

## LITISCONSORCIO ACTIVO INNECESARIO (Una reflexión para el debate)

JOSÉ BONET NAVARRO  
Ayudante del Departamento de Derecho Procesal  
Universitat de València

### SUMARIO:

El aparente acuerdo doctrinal y jurisprudencial sobre la existencia de litisconsorcio activo necesario. — II. Breves consideraciones sobre el fundamento del litisconsorcio necesario. — III. El litisconsorcio necesario en el lado pasivo como regla general. — IV. Algunos supuestos en los que aparentemente deriva litisconsorcio activo necesario. — V. La falta de fundamento del litisconsorcio activo como necesario. — VI. Tratamiento unitario de la excepción de litisconsorcio necesario. — VII. La necesidad del litisconsorcio y su inexistencia en la posición activa: la demanda al cotitular.

La lectura de algunas sentencias del Tribunal Supremo, como la de 12 de noviembre de 1994<sup>1</sup>, conduce a reflexionar sobre si cabe entender que nuestro ordenamiento jurídico establece el denominado litisconsorcio activo necesario. Porque podría ocurrir que la necesidad del litisconsorcio en la posición activa sea una de esas «realidades» que, de tan aparentemente aceptadas, a la hora de buscar un ejemplo representativo,

---

1. En RJ Aranzadi, 1994, 8.472.

no sólo éste se halle difícilmente, sino que encontremos argumentos para atemperar o incluso para negar su existencia como necesidad.

I. EL APARENTE ACUERDO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA EXISTENCIA DE LITISCONSORCIO ACTIVO NECESARIO

En algunas ocasiones, cuando se trata el tema del litisconsorcio necesario, parece colegirse que sea aceptada la necesidad del litisconsorcio en el lado activo. Veamos algunas citas literales en ese sentido. Dice FAIRÉN GUILLÉN<sup>2</sup> que «el litisconsorcio necesario, esto es, el que exige intervención en el proceso desde su iniciación, de todos los litisconsortes, se produce en los casos en que la demanda solamente pueda proponerse válidamente por o contra varios (o por y contra) varias personas». PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ<sup>3</sup> manifiesta que «para que el efecto de cosa juzgada de la resolución alcance a cuantos corresponda, por razón del objeto, es indispensable que el conjunto de sujetos activos o pasivos demanden o sean demandados (respectivamente)». Según MONTERO AROCA<sup>4</sup> «el proceso único con pluralidad de partes es necesario cuando las normas jurídicas conceden legitimación para pretender y/o para resistir, activa y/o pasiva, a varias personas conjuntas, no separadamente; en estos casos todas esas personas han de ser demandantes y/o demandadas, pues se trata del ejercicio de una única pretensión que alcanzará satisfacción con un único pronunciamiento». RAMOS MÉNDEZ<sup>5</sup> indica que «el litisconsorcio necesario consiste en una pluralidad de demandantes y demandados en un mismo proceso, cuya presencia simultánea en el mismo viene exigida por el carácter único e indivisible del objeto del proceso». Por su parte, MORENO CATENA<sup>6</sup> señala que «el litisconsorcio necesario representa un supuesto particular de legitimación plural, en virtud del cual han de venir al proceso varias personas en una misma posición de parte, sea activa o pasiva». Quizás el ejemplo más representativo de este aparente acuerdo doctrinal sea el tenor literal del

2. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Sobre el litisconsorcio en el proceso civil*, en «Estudios de Derecho Procesal», Madrid, 1955, pág. 137.
3. PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*, I, Pamplona, 2.ª ed., 1985, pág. 383.
4. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, 1.ª, (con Ortells y Gómez Colomer), Barcelona, 1994, pág. 45.
5. RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, I, Barcelona, 1990, pág. 284.
6. MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil*, (con Cortés y Gimeno), Valencia, 1995, pág. 73.

artículo 7.3 del Anteproyecto de Ley Procesal Civil, elaborado por los PROFESORES DE DERECHO PROCESAL<sup>7</sup> cuando dice que «cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la resolución haya de afectar directamente al derecho de varios sujetos, todos ellos habrán de demandar o ser demandados conjuntamente, como litisconsortes». Idea que, VICENTE DÍAZ<sup>8</sup>, tras la consulta de los manuales de Derecho Procesal más en uso, resume afirmando que «la demanda planteada por menos personas o sujetos de los necesarios para conseguir la disposición sobre el objeto material pretendido o dirigida contra menos sujetos o personas de las exigidas legalmente para tener igual capacidad de disposición sobre la totalidad de la prestación reclamada o del derecho cuya declaración se interesa, adolece de un vicio que afecta al contenido de las declaraciones y condenas que puede establecer la sentencia en relación con los derechos materiales a que se refiere el proceso».

¿Se está reconociendo con las palabras anteriores la necesidad del litisconsorcio en la posición activa? A nuestro juicio lo que cabe entender es sencillamente que, en ciertas ocasiones, una pluralidad de personas se han de encontrar en el proceso, y, dentro del mismo, según los casos, estos sujetos se encontrarán en la posición activa o pasiva. Como argumentaremos en las páginas siguientes, la necesidad se refiere exclusivamente a la participación en el proceso de una pluralidad de partes. Lógicamente, los litisconsortes tendrán que hallarse en alguna de las posiciones del proceso. Pero cosa distinta es que deban encontrarse, como necesidad, en la posición activa.

Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo cabe decir lo mismo<sup>9</sup>, de sus palabras también parece que se reconoce la existencia del litisconsorcio activo necesario. En ese sentido, aunque afirma que se trata de una «figura» no prevista en la Ley y desestima la alegación, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1993<sup>10</sup> afirma:

«en cuanto a la falta de litisconsorcio activo necesario tiene declarado

7. PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Madrid, 1972, pág. 181.
8. VICENTE DÍAZ, M., *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid-Barcelona, 1993, lección 7, pág. 11.
9. Sobre la jurisprudencia sobre el litisconsorcio pasivo necesario, véase COBO PLANA, J. J., *El litisconsorcio pasivo necesario en la doctrina del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales*, Pamplona, 1993.
10. En RJ Aranzadi, 1993, 10.104. Se trata de juicio relativo a un bien ganancial sin que activa ni pasivamente hayan sido parte los cónyuges respectivos. Igualmente, la STS, 12 de noviembre de 1993, en RJ Aranzadi, 1993, 8.765. Alude al litisconsorcio activo y pasivo sin otra consideración.

esta Sala [SS. 10-11-1992 y 3-6-1993] que la figura del litisconsorcio activo necesario no está prevista en la Ley y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario, inspirado por el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído; en efecto, como nadie puede ser obligado a litigar, ni solo ni unido a otros, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto demandado no puede ejercerse sino en forma conjunta y mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa («legitimatio ad causam»), que no concurre en este caso...».

Y lo mismo ocurre, aunque sea con unas consecuencias a nuestro juicio equivocadas, con la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1989<sup>11</sup>:

«el litis consorcio activo o pasivo no tiene razón cuando la eficacia de la sentencia queda limitada respecto a los que no fueron parte en el pleito la demanda se interpone por la Comunidad de copropietarios y por don Juan G. C., que además de copropietario es Presidente de las respectivas Comunidades: fincas «Baldío y Dehesa de Arriba», y demandados don Fausto P. G. y cinco copropietarios más solamente en lo que les favorece sin que en lo adverso les perjudique, por lo que, ni son condenados sin ser oídos y vencidos en la litis ni se altera la veracidad de la cosa juzgada».

