

LA CONVERSIÓN DEL LITISCONSORTE ACTIVO NECESARIO AUSENTE EN LITISCONSORTE PASIVO EN LA RECIENTE TESIS SUSTENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO (STS 105/2022, DE 8 DE FEBRERO)

Piedad González Granda
*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de León*

SUMARIO: 1. La tradicional y persistente negación del litisconsorcio activo necesario. 1.1. La tradicional negación conforme a la construcción jurisprudencial y doctrinal del litisconsorcio necesario previa a la vigente LEC. 1.2. La persistente negación del litisconsorcio activo necesario tras su ausente regulación en la vigente LEC. 2. La sorprendente tesis del *litisconsorcio activo necesario* expuesta en la STS 105/2022, de 8 de febrero, y sus dos puntos de interés. 2.1. Síntesis de los hechos. 2.2. La revisión del sistema a través del reconocimiento *indirecto* del litisconsorcio activo necesario. 2.3. La conversión del litisconsorte activo necesario ausente en litisconsorte pasivo necesario en aras de la necesaria conciliación de intereses. 2.4. La estimación de oficio de la falta de litisconsorcio necesario. 3. En conclusión.

1. La tradicional y persistente negación de la categoría del litisconsorcio activo necesario

1.1. La tradicional negación conforme a la construcción jurisprudencial y doctrinal del litisconsorcio necesario previa a la vigente LEC

Como es sabido, a pesar de la laguna legal existente en la legislación anterior, la doctrina científica mayoritaria —y en buena medida la jurisprudencial— venía aceptando la existencia de dos categorías de situaciones de litisconsorcio¹: el voluntario (facultativo o simple) y el litisconsorcio necesario.

1. Y aún una tercera categoría, próxima a la del litisconsorcio necesario pero diferenciada, surgida en el intento de delimitar conceptualmente el litisconsorcio necesario y a la que se refieren los

En la construcción de la figura de este último —el litisconsorcio necesario— y dada la ausencia de regulación legal hasta el momento de la vigente LEC del año 2000, se comprende que el papel de la doctrina científica y de la jurisprudencia fueran decisivos.

Por lo que se refiere primeramente a la doctrina científica, es interesante constatar cómo el modo en que afrontaba ésta su análisis conceptual solía ser superficial, como un capítulo o apartado de obras que tenían otro fin y otro contenido: como término de confrontación para distinguir del litisconsorcio voluntario, en el análisis de la conexidad o al hilo de alguna forma de intervención, también carente de regulación legal². Y no es que tales aproximaciones fueran infructuosas, pero sí puede afirmarse que la perspectiva del ángulo visual no favorecía una construcción unitaria y completa de la disciplina y ni siquiera una discusión de los diversos principios reguladores del fenómeno procesal aquí considerado. A diferencia ello de lo sucedido en países de nuestro entorno, destacadamente en la doctrina italiana, antes y después de la regulación contenida en el *Codice di Procedura Civile* del año 1940 (en adelante CPC), sobre la que volveremos enseguida.

En cuanto a la jurisprudencia, la relevancia de su papel en la construcción de la figura del litisconsorcio necesario fue excesiva y consecuencia directa de la orfandad legal, razón por la cual nuestros Tribunales (y muy en particular nuestro TS) se vieron abocados a consumir una innegable energía y esfuerzos en la construcción de algo que deberían encontrarse construido desde el terreno normativo. Una de las consecuencias de la situación descrita fue que, a pesar de los mencionados esfuerzos, la doctrina jurisprudencial no llegó nunca a suscitar plena confianza en el intérprete, destacando como reparo fundamental el hecho de que las motivaciones de las sentencias no eran —frecuentemente— sino una especie de *collage* de máximas, principios y citas doctrinales de orígenes diversos y entremezcladas³, fiel reflejo de la propia inseguridad en que se movía a su vez la doctrina científica, tal y como acabamos de señalar. A falta de la uniformidad requerida, la diferencia de motiva-

autores utilizando la más amplia variedad terminológica que imaginarse pueda, aunque prevaleciera el término de litisconsorcio *cuasinecesario* (otras veces litisconsorcio *eventualmente necesario* o *necesario especial*, o litisconsorcio *necesario impropio*). Remito al lector para un análisis de dicha terminología, y aun otra, a GONZÁLEZ GRANDA, P., *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*, Comares, 1996, pp. 93 y ss. y 202 y ss.

