.

²² Así, la jurisprudencia había realizado una interpretación flexible del requisito de la identidad perfecta. Por ejemplo, al decidir que no quiebra la identidad de sujetos la introducción de una nueva persona en el segundo juicio, cuando se trata con ello de burlar el efecto de la cosa juzgada. En este sentido, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, LÓPEZ MARÍA, RIFÁ SOLER, J. M. VALS GOMBAU, *Derecho Procesal Práctico*, T. IV, Madrid, 1992.

jurídicos, de modo que, si siendo conocidos en el momento de interponer la demanda, no son aducidos no será admisible su alegación posterior, siendo el apartado 2.º una plasmación de la regla de que la cosa juzgada cubre no sólo lo deducido, sino también lo deducible. La aplicación práctica de este precepto determinará que para que el efecto negativo de la cosa juzgada despliegue su eficacia puede bastar con que concurra la identidad de partes y de *petitum*, aun cuando sea diversa la *causa petendi*»²³. Anteriormente, la antigua LEC consideraba que si, por ejemplo, en la primera resolución se pretendía conseguir la nulidad de un matrimonio fundando la causa en la falta de consentimiento matrimonial y la pretensión resultaba desestimada, no se podía excluir la posibilidad de un segundo proceso cuya causa de pedir sea distinta. No obstante, con el nuevo art. 400, en el caso de que el demandante no hubiese invocado en una primera demanda todas las causas de pedir posibles, entonces no será posible invocarlas en un segundo proceso, ya que recae sobre él la fuerza de cosa juzgada de la primera resolución.

En el caso de que estemos ante una resolución en la que la cosa juzgada pone fin al proceso, López Sánchez²⁴ entendía, antes de la nueva LEC, que el pronunciamiento acerca de la eficacia negativa de la cosa juzgada debía realizarse en una sentencia que aún cuando no conociese del fondo del asunto sí sería una forma de enjuiciamiento de la acción afirmada, declarando que ya había sido juzgada. Como señala Ana M.^a Lourido Rico, al atribuir este contenido «a las

²³ En este sentido también TAPIA FERNÁNDEZ en *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Madrid, 2000; MORENO, J. Damián, en «Comentario al artículo 222 LEC», en AA.VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I, Valladolid, 2000. Este último autor considera que como consecuencia del efecto contemplado en el Art. 400, el efecto excluyente de la cosa juzgada puede incluso llegar a afectar a distintos procesos con objeto diferente. Del mismo modo, SEOANE SPIEGELBERG (en «Notas sobre los procedimientos declarativos y la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000», en AA.VV., *Jornadas sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, A Coruña, mayo 2000) considera que el artículo 400 LEC viene a establecer un concurso obligatorio de acciones con el mismo *petitum* y los mismos sujetos, pero con una *causa petendi* distinta.

²⁴ En «Abuso de derecho y fraude procesal: Inadmisibilidad del recurso de casación. Cosa juzgada sobrevenida. Comentario a la sentencia del TS (Sala de lo Civil) 942/1998, de 17 de octubre», *Tribunales de Justicia*, 1998, núms. 8 y 9.

sentencias que estiman la excepción de cosa juzgada se pretende salvar el rechazo doctrinal a las sentencias absolutorias en la instancia convirtiéndolas en verdaderas absoluciones en cuanto al fondo de la cuestión debatida, cuestión consistente en determinar si ya existía un pronunciamiento firme sobre el fondo sobre el mismo asunto en otro proceso».

En el nuevo art. 421 LEC se establece, para el caso del juicio ordinario, que se deberá dictar un auto de sobreseimiento. En el caso del juicio verbal, el art. 443 no se pronuncia acerca del tipo de resolución que se deberá dictar en el caso de que se estime alguna de las cuestiones procesales suscitadas, por lo que debemos concluir, siguiendo lo establecido en el art. 206.2.2.^a, que se pondrá fin al proceso por medio de un auto.

Tras la derogación del art. 1252 CC, la regulación legal de la cosa juzgada se encuentra recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual se refiere principalmente a esta materia en el art. 222 y en el art. 400, sin perjuicio de que encontremos otras referencias a la cosa juzgada material en numerosos preceptos del texto de la expresada Ley. Al efecto positivo prejudicial de la cosa juzgada se refiere el número 4 del art. 222 LEC, encontrándose contemplado el efecto negativo excluyente en el apartado 1 del mismo artículo. Con relación al efecto positivo de la cosa juzgada puede afirmarse que no ha sufrido cambio sustancial después de la reforma. No puede, en cambio, decirse lo mismo en lo que respecta al efecto negativo, tal como se desprende del expresado precepto, sobre todo si lo ponemos en relación con el art. 400 LEC, el cual hace mención a los efectos preclusivos de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos.

