

Revista Jurídica Magistri et Doctores Año VIII, N° 02



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)



Revista de la Unidad de Post Grado
de la Facultad de Derecho
y Ciencia Política

REVISTA JURIDICA
MAGISTRI ET DOCTORES



Javier Villa Stein
DIRECTOR

Jesús Mori Coudori
SECRETARIO

Raúl Patiuna Arana
COORDINADOR

Año VIII, N° 02

Lima, Diciembre del 2002

La **Revista Jurídica Magistri Et Doctores**, es una publicación de la Unidad de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, que se constituye en el órgano oficial de difusión de los trabajos de investigación de los docentes y alumnos de la Maestría, Doctorado y Segunda Especialidad.

Revista Jurídica Magistri Et Doctores, año VIII, N° 02.

Edición Diciembre del 2002

Tiraje 500 ejemplares

Derechos reservados

Prohibida la reproducción total o parcial de esta revista por cualquier medio sin permiso expreso de los editores

Impreso en el Perú

Correspondencia y Donja:

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Post Grado

Av. Garcilaso de la Vega N° 1218, sexto piso, Lima 01, Perú

Teléfono : 433-7823

Teléfono : 330-5425

E-mail : postder@unmsm.edu.pe

AUTORIDADES PRINCIPALES

Dr. Juan Manuel BURGA DIAZ
Rector

Dr. Raúl ZAGUIRE MAGUÑA
Vicerrector Académico

Dra. Beatriz HERRERA GARCIA
Vicerrectora Administrativa

Lic. José LUQUE BARBA
Secretario General

Dr. Ulises MONTOYA ALBERTI
Decano

Dr. Javier VILLA STEIN
Director

Jesús MORI CONDORI
Secretario

Dr. Víctor PRADO SALDARRIAGA

Dr. Víctor BOLAÑOS VELAZQUEZ

Dr. William MALLQUIQUIJANO

Comité Directivo

Raúl PARIONA ARANA
Continuador de la Revista

Martini LUCHO-CHINGA
Secretaría de la Revista

Henry CARHUATOCYO SANDOVAL

Patricia BEJARANO TUESTA

Colaboradores

INDICE GENERAL

Presentación

Reseña Histórica de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

"Real Cédula de Fundación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos" 11

"Reseña Histórica de los Orígenes de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos" 14

Trabajos Académicos

El acto jurídico en un entorno electrónico digital. Innovaciones de los artículos 140^a y 141^a (Modificado por la Ley No. 27291) del Código Civil peruano
Carlos ARMAS MORALES 19

Breves apuntes sobre el Derecho a la Vida Privada
Victor MAJ. PARTIDA CASTILLO 36

Estado Jurídico del Embrión Humano
Andrés CORRALES ANGULO 59

La Obligación de Hacer
Jesús MORI CONDORI 67

Las Nulidades Procesales
Héctor MARTINEZ FLORES 75

El número de árbitros y votaciones en el Procedimiento Arbitral
Ulises MONTOYA ALBERTI 92

Litis-discreto Necesario y Litis-consorcio Innecesario en la Posición Activa
José BONET NAVARRO 102

La legitimación del Ministerio Fiscal en los Procesos de Amparo
Vicente GIMENO SENDRA 127

Notas sobre la apreciación judicial de las pruebas en los procesos por Tráfico ilícito de Drogas y Lavado de Activos
Victor PRADO SILDARRIAGA 145

El Concepto «Por razón de su cargo» en el delito de peculado. Los supuestos legales, administrativos y situaciones ficticias no contrarias a Derecho.
Raúl PARIONA ARANA 153

Concepto Jurídico Penal de Documento
Luis OCROSPOMA PELTA 171

Conversaciones con Jesús María Silva Sánchez
Jesús BARQUIN SANZ 184

La práctica de la entrada y registro domiciliario
Vicente MARTINEZ PARDO 204

LITIS-DISORCIO NECESARIO Y LITIS-CONSORCIO INNECESARIO EN LA POSICIÓN ACTIVA

José Bonet Navarro*

El tenor de algunas sentencias del Tribunal Supremo español, como la de 12 de noviembre de 1994¹, y las que citaremos a continuación, conduce a reflexionar sobre si cabe entender que nuestro ordenamiento jurídico establece el denominado litisconsorcio activo necesario. Porque podría ocurrir que la necesidad de tal litisconsorcio en la posición activa sea una de una de esas «realidades» que, de tan aparentemente aceptadas, a la hora de buscar un ejemplo representativo, no sólo éste se halla difícilmente, sino que encontramos argumentos para utemperar o incluso para negar su existencia como necesidad.

* BONET NAVARRO es catedrático titular de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia (España Central) Magisterio y docente en la Audiencia Provincial de Valencia.