2. Por supuesto hay excepciones a esta afirmación, destacando brillantes aportaciones y entre ellas en primer lugar el trabajo de CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. «El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, n.º 3-4, pp. 369-422. También FAIRÉN GUILLÉN, V., «Sobre el litisconsorcio necesario en el proceso civil», en *Estudios de Derecho Procesal*, Eds. De Derecho Reunidas, 1955. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Concepto y regulación positiva del litisconsorcio», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1971, 2-3. Posteriormente DÁVILA MILLÁN, M.E., *Litisconsorcio necesario*, ed. Bosch, 1992; MOLINA GARCÍA, A., «El litisconsorcio pasivo necesario. Creación y contradicción del Tribunal Supremo», *Actualidad y Derecho*, 1994, XXVI, pp. 339 y ss; asimismo COBO PLANA, J.J., *El litisconsorcio pasivo necesario en la doctrina del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales*, Aranzadi, 1993.
3. Era constante, por ejemplo, la repetición monótona de citas de CHIOVENDA, sin reflejar sin embargo las consecuencias completas de dicha concepción teórica, lo que se advierte muy claramente cuando se alude a la *imposibilidad de dictar sentencia* en sentido chiovendiano en motivaciones de sentencias que afirman la necesidad del litisconsorcio respecto a acciones de mera declaración o de condena. Cuando resulta que, según CHIOVENDA la necesidad del litisconsorcio existe solo cuando se deduce en juicio un derecho potestativo a constituir, modificar o extinguir una situación material plurisubjetiva (CHIOVENDA, G., «Sul litisconsorzio necessario» (1904), en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, II (ed. Trad. Sentís Melendo), 1949, pp. 441-442. Por su parte REDENTI afirma que el litisconsorcio existirá siempre que una resolución fije o modifique la posición jurídico-material de varios sujetos, lo que sucede en los supuestos de sentencias constitutivas y también mero declarativas, sin excluir del todo la posibilidad en las resoluciones de condena (REDENTI, E., *Il giudizio civile con pluralità di parti*) (1911) (ed..Giuffré, 1960), pp. 253-254.

ciones respecto a cada supuesto provocaba que ninguna sentencia constituyera un «precedente» seguro a la hora de afirmar o negar la necesidad del litisconsorcio, alcanzando el problema no solo al concepto y al fundamento, sino —lógicamente— al ámbito de aplicación y por supuesto a la disciplina o tratamiento procesal.

Conducía todo ello a consecuencias difícilmente tolerables desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Implícita o explícitamente venía reconociendo el TS la existencia de las especies de litisconsorcio voluntario (facultativo o simple) y litisconsorcio necesario (alguna vez referido como «solidaridad procesal» y «solidaridad jurídica»), haciendo ocasional referencia también en ocasiones a la categoría del litisconsorcio cuasinecesario⁴, al igual que la doctrina científica (ya lo hemos dicho *supra* en nota 1).

Con la dificultad que supone cualquier intento de síntesis de la doctrina del TS sobre el concepto de la categoría que aquí interesa —dada la mencionada falta de uniformidad—, podemos afirmar en primer lugar que la denominación *litisconsorcio necesario* comenzó a usarse en España solo a partir del año 1944 (siendo la primera la STS de 27 de junio de 1944), introducida por la investigación científica, afirmándose en esa primera ocasión que el litisconsorcio necesario tiene qué ver con la válida constitución del proceso o relación jurídica procesal, con el ámbito subjetivo de la cosa juzgada y con la economía procesal.

Ante la falta de regulación legislativa, la jurisprudencia tuvo que señalar las líneas generales del litisconsorcio necesario, y el esquema general respecto a los puntos más consolidados en dicha conformación puede sintetizarse como sigue.

1. En primer lugar, y respecto de su concepto y fundamento, que se trata —el litisconsorcio necesario— de una creación jurisprudencial afectante a un fenómeno de pluralidad de sujetos en la posición de parte, que no obedece a razones de oportunidad sino que constituye una institución afectante a la legitimación «ad causam» en este caso plurisubjetiva, si bien y simultáneamente su defecto incide o supone la defectuosa constitución de la relación procesal.
2. Pues efectivamente, el defecto de litisconsorcio necesario —derivado de la ausencia del proceso de persona que necesariamente debió ser traída al mismo— supone la defectuosa constitución de la relación procesal y es el origen de la *exceptio plurium litisconsortium*, excepción de orden procesal que afecta a la válida constitución de la relación procesal⁵.

Si bien en excepcionales ocasiones el TS manifiesta con contundencia que no se trata de una excepción de orden procesal sino de fondo, lo cierto es que el tratamiento de la mencionada excepción y la reiterada alusión a la «defectuosa constitución de la litis» reflejaban la tesis mantenida de que constituía un tema procesal, que habría de alegarse en la contestación de la demanda (aunque también extemporáneamente) y conduciría al dictado de una sentencia meramente procesal y no de fondo. Con ello lo que el TS estaba diciendo era que la legitimación plural era un tema procesal, relativo a la regularidad de la constitución de la relación procesal, aunque al mismo tiempo no podía plantearse como excepción dilatoria⁶.