El art. 400 LEC supone una verdadera norma de cierre o preclusión. El legislador ha querido que en un determinado momento procesal preclusivo —el de dirigirse a los Tribunales en demanda de tutela jurídica concreta— el actor haga valer de una vez por todas cuantas acciones concurrentes sea posible ejercitar contra el demandado. A juicio de Isabel Tapia Fernández, dicha norma va referida al denominado «concurso propio de acciones»; esto es, el caso en que existen varias acciones que, teniendo idénticos sujetos e idéntico *petitum*, sin embargo pueden fundamentarse en diversas *causa petendi* (ya sea porque se basan en hechos diversos, ya en diversa fundamentación jurídica). No cabe duda de que, al permitirse al actor fundar su petición de tutela en formas diversas, la distinta configuración del elemento causal del objeto del proceso hace que pueda

hablarse de acciones distintas, pero concurrentes al mismo fin (o, lo que es igual, de un concurso propio de acciones).

En estos casos, de no existir una norma positiva que establezca inequívocamente la preclusión (como ocurría en la Ley derogada) ésta no podía actuar. Así, el profesor De la Oliva²⁵ sostenía que «sin tal precepto legal no puede sobreentenderse que recae sobre el actor la doble carga de aducir todas las posibles causas de pedir y de pasar por los efectos de la preclusión».

Del examen de ambos preceptos (arts. 222 y 400 LEC) creemos que puede deducirse una importante conclusión. La reforma efectuada por la nueva LEC reviste una importancia de tal calibre que las repercusiones derivadas de la misma alcanzan una magnitud de difícil precisión en estos momentos, y que sólo llegaremos a conocer en sus justos términos mediante las enseñanzas derivadas de la aplicación práctica de la norma a los distintos supuestos que vaya ofreciendo la realidad jurídica.

A nuestro modo de ver el fundamento básico determinante de la cosa juzgada material se hace recaer en el objeto del proceso o, lo que es lo mismo, en lo que constituye el *petitum* de la demanda, a diferencia de lo que ocurría anteriormente, en que se basaba principalmente en la causa de pedir (*causa petendi*), de tal suerte que aunque el objeto fuese el mismo si la causa de pedir era distinta no se produciría el efecto preclusivo de la cosa juzgada. En efecto, en el número 1 del art. 222 se habla, como vimos, del objeto del proceso. El art. 400, por su parte, establece los efectos preclusivos de la cosa juzgada, tal como se ha expuesto con anterioridad.

V. POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS PRECEPTOS REGULADORES DE LA COSA JUZGADA MATERIAL EN LA NUEVA LEC

El alcance de las consecuencias derivadas de la doctrina contenida en el art. 400 LEC son de muy difícil precisión. La idea plasmada en el citado precepto (encaminada a evitar el sometimiento de los mismos justiciables a diferentes procesos cuando el asunto liti-

²⁵ *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, 1991.

gioso pueda resolverse en uno solo) debería, en principio, ser merecedora de un juicio positivo si nos atenemos, sobre todo, a razones de economía procesal. Dicha idea no puede ser calificada de original. De la misma pueden encontrarse ejemplos en los ordenamientos extranjeros, e incluso dentro de nuestro Derecho (determinados preceptos, como el art. 1538 LEC de 1981, que prohibía reproducir el proceso de tercería fundado en títulos o derechos que poseyera el que interpuso la acción de tercería —de derecho de preferencia al tiempo de interponerla—).

Incluso un sector de nuestra jurisprudencia había recogido dicha doctrina, la cual se encuentra perfectamente reflejada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 23 de enero de 2002, que resalta la disparidad de criterios existente entre la jurisprudencia tradicional sustentada en esta materia y la sostenida por las Sentencias de 30 de julio de 1996, 13 de junio de 1996, 17 de mayo de 1997 y 6 de junio de 1998. Sin embargo, la corriente jurisprudencial sostenida en las sentencias citadas ha sido contradicha por otras posteriores del Tribunal Supremo, de 19 de septiembre, 24 de octubre y 31 de diciembre de 1998, las cuales vuelven a defender la tesis tradicionalmente admitida en esta materia.

Cuando realmente surgen los problemas que plantea la moderna doctrina es cuando se trata de llevarla a la práctica. Uno de los principales inconvenientes es el que impone la necesidad de que los profesionales del derecho, a la hora de fundar las respectivas demandas, tengan en cuenta todos los fundamentos, tanto de hecho como de derecho, de trascendencia jurídica que puedan servir de apoyo a la demanda, siempre que sean conocidos o susceptibles de ser invocados al momento de interponerla. En caso contrario, al ser desestimada la demanda por insuficiencia de un fundamento jurídico determinado, no cabrá ya interponer otra nueva basándose en un fundamento jurídico distinto, cosa que no ocurría en el sistema anterior, en el cual incluso podían servir de fundamento para otra nueva demanda, no sólo los fundamentos o títulos jurídicos, sino también los diferentes hechos de trascendencia jurídica, aún cuando el objeto o el *petitum* fuese el mismo que el ventilado en un proceso anterior.