Como se observa en estos ejemplos, el Tribunal Supremo alude al litisconsorcio activo necesario sin poner en duda su existencia. Pero no por ello hemos de entender que lo está reconociendo. De hecho, salvo omisión o error nuestro, nunca ha estimado la *exceptio plurium litisconsortium* en el lado activo. Es más, manifiesta la innecesariedad de que la demanda se interponga conjuntamente por una pluralidad de sujetos.

En definitiva, podemos decir que cuando la doctrina y la jurisprudencia se refiere al litisconsorcio activo necesario o pasivo es solamente un modo de describir que cuando en el proceso ha de haber necesariamente una pluralidad de partes, éstas se hallarán en algunas de las posiciones del proceso. El calificativo necesario se refiere al litisconsorcio y no a la posición en la que eventualmente se hallen los litisconsortes.

11. En RJ Aranzadi, 1989. 6.953.

## II. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL FUNDAMENTO DEL LITISCONSORCIO NECESARIO

Sin necesidad de remontarnos en estos momentos al Derecho Romano<sup>12</sup>, la existencia del litisconsorcio necesario se ha venido defendiendo con base en distintas razones que van desde evitar sentencias inútiles hasta la inescindibilidad de determinadas relaciones jurídicas. El concepto litisconsorcio necesario empieza a elaborarse por la doctrina con CHIOVENDA<sup>13</sup>, cuando advierte que la sentencia dictada en ausencia de algunos litisconsortes necesarios sería una sentencia inútil. Sin embargo, esta opinión pronto encontró críticas, fundamentalmente por CARNELUTTI<sup>14</sup>, quien considera que se confunde la inutilidad con la inoportunidad de la decisión que, a los fines de la justicia de la misma, la no participación en el juicio de otros procesos constituye un grave peligro de información incompleta del juez y, por eso, de injusticia. En consecuencia, entendiéndole, el litisconsorcio será necesario cuando sea oportuno que varias *litis* entre diversas partes no sean decididas separadamente. También SATTI<sup>15</sup> formula sus críticas frente a la idea de la justificación del litisconsorcio necesario en la «inutiliter data», porque afirma que una utilidad parcial subsiste siempre y, de otro lado, sólo la parte es árbitro para la valoración del propio interés en llamar a la causa a un sujeto más bien que a otro. Para CORTÉS DOMÍNGUEZ<sup>16</sup>, la crítica a la teoría de CHIOVENDA se centra en que «la inutilidad de la sentencia no es tanto una causa que produzca efectos determinados, como el resultado de una situación concreta de falta de litisconsorcio necesario».

12. Al respecto, véase KASER, M., *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, págs. 151 y ss, y 382; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en RDPPro Iberoamericana, 1976, págs. 371-4. Así como la bibliografía que citan ambos autores.

13. CHIOVENDA, G., *Sul litisconsorzio necessario*, en «Saggi di Diritto Processuale Civile, II», Roma, 1931, págs. 436-7, afirma que «si può dire che l'impossibilità giuridica di pronunciare separatamente rispetto a più, si ha quando la sentenza resa rispetto a un solo fra i più non ha per sé alcun valore, inutiliter datur».

14. CARNELUTTI, F., *Institutiones del proceso civil*, I, (trad. de la 5.ª ed. italiana, de 1956 por SENTIS MELENDO), Buenos Aires, págs. 390-1.

15. SATTI, S., *Manual de Derecho Procesal Civil*, I, (trad. de la 7.ª ed. italiana, de 1967 por DE LA RUA, con SENTIS MELENDO), Buenos Aires, pág. 145. Concluye afirmando que el litisconsorcio necesario se justifica bien por razones de oportunidad o bien por la naturaleza de la relación, cuando sea esencialmente pluraliteral.

16. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 379-80.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en diversas sentencias<sup>17</sup>, ha ido aportando como fundamento del litisconsorcio una serie de argumentos como el principio de contradicción; la extensión de la cosa juzgada a terceros; la necesidad de evitar sentencias contradictorias; la imposibilidad de ejecución, etc. Sin embargo, todos los argumentos anteriores ceden en cuanto el fundamento de la necesidad del litisconsorcio (de la conveniencia sería otra cosa) es otro en realidad. Para CORTÉS DOMÍNGUEZ<sup>18</sup>, la justificación del litisconsorcio necesario «*consiste en la necesidad sentida de que varias personas estén o actúen conjuntamente en un proceso*». Continúa diciendo que «*el litisconsorcio es necesario porque el derecho material se debe hacer valer conjuntamente por varios, pues de varios es; si no se hace así, se obtendrá en todo caso una sentencia inútil*». En definitiva, el fundamento del litisconsorcio necesario se encuentra básicamente en la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídicas, con base en que la legitimación se atribuye a dos o más personas conjuntamente<sup>19</sup>. Así, solamente el derecho positivo, normalmente material pero no siempre<sup>20</sup>, determinará la necesidad de que una pluralidad de personas acudan al proceso para que la sentencia sea eficaz<sup>21</sup>. Y en la medida que existan las normas, por determinarlo expresamente<sup>22</sup> o por regular relaciones jurídicas inescindibles, todo ello para que la sentencia sea eficaz, el litisconsorcio necesario tendrá fundamento en nuestro ordenamiento jurídico.

Otra cosa es que, consecuencia de la regulación que establece la inescindibilidad de las relaciones jurídicas, con la exigencia de que los sujetos a los que va a afectar la sentencia participen en el proceso, al mismo tiempo se está salvaguardando el principio de audiencia o evitan-

17. Véase la jurisprudencia que cita SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio*, cit., págs. 584-5. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 389 y ss. Así como la transcrita por COBO PLANA, J. J., *El litisconsorcio pasivo necesario en la doctrina del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales*, cit.

18. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 371 y 377-8.

19. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, 1.º; (con Ortells y Gómez Colomer), cit., pág. 46.

20. Por ejemplo el art. 1.539,1 LEC.

21. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio*, cit., pág. 585.

22. Nos parecen gráficas, en ese sentido, las palabras de VICENTE DÍAZ, M., *Derecho Procesal Civil*, I, cit., lección 7, pág. 11, cuando afirma que «*el litisconsorcio necesario es el que viene impuesto por vinculaciones subjetivas, de carácter inescindible, que resultan del objeto de Derecho material, deducido en juicio*».

do la indefensión. Quizás por esa razón pueda decirse con razón que éste sea el «*fundamento último*»<sup>23</sup>. Pero ello no impide que, a los efectos de conocer concretamente los supuestos en los que existe litisconsorcio necesario, debamos acudir a su fundamento inmediato: las normas que establecen la inescindibilidad de algunas relaciones jurídicas y que hacen necesaria la concurrencia de una pluralidad de sujetos para que la sentencia pueda ser eficaz.

A los efectos de conocer si el litisconsorcio activo necesario tiene fundamento en nuestro derecho, por tanto, es necesario repasar las distintas normas a los efectos de comprobar si de las mismas cabe entender que una pluralidad de personas deban acudir necesariamente al proceso para que la sentencia sea eficaz. Esa actividad, no obstante, se presenta ardua. No dudamos, como veremos, que existen razones fundadas para que en el proceso, cuya pretensión sea constitutiva y hasta incluso declarativa y de condena en cuanto llevan implícita una declaración<sup>24</sup>, participen todas aquellas personas unidas de forma inescindible por la relación material. Sin embargo, ello no significa que exista *strictu sensu* la necesidad de que todos esos sujetos se sitúen en la posición activa.

