

# Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 27 de mayo de 1997

(RGD 97-13940)

**Proceso civil de declaración con pluralidad de partes: «Litis-disorcio» activo necesario y justicia material en el caso concreto.**

POR

**JOSE BONET NAVARRO**

Doctor en Derecho.

Ayudante de derecho procesal. Universitat de València

## I. EL CASO

El conflicto del que deriva toda la actividad procesal desarrollada en el presente asunto es el siguiente: E. M. A. junto a su madre y hermanos, los cinco propietarios de un solar, formalizaron el 31 de enero de 1977 contrato de permuta con los demandados. Los primeros cumplieron con su obligación derivada de dicho contrato consistente en entregar el solar del que todos ellos eran copropietarios; los segundos tomaron posesión de dicho solar pero, en cambio, incumplieron su obligación de entregar un piso a cada uno en contraprestación. A excepción de E. M. A., la madre y hermanos llegaron a un acuerdo con los demandados en relación a la obligación incumplida.

E. M. A. formula demanda de Juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre incumplimiento de contrato. En primera instancia se aprecia la falta de legitimación activa del actor. Sentencia que fue confirmada y revocada en parte por la sentencia dictada en recurso de apelación devenida firme el 19 de enero de 1990 en cuanto se reconoce la legitimación de E. M. A. para pedir el cumplimiento de la

condición suspensiva de un contrato de permuta. En definitiva, viene a condenar a los demandados a cumplir con la condición suspensiva, esto es, a solicitar la oportuna licencia municipal y demás documentación precisa para llevar a cabo la construcción del edificio, ocupando el solar transmitido en la permuta. La duración del plazo para la efectividad de la construcción del edificio se fija en dos años a partir de la firmeza de la sentencia, todo ello para que E. M. A. elija y adquiera la vivienda, a tenor de lo estipulado en la permuta, que deberá reunir como mínimo las condiciones que se detallan en el correspondiente contrato.

Consecuencia del incumplimiento de la obligación de hacer en que consiste la condena descrita antes, E. M. A. formula Juicio declarativo ordinario para la resolución del contrato de permuta por incumplimiento. En primera instancia, con sentencia de 16 de diciembre de 1992 se estima parcialmente la demanda. Sin embargo, se aprecia de oficio la falta de litisconsorcio activo necesario por la Audiencia Provincial mediante sentencia de 17 de marzo de 1993 dictada en apelación y, en consecuencia, absuelve a los demandados. E. M. A. interpone recurso de casación con base en cinco motivos, los dos primeros al amparo del punto 3.º y los tres restantes del punto 4.º ambos del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El recurso de casación, en esencia, denuncia la apreciación de oficio por el Tribunal de instancia de la excepción de litisconsorcio activo necesario; y para ello se basa en la no observancia de las declaraciones sobre la legitimación activa del actor contenidas en la sentencia firme de enero de 1990, que ha pasado en autoridad de cosa juzgada.

## II. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO Y EL FALLO

«Cuarto.—En definitiva, la argumentación del recurrente en síntesis resulta atendible: 1.º Reconocida por sentencia firme la legitimación del actor, hoy recurrente para solicitar al margen de los demás comunerios que se dieron por satisfechos en el cumplimiento del contrato con prestaciones equivalentes, la fijación de plazo prudencial para la liberalización de la condición suspensiva pactada entre las partes, no cabe duda, que la legitimación en el segundo pleito, donde se pide por incumplimiento la resolución del contrato 'en cuanto a la obligación de los demandados y la indemnización de los daños y perjuicios originados', resulta derivada de aquella declaración judicial que vincula a las partes y produce entre ellas efectos de cosa juzgada conforme al artículo 1.252 del Código Civil. 2.º La figura del litisconsorcio activo necesario no está reconocida jurisprudencialmente, pues no se puede obligar a varios actores a litigar unidos contra otros. Esta cuestión ya ha sido pacíficamente resuelta por la doctrina de esta Sala, y así como es conocido el origen jurisprudencial del litisconsorcio pasivo necesario, también lo es el rechazo a la figura del litisconsorcio activo, pudiendo citarse en este sentido entre otras, y como más recientes, las sentencias de 10 de noviembre de 1992, 3 de junio de 1993, 10 de noviembre de 1994, y especialmente la de 20 de junio de 1994, que en su Fundamento de Derecho segundo afirmaba: 'En este sentido la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que la figura doctrinal del litisconsorcio activo necesario no está prevista

en la Ley, y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario, impuesto en su acogimiento jurisprudencial incluso de oficio, en defensa del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. Pero a este efecto, como quiera que nadie puede ser obligado a litigar, ni solo ni unido con otro, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto de la demanda, no puede ejercitarse sino en forma conjunta o mancomunada con otro sujeto, se traducirá en una falta de legitimación activa, que como tal carecería de un presupuesto preliminar a la consideración del fondo, pero basado en razones jurídico-materiales, lo que debe conducir a una sentencia desestimatoria, pero nunca a una apreciación de la inexistente, legal y jurisprudencial excepción de litisconsorcio activo necesario'. La precedente exposición es lo suficientemente explícita, como para dejar resuelta esta cuestión. En consecuencia procede acoger los motivos esgrimidos.