Son muy frecuentes los supuestos en los que la pluralidad de fundamentos no se presenta lo suficientemente clara o en los que, por el contrario, parece muy clara la unicidad de la *causa petendi*. En estos casos la eficacia preclusiva que implica la imposibilidad de ale-

garlos después puede constituir una exigencia poco razonable y excesivamente gravosa debido a que los expresados mecanismos pueden ser muy difíciles de manejar sin errores disculpables, lo cual conduciría a un supuesto de privación de la tutela judicial efectiva.

Ante estas dificultades no faltaban autores que antes de la reforma opinaban que debería limitarse la carga de la regla de preclusión a aquellos fundamentos o títulos existentes y razonablemente apreciables en los momentos procesales oportunos. Las consecuencias que se derivan del nuevo sistema tienen un alcance todavía de mayor importancia si tenemos en cuenta (y tal como se desprende de la jurisprudencia que antes hemos examinado con bastante detenimiento) las dificultades que se presentan en la práctica para diferenciar con perfecta nitidez los distintos conceptos que se están barajando aquí, tales como los de fundamentos jurídicos, causa de pedir, el *petitum* y el objeto del proceso, sobre los cuales existen tantas veces opiniones encontradas en la doctrina. Otra dificultad importante derivada de la nueva regulación es la que plantea la necesidad de distinguir los fundamentos jurídicos existentes y conocidos, pero no aducidos, de los fundamentos jurídicos nuevos que han surgido después de la última oportunidad procesal de hacer valer ese elemento de la acción o de la pretensión.

Asimismo, es preciso destacar otras dos dificultades añadidas. En primer lugar, la relativa a las pretensiones que en un momento dado ofrecen duda en cuanto a su fundamento jurídico, debido no a que éste sea posible aducirlo en ese momento, sino por la duda existente entre los diversos fundamentos posibles. Cada uno de los cuales dará lugar a causas de pedir distintas. Otra dificultad es la que se presenta en algunos casos (no demasiado frecuentes) en que sólo se considera existente un determinado fundamento jurídico, que es el que se alega y que solamente después de la sentencia judicial se suscita la posible viabilidad de otra fundamentación o, lo que es lo mismo, de otra *causa petendi*.

Ello constituye una dificultad de difícil solución práctica, lo cual vendrá a contribuir, sin duda, a crear un clima de inseguridad jurídica en aras de una mayor simplicidad procesal tendente a evitar la duplicidad de procesos de idéntico objeto, lo cual dudamos que llegue a conseguirse realmente.

Nosotros entendemos, tomando como base los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia que estudiamos, y

terciando sobre la controversia sostenida por la doctrina acerca de cuáles son los verdaderos fundamentos de la doctrina de la cosa juzgada, que deben distinguirse dos momentos procesales distintos. Durante el desarrollo del proceso, es decir, mientras no ha recaído sentencia firme, el principio fundamental que debe de regir es el encaminado a conseguir que las partes puedan estar amparadas en todas sus actuaciones por el principio de la tutela judicial efectiva. Para esto es preciso, entre otros aspectos, que puedan alegar todos los fundamentos (tanto fácticos como jurídicos) que convengan para el ejercicio de sus derechos, así como el respeto de los diferentes principios que rigen el proceso. En esta fase creemos que el principio antes citado prevalece, o debe prevalecer, sobre cualquier otro, ya sea el de seguridad jurídica o el de economía procesal. Creemos que la redacción actual del art. 400 LEC se inspira fundamentalmente en razones de economía procesal y no de seguridad jurídica, las cuales en modo alguno pueden prevalecer sobre los principios de justicia.

Una vez recaída la sentencia firme, la eficacia de cosa juzgada que ostenta la misma creemos que se basa en la conjunción de ambos principios: el de seguridad jurídica y el de justicia o de tutela judicial efectiva, que exige que los procesos no puedan ser prolongados indefinidamente, aún a pesar de los defectos de que pueda adolecer la sentencia dictada. Precisamente esta eficacia en el tiempo de la sentencia firme deberá su auténtica justificación al hecho de que en el proceso que ha dado lugar a la misma se hayan respetado todas las garantías procesales de las partes y, consiguientemente, el principio de tutela judicial efectiva.

Por todo lo expuesto, entendemos que la regulación de los efectos preclusivos de la cosa juzgada tal como se encuentran contenidos en la nueva redacción del art. 400 LEC no garantizan suficientemente la plena efectividad del referido principio pues, como antes hemos visto, se dificulta extraordinariamente la posibilidad de que las partes puedan esgrimir todos los fundamentos, tanto fácticos como jurídicos, de la pretensión ejercitada. Además, si una de las partes contendientes dejase de invocar algún fundamento fáctico o jurídico, ello no será óbice para que, aunque el Juez no se pronuncie sobre el mismo, se encuentre comprendido bajo los efectos preclusivos de la cosa juzgada, lo cual nos parece una grave anomalía jurídica.