¹ En RJ Aranzadi, 1994, 2.472. En síntesis, el caso que se plantea es que D. Miguel P. L. (en un proceso de divorcio) vende, presta y se beneficia de la comunidad que integra con Dña. María José F. M. en razón de figurar ambos como compradores de una vivienda tipo «adopción», frente al promotor de las obras de la misma, situación que se declara la nulidad y resciso del contrato y otorgamiento a favor de ambos compradores de la vivienda pública de venta. La demanda fue desestimada por sentencia de 16 de enero de 1993 del Juzgado de Primera Instancia de Lucena. Sentencia desestimada que es confirmada por sentencia de 19 de junio de 1991 de la Audiencia Provincial de Sevilla. Se formula recurso de casación por Dña. María José F. M., en nombre de la cual se presenta la demanda por D. Miguel P. L., con base en que, además, ambas al impugnar el número 37 del artículo 1.º 497 LRJ y de la Ley 1.º de Regulación del recurso de casación que el artículo 1.º 497 LRJ respalda el demandante. En cuanto a los fundamentos de defecto fundamental son: «SEGUNDO.- El recurso de casación por impugnación de la doctrina legal sobre litisconsorcio activo necesario, en atención a que todas las consideraciones de participación sucesiva de un inmueble por derecho en una acción a contenido del contrato y otorgamiento sucesivo y por esta cuestión de orden público. Desuella el motivo fundamentalmente en el sentido de que había sido preciso e imprescindible la promesa conjunta en la demanda de ambas comunidades, y sin embargo, la formuló exclusivamente el actor P. L.; por lo que entente que no quedó válidamente constituida la relación procesal originada por tanto la necesidad del litisconsorcio activo necesario «que fundamentalmente las sucesivas unidades, y consiguientemente aplicando al litisconsorcio activo la doctrina que el Tribunal Supremo ha aplicado al litisconsorcio pasivo necesario. El motivo deduce por las siguientes razones: a) En primer lugar, no puede equipararse la sucesión de litisconsorcio activo con la del proceso, su finalidad sobre litisconsorcio necesario. Esta Sala ha declarado (Sentencias de 13 de noviembre de 1991 y 1 de junio 1993 y otras) que no puede equipararse el litisconsorcio activo con el pasivo necesario, por cuanto si bien es evidente que nada puede ser considerado sin ser todo, no es menos cierto el principio de que nada puede ser otorgado a ligar, ni distribuido con un contenido en un todo, a menos que la disponibilidad del elemento sobre el cual se reclama no puede ejercitarse sino en forma conjunta y simultánea por uno, o que se halla en falta de legitimación sucesiva, y al carácter de un presupuesto preliminar de finis, cuando en tales juicios sucesivos, tiene carácter a una sucesión desintegrada. b) El litisconsorcio activo es de carácter facultativo, ya que, como se deduce de la Sentencia de 4 de mayo de 1985, la sucesión procesal y sustantiva de la prestación no se sujeta a patrones fijos y por ello se puede ver tingens o sucesivos o conjunta a través una acción que no crea intereses. Creándose un inmueble por ambos otorgar, y la acción podría deducirse por los poseedores sin vínculo materialidad entre el cumplimiento de ella está legitimado para ejercer acciones en defensa de la adquisición, según resulta de la Sentencia de 11 julio 1991, de litisconsorcio pasivo, ya que las acciones derivadas dependen de la sola voluntad de los actores que

1. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL LLAMADO LITISCONSORCIO ACTIVO NECESARIO Y UN APUNTE JURISPRUDENCIAL SOBRE EL LITIS-DISORCIO ACTIVO NECESARIO

1.1 Apuntes doctrinales

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 FAJÉN GUILLEN² 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 FERRÁNDEZ³ 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 ARIJA⁴ «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 conjunta, no separadamente; en estos casos todas esas personas han de ser demandantes y/o demandados, pues se trata del ejercicio de una única pretensión que alcanzará satisfacción con un único pronunciamiento». RAMOS MENDEZ⁵ 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 CATEÑA⁶ señala que «el litisconsorcio necesario representa un supuesto