Es preciso asimismo constatar que no faltan sentencias que, con evidente falta de precisión o de técnica, identifican la «*exceptio plurium litisconsortium*» no con el defecto de litisconsorcio pasivo necesario sino con la situación llamada de litis-

4. En particular, STS de 8 de julio de 1952, STS de 5 de marzo de 1956 y STS de 22 de abril de 1978, entre otras.

5. Otras sentencias no utilizan tal tecnicismo, sino el término castellanizado, pero significativo en cuanto a su traducción, de «excepción de la indebida constitución de la relación procesal» (así, entre otras, STS de 16 de diciembre de 1986).

6. Cfr. GONZÁLEZ GRANDA, P., *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*, cit., p. 69.

consorcio pasivo necesario⁷. Veremos cómo esa confusión de planos ha tenido sus consecuencias, alcanzando hasta el día de hoy.

3. Contra la falta de integración del litisconsorcio necesario no se alzaba solo ese medio de defensa, sino que también se había consolidado la doctrina legal de considerar que incumbía a los Tribunales la vigilancia o el control de oficio de que el proceso fuera seguido con todos los sujetos que claramente pudieran ser afectados, de modo que podría tenerse en cuenta *ex officio* la falta de constitución de litisconsorcio pasivo necesario.

Así, cuando el demandante no hubiera incluido en su demanda a todos los sujetos de la relación material discutida, el demandado podría oponer con éxito la «*exceptio plurium litisconsortium*», sin perjuicio del deber de vigilancia que compete a los Tribunales de oficio

4. La consecuencia de no constituir el litisconsorcio pasivo necesario era la absolución en la instancia de quien hubiere sido demandado, pues al ser considerada una excepción procesal afectante a un presupuesto de la acción, su estimación impediría un pronunciamiento sobre el fondo.

De modo que la doctrina de la disciplina procesal del litisconsorcio necesario podía resumirse en una evidente contradicción: su consideración como una cuestión de forma y no de fondo, es decir, como un presupuesto procesal, en contradicción con la coexistente afirmación de que la institución del litisconsorcio necesario era afectante a la legitimación «*ad causam*», en este caso plurisubjetiva.

La contradicción radicaba en lo siguiente: si la legitimación es un tema de fondo, cuando es necesariamente plurisubjetiva significa que ha de estar integrada por dichas personas en común sin que ninguna de ellas tenga individualmente, legitimación; debiendo exigirse consecuentemente la intervención en el proceso de todos los litisconsortes, de tal modo que la demanda solo podrá promoverse válidamente por o contra varias personas, puesto que el ordenamiento jurídico material exige que se haya de demandar contra varias personas necesariamente. Y si esto es así, tratándose de un tema de fondo, lo que significa es que en su caso la pretensión podrá ser infundada, sin que ello signifique que la relación esté mal constituida, correspondiendo una sentencia desestimatoria por falta de legitimación, que será necesariamente de fondo. No estando claro por qué cuando se afirma que la legitimación es plural, entonces el tema ya no es de fondo sino de forma.

Un poco de historia del Derecho Procesal —brevemente en lo que sigue— sirve para entender mejor y explicar las confusiones afectantes a la legitimación en el marco del litisconsorcio necesario. Hay que partir para ello en primer lugar del hecho de que la construcción de esta figura fue coincidente en el tiempo con la propia construcción de la legitimación desde la perspectiva científica de la doctrina procesalista. Al efecto ha de recordarse que los intensos debates que habían llevado en la doctrina científica italiana a la construcción de la regla de «necesaria participación de varias partes» en el proceso civil antes de su recepción en el CPC de 1940 coincidieron en una etapa de la historia de las elaboraciones doctrinales de principios del siglo XX de CHIOVENDA⁸ y REDENTI⁹, coincidente a su vez con la problemática de la legitimación «*ad agire*» y «*a contraddire*».

Estando claro que ni la regla de la necesaria participación de varias partes en el proceso, ni los conceptos de legitimación «*ad agire*» y «*a contraddire*» eran cono-

7. Lo que pudiera parecer una errata no lo es, repitiéndose en diversas sentencias, entre ellas, STS de 16 de febrero de 1989.