La doctrina que nosotros sostenemos encuentra su apoyo en determinadas Sentencias del Tribunal Constitucional. Así, la STC de

9 de mayo de 1994, en su fundamento de derecho 4, letra A), se pronuncia de la siguiente forma:

«A) Reiteradamente hemos declarado que en el contexto del art. 24.1 CE la indefensión es una noción material que se caracteriza por entrañar una *privación o minoración sustancial del derecho de defensa*, así como un menoscabo de los principios de contradicción y de igualdad procesal de las partes, que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales [SSTC 48/1984 (RTC 1984/48), 70/1984 (RTC 1984/70), 48/1986 (RTC 1986/48), 89/1986 (RTC 1986/89) y 12/1987 (RTC 1987/12)]».

Ya la STC de 11 de junio de 1984 precisaba en su fundamento jurídico 1.º que:

«La indefensión con efectos jurídico-constitucionales y, consiguientemente, la lesión de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución se produce cuando se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos o intereses mediante la apertura del adecuado proceso o de la de realizar dentro de dicho proceso las adecuadas alegaciones y pruebas o cuando se le crea un obstáculo que dificulte gravemente las actividades antedichas (...)».

El principio de la tutela judicial efectiva tiene por objeto el procurar que cualquier persona pueda y deba ser protegida y amparada en el ejercicio pacífico de sus pretensiones ante la justicia para que esas pretensiones sean satisfechas. Lo que no quiere decir aceptadas, sino resueltas razonadamente, con arreglo a derecho y en un plazo de tiempo también razonable, a lo largo de un proceso en el que todas las personas titulares de derechos o intereses afectados por esas pretensiones puedan alegar y probar lo pertinente a la defensa de las respectivas posiciones. Viene a constituir no sólo un principio, sino también un derecho fundamental de toda persona, porque viene a constituir un fundamento, junto con otros, del orden político y de la paz social. Así está reconocido en el orden internacional, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10), Convenio de Roma para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 6) y Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 14). Se encuentra igualmente reconocido en la práctica totalidad de las Constituciones, así como en el art. 24 de la Constitución Española. Se ha recogido, igual-

mente, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (arts. 1, 2, 7 y 11).

Con relación al derecho a la tutela judicial tras la sentencia firme, según la STC de 28 de enero de 1989, «*el derecho a la tutela judicial efectiva incluye, no sólo el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes, sino también el respeto a la firmeza de estas mismas resoluciones y a la intangibilidad de la cosa juzgada material...*». La STC de 23 de abril de 1992 señala que «*aunque la economía procesal es un valor atendible en el proceso no puede cubrir la violación de un derecho fundamental y una garantía fundamental...*». La STC de 13 de octubre de 1992 (que ha sido ratificada, entre otras, por STC de 18 de septiembre de 2000), en su fundamento primero, dice:

«Al efecto se hace necesario recordar la ya consolidada doctrina de este Tribunal sobre la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes que, en conexión con el principio de seguridad jurídica, garantiza a los que son o han sido partes en un proceso que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo que hayan alcanzado firmeza, no serán alteradas o modificadas al margen de los cauces legales previstos [SSTC 159/1987 (RTC 1987/159), 119/1988, 12/1989 (RTC 1989/12) y 231/1991 (RTC 1991/231), entre otras], así como que la invariabilidad de la Sentencia integra también el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que si el órgano judicial, fuera del cauce del correspondiente recurso, modificase una Sentencia, vulneraría el derecho fundamental del justiciable a la tutela judicial efectiva, ya que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por Sentencia firme (STC 119/1988)».

VI. ELEMENTOS DE LA COSA JUZGADA MATERIAL

Tras la nueva regulación de la eficacia de la cosa juzgada material en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil los elementos definitivos de la existencia o no de dicha figura siguen siendo los sujetos, el objeto y la causa, si bien con la variación tantas veces señalada de que el fundamento o causa de pedir que no haya sido alegado, pudiendo haberlo sido, quedará sujeto a la cosa juzgada.

Sin embargo, en la nueva LEC nada se dice acerca de la clásica identidad de sujetos, objeto y causa de pedir (que se hallaba contemplada en el art. 1252 CC, hoy derogado), los cuales son de examen necesario para determinar si existe o no el efecto de la cosa juz-

gada material. De esta forma, vemos como en este texto legal se eliminan unos elementos que tradicionalmente han venido siendo muy útiles a la doctrina para una mejor comprensión de los institutos procesales.

A) ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA COSA JUZGADA

El art. 1252 CC indicaba los elementos identificadores de la pretensión procesal y al mismo tiempo señalaba los límites de la cosa juzgada, estableciendo que: «*Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron*».

La jurisprudencia se encargó de precisar el alcance de los expresados elementos subjetivos de la cosa juzgada y, basándose en la exigencia o en la necesidad de la concurrencia, no sólo de la identidad de los litigantes, sino también de la calidad con que lo fueron en uno y otro proceso, puede deducirse claramente que lo que realmente importa no es la identidad física de los litigantes, sino su identidad jurídica.