### III. EL LITISCONSORCIO NECESARIO EN EL LADO PASIVO COMO REGLA GENERAL

Como hemos advertido, el calificativo necesario se refiere al litisconsorcio y no tanto a la posición en la que eventualmente se hallen los litisconsortes. Sin embargo, es cierto que los distintos sujetos, dado que necesariamente han de encontrarse en el proceso, tendrán que situarse en alguna de las posiciones del mismo. En ese sentido, puede decirse, en principio, que la necesidad de que exista litisconsorcio, en la práctica totalidad de las ocasiones y constituyendo regla general, se refiere únicamente al lado pasivo. Quizás por ello FERNÁNDEZ LÓPEZ<sup>25</sup> afirma que el litisconsorcio es necesario «*cuando la Ley exige al actor que demande*

23. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, I, (con DE LA OLIVA), Madrid, 1990, pág. 457.

24. COSTANTINO, G., *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979, págs. 467 y ss. REDENTI, E., *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1960, págs. XXII-III; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pág. 380.

25. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, I, (con DE LA OLIVA), cit., págs. 452, 456-7.

conjuntamente varias personas en la misma demanda» o, en similares términos, «cuando el Derecho exige al actor que dirija la demanda simultáneamente frente a dos o más personas». Advirtiendo que, en rigor, el auténtico litisconsorcio es el pasivo legal, por el que el actor tiene la carga de demandar conjuntamente a todas las personas a las que la Ley se refiere.

En efecto, difícilmente encontramos norma o regulación de la que quepa deducir la necesidad de que exista litisconsorcio activo. Otra cosa ocurre respecto al pasivo. El ejemplo quizás más claro sea el del artículo 1.539.1 LEC que prevé expresamente un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario<sup>26</sup>, independientemente de la relación jurídico material, al exigir que las tercerías se sustancien con el ejecutante y el ejecutado<sup>27</sup>. Lo mismo podrá decirse en otros ejemplos, como el art. 74 CC, de donde deriva que, cuando la acción de nulidad de un matrimonio la solicite un tercero se demande a los dos cónyuges<sup>28</sup>; el artículo 25 LAU que obliga al arrendador a demandar conjuntamente al inquilino y al cesionario por cesión inconstituida<sup>29</sup>; o el art. 384 CC, por el que se ha entendido que en la acción de deslinde se ha de demandar a los dueños de los predios colindantes<sup>30</sup>.

26. Por contra, Cortés Domínguez, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pág. 388 entiende que este supuesto no se debe considerar un verdadero litisconsorcio necesario, sino una acumulación de acciones y demandas que viene impuesta por la ley a los solos efectos operativos. Para MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, 2.º, (con ORTELLS, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN), Barcelona, 1994, pág. 186, tampoco existe un verdadero litisconsorcio pasivo necesario atendida la relación jurídico material, entre otras cosas porque no existe una verdadera relación jurídica, con lo que cabría hablar más bien de acumulación de pretensiones. Sin embargo, afirma que la ley impone la existencia del litisconsorcio necesario atendido a que la sentencia final tendrá un único pronunciamiento, sin perjuicio de los efectos distintos que el mismo tenga sobre las partes.

27. En el punto 2.º del mismo art. 1.539 LEC se dispone que «ambos deberán contestar a la demanda dentro del término correspondiente...».

28. Evidentemente, el supuesto de litisconsorcio pasivo necesario se producirá cuando sea un tercero quien pretenda la nulidad del matrimonio, porque si es uno de los cónyuges, no existirá litisconsorcio necesario.

29. En este supuesto, señala SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio*, cit., pág. 587, que el fundamento del art. 25 LAU no estriba tanto en la naturaleza de la relación jurídica, cuanto en la conveniencia de que no se defrauden los derechos del cesionario, único interesado en ocupar la vivienda. De modo que, considera que no existirá el litisconsorcio necesario cuando se demande únicamente al cesionario y no al cedente. En ese caso, entiende, únicamente existirá falta de legítima pasiva del cesionario, por no ser titular del contrato cuya resolución se pide.

30. DAVILA MILLÁN, M. E., *Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal*, Barcelona, 2.ª ed., 1992, pág. 87.

En general, aunque en pocas ocasiones encontraremos norma expresa que así lo disponga, son múltiples los ejemplos de litisconsorcio necesario<sup>31</sup>, por lo general, en el lado pasivo. A parte de los supuestos anteriores y de los que después veremos, las principales situaciones derivan de las acciones de nulidad de un acto o contrato en el que estén interesadas varias personas. En ese sentido, MONTERO AROCA<sup>32</sup> alude, por ejemplo, a que si se cuestiona la validez de un testamento, hay que entender que debe demandarse a todos los herederos; si se pretende declarar nulo un contrato de sociedad hay que demandar a todos los socios<sup>33</sup>, etc. Con todo, no está exento de dudas entender cuándo, en algunos supuestos concretos, se produce litisconsorcio necesario. Como puede ocurrir, entre otros, con la acción subrogatoria o revocatoria<sup>34</sup>. En cualquier caso, es constatable que de lo que se trata es normalmente de formular demanda frente a varias personas, es decir, de si existe litisconsorcio necesario en el lado pasivo. Y hasta tal punto la necesidad se refiere normalmente a la parte pasiva que puede decirse, como mínimo, que constituye la regla general.

Así y todo, hablar de necesidad respecto a una u otra de las posiciones en la que se deban hallar las partes implica la imposibilidad de que los litisconsortes se sitúen en la posición contraria. Y, al menos en ocasiones, parece que sí es posible el cambio de posición. En efecto, se dan posiciones procesales, denominadas por REDENTI<sup>35</sup> como «hermafro-

31. Véase, teniendo en cuenta las regulaciones posteriores a la fecha de los trabajos (como la Ley 11/1981, de 31 de mayo por que la que se da nueva redacción al título V del Libro 1.º del Código Civil), SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio*, cit., págs. 589 y ss; MONTERO AROCA, J., *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil*, Barcelona, 1972, págs. 80 y ss; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 386 y ss; MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J., *Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva*, en RGD, 1991, págs. 5.745 y ss.

32. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, 1.º, (con Ortelis y Gómez Colomer), cit., pág. 46.

33. No obstante, en caso de sociedades, entiende CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pág. 392, que no se establece la necesidad de que todos actúen en el proceso, sino la de que, si actúan, lo hagan todos en el mismo proceso (litisconsorcio necesario impropio) porque, «bueno sería que tuvieran que estar todos los socios presentes en el proceso». En esos casos, entiende, se produce una extensión subjetiva de la cosa juzgada.

34. Véase SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio*, cit., págs. 592 y ss; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 386-8.

35. REDENTI, E., *Derecho Procesal Civil*, I, (trad. SENTÍS MELENDO y AYERRA REDÍN), Buenos Aires, 1957, pág. 238.

ditas», por las que todos pueden ser indistintamente actores o demandados, aunque tengan una misma posición de parte en sentido sustancial. El ejemplo más claro sería el de la petición de nulidad de un matrimonio. Ya hemos visto como si la solicita un tercero, en el lado pasivo deberán encontrarse ambos cónyuges; en cambio, cualquiera de esos cónyuges puede situarse en el lado activo frente al otro. Lo mismo puede ocurrir en una comunidad de bienes, en la que cualquiera de los comuneros puede ser demandante o demandado a los efectos de la disolución del condominio. Con ello queda claro que, cuando exista necesidad en el litisconsorcio, los sujetos correspondientes han de encontrarse en el proceso. Pero, una vez dentro del mismo, al menos ocasionalmente, lo que no es tan importante es la situación activa o pasiva en la que se hallen.