8. CHIOVENDA, G., «*Sul litisconsorzio necessario*» cit. constituye la primera obra italiana en la materia.

9. REDENTI, E., «*Il giudizio civile con pluralità di parti*», cit. Años antes víd. «*Pluralità di parti nel processo civile. (Diritto Romano)*», Archivo Giuridico, vol. 79, 1907.

cidos por la ciencia procesalista italiana anterior a estos autores, el problema fundamental para ellos derivaba principalmente de lo novedoso del tema, dado que a principios del S. XX la afirmación de que pudiera existir una regla en base a la cual fuera afirmada la *necesidad* de que varias personas participasen unidas en el proceso resultaba transgresora por lo que suponía de creación original y de ruptura con la tradición jurídica anterior. Y así, aunque suele señalarse como punto fundamental de disensión entre ambos autores el ámbito de aplicación del litisconsorcio necesario (la necesidad del litisconsorcio en las acciones de mera declaración afirmada por REDENTI y negada por CHIOVENDA), en realidad la disensión era mucho más profunda¹⁰, viéndose el fruto de esta dificultad reflejada en la regulación legal posteriormente contenida en el CPC de 1940.

Si la doctrina previa al CPC se cuestionaba los principios dogmáticos de la institución, debatiéndose principalmente la admisibilidad del concepto de relación jurídica con pluralidad de partes y el régimen de la sentencia pronunciada «a contradictorio non integro», con la consagración legal del litisconsorcio necesario en el CPC los problemas de esta institución, que hasta entonces habían tenido un preferente tratamiento dogmático e ideológico, se transformaron en problemas de Derecho positivo: comenzando por la naturaleza de la «norma en blanco» (en terminología de DENTI) de la disposición normativa contenida en el art. 102¹¹ y la integración del contradictorio regulada.

La complejidad de la materia es innegable, dadas sus implicaciones y sin duda su conexión con otros temas básicos del Derecho Procesal donde también ha reinado siempre una cierta oscuridad, particularmente los límites de la cosa juzgada¹² y reinaba entonces sobre el propio concepto de legitimación.

Es importante destacar las fechas porque en esos mismos momentos despegaba en España la primera doctrina procesalista con base científica, receptora como es bien sabido de la doctrina italiana. Y en esta materia del litisconsorcio necesario la importación doctrinal resultó confusa, dado que la nueva regulación no zanjó en Italia el debate, debiendo destacar entre las primeras críticas la de CARNELUTTI (quien niega cualquier diferencia entre el art. 102 y el 107 CPC, poniendo en un mismo plano la «necesidad» de la integración del contradictorio y la «oportunidad» de la llamada de un tercero por orden del Juez¹³), o la de SATTA, aún más drástica¹⁴.

A esta línea de debate ha de añadirse la confusión reinante entonces en la doctrina española en relación con el concepto de legitimación, *uno de los más discutidos e imprecisos dentro del Derecho Procesal*, en palabras de GÓMEZ ORBANEJA pronuncia-

-
10. Vid. GONZÁLEZ GRANDA, P., «El litisconsorcio necesario en el proceso civil», cit., pp. 35 y ss.
 11. DENTI, V., «Appunti sul litisconsorzio necessario», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1959, pp. 14 y ss.
 12. Son afortunadas a este respecto las palabras de SERRA DOMÍNGUEZ, M. en «Concepto y regulación positiva del litisconsorcio» (*Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1971, n.º 2-3, p. 583) cuando señala que «en pocas materias existe tanta oscuridad cuanta en la determinación, regulación y construcción del litisconsorcio necesario» y destaca que la doctrina se encuentra gravemente dividida sobre el particular «reflejándose en la doctrina del litisconsorcio necesario la oscuridad que reina sobre el concepto de cosa juzgada, ampliándose a una serie de problemas colaterales que han permitido considerar al litisconsorcio necesario como una creación doctrinal artificial».
 13. La tesis de CARNELUTTI (en *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 1941, p. 244, se manifiesta, por así decirlo, subversiva respecto al texto positivo, por cuanto, mediante la identificación del contenido de ambos preceptos, excluye el carácter «cogente» de la disposición, aislándola de los arts. 307.3, 310, 354.1 y 383.3, que indican las consecuencias de su vulneración.
 14. SATTA, S. («Sul litisconsorzio necessario», *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1955-56, pp. 49 y ss.), al negar tanto la «necesidad» del litisconsorcio como la posibilidad de que la «utilidad» pueda ser valorada en base a criterios objetivos, acudiendo al principio de libertad en base al cual uno puede actuar como crea oportuno.

das en el año 1947¹⁵. Destacaba al efecto el autor que —ajeno al Derecho Romano— el concepto de legitimación fue elaborado originariamente por la ciencia procesal, siendo utilizado en muy distintas acepciones, correspondiéndose esa diversidad con la contraposición tradicional «legitimatio ad processum» y «legitimatio ad causam»: la primera en referencia a la capacidad para comparecer en juicio, y la segunda como condición de la acción (debiendo entenderse por «ad causam» el fundamento de la pretensión o la *causa petendi*, esto es, el aspecto subjetivo de la relación jurídica controvertida y en consecuencia un elemento integrante de la misma).