Los párrafos 2 y 3 del art. 1252 CC señalaban determinados supuestos en los que se consideraba que existía identidad jurídica. En la actualidad, esta materia se encuentra regulada en los números 3 y 4 del art. 222 LEC, que hemos reproducido anteriormente.

B) OBJETO DEL PROCESO Y CAUSA DE PEDIR

El objeto del proceso (*la res de qua agito*) lo han de fijar las partes en sus escritos de alegaciones iniciales, en virtud de los repetidos principios dispositivo y de aportación de parte que rigen el proceso civil, tal como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley. Constituye una opinión unánime de la doctrina la de que la identificación del objeto de un proceso (o de la acción, o de la pretensión) se realiza con base en sus tres elementos definidores: los sujetos, el *petitum* y la *causa petendi*. Con la rúbrica «La demanda y su contenido» inicia el art. 399 la regulación de las alegaciones iniciales del juicio ordinario, reproduciendo el antiguo art. 524 LEC, aunque con mejor

sistemática, y remediando la criticada omisión del sujeto activo entre los elementos que deben constar en la demanda como definidores del litigio²⁶.

Los citados elementos vienen a delimitar e individualizar una concreta acción (pretensión u objeto procesal); y, una vez fijados en la demanda inicial, no pueden ser alterados en esencia a lo largo del proceso (el art. 412 prohíbe expresamente la *mutatio libelli*). Si se varía uno solo de estos elementos se introducen nuevas cuestiones y se alteran los términos precisos del litigio, con indudable merma del derecho de defensa de la otra parte, la cual, como dice la sentencia de 15 de junio de 1982, «de haberse alegado oportunamente la cuestión, podría haber redargüido y probado en contra». Dado el principio de justicia rogada que rige en nuestro proceso civil, es a los sujetos jurídicos a quienes incumbe la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso.

La identificación del objeto se traduce, como advierte Chioven-da²⁷, en la identificación del bien de la vida que es objeto de discusión. Y ese bien controvertido se individualiza a través del *petitum* (lo que se pide) y de la causa de pedir (con qué título o fundamento se pide). El *petitum* asumirá en concreto dos aspectos diversos: en vía inmediata, la demanda se dirige al juez, al que se pide, no la cosa o prestación objeto de derecho material, sino una resolución: la condena del demandado, la mera declaración del derecho o el cambio jurídico; en vía mediata, la demanda se dirige contra el demandado, del que se pide un determinado bien de la vida: una cosa, una prestación, una abstención, una sujeción a lo establecido en la sentencia, etc. Si varía alguno de estos elementos, varía la acción. Lo que se pide determina de forma directa la resolución judicial concretada en el fallo de la sentencia. Por razón del *petitum* las acciones se clasifican en declarativas, ejecutivas y cautelares. Dentro de las declarativas se distinguen tres categorías: acciones merodeclarativas, en aquellos casos en los que se pida una tutela que consista en la afir-

²⁶ «El juicio —dice el aludido precepto— principiará por la demanda, en la que, consignados los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado, y el domicilio o residencia en que pueden ser citados o emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida».

²⁷ En *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1954.

mación de existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica incierta; acciones constitutivas, en aquellos casos en que la tutela solicitada está dirigida a la creación o modificación de un derecho, un estado o una relación jurídica que no se podría lograr si no fuese con la intervención de los Tribunales; y acciones de condena, en aquellos casos en los que lo que se pide es la declaración de la existencia de un derecho a prestación por parte del demandado, así como la orden de cumplimiento. En cuanto a la *causa de pedir*, ésta es el fundamento o razón en que el actor basa su petición de tutela. La delimitación de este elemento objetivo ha dado lugar a una muy antigua polémica doctrinal, que vino a dividir a los procesalistas en dos grupos fundamentales: los partidarios de la teoría de la sustanciación y los partidarios de la teoría de la individualización, que vienen a representar dos formas diferentes de expresión en la demanda de la causa de pedir o fundamento de la acción.

Los partidarios de la teoría de la sustanciación consideran, en síntesis, que la causa de pedir la constituye el conjunto de hechos, las circunstancias fácticas concretas o el relato histórico, sobre los que el actor basa su *petitum*, considerando el elemento fáctico como el único relevante a efectos de identificar la causa de pedir de una acción, debido a que los fundamentos de derecho en que esos hechos se asientan no forman la causa de pedir. La consecuencia más importante que se deriva de esta tesis es la que no se modifica la acción si varía el punto de vista jurídico.

Los partidarios de la teoría de la individualización consideran, por el contrario, que la causa de pedir se basa en la concreta relación jurídica o fundamentación jurídica en base a la cual se pide la concreta tutela, de tal suerte que si cambia el punto de vista jurídico, también cambia la acción. Actualmente, la diferencia antagónica que separaba ambas teorías se ha superado completamente debido a su total falta de fundamento²⁸. Así, la identificación de la causa de pedir se plantea desde perspectivas diferentes.