Lo que ya no resulta tan fácil es saber si, en esos supuestos, la posición pasiva puede resultar innecesaria por encontrarse ya el posible litisconsorte en el lado activo. Esto es, en el segundo ejemplo anterior, ¿podrían formular demanda de disolución de comunidad varios comuneros conjuntamente frente al resto, pero no frente a ellos mismos?

No tenemos constancia de que haya algún pronunciamiento jurisprudencial al respecto. Pero aunque no igual, quizás nos pueda ser útil la Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 1989<sup>36</sup>, que tuvo ocasión de pronunciarse en un supuesto en cierta medida semejante. En esencia, el caso fue el siguiente: en un contrato de obras, en la que se apreciaron defectos en la construcción, la promotora formula demanda frente a la constructora y la dirección técnica, sobre cumplimiento del contrato. En primera instancia se estima la excepción de falta de legitimación activa, por no concurrir la cualidad de propietaria de los inmuebles, ya divididos en régimen de propiedad horizontal, y vendidos. En apelación se estima el recurso y la demanda, por estimar que la venta de los edificios no liberó a los constructores y técnicos de los deberes contractuales adquiridos frente a la promotora, ni ésta pierde la legitimación para exigirlos. Condenando solidariamente a los demandados a ejecutar las obras necesarias a fin de que desaparezcan diversos defectos de la construcción. Cada uno de los demandados interpusieron recursos de casación básicamente en relación a la legitimación de la promotora y en una hipotética infracción de la doctrina del litisconsorcio.

Respecto a la legitimación activa del promotor, el Tribunal Supremo no encuentra inconveniente para afirmarla en cuanto a la legitimación de los propietarios no supone que «el círculo de los legitimados

activamente se reduzca a los propietarios ni que éstos se vean necesariamente obligados a litigar contra todo el círculo de posibles obligados solidarios. Su legitimación adquirida por subrogación, junto con el piso, no borra la legitimación de los promotores que contrataron con los constructores y técnicos y conservan acción para exigir el correcto cumplimiento del contrato con base en el vínculo nacido precisamente del mismo».

Respecto al más interesante tema de la posición activa que adopta la promotora de las obras, cuando podría serlo pasiva respecto a los propietarios de las viviendas, tampoco encuentra inconvenientes la misma sentencia. Señala:

«que los promotores no asuman frente a los propietarios de los pisos el ejercicio de acciones para reparar lo mal hecho puede generar que sean ellos mismos demandados y condenados con el constructor y los técnicos, pero no se impone que deban siempre figurar en los litigios como demandados; cuando como en este caso actúan en defensa del interés propio de que la prestación sea correctamente cumplida, aunque ello redunde en beneficio de los propietarios que también tienen acción en juicio. (...) la postura activa de los promotores no permite pensar en la posible mala fe de quien se adelanta para no ser demandado junto con los constructores y técnicos, porque tal posible condena solidaria, dado el carácter impropio de ésta que permite pleitos posteriores, no conlleva la necesaria división mancomunada simple de la prestación, ni impide que en el proceso los demandados ejerciten por vía de reconvencción lo que a su derecho convenga, si piensan en la contribución a los daños por parte de la promotora. Si ésta fue también causante de los daños así han podido demandarlo y si no lo fue, tiene, la promotora, interés en que así se reconozca, interés en que se condene a los culpables, interés en que se cumpla el contrato de obras e interés, en fin, en no llegar a ser demandada por los propietarios, aunque sólo sea por conservar su prestigio de promotora. Razones más que suficientes para desestimar los cinco motivos contenidos en los tres escritos y que a la legitimación activa se refieren. No se favorece la línea de protección jurisprudencial de los propietarios singulares, de siempre mantenida por el Tribunal Supremo, obligándoles a seguir un nuevo litigio en los términos pretendidos por los recurrentes».

Sin embargo, y esto es importante por cuanto se diferencia del supuesto que pretendemos resolver, el Tribunal Supremo entiende que la promotora demandante no se encuentra afectada por un hipotético litisconsorcio pasivo necesario con la constructora y la dirección técnica, al establecerse en el artículo 1.591 CC una responsabilidad solidaria frente a los propietarios de las viviendas.

Así y todo, se dictó un voto particular por dos magistrados de la

36. RJ Aranzadi, 1989. 4.417. Ponente: don Jesús Marina Martínez-Pardo.

Sala<sup>37</sup>, sobre el más espinoso tema del cambio de posición activa de uno de los responsables solidarios en virtud del art. 1.591 CC. Entendió que el promotor no está legitimado activamente frente al resto de obligados porque: 1.º) El interés jurídico del ejercicio de la acción lo posee el que se ve directamente afectado (comunidad de propietarios de los pisos). El interés del promotor es «más bien la posibilidad de introducir, por esa vía indirecta, una cierta desviación de la responsabilidad». 2.º) El promotor posee legitimación pasiva respecto a la responsabilidad (solidaria) del art. 1.591 CC, incluyéndose en el concepto «contratista». 3.º) La posibilidad de demandar al promotor «queda eliminada o disminuida si dicho promotor, anticipándose a toda acción judicial por parte de los propietarios y asumiendo lo que, «prima facie», es facultad exclusiva de éstos, pretende que se declare solamente la responsabilidad «ex artículo 1591» del Código Civil del contratista y de los técnicos, con lo que, por este medio indirecto, conseguiría quedar excluido de una responsabilidad que también le alcanza o puede alcanzarle frente a los propietarios». 4.º) En todo caso, el promotor podría repetir una vez cumplida la prestación contra el contratista y la dirección técnica por la cuota que a cada uno pudiera incumbirle; o ejercitar contra los mismos las acciones por un supuesto incumplimiento contractual. Pero ninguno de estos supuestos es el que se trata porque aquí «el promotor, sin haber sido mandado por los propietarios afectados y tomando una iniciativa que, en principio, no le corresponde, se ha limitado a ejercitar la acción por una responsabilidad (la decenal del repetido artículo 1591) de la que, siendo o pudiendo ser sujeto pasivo, ha pretendido, tal vez, autoexcluirse en la forma ya dicha, haciéndose aparecer como perjudicado o sujeto activo de la misma».

Reconociendo las conexiones del caso resuelto con el que ahora nos ocupa (se trata del supuesto de demandante que, pudiendo ser demandado por un tercero junto a otros, formula demanda frente a esos otros), pero teniendo en cuenta sus concretas circunstancias (tratándose de una pretensión de responsabilidad solidaria y, por tanto, por no tratarse de un supuesto de litisconsorcio solidario), creemos que la respuesta no es trasladable a la pregunta que formulábamos. Sencillamente se reconoce la posibilidad de la promotora para ser actora (frente a la constructora y dirección técnica, al subsistir la acción decenal del art. 1.591 del CC, a pesar de haber transmitido las viviendas); así como también para ser de-

37. Por don Alfonso Barcalá y Trillo Figueroa y don Francisco Morales Morales, que redacta este segundo Magistrado y al que se adhiere el primero.

mandada (ante la reclamación de los propietarios de las viviendas). Y no se resuelve la cuestión porque precisamente esos propietarios, favorecidos por la acción de responsabilidad del repetido art. 1.591 CC no han sido parte en el proceso. Sólo entonces, y todavía con dudas, podría ser trasladable la solución.