Explicaba el autor cómo en realidad el germen de la confusión en torno al concepto de legitimación estuvo en que estas nociones fueron modeladas sobre categorías del proceso civil Romano clásico, siendo así que el proceso Romano no distinguió nunca realmente entre condiciones de fondo y de forma. Y achacaba precisamente a esas interferencias la confusión reflejada en el art. 503 LEC/1881, norma que, unida a la indeterminación del término «carácter» que figuraba junto a la «capacidad» y «representación» en el art. 533, fue absolutamente problemática¹⁶. De modo que surgió así el error en torno a la legitimación, con base principalmente en que, en determinados casos —principalmente los recogidos en el art. 503 LEC/1881- se desmembraba de la existencia objetiva del derecho las relaciones subjetivas del mismo, limitando el concepto de «legitimatio ad causam» a la prueba de las últimas, con lo cual venía a tener esa legitimación el mismo alcance práctico de la «legitimatio ad processum», al convertirse en condición de la admisibilidad del juicio y, por tanto, necesitaba ser justificada a la presentación de la demanda mediante prueba líquida, sin lo cual el Juez, bien de oficio bien a petición de parte, no entraba en el fondo. Y de esta idea errónea del Derecho Común, arrancaba la fórmula que, en el n.º 2 del art. 503 LEC/1881 equiparaba lo que era condición de admisibilidad del proceso (representación) y lo que era condición de la sentencia estimatoria (pertenencia o existencia del derecho)¹⁷.

No es difícil ver que estas confusiones y estas interferencias afectantes a la legitimación habrían de tener traslación directa a la concepción del litisconsorcio necesario. Porque en realidad sucede que no se tenía del todo claro que la llamada «legitimatio ad causam» fuera el aspecto subjetivo de la relación jurídica controvertida —un elemento integrante de la misma— que cuando no existe no es que falte un requisito de admisibilidad del proceso sino que falta la misma relación jurídica deducida en juicio y por tanto el fundamento de la acción (diríamos hoy mejor de la pretensión), porque tan necesaria para la existencia de esa relación es su atribución subjetiva como su contenido objetivo.

5. Y la negación del litisconsorcio activo necesario completaba el sistema. Aunque excepcionalmente es posible encontrar alguna STS que pareciera admitir en el plano teórico la existencia del litisconsorcio activo necesario (en una suerte de elucubraciones *obiter dicta*)¹⁸, lo cierto es que la tendencia ha sido constante a la hora

15. GÓMEZ ORBANEJA, E., «Legitimación y representación», en *Estudios de Derecho histórico y moderno*, ed. Revista de Derecho Privado, 1947, pp. 19-45.

16. Decía GÓMEZ ORBANEJA, E. (op. et loc. cit. en Nota precedente) respecto al art. 503.2 LEC/1881 que «accidental en apariencia, se trata de uno de esos pasajes cruciales que, si no se aluden o se desenredan convenientemente, le hacen perder a uno el camino».

17. Y en esta línea, y en el año 1945 (aquí las fechas son importantes, por revelar destacables faltas de acuerdo) criticaba GÓMEZ ORBAJENA a GUASP DELGADO, precisamente por equiparar dos cosas heterogéneas, viniendo así a hacer de la «legitimatio ad causam» —condición indudablemente de la existencia de la acción— una «legitimatio ad processum» (en «Sobre una nueva entrega de los Comentarios de Guasp», *Revista de Derecho Procesal*, oct.-dic., 1945, pp. 567 y ss.).

18. Así la STS de 26 de septiembre de 1991, que establecía lo siguiente: «El litisconsorcio necesario requiere la precisión de la intervención en el proceso desde su iniciación de todos los litisconsortes y se produce en los casos en que la demanda solamente puede ser propuesta, con validez, por o contra varias personas, afectando a todas conjuntamente, pero no separadamente, la legitimación activa o pasiva, debiendo ser unitaria la sentencia al afectar a todos los sujetos los efectos de la cosa juzgada».

de su negación. Sirva de ejemplo lo declarado en la STS de 13 de julio de 1995, que manifiesta el rechazo a la figura del litisconsorcio activo «por cuanto no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario, dado que nadie puede ser obligado a litigar, ni solo ni unido con otro», de tal forma que para el TS 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, mas nunca a la inexistente, legal y jurisprudencial, excepción de litsconsorcio activo necesario».