²⁸ A pesar de que el Tribunal Supremo, en Sentencias como la de 13 de octubre de 1986, 9 de octubre de 1987 y 26 de diciembre de 1989, continúa defendiendo la teoría de la sustanciación, diciendo que «la base de hecho y el suplico, y no la fundamentación jurídica, es lo que determina la congruencia de la resolución judicial, conforme al principio jurídico de la teoría de la sustanciación de la demanda».

Una definición de causa de pedir es la que dice que «la causa de pedir la forma un conjunto de hechos concretos a cuya existencia subordina la norma objetiva la producción de ciertos efectos jurídicos y el nacimiento de la exigencia para el sujeto de dirigirse al Juez para obtener del órgano estatal aquella forma de tutela que de otra manera no podría conseguir»²⁹. También se podría definir como «situación de hecho jurídicamente relevante y susceptible por tanto de recibir la tutela jurídica solicitada»³⁰.

Cuando hablamos de una situación de hecho jurídicamente relevante estamos haciendo referencia a dos elementos que componen la causa de pedir y que son: un conjunto de hechos y un conjunto de consecuencias jurídicas derivadas de los hechos antes mencionados y contempladas por el ordenamiento jurídico. La situación de hecho jurídicamente relevante a la que hacemos referencia es diferente en el caso de derechos personales, de crédito u obligacionales, en los derechos reales o derechos absolutos.

En el caso de los derechos obligacionales, la causa de pedir estará constituida por todos aquellos elementos de hecho idóneos para la identificación de la situación jurídicamente relevante. Así, Menchini³¹ define la causa de pedir en las acciones basadas en derechos obligacionales como «el complejo de circunstancias de hecho consideradas y acotadas en la medida de un supuesto de hecho legal abstracto». De esta forma, no será suficiente con indicar simplemente el título mediante el que se pide la tutela, sino que habrá que precisar los hechos concretos.

Por otro lado, en los derechos absolutos o reales, la causa de pedir estará formada por la relación jurídica real alegada por el actor como fundamento de la petición de tutela. Así, la causa de pedir la constituirá la situación jurídica digna de tutela, es decir, el derecho hecho valer, no siendo necesario que se indique el título de adquisición del derecho mismo para la identificación de la acción.

En el caso de las acciones constitutivas (las basadas en el derecho del actor al cambio jurídico), no está tan clara la cuestión. La

²⁹ Definición de MICHELI, en su *Curso de Derecho Processal Civil* (trad. Sentís), Buenos Aires, 1970.

³⁰ Isabel TAPIA FERNÁNDEZ, en *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2000.

³¹ En *Il giudicato civile*, Torino, 1988.

causa de pedir no se identificará en los hechos en sí, sino en la causa legal que autoriza el cambio. Debido al hecho de que las leyes sustantivas establecen diversas causas en la que fundarse para obtener los cambios jurídicos recogidos por el ordenamiento, la pretensión de un cambio jurídico concreto fundado en una causa legal concreta es lo que identifica la causa de pedir en esa acción. Debido a esto, no existirá cosa juzgada en el caso de que en el segundo proceso varíe la causa legal en la que el actor se basa para pretender la tutela concreta, así como tampoco se dará la vinculación de la cosa juzgada si en el segundo proceso el actor basa su derecho al cambio en un vicio no alegado en el proceso anterior (según la legislación anterior).

En cuanto a la jurisprudencia, ésta no da una idea concluyente acerca de lo que es la causa de pedir. El Tribunal Supremo, por su parte, se pronuncia diciendo que la causa de pedir está constituida simplemente por los hechos alegados, el acaecimiento histórico, la relación de hechos que, al propio tiempo la delimitan, sirve de fundamento a la pretensión que se actúa. Con esto, entiende que los brocados *da mihi factum et dabo tibi ius e iura novit curia* atribuyen a los Tribunales la libertad de aplicar el derecho que se corresponda con los hechos alegados. De ello se deriva que el elemento jurídico no identifica la causa de pedir, ya que tal elemento jurídico puede ser variado sin dificultad sin que cambie este elemento identificador de la acción.

No obstante, otro grupo de sentencias del Tribunal Supremo, aunque en menor número, vienen a defender la idea de que «la potestad de los Jueces y Tribunales para aplicar la norma adecuada... tiene como límite infranqueable el respeto a la causa de pedir, es decir, al hecho debatido y a la norma que éste naturalmente postule o requiera» (STS de 15 de octubre de 1984). La razón que se da para defender esta postura es que «sería una extralimitación que impediría el normal uso de la defensa jurídica causando indefensión... al no poderse contrarrestar con aportaciones de hecho distintas o con fundamentos jurídicos excepcionantes».