Decimos con dudas porque la situación del promotor es ciertamente más compleja que la de un comunero. Téngase en cuenta que, antes de la venta, tanto la constructora como la dirección facultativa es responsable por completo frente a la promotora. Sin embargo, tras la venta de los pisos, la responsabilidad es solidaria de esos mismos sujetos más el promotor. ¿Quiere ello decir que, en definitiva, aunque sea en fase de repetición, la responsabilidad de los originariamente obligados se reduce a posteriori en la parte que corresponde al promotor? Si negamos esta posibilidad, que además de parecer la solución más razonable se corresponde con la literalidad del art. 1.591 CC, hemos de considerar acertada la sentencia anterior (no el voto particular)<sup>38</sup>. Es decir, si la responsabilidad del contratista y facultativos frente al promotor es completa, el interés de este último en que las obras queden resueltas es evidente frente a posibles futuras reclamaciones.

Con ello creemos que se disipan las dudas sobre la posible existencia de soluciones distintas al problema del cambio de posición activa y pasiva cuando se trate de pretensiones de naturaleza diversa. Porque siempre encontramos un punto de conexión, por complejo que se presente el caso, respecto al interés de accionar, se trate de promotor como de comunero, socio o cónyuge.

A nuestro juicio, deberemos buscar la respuesta en otro lugar porque, de todos modos, es claro que el supuesto enjuiciado, por ser de responsabilidad solidaria, tampoco resolvería la cuestión aunque hubieran accionado también, al mismo tiempo, los propietarios de viviendas. En todo caso, la posición activa de la promotora no impide a los propietarios de los pisos formular demanda de reclamación frente a ésta. Sencillamente por el carácter solidario de la responsabilidad y la consecuente inexistencia de litisconsorcio necesario. La respuesta ha de hallarse, al menos, en el entendimiento de las peticiones que se formulan, en su re-

38. Además de que, con el voto particular, lo que se consigue es dejar impregunada la cuestión de la responsabilidad de la constructora y de la dirección técnica frente a la promotora. Sujetos aquéllos a los que corresponde ante ésta, aunque tras la venta de los pisos fuera meramente por repetición.

ciprocidad, así como, en que la interpretación que se obtenga sea práctica en cuanto no lleve a consecuencias absurdas.

El ejercicio de la acción de división de cosa común por parte de cada uno de los comuneros (art. 400 CC), les sitúa en el lado activo del proceso, por tanto, sin que tengan que encontrarse en el lado pasivo. Y ello es así, entre otras razones, porque quien pide un acto de voluntad o una actividad frente a otro u otros, siendo esa actividad recíproca (ese o esos sujetos podrían solicitarla igualmente frente al actor), está partiendo de la existencia de su propia voluntad o disposición para realizar la partición de la cosa. Y hasta tal punto ese sujeto posee voluntad o disposición que exige al resto de comuneros que le permitan realizarla, modificando la comunidad a cada uno en la parte que le corresponde. Es más, el ejercicio de la acción, y la correspondiente resolución judicial firme, no sólo vinculan al o a los demandados, sino de igual manera al demandante.

Si lo anterior, como nos parece, es cierto, la solución que se desprende no es otra más que la posibilidad de solicitar la acción de partición de la cosa común conjuntamente por varios comuneros, sin necesidad de demandarse los actores mutuamente. Actividad que resulta del todo punto innecesaria pues la resolución vinculará, en definitiva, a todos los sujetos activos o pasivos que (necesariamente) han de intervenir en el proceso.

Con todo, la conclusión contraria no ofrecería una solución satisfactoria. Pensemos que, cuando sean varios los comuneros que solicitan simultáneamente la partición de la cosa, si cada uno de ellos debiera demandar a todos los demás, se plantearían problemas de difícil solución. La pregunta básica sería ésta: ¿tendría que conocerse de la cuestión en el mismo procedimiento? La respuesta, creemos, ha de ser afirmativa porque se trata del mismo objeto procesal (dado el carácter recíproco de la prestación). En consecuencia, entre otras, si se conociese en otro procedimiento procedería la excepción de litispendencia. Y siendo afirmativa, si tuvieran que demandarse los actores entre sí, se daría la paradoja de que, sea por acumulación inicial o sobrevenida o sea incluso por reconvencción, nos encontraríamos con sujetos que se encontrarían a la vez en el lado activo y en el pasivo, cuando la prestación que se reclama es recíproca (el actor «A» solicita a uno de los demandados «B» una actividad, cuando el actor «B» está solicitando a otro de los demandados «A» esa misma actividad). Que tanto A y B puedan encontrarse simultáneamente como demandantes y demandados, en un mismo procedimiento y respecto a un mismo objeto, sencillamente es absurdo.

Podemos afirmar que, concretamente en los supuestos en que los sujetos que necesariamente han de encontrarse en el proceso puedan ser indistintamente demandantes o demandados, la regla general de que el litisconsorcio es necesario en el lado pasivo cede. Lo que importa entonces es que los sujetos, todos, se encuentren en el proceso, con independencia de la posición activa o pasiva en la que se hallen.

Como afirma SERRA DOMÍNGUEZ<sup>39</sup>, la división relativa a la posición de litisconsortes es de «menor importancia». En efecto, estamos convencidos de que la necesidad del litisconsorcio, en esencia, no tiene «apellos» de activo o pasivo. Lo que no significa que el del lado pasivo constituya la regla general<sup>40</sup>, porque, si lo que importa es que todos los sujetos correspondientes se encuentren en el proceso, cuando alguno de ellos no se sitúe en el lado activo, posición en la que nadie puede encontrarse forzosamente, sólo nos resta el pasivo. Como dice reiteradamente la jurisprudencia, «si bien es evidente que nadie puede ser condenado sin ser oído, no es menos cierto el principio de que nadie puede ser obligado a litigar, ni aislada ni conjuntamente con otros»<sup>41</sup>.

En definitiva, si, como hemos visto, en ocasiones es dudosa la necesidad del litisconsorcio en el lado pasivo (cuando se encuentren en el proceso en la parte activa), con mayor claridad se observa este hecho respecto al activo. Y es que, en puridad, como a continuación desarrollaremos, litisconsorcio activo, como necesidad, no existe nunca.

#### IV. ALGUNOS SUPUESTOS EN LOS QUE APARENTEMENTE DERIVA LITISCONSORCIO ACTIVO NECESARIO

Los supuestos más importantes en los que aparentemente deriva litisconsorcio activo necesario derivan básicamente del ejercicio de acciones sobre bienes o derechos comunes. Y especialmente, dentro de los mismos, como dice el art. 1.139 CC, «si la división fuere imposible».

Quizás el autor que ha defendido con mayor énfasis la existencia de

39. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio*, cit., pág. 574.

40. Señala LORCA NAVARRETE, A. M.ª, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1991, pág. 76, que la doctrina acerca del litisconsorcio necesario, si bien admite figura cuando el litisconsorcio es activo, ha de ser rigurosamente aceptada cuando se trata de un litisconsorcio pasivo. De aquí que la elaboración del litisconsorcio necesario, se haya efectuado fundamentalmente desde el punto de vista del litisconsorcio pasivo necesario.