Cabe observar que la argumentación efectuada para la negación de la existencia del litisconsorcio activo necesario sirve asimismo para reforzar la contradicción mencionada líneas arriba respecto al tratamiento procesal del litisconsorcio pasivo necesario. Pues en el caso de que la demanda no pueda ejercitarse sino en forma conjunta o mancomunada con otro sujeto, la falta de tal otro sujeto se traducirá en una falta de legitimación activa basada en razones jurídico-materiales y debe conducir a una sentencia desestimatoria, pero no en un defecto de litisconsorcio activo necesario. Lo curioso es que esa realidad descrita es exactamente la que debiera predicarse asimismo respecto del litisconsorcio pasivo necesario, puesto que no hay razón alguna para entender que la legitimación «ad causam» plurisubjetiva sea un tema de fondo cuando sean varios los que hayan de demandar y sea sin embargo un asunto formal cuando los necesarios litisconsortes sean los demandados.

Tiempo antes el TS argumentaba de otro modo, sorprendiendo que siendo la jurisprudencia tan rigurosa en el litisconsorcio pasivo necesario, permitiese en cambio en todo tipo de acciones que uno de los comuneros o coherederos pudiese ejercitar la acción, no aportando la representación de los demás sino aún sin ella, sin aducir ni hacer constar que representa a los demás, señalándose que «cuando un comunero o coheredero actúe por el todo, no es lógico traer a los demás, ya que tienen el mismo interés que el actor», añadiéndose que «el fallo que se dicte a su favor aprovechará a los demás, sin que le perjudique lo adverso o contrario»¹⁹. Estimándose que dicha tesis tenía su base en el art. 1139 del Código Civil (C.c.), que dice que cuando la división —en las obligaciones mancomunadas— sea imposible, solo perjudicarán a los acreedores los actos colectivos de ellos —de todos—, mientras que, para poder exigir la deuda de una pluralidad en caso de indivisibilidad es necesario dirigirse contra todos los deudores. El contrasentido de la tesis de negación del litisconsorcio activo necesario expuesta en tales términos era ya manifiesto si se ponía en relación con la tesis mantenida en materia de reconvención, con la que entraba abiertamente en contradicción, pues efectivamente la circunstancia de que no se hallase admitida la reconvención contra el demandante y otras personas era obstativa a pedimentos referidos también a estas otras personas cuando se hubiere de formar litisconsorcio pasivo necesario²⁰, y así si un comunero actúa solo, en beneficio de la comunidad, según la creación jurisprudencial existente, no se puede formular reconvención porque hace falta la presencia de todos los comuneros²¹.

Aunque la argumentación acabada de mencionar no desapareció, con el tiempo se fue incorporando aquel otro argumento citado primeramente que pone el acento en la consideración de tema de fondo que tiene, a diferencia del litisconsorcio pasivo necesario, cuyo defecto incide o supone la defectuosa constitución de la relación procesal.

19. Cfr. STS de 10 de octubre de 1983.

20. Entre otras, STS de 11 de mayo de 1978, STS de 17 de noviembre de 1977 y STS de 25 de enero de 1977.

21. Otras sentencias de interés: STS de 22 de septiembre de 1989, STS de 9 de julio de 1991, STS de 7 de octubre de 1991, y STS de 3 de marzo de 1992, entre otras.

1.2. La persistente negación del litisconsorcio activo necesario tras su ausente regulación en la vigente LEC

Haciéndose eco en buena medida de las construcciones acuñadas previamente por la doctrina científica y la jurisprudencia, el legislador quiso en el año 2000 incorporar reglas expresas afectantes a las diversas modalidades de litisconsorcio. Y lo hizo sin ofrecer propiamente definiciones y aún sin utilizar expresamente dicha terminología, pero de forma inequívoca. Y así, bajo el enunciado genérico de «litisconsorcio», el art. 12 LEC se refiere en su apartado 1 al litisconsorcio voluntario (facultativo o simple), aludiendo al litisconsorcio pasivo necesario en su apartado 2²², y más discutiblemente al litisconsorcio cuasinecesario en la salvedad final contenida en el art. 12.2 (*salvo que la Ley disponga expresamente otra cosa*)²³.