Por su parte, el Tribunal Constitucional, cuando el requisito de la congruencia de la sentencia puede llegar a determinar una violación del art. 24 CE, se ha decidido por dar una definición de la causa de pedir a fin de permitir al Juzgador una variación de tales elementos. Así, aunque de una forma un tanto ambigua, se ha pronunciado en los siguientes términos en sentencias entre las que

destaca la de 18 de diciembre de 1985, que entiende que «se cambia la acción ejercitada por el Tribunal, cuando se altera el fundamento jurídico que la nutre y que es la razón porque se pide o *causa petendi*».

Sin embargo, en otras ocasiones el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de forma distinta, en sentencias entre las que destaca la de 5 de mayo de 1982, donde dice que «*los Tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse a los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo iura novit curia les autoriza para ello*». En el mismo sentido se pronuncia la STC de 23 de mayo de 1990.

Como se observa, la jurisprudencia no ha resuelto el problema, con lo que lo que constituye la causa de pedir sigue quedando a la libre interpretación del Juzgador. No obstante, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sí se ha pronunciado al respecto.

Para Isabel Tapia Fernández, «el límite a las facultades de aplicación del derecho por los Tribunales viene exactamente determinado por los límites que los litigantes hayan querido establecer respecto de sus derechos subjetivos, su medida y la amplitud de su ejercicio», añadiendo que la libre aplicación del derecho por los Tribunales para decidir la controversia no se corresponde con el principio dispositivo que rige nuestro proceso civil, al tiempo que tampoco es acorde a los de audiencia y defensa.

Según Muñoz Jiménez³², «una concepción tal de la función que desempeña en el proceso la fundamentación jurídica alegada por el actor en su demanda que, en la práctica, reduzca su cometido a poco menos que servir de ilustración o guía indicativa para el órgano jurisdiccional, suscita, sin embargo, importantes reservas y hoy se ve sometida a revisión crítica». En el mismo sentido, Prieto Castro³³ se

³² En «Actos de las partes delimitadores del objeto del proceso: demanda, contestación, réplica, dúplica, escrito de ampliación y conclusiones», en «El objeto del proceso civil», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996.

³³ En «El cambio de punto de vista jurídico. Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1955», en *Revista de Derecho Procesal*, 1956.

pregunta «si el principio *iura novit curia*, además de tener que ser un axioma para los Jueces juristas y de carrera, en el sentido de que están obligados a conocer el Derecho, buscándolo en sus fuentes, deberá ser interpretado en el sentido de que se conceda aquella autonomía sin restricciones, por encima y al margen de aquella disponibilidad de los titulares (principio dispositivo)», afirmando que «la respuesta es negativa. El Juez no es libre en el manejo del derecho en tanto en cuanto su libertad pudiera atentar contra dicho principio dispositivo, concebido como una indicación de los límites puestos por las partes a la función jurisdiccional». Al mismo tiempo, De la Oliva³⁴ dice que «la máxima *iura novit curia* no implica descargar a las partes de la alegación de las normas jurídicas que les son favorables; significa tan sólo que es innecesario probar el Derecho vigente, alegarlo con completa precisión y total exhaustividad».

A modo de conclusión, Isabel Tapia Fernández³⁵ opina que la causa de pedir está formada por dos elementos: el fáctico y el jurídico. El primero de ellos vincula al Juez en todos los casos. En cuanto al elemento jurídico, «está formado por dos subelementos: el punto de vista jurídico (o de la calificación jurídica, o el razonamiento jurídico, o la fundamentación jurídica), que no es más que ese conjunto de consecuencias jurídicas que la Ley anuda a un determinado supuesto fáctico y que hace que la tutela específica que solicita la parte sea ésa concreta y no otra distinta...; es el paso del hecho al derecho, la traducción en conceptos jurídicos del supuesto de hecho concreto. Y el elemento puramente normativo de ese punto de vista jurídico: la/s concreta/s norma/s aplicable/s a ese objeto procesal delimitado por las partes y sometido a consideración del Juez.

Como ya sabemos, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha recogido esta concepción en el art. 218.1, inciso segundo, cuando dice que «El Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes».

³⁴ En *Sobre la congruencia de la sentencia*, en *La Ley*, 1982.

³⁵ En la obra antes mencionada.

El art. 399 LEC exige que en la demanda se narre, ordenada y claramente, los hechos y los fundamentos de derecho, así como que se expresen los documentos que se aporte en relación con los hechos fundamentadores de la pretensión, así como las alegaciones que proceda sobre la capacidad de las partes, representación, jurisdicción, competencia y cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo.

De lo expuesto se desprende que en la demanda se hará constar tanto la fundamentación fáctica como jurídica de la concreta tutela que se solicita del Tribunal. El art. 405 LEC (referido a la contestación y forma de la contestación a la demanda) establece en su párrafo 3 que «*También habrá de aducir el demandado, en la contestación a la demanda, las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve cuando obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo*», de lo cual podría pensarse que un defecto en la concreción de la causa petente serviría de base a una circunstancia obstativa a una resolución de fondo. Sin embargo, la LEC no señala como defecto legal en el modo de proponer la demanda la falta de claridad o precisión en los fundamentos de hecho o de derecho, sino que el art. 416.5 sólo hace mención «*a la falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca*».