que puede decirse litigamos según el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o mejor sólo uno. De todo ello se deduce que habiendo presentado la demanda el actor P. L. en su nombre y en el de la ahora recurrente, y representando ésta su actuación como demandante, es evidente que no puede el Tribunal estimar de oficio aquel litisconsorcio, ni ser compelido a hacer como tal, por lo que la sentencia recaída en la jurisdicción desestima en definitiva, como ya se dijo, de ser este motivo. TERCERO.- El segundo y último de los motivos, que el mismo órgano procesal que el anterior, desestima infructuosa, por implicación de la doctrina legal que contiene a las sentencias que cita, en relación con el artículo 24 de la Constitución, lasire en su desarrollo lo recurrente es una repetidamente defectuosa construcción de la relación procesal al haber presentado de ella por entender que el llamado litisconsorcio activo necesario es equiparable al litisconsorcio pasivo, lo cual como ya dice en un reciente auto Sala, no es admisible, y no ha habido en ella indicación alguna del artículo 24 de la Constitución, en cuanto es de toda evidencia que la recurrente tiene a su disposición el ejercicio de las acciones que ofrece oportuna en defensa de sus derechos, sin que la sentencia recaída en esta Ley, otorga alguno de esos juzgado que precisa su posición procesal y sustantiva, ni le impide en lo más mínimo la defensa de sus derechos. Las sentencias que el motivo dice, que no ha desarrollado el recurso en que se favorecen, se refieren a personas no directamente afectadas a quien sin indicación alguna puede ejercitar libremente sus derechos, lo que puede hacer cuando tenga por conveniente, pero sin que pueda proceder que el Tribunal pueda, de oficio, según la doctrina de esta Sala en cuestiones de litisconsorcio activo necesario. El motivo, por consiguiente, ha de ser en la misma forma desestimado que el anterior.

² FAJÉN GUILLEN, V., Sobre el litisconsorcio en el proceso civil, en Estudios de Derecho Procesal, Madrid, 1955, pág. 120.

³ PRIETO CASTRO Y FERRÁNDEZ, I., Tratado de Derecho Procesal Civil, Proceso Arbitral y Juicio de Ejecución, C. Pamplona, 2ª ed., 1985, pág. 363.

⁴ MONTERO ARIJA, J., Derecho Jurisdiccional, II, P. I, Irujo, Cárdenas y Gavira, Colección, Barcelona, 1954, pág. 40.

⁵ RAMOS MENDEZ, P., Derecho Procesal Civil, C. Barcelona, 1990, pág. 244.

⁶ MORENO CATEÑA, V., Derecho Procesal Civil, I, Irujo, Cárdenas y Gavira, Colección, Valencia, 1955, pág. 73.

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 artículo 7.3 del *Anteproyecto de Ley Procesal Civil*, elaborado por los *PROFESORES DE DERECHO PROCESAL*¹ 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 DÍAZ², tras la consulta de los manuales de Derecho Procesal más en uso, resume afirmando que «la demanda planteada por menos personas o sujetos de las necesarias 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 las 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.

1.2 Apuntes jurisprudenciales

Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo cabe decir lo mismo³, 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 1993⁴ afirma: «en cuanto a la falta de litisconsorcio activo necesario tiene declarada esta Sala [SS. 10-11-1992 y 3-6-1993] que la figura del litisconsorcio activo necesario

¹ PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Compendio y actualización de la Ley de Jurisdicción Civil* (Madrid, 1972), pág. 131.
² VICENTE DÍAZ, M., *Derecho Procesal Civil*, Madrid-Barcelona, 1983, tomo 7, pág. 11.
³ Sobre la jurisprudencia sobre el litisconsorcio activo necesario, véase COBO PÉREZ, J. J., *El litisconsorcio pasivo necesario en la doctrina del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales*, Pamplona, 1990.
⁴ En RJ Aranzadi, 1993, 10.114. Se trata de un juicio reintercan en tres gananciales que afecta a pasivamente a través de los cobreros negativos. Igualmente, la STS. 12 de noviembre de 1991, en RJ Aranzadi, 1993, 4.163. Alude al litisconsorcio activo y pasivo sin una consideración

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 («legitimatío 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 1989⁵: «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 causa 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 activo 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.

3. UN APUNTE JURISPRUDENCIAL SOBRE EL LITIS-DISORCIO ACTIVO NECESARIO

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1997⁶ viene de algún modo a dar carta de naturaleza a una especie de litis-disorcio activo necesario. Afirmo esta Sentencia:

⁵ En RJ Aranzadi, 1989, 6.553.
⁶ En RJ Aranzadi, 1997, 4.344. El litisconsorcio, de él en esta sentencia se refiere a un inmueble E.M.A. junto a su madre y hermanos, los cinco propietarios de un solar, forma desde el 31 de enero de 1971 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 cesaron poseedores 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 quien sujeta sobre incumplimiento de

«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 comuneros 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 junio 1993, 10 noviembre 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 sólo 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