41. Por ejemplo, SSTTS, 29 de diciembre de 1993, en RJ Aranzadi, 1993. 10.164; 12 de noviembre de 1994, en RJ Aranzadi, 1994. 8.472.



litisconsorcio necesario en el ejercicio de las acciones relativas a la denominada «comunidad unitaria», haya sido CORTÉS DOMÍNGUEZ<sup>42</sup>. Afirma que por el carácter de un crédito en común o de un derecho en común (principalmente producidos en la comunidad hereditaria y en la comunidad de bienes), «la demanda debe ser entablada por todos los copartícipes en conjunto; y lo mismo cabe decir de las deudas en común, de las que responde únicamente el patrimonio común». Incluso reconociendo que la comunidad que rige en nuestro derecho sea por cuotas, entiende, ello no obsta para que determinados derechos no puedan ejercitarse sino en mano común (derechos potestativos de desahucio, de retracto, el uso y habitación, etc.). Dentro de estas relaciones de comunidad<sup>43</sup>, donde con mayor claridad parece derivar la existencia del litisconsorcio activo necesario quizás sea en el inicio del art. 1.139 CC cuando dice que «si la división fuera imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos...». En ese caso, manifiesta DÁVILA MILLÁN<sup>44</sup>, «si se suscita ejercicio judicial acerca de una prestación indivisible, por uno solo de los varios acreedores mancomunados, estariamos ante un supuesto de litisconsorcio activo necesario, que facultaría al deudor al no ser demandado por la totalidad de los acreedores a oponer una excepción fundada en la falta de legitimación activa del actor (carecería de acción)». Para CORTÉS DOMÍNGUEZ<sup>45</sup>, ni siquiera a favor de la comunidad podrían ejercerse acciones relativas a obligaciones indivisibles, porque «si la existencia de pluralidad de titulares en la relación indivisible hace a esta peculiar en cuanto a su ejercicio judicial, con igual razón se deberá predicar lo mismo cuando esa relación obligacional se produce entremezclada con la comunidad. En segundo lugar, habría que preguntarse cómo se puede saber a priori cuando el ejercicio de una acción va a ser beneficiosa para todos, o si, en cambio, será perjudicial».

En el supuesto concreto del ejercicio de la acción resolutoria de un

42. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 381 y ss.

43. Advierte CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pág. 400, no debe confundirse la comunidad unitaria de los derechos y obligaciones indivisibles porque, en el primer caso, los derechos son únicos, aun cuando en ellos participen diversas personas; en el segundo, los derechos y obligaciones son varios, aun cuando la prestación es siempre única.

44. DÁVILA MILLÁN, M. E., *Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal*, cit., págs. 76-7.

45. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pág. 384.

arrendamiento, así como en otros semejantes, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO<sup>46</sup> entiende que, en principio, cualquiera de los comuneros está legitimado activamente en cuanto el resultado obtenido beneficia al resto. Sin embargo plantea la posibilidad de que se entablara discusión entre los diversos copartícipes de la cosa común en cuanto a la continuación o no de la relación arrendaticia. Considera, por tanto, que no es muy adecuada la remisión a la legitimación extraordinaria atribuida a uno de los comuneros para el ejercicio de acciones que redunden en beneficio del resto de los copropietarios pues, entonces, la acción resolutoria debe contar con el beneplácito de todos o, en su caso, haber sido adoptada con arreglo a los criterios establecidos en nuestro Código Civil para la administración y mejor disfrute de la cosa común. Sostiene, en definitiva, que solamente se puede entender justificada la legitimación extraordinaria en aquellos supuestos en los que conste claramente que la acción resolutoria beneficia a la comunidad (desahucio por falta de pago). Y, por tanto, la excepción de litisconsorcio activo necesario debía apreciarse cuando no conste la posibilidad de disposición individual del derecho pretendido, acreditando la oposición del resto de los comuneros al ejercicio de la acción.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de diciembre de 1993<sup>47</sup>, ha entendido que en la acción de nulidad de compraventa de un bien ganancial puede ser ejercida solamente por uno de los cónyuges, sin que, por tanto exista litisconsorcio activo necesario. Y la de 22 de diciembre de 1993<sup>48</sup> admite que la acción sobre un bien ganancial se ejercite por y contra uno de los cónyuges. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA<sup>49</sup>, sobre la falta de litisconsorcio activo necesario omite cualquier otra consideración, remitiéndose al contenido de la sentencia. Sobre el pasivo (pero la valoración, en esencial, serviría para el activo igualmente), por razones puramente prácticas, ha advertido la inconveniencia de la decisión en cuanto, de ese modo —dice—, el demandante «ha ganado el pleito, pero ha perdido el asunto. Pues a partir de ahora comenzará el calvario de con-

46. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *STS de 18 de marzo de 1994. Falta de legitimación activa del actor o, en su caso, de litisconsorcio activo necesario...*, en Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, 1994, págs. 899-901.

47. En RJ Aranzadi, 1993, 10.164.

48. Véase la sentencia y el comentario de GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., *Litisconsorcio activo y pasivo necesario. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala I.ª) de 22 de diciembre de 1993*, en Revista General de Derecho, 1994, pág. 11.041.

49. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., *Litisconsorcio activo y pasivo necesario. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala I.ª) de 22 de diciembre de 1993*, cit., pág. 11.041.

seguir o bien que firmen las señoras no demandadas, o a iniciar contra ellas un nuevo proceso para conseguir la sentencia favorable que las obligue a otorgar la escritura pública necesaria para acceder el acto de extinción de condominio al Registro de la Propiedad».

En los supuestos vistos de litisconsorcio necesario es lógico que, dentro del proceso, normalmente las partes se sitúen en la posición activa. Sin embargo, no será así necesariamente en cuanto nadie puede ser obligado a litigar, ni puede impedirse litigar al litisconsorte que lo desea aún con la pasividad o incluso la oposición del resto de comuneros.

#### V. LA FALTA DE FUNDAMENTO DEL LITISCONSORCIO ACTIVO COMO NECESARIO

Creemos que puede afirmarse, rotundamente, que nuestro derecho en ocasiones está determinando la necesidad, y conveniencia, de que una pluralidad de personas se encuentren en el proceso. En ese sentido, hacemos propias la palabras de SERRA DOMÍNGUEZ<sup>50</sup> cuando manifiesta que «cuando una relación jurídica única en la que por su propia naturaleza estén interesadas diversas personas deba ser declarada en juicio, la declaración sólo podrá ser efectuada con eficacia cuando todas ellas estén presentes en el juicio. En otro caso la resolución judicial podría carecer de efectividad y el proceso se habría desarrollado inútilmente». Ahora bien, que se determine una necesidad de pluralidad de partes no significa que tenga que ser siempre en alguna de las posiciones del proceso. Ya hemos visto como, aunque con matices, es de carácter general el litisconsorcio pasivo necesario. La razón para que sea precisamente en esta posición es el derecho de defensa que está en juego (el repetido «nadie puede ser condenado sin ser oído»). Pero creemos que, en el lado activo, el litisconsorcio como necesidad no existe en nuestro derecho nunca.