**Quinto.**—La estimación de los motivos conlleva la declaración de haber lugar al recurso, y, con ello, la necesidad de dictar nueva sentencia de instancia, conforme al artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este orden se aceptan en lo sustancial las consideraciones y los razonamientos de la sentencia de primera instancia, aunque deban hacerse correcciones y precisiones en cuanto al alcance de los pronunciamientos y revocar la absolución en cuanto a la indemnización de los daños y perjuicios producidos al actor. En efecto, la resolución del contrato en 'cuanto a la única obligación que queda por cumplir a los demandados y de que es acreedor el demandante', comporta que los demandados quedan liberados de cumplir la obligación asumida, pero no que hayan de restituir *in natura* la porción de propiedad indivisa transmitida, por medio de la permuta que aceptaron todos los condóminos, ya que tal prestación ha devenido imposible. Por tal razón debe establecerse una cantidad compensatoria, en su lugar, que guarde relación con la contraprestación esperada si se hubiera cumplido la obligación, de conformidad con los criterios analógicos, que resultan de los artículos 1.295 y 1.307 del Código Civil. Al efecto, tomando en consideración las valoraciones periciales obrantes en autos y, especialmente, la prueba pericial practicada para mejor proveer, precio por módulo construido por metro cuadrado y superficie estipulada en escritura pública del piso a entregar, se estima prudencialmente dicha suma en diez millones de pesetas, más sus intereses desde que transcurrió el plazo que se determinó en la sentencia de 19 de enero de 1990, absolviendo de los demás pedimentos. Las costas de primera instancia y las de segunda instancia se abonarán por cada parte las causadas a su instancia y las comunes, si las hubiera, por mitad. Las del presente recurso se abonarán por cada parte las suyas.»

## III. COMENTARIO

De entrada, hemos de manifestar nuestra conformidad con el sentido (que no es exactamente lo mismo que el fallo) de la sentencia que acabamos de transcribir. La resolución del conflicto, por una razones o por otras, ha tenido una vida de más de 20 años; desde que en enero de 1977 se firma un contrato de permuta hasta que, da-

do el incumplimiento de una de las partes de dicho contrato, en la vía judicial se resuelve por fin de la pretensión del actor. Bueno sería que, tras todo ese tiempo, en el que ha mediado incluso una sentencia firme que reconoce legitimación al actor y condena a los demandados a cumplir específicamente su obligación de hacer, quien cumplió diligentemente no viera satisfechas sus «justas pretensiones» frente a quienes han incumplido reiteradamente. Ello supone falta de satisfacción para el actor tanto más cuanto el proceso se haya dilatado en el tiempo tanto indebida como debidamente. En todo caso, la consideración relativa a la justicia material del caso concreto sin duda ha influido en el juzgador a la hora de resolver en el sentido de dar una satisfacción al derecho del actor. Y con tal consideración no podemos dejar de estar de acuerdo por lo que acabamos de exponer.