«...». En primer lugar, a se aprecia la falta de legitimación activa del actor. Sentencia que fue confirmada y revocada en parte por la Sentencia firme de casación de fecha de 19 de enero de 1998 en virtud de lo dispuesto en la legislación de E. M. A. tras pedir el cumplimiento de la condición suspensiva de un contrato de permuta. En definitiva, visto e condonado a los demandados a cumplir con la condición suspensiva, esta es, a solicitar la oportuna licencia municipal y demás documentación necesaria para llevar a cabo la compraventa del edificio, ocupando el solar transmitido en la permuta. La duración del plazo para la ejecución de la condición suspensiva se fija en dos años a partir de la firmeza de la sentencia. Una vez pasó que E. M. A. elija y adquiera la vivienda, según se le estipulaba en la permuta, que deberá reunir como mínimo las condiciones que se detallan en el correspondiente contrato. Consecuencia del cumplimiento de la obligación de hacer es que existe la licencia necesaria para E. M. A. formalizar el oportuno contrato para la resolución del contrato de permuta por incumplimiento. En parágrafo final de la sentencia de 19 de noviembre de 1992 se estimó parcialmente la demanda. Sin embargo, se ejecutó en primer lugar la falta de inscripción activa reconocida por la Audiencia Provincial mediante sentencia de 17 de febrero de 1993 dictada en apelación y en consecuencia, a raíz de la referenciada S. T. A. que pone recurso de casación con base en los motivos que se detallan en el apartado de dicho por el Tribunal de Justicia de la excepción de litisconsorcio activo necesario, y para ello se basó en la no existencia de las declaraciones sobre la legitimación activa del actor contenidas en la sentencia firme de enero de 1994, que ha pasado en firme a instancia de cosa juzgada.

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 enumeración 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 1715 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 las 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 lo permito que ocuparon 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 1295 y 1307 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».

En primer lugar, no podemos más que estar de acuerdo con el sentido (que no es exactamente lo mismo que el fallo) de la sentencia anterior. La resolución del conflicto, por una razón 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, dado 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 hemos de estar de acuerdo.

Se ha de compartir igualmente con la sentencia en que el litisconsorcio activo necesario es una figura no reconocida jurisprudencialmente ni prevista en la Ley. Ahora bien, eso no significa que la figura del litisconsorcio activo necesario, como se dice en el Fundamento de Derecho 4º de la sentencia, sea una figura «doctrinal», pues, como hemos visto antes, el acuerdo doctrinal es meramente aparente¹².

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 litisconsortes ya han tenido suficientemente satisfecha su pretensión por vía extraprocesal. Por ello, a lo sumo, el litisconsorcio necesario habría desaparecido 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 «exlitisconsorcio» o «litis-díscorcio». 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, sabían otras soluciones.

El juzgador parece considerar que el contrato ya se había resuelto extraprocesalmente en parte y ha incidido en dicha resolución. Había sido resuelto parcialmente porque no

¹² Además de lo expresado antes, CORÓN MORILLO F. De nuevo sobre la legitimación, en ALP, 1977, pág. 49, afirma que por nuestro Ordenamiento jurídico privado no existe ningún supuesto de representación del ejercicio conjunto de la acción por todos en materia del derecho, porque no se puede obligar a una persona a que reclame su derecho por vía judicial.

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 alícuota 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 ente 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 condenar en especie no era ciertamente la mejor solución, máxime cuando en el expediente ya constaba una sentencia firme, de 1990, en ese sentido, el Tribunal Supremo, a pesar de no coincidir con el *peritum* del demandante, opta el Tribunal Supremo por condenar genéricamente.

Este expediente interpretativo creemos que no es completamente acertado, entre otras razones, porque en el proceso posterior el *peritum* 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 1295 y 1307 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 art. 399 CC *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 extraprocesal, 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 1295 y 1307 CC 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, b) Si no lo fuera en ese caso, es porque 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.

4. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL FUNDAMENTO DEL LITISCONSORCIO NECESARIO

Sin necesidad de remontarnos en estos momentos al Derecho Romano¹, 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 CHIOVENDA², 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 CARNELUTTI³, 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, entiende, el litisconsorcio será necesario cuando sea oportuno que varias *litis* entre diversas partes no sean decididas separadamente. También SATTI⁴ 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 DOMÍNGUEZ⁵, 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».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en diversas sentencias⁶, 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 DOMÍNGUEZ⁷, 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 conjuntamente⁸. Así, solamente el derecho positivo, normalmente material pero no siempre⁹, determinará la necesidad de que una pluralidad de personas acudan al proceso para que la sentencia sea eficaz¹⁰. Y en la medida que existan las normas, por determinarlas expresamente¹¹ o por regular relaciones jurídicas inescindibles, todo ello para que la sentencia sea eficaz, el litisconsorcio necesario tendrá fundamento en nuestro ordenamiento jurídico.

¹ Al respecto véase KÄHNE, M., Das Römische Zivilprozessrecht, München, 1956, págs. 151 y ss., y 282. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en RDPV Iberoamericana, 1976, págs. 371-4. Así como la bibliografía que cita en los autores.