En el momento de promulgación de la vigente LEC venía detectándose un acuerdo doctrinal casi unánime que, acompañado de la tendencia jurisprudencial entonces más *moderna*, consideraba que el litisconsorcio necesario va ligado a la relación jurídico-material controvertida, es decir, a la propia cuestión sustantiva que en el litigio se ventila y en consecuencia es materia afectante a la legitimación (sin adjetivar, no más ya legitimación «ad causam» —felizmente desaparecida la categoría de legitimación ad processum— si bien aún pervive tenazmente en abundante jurisprudencia).

Pero si hasta aquí era posible detectar una unanimidad prácticamente absoluta en la doctrina científica, hay que decir que la misma estaba ausente cuando se profundizaba un poco más en su análisis: concretamente en relación con la delimitación de los supuestos materiales que imponen la necesidad del litisconsorcio y muy en particular en relación a muchas de las cuestiones suscitadas en materia de su tratamiento procesal. Lógico es entender que tales dudas —e incluso contradicciones— sumadas a la doctrina jurisprudencial expuesta *supra* fueran trasladadas en buena medida al texto de la Ley desde su inicio.

En el apartado 2 se refiere el art. 12 de la LEC, y bajo el enunciado de «Litisconsorcio», a la figura del litisconsorcio necesario sin ofrecer propiamente una definición, sino más bien el presupuesto material de aplicación del mismo: *Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada solo pueda hacerse valer frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados como litisconsortes, salvo que la Ley disponga expresamente otra cosa*.

Exactamente el mismo tipo de norma en blanco que constituye el art. 102 del CPC italiano. De modo que, dejando clara esta disposición que la concreción de las relaciones jurídicas con varios sujetos inescindibles que hagan necesario el litisconsorcio necesaria es una cuestión de Derecho material, resultaba previsible por lo demás —como así pudo constatarse con el tiempo, pasados ya más de veinte años desde la promulgación de la LEC— que la determinación de las hipótesis constitutivas de dicho fenómeno no habrían de experimentar variación alguna por el hecho de que la LEC hiciera mención expresa del fenómeno en el art. 12.2 y dispusiera las principales reglas de su tratamiento procesal. Pero no es ese el tema que aquí nos ocupa.

22. Advierte CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil* (con MORENO CATENA, V.) Tirant lo Blanch, 2021, p. 108 que, si tenemos en cuenta que etimológicamente el término litisconsorcio alude a los supuestos en que los distintos sujetos corren una idéntica suerte en el proceso (*cum sors*), en realidad debiera reservarse el término *litisconsorcio* solo para los supuestos de litisconsorcio necesario, dado que los supuestos de litisconsorcio voluntario no son sino supuestos de acumulación subjetiva de acciones u objetos procesales.

23. Y en la propia LEC se alude a un supuesto de litisconsorcio cuasinecesario en el art. 22.3.3.º, conforme al cual: «Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado». Naturalmente, en los supuestos de litisconsorcio cuasinecesario no podrá oponerse excepción de falta de litisconsorcio si se demanda a un solo deudor. Si el litisconsorcio se constituye porque el actor demanda a varios, el proceso litisconsorcial tendrá un desarrollo similar al propio del litisconsorcio necesario, pudiendo mantener las partes posturas materiales y procesales diferentes.

Es importante asimismo destacar que, fruto de las contradicciones preexistentes, la vigente LEC configura el tratamiento procesal del litisconsorcio necesario como si de una cuestión procesal se tratara, siendo ello criticable por puras razones de coherencia doctrinal, dado que se está afirmando en la definición implícita contenida en la norma que se trata de una manifestación de la legitimación plurisubjetiva, y en consecuencia que se trata de un problema de fondo que no afecta en absoluto a la válida constitución del proceso o a la inexistencia de presupuestos procesales.

Dos son los problemas que plantea la regulación contenida en el art. 12.2 de la LEC: uno, el tratamiento formal de la falta de litisconsorcio pasivo necesario, dado que es un asunto de fondo; y dos, la falta de mención expresa a la figura del litisconsorcio activo necesario.

1. Respecto al tratamiento procesal del defecto de litisconsorcio pasivo necesario, la solución adoptada, que sigue parcialmente el modelo italiano —destacando justamente la diferencia relativa a la falta de recepción de la figura del litisconsorcio activo necesario en nuestra norma²⁴- y con los propios antecedentes jurisprudenciales señalados, es tendente sin duda alguna al principio de economía procesal²⁵. Pero es una solución equivocada, porque en realidad, si se produce una falta de litisconsorcio pasivo necesario —único supuesto contemplado— lo que sucede es que la declaración del derecho se ejercita contra quien desde el principio no es el obligado, y en consecuencia la sentencia debería ser —en coherencia procesal— absoluta, pues de existir el derecho que se ejercita, no se estaría ejercitando frente a las personas adecuadas, dado que solo se tiene frente a varios sujetos conjuntamente²⁶. En cualquier caso, ha de decirse también que la LEC no da una respuesta general aplicable al tratamiento procesal de la legitimación individual, de modo que tiene tratamiento propio de fondo (a resolver en la sentencia) siempre que no resulte discutida y también frecuentemente cuando es objeto de discusión; pero en aquellos supuestos en que la legitimación aparece negada o excluida —o no debidamente acreditada— desde la demanda, puede ser denunciada por el demandado (la falta de legitimación activa y la pasiva) y resuelta como una circunstancia procesal en el trámite de Audiencia Previa en el procedimiento ordinario²⁷.