Compartimos igualmente con la sentencia la doctrina, suficientemente sentada ya por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consistente en que el litisconsorcio activo necesario es una figura no reconocida jurisprudencialmente ni prevista en la Ley. Nosotros ya nos hemos pronunciado en dos ocasiones en ese mismo sentido [véase nuestro trabajo *Litisconsorcio activo innecesario (una reflexión para el debate)*, que está pendiente de publicación desde hace algún tiempo en *Justicia*; así como, *Proceso único con pluralidad de partes: ¿necesario en el lado activo?* (*Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1994*), en RGD, 1997, pp. 3.957-61]. Ahora bien, que estemos de acuerdo con ello no significa que la figura del litisconsorcio activo necesario, como se dice en el Fundamento de Derecho 4.º de la sentencia, sea una figura «doctrinal». Es cierto que en ocasiones, cuando algunos autores se refieren a este punto vienen a señalar, en estos o en similares términos, que el litisconsorcio es necesario cuando una pluralidad de personas han de ser demandadas o han de demandar. Lo que se ha de entender con esas palabras no es el reconocimiento de la existencia del litisconsorcio activo necesario, sino que cuando en el proceso ha de haber necesariamente una pluralidad de partes, éstas se hallarán en alguna de las posiciones del proceso, la activa y/o la pasiva. La alusión a la «necesariedad» se circunscribe así al litisconsorcio, a la pluralidad de partes, no a la posición en la que eventualmente se hallen esos mismos litisconsorciados. De hecho FERNÁNDEZ LÓPEZ (*Derecho Procesal Civil*, I, con DE LA OLIVA, Madrid, 1990, pp. 452, 456-7) pone de manifiesto que, en rigor, el auténtico litisconsorcio es el pasivo legal. Y todavía más rotundamente, CORDÓN MORENO (*De nuevo sobre la legitimación*, en RD Pro., 1997, p. 49) afirma que «en nuestro Ordenamiento jurídico privado no existe ningún supuesto de imposición del ejercicio conjunto de la acción por todos los titulares del derecho, porque no se puede obligar a una persona a que reclame su derecho por vía jurisdiccional». Partiendo de dichas manifestaciones, no creemos que pueda afirmarse, por tanto, que la figura del litisconsorcio activo necesario sea doctrinal. Lo «doctrinal», porque en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no se alude expresamente a ello, es el litisconsorcio necesario pero nada más.

En cualquier caso, ni siquiera si fuera existente el litisconsorcio activo necesario en nuestro ordenamiento se aplicaría al asunto concreto enjuiciado en cuanto el resto de posibles litisconsorciados ya han tenido suficientemente satisfecha su pretensión por vía extraprocésal. Por ello, a lo sumo, el litisconsorcio necesario habría de

saparecido en el momento de formular demanda y, desaparecido el consorcio, más bien nos encontraríamos a lo sumo con lo que podríamos llamar algo así como «ex-litisconsorcio» o «litis-disorcio». De ese modo, la alusión de la sentencia a la inexistencia del litisconsorcio activo necesario en nuestro derecho se convierte en un mero ornamento jurídico, más decorativo en realidad que verdadero argumento. Además, estamos convencidos de que la premisa de la que parte el fallo de la sentencia, es decir, inexistencia de litisconsorcio activo necesario igual a condena por equivalente, no es siempre cierta.

El juzgador se ha encontrado con la necesidad de «dar justicia al demandante», y ello con el condicionante de una previa sentencia firme que reconoce su legitimación activa, y así lo ha hecho. Pero ello a costa de no estimar exactamente la pretensión del actor. De las diversas posibilidades que disponía para «tutelar judicialmente» ha considerado oportuno condenar por equivalente, bien porque de esas diversas posibilidades ha sido valorada la de la condena por equivalente como más correcta, o bien porque en realidad el resto de posibilidades no han sido consideradas. Dado que en el contenido de la sentencia no se vislumbra disquisición alguna sobre ello, solamente el juzgador sabrá el camino seguido hasta esa conclusión. Lo bien cierto es que, si de estimar se trataba, cabían otras soluciones.

El juzgador parece considerar que el contrato ya se había resuelto extraprocésalmente en parte y ha incidido en dicha resolución. Había sido resuelto parcialmente porque no participaban todos los elementos subjetivos, así como también porque la resolución afectaba solamente al deber de edificación y entrega de la correspondiente propiedad construida a cambio de la parte alcuota de solar. Pero no alcanzaba a la correspondiente devolución de la porción de solar sino que se resolvía a través de otro bien de la entidad suficiente para satisfacer al acreedor (aunque no consta en la sentencia, probablemente se trate de una cantidad de dinero previamente acordada entre las partes). En esa misma línea, el juzgador estima la pretensión resolviendo en parte también el contrato y condenando a entregar no la porción *pro indivisa* e intelectual del solar que correspondía al acreedor, sino una cantidad de dinero equivalente a aquello que debía haber recibido conforme al contrato, es decir, al piso y los correspondientes elementos comunes. Así, dado que la condena en especie no era ciertamente la mejor solución, máxime cuanto en el expediente ya constaba una sentencia firme, de 1990, en ese sentido, el Tribunal Supremo, a pesar de no coincidir con el *petitum* del demandante, opta por condenar genéricamente.