² CHIOVENDA, G., Sul litisconsorzio necessario, en «Saggi di Diritto Processuale Civile», Ed. Roma, 1941, págs. 435-3, afirma que «la nullitas che l'impossibilità giuridica di pronunciare separatamente rispetto a più, si ha quando la sentenza resa rispetto a un solo finì più o meno per sé stessa causa inutilità data».

³ CARNELUTTI, F., Trattato di diritto processuale civile, 1954, tomo 1, págs. 1954 y 1955. MENNIS MELLENDO, Theoria Juris, págs. 390-1.

⁴ SATTI, S., Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo de la 7.ª edición, de 1977 por DE LA RIVA, con MENNIS MELLENDO, Buenos Aires, págs. 143. Concluye afirmando que el litisconsorcio necesario se justifica bien por razones de oportunidad o bien por la naturaleza de la relación cuando sea esencialmente pluralidad.

⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cit., págs. 373-85.

⁶ Véase la jurisprudencia que cita SERRA DOMÍNGUEZ, M., Concepto y regulación positiva del litisconsorcio, cit., págs. 564-5. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cit., págs. 389 y ss. Así como en cuanto por COLO PLANA, J., El litisconsorcio necesario en la doctrina del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, cit.

⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cit., págs. 371 y 377 B.

⁸ MUSTILERO ARCOA, J., Derecho Jurisdiccional, II, 1.ª, con Ormaiztegui y Gómez Colmenero, con, págs. 46.

⁹ Por ejemplo el art. 1.333, LDC.

¹⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, M., Concepto y regulación positiva del litisconsorcio, cit., págs. 565.

¹¹ No parecen válidas, en este sentido, las palabras de VICENTE PLAZA, M., Derecho Procesal Civil, I, cit., loc. cit. pag. 41, cuando afirma que «el litisconsorcio necesario es el que viene impuesto por circunstancias subjetivas de carácter inescindible, que resultan del objeto de Derecho material deducido en juicio».

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 evitando la indefensión. Quizás por esa razón pueda decirse con razón que éste sea el «fundamento último»²⁵. 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 declaración²⁶, participen todas aquellas personas unidas de forma inescindible por la relación material. Sin embargo, ello no significa que exista *stricto sensu* la necesidad de que todos esos sujetos se sitúen en la posición activa.

5. 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 litisconsortios. 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 LÓPEZ²⁷ afirme que el litisconsorcio es necesario «cuando la Ley exige al actor que demande 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». Advertiendo 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 1.534,1 LEC que prevé expresamente un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario²⁸, independientemente de la relación jurídica material, al exigir que las tercerías se instancien con el ejecutante y el ejecutado²⁹. 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 cónyuges³⁰; el artículo 25 LAL que obliga al arrendador a demandar conjuntamente al inquilino y al cesionario por cesión incoincidente³¹; 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 colindantes³².

En general, aunque en pocas ocasiones encontraremos norma expresa que así lo disponga, son múltiples los ejemplos de litisconsorcio necesario³³, 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, MONTEIRO AROCA³⁴ 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 socios³⁵, 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 revocatoria³⁶. En cualquier

²⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil. Libro DE LA ULTIMA*, Madrid, 1990, pág. 457.
²⁶ COSTANTINO G., *Cambiando tipo sistem del litisconsorcio necessario*, Napoli, 1979, págs. 467 y ss. REDONDI, E., *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Ediz. Giur., 1960, págs. XXII-III. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pág. 380.
²⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil. Libro DE LA ULTIMA*, cit., págs. 452, 456-7.