En este punto opina Isabel Tapia Fernández que «una indeterminación o falta de claridad absoluta en la fundamentación fáctica o jurídica de la tutela que se pide, puede ser determinante de una excepción procesal de demanda defectuosa, al no ser en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor, debiendo el Tribunal, en tal caso, decretar el sobreseimiento del pleito».

VII. APLICACIÓN INTERESANTE DEL PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha determinado los efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de las leyes proclamando con carácter general la aplicabilidad de las mismas tan solo a aquellos actos que no tengan el carácter de firmes o

consentidos y respetando, en todo caso, las previsiones contenidas en el art. 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³⁶, consagrando la doctrina denominada de la prospectividad o de aplicación sólo para el futuro de las mismas³⁷.

Consideramos muy interesante destacar aquí como un supuesto muy original y novedoso de inaplicación de los efectos de la cosa juzgada el que se deriva de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida inicialmente en las SSTS de 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio de 2000, ratificadas por multitud de sentencias posteriores. En estas sentencias se admite la posibilidad de exigir responsabilidad patrimonial del Estado con carácter retroactivo como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, excluyendo la aplicación de los efectos de la cosa juzgada consagrada en el art. 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, basándose en el hecho de que no se trata de revisar ninguna sentencia, sino simplemente de exigir una responsabilidad, no siendo por consiguiente de aplicación la doctrina sentada por el art. 40 LOPJ. Esta tesis ha sido criticada por la doctrina basándose fundamentalmente en la violación de la doctrina de la cosa juzgada contenida en el referido precepto. Sin embargo, la corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo ha recibido un importante apoyo con una reciente Sentencia dictada por la Sección 2.^a del Tribunal de Estrasburgo de Derechos Humanos de 16 de abril de 2002, en la que se considera aplicable esta tesis, tanto en los supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador derivada de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, como por la declaración de incompatibilidad entre el ordenamiento interno y el comunitario.

³⁶ El tenor literal del número 1 de este precepto es el que sigue: «1. Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad».

³⁷ Esta doctrina ha sido explicada y argumentada en el libro *La revisión de los actos nulos por inconstitucionalidad de las leyes*, Jaime Concheiro del Río, Dijusa, Madrid, 2002.

VIII. CONCLUSIONES

Finalizaremos el presente trabajo afirmando que la regulación de la cosa juzgada contenida en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil puede calificarse de manifiestamente insuficiente y, en lo que concierne a los efectos preclusivos de la cosa juzgada material, sacrifica exigencias fundamentales del supremo principio de la tutela judicial efectiva en aras de un principio de mera economía procesal, los cuales no pueden salvarse acudiendo a la institución de la revisión procesal de las sentencias firmes que únicamente podrá tener lugar por los motivos contemplados en el art. 510 LEC, cuya aplicación restrictiva ha sido proclamada reiteradamente por la jurisprudencia. Asimismo, nos parece importante destacar que la jurisprudencia, de forma unánime, se ha pronunciado en torno al principio de economía procesal limitando la aplicación del mismo a aquellos supuestos en que la retroacción de las actuaciones dando lugar a la práctica de otras nuevas conduciría a idéntico resultado, dejando siempre a salvo el principio de tutela judicial efectiva.

El citado principio de economía procesal no se encuentra proclamado de forma expresa en un precepto constitucional aunque, como ha proclamado la jurisprudencia, se encuentra potenciado (aunque sólo sea de forma implícita) por el art. 24 CE, prohibitivo de que en el proceso judicial se produzcan dilaciones indebidas. Como representativa de esta corriente jurisprudencial aludida destacaremos una reciente STS de 28 de enero de 2002.

Mencionaremos un último inconveniente derivado de la nueva regulación de la cosa juzgada, que se pone de manifiesto al poner en contacto dicha materia con la relativa a la acumulación subjetiva de acciones contenida en el párrafo 2 del art. 72 LEC, el cual expresa que: «*Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos*». Este requisito exige que la acumulación subjetiva de acciones deberá ser observada con el máximo cuidado por aquellos que pretendan ejercitarla, dados los efectos preclusivos que produce actualmente la expresada doctrina de la cosa juzgada respecto a todos los fundamentos fácticos o jurídicos que, habiendo podido ser alegados, se hayan omitido debido a que solamente podrán ser objeto de acumulación aquellas acciones que se basen en el mismo título o conexo fundamento o causa de pedir.

Indudablemente, esta limitación hará que la materia de la acumulación de acciones se vea restringida a aquellos supuestos relativos a acciones que se basen claramente en un coincidente fundamento o causa de pedir, lo cual hará que dicha institución devenga inoperante en la mayoría de los casos.