Esta afirmación, es verdad, puede parecer falta de fundamento atendidas las relaciones jurídicas referidas anteriormente. Es más, si nuestro derecho en algunas ocasiones expresamente exige, o puede inferirse de las obligaciones que regula, que se debe formular demanda frente a varios sujetos, es decir, si se establece el litisconsorcio necesario en el lado pasivo, en su consecuencia, también tendría que decirse lo mismo en el lado activo. Esta disquisición lógica, especie de «geometría proce-

50. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio*, cit., pág. 588.

sal», sirve para que en condiciones de normalidad podamos entender que una pluralidad de partes se sitúen en el lado activo. Así, cuando el 1.139 CC determina la necesidad del litisconsorcio necesario pasivo, del mismo modo, en principio, tendrá que determinar que los acreedores procedan también conjuntamente para hacer efectivo el crédito<sup>51</sup>. En efecto, así ocurrirá normalmente. Sin embargo, ello no significa que todos los litisconsortes se deban situar siempre en el lado activo ni, consecuentemente, que pueda afirmarse que el litisconsorcio en el lado activo sea necesario.

Creemos que es así partiendo de que nadie puede ser obligado a demandar en asuntos de interés privado. Como afirmaba COUTURE<sup>52</sup>, la libertad de demandar, que nadie puede ser obligado a demandar en asuntos de interés privado, es un ejemplo de proposición ontológica de Derecho Procesal, esto es, de razón de ser de la conducta jurídica inherente a la sustancia del proceso que, a diferencia de las proposiciones lógicas que sólo son verdades de razón, son al mismo tiempo verdades de experiencia. Como viene manteniendo con reiteración y acierto la jurisprudencia, como por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de noviembre de 1994<sup>53</sup>: «esta Sala ha declarado (Sentencias de 10 de noviembre de 1992 y 3 de junio 1993 y otras) que no puede equipararse el litisconsorcio activo con el pasivo necesario, por cuanto si bien es evidente que nadie puede ser condenado sin ser oído, no es menos cierto el principio de que nadie puede ser obligado a litigar, ni aislada ni conjuntamente con otros».

El litisconsorcio necesario, como tantas veces ocurre, es un problema relativo a la tutela judicial efectiva o al derecho de defensa constitucionalmente reconocido, afectado como consecuencia de la inescindibili-

51. Indica Cortés Domínguez, M., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pág. 383, que el recto sentido del art. 1.139 CC sea «el de que los acreedores han de proceder también conjuntamente para hacer efectivo el crédito». Por su parte, CABANAS GARCÍA, J. C., *Litisconsorcio activo necesario. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala I.ª) de 10 de noviembre de 1992*, en «Secundación de Derecho Procesal», Revista General de Derecho, 1993, pág. 11.728, partiendo de que el litisconsorcio activo responde entre sus fines a la garantía del principio jurídico natural de audiencia, incardinable en la cláusula del «proceso con todas las garantías» (art. 24.2 CE), considera que es aplicable, por un básico cumplimiento de la igualdad intraprocésal, a ambas partes de la contienda. Para que, en definitiva, la afirmación «nadie puede ser condenado», se redefina concibiéndolo como «ninguna de las partes» —efectivamente llamadas o no a la causa— puede ser afectada por una sentencia.

52. COUTURE, E. J., *Algunas proposiciones para la ciencia del proceso y la interpretación de las leyes procesales*, en «Actas del I Congreso Ibero-americano y filipino de Derecho Procesal», (con otros), Madrid, 1955, págs. 319-20.

53. En RJ Aranzadi, 1994. 8.472.

dad de la relación jurídica digna de salvaguarda y, en ese sentido, fundamento último de aquél<sup>54</sup>. Desde esta perspectiva, si la necesidad del litisconsorcio, particularmente en el lado pasivo, salvaguarda el derecho de defensa de las partes; por contra, la exigencia de que todos los titulares de un derecho (por la razón que sea) tengan que formular demanda, limita y puede impedir la tutela judicial efectiva de quien individualmente, con la pasividad o hasta la oposición de los cotitulares, tiene interés en ejercitar la correspondiente acción.

Ante la importancia del derecho constitucional de defensa, creemos, codé cualquier otra consideración, incluida la que realiza el propio Tribunal Supremo en la continuación del párrafo acabado de transcribir, cuando dice que nadie puede ser obligado a litigar, «a menos que la *disponibilidad del demandante sobre la cosa reclamada no pueda ejercitarse sino en forma conjunta y mancomunada con otro, lo que se traduciría en falta de legitimación "ad causam"*». Y lo decimos porque entendemos que cuando proceda la necesidad y la conveniencia del litisconsorcio, especialmente cuando se trate del activo, la necesidad se limita a que determinados sujetos se encuentren en el proceso, con independencia de la posición que adopten.

#### VI. TRATAMIENTO UNITARIO DE LA EXCEPCIÓN DE LITISCONSORCIO NECESARIO

Como ya advertimos, no conocemos pronunciamiento alguno del Tribunal Supremo que haya estimado la excepción de litisconsorcio activo necesario. Es más, el mismo Tribunal viene afirmando su carácter innecesario. Por ejemplo dice en su Sentencia de 12 de noviembre de 1994<sup>55</sup> que «*el litisconsorcio activo es de carácter facultativo, ya que, como se deduce de la Sentencia de 4 de mayo de 1983, la situación procesal y sustantiva no se sujeta a patrones fijos y por ello no puede ser ninguna condicionada o impelida a formular una acción que no cree interésarle*». Y todavía con mayor rotundidad, la Sentencia de 4 de julio de 1994<sup>56</sup> alude a la «*inexistente legal y jurisprudencialmente excepción de litisconsorcio activo necesario*».

54. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, I, (con DE LA OLIVA), Madrid, 1990, pág. 457. Véase la jurisprudencia que reproduce DÁVILA MILLÁN, M. E., *Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal*, cit., págs 87-9.

55. En RJ Aranzadi, 1994. 8.472.

56. En RJ Aranzadi, 1994. 5.547.

Hasta ahí compartimos la opinión del Tribunal Supremo. Pero creemos que la inexistencia de la necesidad del litisconsorcio activo no significa que los sujetos correspondientes pueden quedar fuera del proceso, con las graves consecuencias que trae consigo. No obstante, el Tribunal Supremo, por ejemplo, la misma Sentencia de 4 de julio de 1994, sostiene que «*es de toda evidencia que la recurrente tiene a su disposición el ejercicio de las acciones que estime oportunas en defensa de sus derechos, sin que la sentencia recaída en esta litis tenga efecto alguno de cosa juzgada que precluya su posición procesal y sustantiva, ni le impida en lo más mínimo la defensa de sus derechos*».

Si de verdad se deriva de la relación jurídica un litisconsorcio necesario, todos han de encontrarse en el proceso, incluso cuando alguno de los cotitulares actúe o pueda actuar en beneficio de la comunidad. Del mismo modo, todavía nos parece más infundada la opinión de que una eventual resolución afecte a todos los cotitulares en cuanto les favorezca, pero no en caso contrario. Ello ya no solo por las dificultades de determinar, sobre todo *a priori*, cuándo se actúa o no en beneficio del resto, sino porque estaría posibilitando objetivamente la actuación abusiva del derecho. Veamos un ejemplo: Cinco personas formalizan un contrato con otro cuya prestación cabe entender indivisible. Ante la negativa de realizarla uno de ellos podría iniciar proceso pidiendo su cumplimiento y tras unos cinco o diez años de pleito, pueda vencer, favoreciendo al resto. En caso contrario, un segundo sujeto podría iniciar el correspondiente pleito, y así sucesivamente con el resto. En conclusión, aun siendo optimistas respecto a la duración de los correspondientes procesos, el demandado podría estar treinta o más años pleiteando en cinco causas «distintas» subjetivamente pero idénticas en su objeto.