²⁸ Véase, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pág. 386. En general, las relaciones jurídicas que se refieren a un verdadero litisconsorcio necesario, y en materia de acciones de nulidad de actos y contratos, cabe hacer referencia por lo que a los aspectos operativos. Véase MONTEIRO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, 2ª, LAS ORTIZAS, SÁENZ COLmener y MCNTÓN, Barcelona, 1994, pág. 185, aunque evita un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario al referirse a relación jurídica material, entre otros casos porque no cabe una verdadera relación jurídica, con lo que cabría hablar más bien de acumulación de pretensiones. Sin embargo, afirma que la ley impone la concurrencia del litisconsorcio necesario atendido a que la sentencia final del árbitro único produce un efecto, un perjuicio en los efectos de estos últimos que el mismo litisconsorcio produce.
²⁹ En el punto 2º del mismo Art. 1.534 LEC se dispone que ambos deberán comparecer a la demanda dentro de término comparecitorio.
³⁰ Evidentemente, el supuesto de litisconsorcio pasivo necesario se producirá cuando sea un tercero quien pretenda la nulidad del matrimonio: propio o en caso de los cónyuges, no habrá litisconsorcio necesario.
³¹ En este supuesto, señala SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio*, cit., pág. 587 que el fundamento del Art. 25 LAL no reside tanto en la naturaleza de la relación jurídica, cuanto en la naturaleza de que en sí definen los derechos del cesionario, único interesado en cumplir la voluntad. De modo que considera que no existe el litisconsorcio necesario cuando se demanda únicamente al cesionario y no al cediante. En ese caso, erróneo, únicamente existirá falta de legitimación pasiva del cesionario, por no ser titular del contrato cuya nulidad se pide.
³² PAVIA VILLAN, M. E., *Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal*, Barcelona, 2ª ed., 1942, pág. 81.
³³ Véase, también en cuanto las reglas en sus posiciones a la fecha de las etapas, la Ley 1/1981, de 30 de mayo por la que se da nueva redacción al título V del Libro Iº del Código Civil. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio*, cit., págs. 589 y ss; MONTEIRO AROCA, J., *El litisconsorcio necesario 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; MURRAY JIMÉNEZ, F. J., *Conceptos y tratamiento de temas de litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva*, en MGU, 1991, págs. 5745 y ss.
³⁴ MONTEIRO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, 2ª, (1984), 1 y 2, pág. 46.
³⁵ No obstante, en caso de nulidad, afirma 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 lo es por, si actúan, lo hagan todos en el mismo proceso (litisconsorcio necesario impropio) porque, obvio sería que actuara con total todos los socios demandados en el proceso. En esos casos, erróneo, se produce una excesiva subjetividad de la cosa juzgada.
³⁶ 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.

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 si es posible el cambio de posición. En efecto, se dan posiciones procesales, denominadas por REBENT²⁷ como «hermafroditas», 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, ¿podría 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, del 9 de junio de 1989²⁸, que tuvo ocasión de pronunciarse en un supuesto en cierta medida semejante. En esquema, 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 contractualmente adquiridos frente a la promotora, ni ésta pierde la legitimación para exigirlos.

²⁷ REBENT, E. *Demanda Procesal Civil*, (incl. SPONTISMEI UNIKU AYURKA RIJUN), Roma, Anni 1957, pág. 234.

²⁸ RJ 1989/11. 1989, 4477. Ponente: don Jesús María Muñoz-Pardo.

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 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 reconvención 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 demandarla 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 Sala¹⁹, 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: 1º) 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». 2º) El promotor posee legitimación pasiva respecto a la responsabilidad (solidaria) del art. 1.591 CC, incluyéndose en el concepto «contratista». 3º) La posibilidad de demandar al promotor queda eliminada o disminuida si dicha 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». 4º) 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 demandado 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 necesario), 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

¹⁹ Por dos: Alfonso Heredia y Lillo Figueras y don Francisco Morales Morales, que relator este segundo Magistrado y el que se abstuvo el primer.

viviendas); así como también para ser demandada (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, que 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)²⁰. 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 actuar, 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 actuado 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 reciprocidad, 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

²⁰ Además de que, con el voto particular, lo que se consigue es que se repregunte la cuestión de la responsabilidad de la constructora y de la dirección técnica frente a la promotora. Sujeto aquéllos a la que corresponde esta, aunque sea la reñida de los puntos fuera meramente por repetición.

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 sobrevinida o sea incluso por reconvención, 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 DOMÍNGUEZ¹¹, 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 «apellidos» de activo o pasivo. Lo que no significa

¹¹ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Concepto y realización positiva de litisconsorcio*, o.c., pág. 574.

que el del lado pasivo constituya la regla general¹², porque, si lo que importa es que todos los sujetos correspondientes se encuentren en el proceso, cuando alguno de ellos no se sitúa 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 hacer, ni aislada ni conjuntamente con otros»*¹³.

En definitiva, si, como hemos visto, en ocasiones es dudosa la necesidad del litisconsorcio no 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 realidad, como a continuación desarrollaremos, litisconsorcio activo, como necesidad, no existe nunca.

6. ALGUNOS SUPUESTOS EN LOS QUE APARENTEMENTE DERIVA EL LITIS-CONSORCIO 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 C.C., *«si la división fuere imposible»*.

Quizás el autor que ha defendido con mayor énfasis la existencia de litisconsorcio necesario en el ejercicio de las acciones relativas a la denominada «comunidad unitaria», haya sido CORTÉS DOMÍNGUEZ¹⁴. 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 coparticipes 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 mancomún (derechos potestativos de desahucio, de retracto, el uso y habitación, etc.) Dentro de estas relaciones de comunidad¹⁵, donde con mayor claridad parece derivar la existencia

¹² Según ALONSO NAVARRO, J. A. M., *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1987, pág. 16, que indica, con cita acerca del litisconsorcio necesario, «en todo ámbito donde coexista el litisconsorcio es preciso, no de ser únicamente aceptado como se trata de un litisconsorcio pasivo. Lo que importa es la realización del litisconsorcio necesario, se trata efectuado conjuntamente desde el punto de vista del litisconsorcio pasivo necesario».