Pues para ello no parece que hiciera falta iniciar un proceso nuevo desde primera instancia hasta casación. Bastaba que en fase de ejecución se hubiera procedido conforme a lo previsto en el artículo 924.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Quizás el Tribunal Supremo haya entendido que, dado que el demandante no actuó como debía, esto es, solicitado la conversión a genérica de la obligación en fase de ejecución, tal conversión es la que corresponde en derecho. De ese modo, *iura novit curia*, el órgano jurisdiccional entiende que ante los hechos enjuiciados procede la consecuencia, aunque sea extemporáneamente, que se corresponde con la del citado artículo 924. Sin embargo, tal expediente creemos que no es completamente acertado, al menos por algunas de las siguientes razones:

En primer lugar, no es claro que la obligación sea personalísima o no fungible, de modo que, conforme al mismo artículo 924.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (y artículo 1.098 del Código Civil), en fase de ejecución, la obligación de hacer debe hacerse a su costa. El problema es que la solución que taxativamente y sin excepciones prevé la ley es poco práctica porque: 1.º) La necesaria construcción previa de un edificio para poder entregar un piso, supone un tiempo largo, trabajo intenso y mucho dinero si únicamente se trata de atender al objetivo de entregar un solo piso; 2.º) Sobre todo, por el muy posible riesgo de insolvencia del demandado, que impediría realizar la edificación «a su costa». Así y todo, no obstante los inconvenientes prácticos citados, parece que en la resolución se atiende a estas razones más que al sentido expreso de la ley.

Aunque se pueda partir de que la obligación es fungible o no personalísima, tal posibilidad ha sido excluida por el actor, en primer lugar, porque en el proceso de ejecución previo no se solicita la conversión ni que se ejecute «por el resarcimiento de perjuicios», en segundo lugar porque en el proceso posterior el *petitum* fijado por el demandante es el de la resolución del contrato, con todas las consecuencias que ello trae consigo; es decir, que la propiedad intelectual y proindivisa que cedió le sea devuelta. La única diferencia es que, en el caso concreto enjuiciado, los comuneros no serán los mismos, los parientes que formalizaron el contrato con los «constructores», sino que ahora lo serán estos últimos.

La sentencia viene a denegar esta petición en cuanto, según dice, la resolución del contrato no comporta que los demandados «hayan de restituir *in natura* la porción de propiedad indivisa transmitida, por medio de la permuta que aceptaron todos los condóminos, ya que tal prestación ha devenido imposible. Por tal razón debe establecerse una cantidad compensatoria, en su lugar, que guarde relación con la contraprestación esperada si se hubiera cumplido la obligación, de conformidad con los criterios analógicos, que resultan de los artículos 1.295 y 1.307 del Código Civil». Es cierto que el contrato de permuta de solar a cambio de determinada cantidad de edificio construido en dicho solar solamente puede constituirse mediante la concurrencia de todos y cada uno de los propietarios de solar. Y ello porque un edificio no puede construirse sobre una parte proindivisa e intelectual. ¿Debe, por ello, resolverse igualmente mediante la concurrencia de todos y cada uno de los condóminos en la parte activa? A nuestro juicio la respuesta es negativa. Conforme al artículo 399 del Código Civil *sensu contrario*, el demandante podrá de manera individual resolver el contrato y recuperar su propiedad indivisa, con independencia de que los comuneros sean los mismos o sean otros, siempre que se respete la proporción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad. No en vano, con carácter extraprocésal, así ha ocurrido, aunque sea parcialmente, con el contrato que enlazaba a los demandados con algunos de los contratantes. Además, no se dan los presupuestos de los artículos 1.295 y 1.307 del Código Civil a los que se alude en la sentencia, en cuanto la restitución *in natura* no consta que haya devenido imposible física ni jurídicamente.

Desde luego, creemos que es un contrasentido afirmar que no se plantea litisconsorcio activo necesario, partir de una sentencia que sienta con firmeza la legitimación activa del demandante en el mismo asunto, para a continuación, condenando

por equivalente, denegar el derecho del actor a la restitución *in natura* que constituye su petición expresa. Cabe exigir en este proceso, como en cualquier otro que la sentencia sea congruente con el objeto del proceso (*petitum* y *causa petendi* de la pretensión del actor) y que la ejecución se corresponda a su vez con los estrictos términos de la sentencia.

Si la sentencia no condena a la restitución *in natura*, si es cierto que la obligación no es imposible, con los hechos que constan en la sentencia que comentamos, parece que se debe a que no son todos los titulares quienes exigen la restitución en esos términos. ¿Qué habría ocurrido si todos los antiguos propietarios hubieran solicitado la resolución y restitución del solar? a) Si la restitución *in natura* fuera considerada imposible también, sería porque concurren hechos que desconocemos tras la lectura de la sentencia objeto de comentario. b) Si no lo fuera en ese caso, es por que el verdadero motivo es precisamente la falta de concurrencia de todos los elementos subjetivos. En ese caso, la tutela judicial efectiva del demandante quedará a merced de la voluntad, o el capricho, de otros sujetos. Si los mismos han de hallarse en el proceso, solamente cabe que el demandante les vincule al mismo como demandados.