Tampoco creemos que pueda decirse que el tratamiento procesal de la excepción de litisconsorcio necesario sea diverso en el lado activo o en el pasivo. No vamos a entrar en este momento en la naturaleza material o procesal del litisconsorcio, ni en si su estimación deberá determinar una resolución de absolución en la instancia o de desestimación de la pretensión. Lo que nos interesa ahora es resaltar que, si la necesidad del litisconsorcio se refiere esencialmente a que varios sujetos formen parte del proceso, sin que importe tanto la posición en que se deban situar esos sujetos, el tratamiento procesal de la excepción de litisconsorcio tiene que ser único, con independencia de donde se hallen o deban hallarse los sujetos. La propia necesidad legal de que varios sujetos concurren en el proceso determina que, si se ha de estimar, se haga con independencia de la posición que eventualmente hayan adoptado en el pro-

ceso. Esto es, que si no se encuentran los cotitulares del derecho, sea estimada la correspondiente excepción de litisconsorcio necesario, llámese como se quiera, activo o pasivo, porque lo importante es que no se ha cumplido la necesidad del litisconsorcio. Todo lo anterior, en resumen, porque la excepción es la de infracción del litisconsorcio necesario.

#### VII. LA NECESIDAD DEL LITISCONSORCIO Y SU INEXISTENCIA EN LA POSICIÓN ACTIVA: LA DEMANDA FRENTE AL COTITULAR

Si bien nos fijamos, se presentan dos hechos aparentemente contradictorios: 1.º) Que, en determinadas relaciones, es necesario el litisconsorcio; 2.º) Que nadie puede ser obligado a formular demanda si no lo desea. Pero, contrariamente a lo que pueda parecer, es posible conjugarlos en cuanto, si bien es cierto que a nadie se le puede hacer participar en el proceso como demandante, sí se le puede vincular, en el lado pasivo, como demandado. En este sentido, REDENTI<sup>57</sup> advierte que «puede ocurrir que todos los condóminos accionen simultáneamente y de común acuerdo en *confessoria servitutis* contra el propietario del fondo sirviente (y en tal caso la posición procesal de los varios condóminos actores coincidirá con su posición de sujetos activos de la acción); pero podrá también ocurrir que sólo uno o alguno de ellos quiera accionar y los otros no. Queda firme también en este caso la regla de que todos deben participar en el proceso, pero el que de ellos quiera accionar, se encontrará, precisamente por eso, en la necesidad de llamar en juicio, no sólo al propietario del fondo sirviente, sino también a los demás condóminos. Y entonces, estos últimos estarán procesalmente en posición de demandados, in ius vocati, mientras que respecto de la acción y del derecho que se hace valer, tienen posición de sujetos activos». En definitiva, concluye, «cuando haya una (necesaria) pluralidad de partes, puede también ocurrir, como ya hemos advertido, que la posición procesal de algún sujeto no coincida, y hasta sea inversa, respecto a la posición sustancial».

No encontramos ningún inconveniente, y sí muchas ventajas, para que en un proceso litisconsorcial puedan ser demandados los cotitulares que, por pasividad o por negativa expresa al ejercicio de la acción, no se hayan situado en la posición activa del proceso. Entiéndase que, partiendo de la necesidad de que todos los titulares se encuentren en un proce-

so único, en esos casos el conflicto entre ellos existe siempre. De ese modo, podemos concluir que el litisconsorcio activo, como necesario, no existe en nuestro derecho nunca porque todos los titulares que deban ser elemento subjetivo de un proceso pueden ser vinculados al mismo, si no como demandantes, sí como demandados.

Para finalizar, sólo advertir que esta conclusión puede plantear algunas dudas, si bien creemos que de carácter menor. Por ejemplo: a) Puede parecer problemática la aplicación de las normas sobre costas. Sin embargo, no es así porque, en el caso de que esté de acuerdo con el actor respecto a la acción ejercitada siempre podrá allanarse, incluso sin costas si se realiza antes de la contestación a la demanda (523,3 LEC). Por supuesto, sin que ese allanamiento, como tampoco la transacción, el desestimamiento o la renuncia de alguno de los demandados, afecte a los demás<sup>58</sup>. En cambio, si contesta a la acción, su aplicación será la ordinaria a la de cualquier otro demandado, incluso a los efectos del art. 531 LEC; b) Tampoco creemos que la ejecución plantee graves problemas. Piénsese que la mayor parte de los supuestos de litisconsorcio necesario se dan en las pretensiones constitutivas o en las declarativas puras, por tanto, sin que la sentencia eventualmente favorable que se dicte tenga ejecución propiamente dicha. Más complejo sería en las de condena. En el supuesto de que se dé en las mismas, en todo caso, no creemos que al final fuera inviable una transmisión forzosa a favor de un demandado;

c) Quizás las mayores dudas interpretativas se den en la determinación de la competencia territorial. En principio, dado que el fuero del domicilio es de aplicación general (básicamente, art. 62 LEC)<sup>59</sup>, como la competencia es la del domicilio de alguno de los demandados a elección del demandante, podría darse el fraude de demandar a algún cotitular a los solos efectos de conseguir la competencia en un territorio inconveniente para los otros demandados. En estos casos, en opinión de GÓMEZ ORBANEJA<sup>60</sup>, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien la acumulación es determinante del fuero y el demandante tiene derecho de elección, la acumulación no debe ser arbitraria, de suerte que con ella se pueda perjudicar el fuero de cada demandado.

En cualquier caso, los problemas puntuales que puedan surgir no son obstáculo para afirmar que la necesidad del litisconsorcio, junto a la

58. FAJÉN GUILLÉN, V., *Sobre el litisconsorcio en el proceso civil*, cit., pág. 148.

59. Véase PELÁEZ DEL ROSAL, M., *La competencia territorial en el proceso civil. El acuerdo de sumisión expresa*, Barcelona, 1974, págs. 71 y ss.

60. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, I, (con Herce), Madrid, 1975, pág. 163.

57. REDENTI, E., *Derecho Procesal Civil*, I, cit., págs. 235 y 238.

imposibilidad de obligar a los cotitulares de ciertos derechos o bienes, se conjuga con la posibilidad de que el demandante formule demanda también frente a los cotitulares que por pasividad o por oposición no se hayan situado en la posición activa. De modo que pueda afirmarse, en ese sentido, que el litisconsorcio activo es innecesario.

## EL SECRETARIO JUDICIAL. CONCEPTO Y COMPLEMENTO

JOSÉ FRANCISCO ESCUDERO MORATALLA  
Secretario Judicial Juzgado Social n.º 2  
Profesor de la Universidad de Girona

JOAQUÍN FRIGOLA VALLINA  
Licenciado en Derecho

### SUMARIO:

1. Introducción. — 2. El Secretario Judicial. configuración actual. — 3. El Secretario Judicial. Aceptaciones. — 4. El Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales. — 5. El nuevo contexto para la Secretaría Judicial. — 6. La crisis del derecho. — 7. Conclusión: el Secretario Judicial como complemento para un nuevo enfoque de aplicación del derecho.

### 1. INTRODUCCIÓN

*«Las piedras de los tropiezos forman peldaños para quien no teme el fracaso, ni la calumnia, ni el ridículo, ni rehuye responsabilidades y siempre se mantiene con su brújula en dirección a la verdad». (Gandhi).*

Una vez más, la lectura atenta de la Memoria que el Consejo General del Poder Judicial remite a las Cortes Generales y al Gobierno de la Nación, con la relación circunstanciada de las necesidades de la Admi-