¹³ Por ejemplo, STS 21 de diciembre de 1982, en RJ Aranzadi 1993, II, 64, 12 de noviembre de 1984 en RJ Aranzadi, 1994, 3472.

¹⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la personalidad del Tribunal Supremo*, o.c., págs. 183 y 22.

¹⁵ Así como CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la personalidad del Tribunal Supremo*, o.c., pág. 400, no debe confundirse la comunidad unitaria de los derechos y obligaciones indivisibles porque, en el primero caso, los derechos son indivisibles, por cuando en ella participan diversos patrimonios; en el segundo, los derechos y obligaciones son varios, pero cuando la prestación es siempre única.

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 DAVILA MILLÁN²¹, «si se suscita ejercicio judicial acerca de una prestación indivisible, por uno solo de los varios acreedores mancomunados, estaríamos ante un supuesto de litisconsorcio activo necesario, que permitiría 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 CORTES DOMÍNGUEZ²², 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 o 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 arrendamiento, así como en otros semejantes, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO²³ 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 coparticipes 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 deba 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 1993²⁴, 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

²¹ DAVILA MILLÁN, M. E., Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal, cit., págs. 79-81.

²² CORTES DOMÍNGUEZ, V., El litisconsorcio necesario y la jurisdicción del Tribunal Supremo, cit., pág. 384.

²³ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., STS de 18 de marzo de 1994, Falta de legitimación activa del actor u. en litisconsorcio activo necesario. En C. J. JURISPRUDENCIA CIVIL, 1994, págs. 495-498.

²⁴ En RJ Arrend. 1993, 10.164.

necesario. Y la de 22 de diciembre de 1993²⁵ admite que la acción sobre un bien ganancial se ejercite por y contra uno de los cónyuges. GÓMEZ-FERRER SARIÑA²⁶, sobre la falta de litisconsorcio activo necesario omite cualquier otra consideración, refiriéndose 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 conseguir 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 necesario 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 se 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.

7. 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 las palabras de SUAREZ DOMÍNGUEZ²⁷ cuando manifiesta que «cuando una relación jurídica única en la que por su propia naturaleza están 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.

²⁵ Véase la sentencia y el comentario de GÓMEZ-FERRER SARIÑA, R., Litisconsorcio activo y pasivo necesario. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 22 de diciembre de 1993 en Revista General de Derecho, 1994, pág. 11.041.

²⁶ GÓMEZ-FERRER SARIÑA, R., Litisconsorcio activo y pasivo necesario. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 22 de diciembre de 1993, cit., pág. 11.043.

²⁷ SUAREZ DOMÍNGUEZ, M., Concepto y regulación procesal del litisconsorcio, cit., pág. 389.

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 procesal», sirve para que en condiciones de normalidad podamos entender que una pluralidad de partes se sitúan en el lado activo. Así, cuando el art. 139 CC determina la necesidad del litisconsorcio necesario pasivo, del mismo modo, en principio, tendrá que determinarse que los acreedores procedan también conjuntamente para hacer efectivo el crédito²¹. 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 CORTÉS²², 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 1994²³; *«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 inescindibilidad de la relación jurídica digna de salvaguarda y, en ese sentido, fundamento último de aquél²⁴. 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, cede 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.

8. TRATAMIENTO UNITARIO DE LA EXCEPCIÓN DE LITISCONSORCIO NECESSARIO

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 1994²⁵ 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 crea intereses»*. Y todavía con mayor rotundidad, la Sentencia de 4 de julio de 1994²⁶ alude a la *«inexistente legal y jurisprudencialmente excepción de litisconsorcio activo necesario»*.

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»*.

²¹ Indica CORTÉS DOMÍNGUEZ, M., El litisconsorcio necesario, y la jurisdicción del Tribunal Supremo, en: *op. cit.*, pág. 362, que el art. 139 CC no sólo dice que los acreedores han de proceder también conjuntamente para hacer efectivo el crédito. Por su parte, CADAÑAS GARCÍA, J. C., Litisconsorcio necesario necesario. Contribución a la doctrina del Tribunal Supremo (Sala IV) de 10 de noviembre de 1992, en «Revista de Derecho Procesal», *Revista Española de Derecho Procesal*, 1993, pág. 1.728, puntualiza de que el litisconsorcio activo respecto como su origen a la garantía del principio judicial remanente de custodia, procedible en la cláusula del proceso en todas las posturas (art. 24,2 CE), consiste que es aplicable, por un bívico cumplimiento, de la igualdad instrumental, a ambos partes de un mismo. Por que, en definitiva, la afirmación «nadie puede ser condenado», se refiere al conocimiento como conjunto de las partes «efectivamente llamadas a lo a la causa» puede ser obtenida por una sentencia.

²² CORTÉS, S.F., C. I., Algunos presupuestos para la teoría del proceso y la interpretación de los leyes procesales, en «Actas del I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal», Tomo II, Madrid, 1955, págs. 319-36.

²³ En RJ Aranzadi, 1994, 8.477.

²⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., Derecho Procesal Civil, I, con D.F. LA OLIVERA, Madrid, 1993, pág. 457. Véase la jurisprudencia que reproduce LÁVEGA MILLÁN, M. A., Litisconsorcio necesario. Concepción y tratamiento procesal, *op. cit.*, pág. 67-9.

²⁵ En RJ Aranzadi, 1994, 8.472.

²⁶ En RJ Aranzadi, 1994, 8.547.

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 formulan 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 proceso. Esto es, que si no se encuentran los cotitulares del derecho, sea estimada la correspondiente excepción de litisconsorcio necesario, llávese 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.

9. 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: 1º) Que, en determinadas relaciones, es necesario el litisconsorcio; 2º) 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, si se le puede vincular, en el lado

pasivo, como demandado. En este sentido, REULEN¹⁷ advierte que «puede ocurrir que todos los condóminos accionen simultáneamente y de común acuerdo en confessoria servitutis contra el propietario del fundo 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 fundo sirviente, sino también a los demás condóminos. Y entonces estos últimos estarán procesalmente en posición de demandados, in sus 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 litisconsorcioal 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. Entiendase que, partiendo de la necesidad de que todos los titulares se encuentren en un proceso 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, si 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. Por supuesto, sin que ese allanamiento, como tampoco la transacción, el desestimiento o la renuncia de alguno de los demandados, afecte a los demás¹⁸. En cambio, si contesta a la acción, su aplicación será la ordinaria a la de cualquier otro demandado; 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. Siendo, en todo caso, renunciable si lo desea (sin perjuicio de que sea posible, como parece serlo en la jurisprudencia, una

¹⁷ REULEN, J. F., *Tratado Procesal Civil*, 3.ª ed., págs. 233 y 238.

¹⁸ FARRÉN GUILLEN, M., *Sobre el litisconsorcio en el proceso* o. v. l. cit., pág. 148.

ejecución forzosa a instancia del ejecutado); 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 general⁶¹, como la competencia es la del domicilio de alguno de los demandados a elección del demandante, podrá 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 ORDANEJA⁶², 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 imposibilidad de obligar a los titulares 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.

⁶¹ Véase PELÁEZ DEL ROSAL, M., La competencia territorial en el proceso civil. El acuerdo de armonización europea. Barcelona, 1974, págs. 21 y ss.
⁶² GÓMEZ ORDANEJA, D., Derecho Procesal Civil, I. (con Novas), Madrid, 1975, pág. 163.

LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS DE AMPARO

Vicente Gimeno Sendra *

Conferencia de clausura de las Jornadas sobre "la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil", organizadas por D. Ladislao Roig, durante los días 20-22 de Abril de 1999 en el Centro de Estudios Jurídicos de Madrid.

1. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL M.F.

A la hora de abordar el tema de la intervención del M.F. en los procesos sobre derechos fundamentales conviene dilucidar, como cuestión previa, su naturaleza jurídica, ya que de su delimitación institucional podrá determinarse su capacidad de postulación en el proceso.

En este sentido, conviene recordar que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 53.2 C.E., tan sólo los órganos jurisdiccionales ostentan la "última y la primera palabra" a la hora de restringir los derechos fundamentales, por lo que hemos de preguntarnos en qué medida el Ministerio Fiscal puede ser incoordinado en la Jurisdicción.

Para ello, se hace conveniente, aunque sea de una manera somera, examinar la naturaleza jurídica del M.F., tanto desde un punto de vista orgánico, como funcional.

1.1. Encuadre del M.F. dentro de los Poderes del Estado

Del M.F. se ha dicho que es muy fácil delimitar lo que no es y difícil lo que es. Personalmente, creo que dicha afirmación es absolutamente cierta, porque parece claro que el M.F. no es Poder Ejecutivo (sea suficiente constatar, en la C.E. que aparece regulado en el Título VII -"Del Poder Judicial"- y no en el TNT, IV -del

* GIMENO SENDRA Vicente. Licenciado de Derecho. Procesal UNED.