2. Por lo que se refiere a la omisión de la figura del litisconsorcio activo necesario, ha de decirse que ciertamente el art. 12.2 LEC se circunscribe al litisconsorcio pasivo necesario, omitiendo cualquier alusión a la figura del litisconsorcio necesario activo y excluyéndolo en consecuencia. Y ello es criticable desde el punto de vista de la técnica legislativa, pero resulta más censurable aún desde el punto de vista de los conceptos del Derecho Procesal, puesto que tanto el litisconsorcio necesario como el voluntario pueden ser activos o pasivos, según que la pluralidad de partes se produzca en la posición actora o en la de demandada. De modo que el litisconsorcio activo existe en la misma medida en que existe el pasivo y aunque no sea expresamente contemplado en el art.12 de la LEC, y ello porque es el ordenamiento jurídico

24. En el modelo consagrado en el CPC italiano de 1940, como es sabido, se sigue la tesis de REDENTI y en consecuencia el poder de integración del contradictorio por el Juez cuando la demanda no haya sido interpuesta por —o frente a— todos los litisconsortes necesarios, considerándose en definitiva la falta de integración del contradictorio como un vicio del procedimiento que da lugar a nulidad de la sentencia, controlable no solo a instancia de parte sino también de oficio por el Juez en cualquier estado e instancia del proceso. Plasmada en las obras citadas *supra* en Nota 8.

25. Recordemos que, vigente la LEC/1881, en el Juicio de Menor Cuantía se encuentra ya la base de la regulación contenida hoy en el art. 420 en relación con el art. 416.1.3.º LEC. Vid. GONZÁLEZ GRANDA, P., *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*, pp. 217 y ss.

26. GONZÁLEZ GRANDA, P., *Sujetos y actuaciones del proceso. Las costas procesales*, ed. Tecnos, 2000, pp. 66 y ss.

27. Como circunstancia procesal análoga a las expresamente previstas a que se refiere el art. 425 LEC.

material el que determina que el derecho, de existir, es de varios conjuntamente, de modo que no se puede declarar en ausencia de un litisconsorte porque no ha sido ejercitado el derecho por quien debe hacerlo.

En consecuencia, no se puede ignorar que, siendo el Derecho material el que establece el vínculo de la *necesidad* en el litisconsorcio, han de existir desde luego situaciones encuadrables en dicha categoría. Respecto al Derecho material, la Ley pocas veces explicita en qué supuestos es necesaria la participación de varios litigantes en la posición de parte, siendo más bien una tarea de deducción de la Ley material. Con todo, hay algunos supuestos donde la doctrina del TS ha sido siempre bastante pacífica en su consideración de litisconsorcio pasivo necesario (en el ámbito de la comunidad de bienes y en materia de comunidad hereditaria) y que son buen ejemplo asimismo de litisconsorcio activo necesario, como sucede en las acciones contra terceros formuladas por las comunidades mencionadas, de modo que ningún condueño ni coheredero representa a los demás²⁸.

De modo que siempre que nos encontremos ante una relación o situación jurídico-material necesariamente plurisubjetiva desde el lado activo de sus titulares, nos encontramos ante un litisconsorcio activo necesario. Y por tanto es el mismo problema de legitimación plural —ya activa, ya pasiva—, resultando sin embargo que para el tratamiento procesal de la falta del litisconsorcio pasivo existe ahora una solución legal y no así para el tratamiento procesal de la falta del litisconsorcio activo.

3. Sin duda la omisión legislativa obedece a una doble razón. Por un lado, la sustancial falta de relevancia práctica de esta noción, derivada sobre todo de la errónea orientación seguida por la jurisprudencia. Conocido es el argumento esgrimido de que nadie puede ser obligado a litigar ni aislada ni conjuntamente con otros —*supra* mencionado—, que sin duda ha sido trasladado en su espíritu a la regulación legal. Desde mi punto de vista, dicho argumento ha planteado siempre el problema desde un prisma equivocado, pues la institución del litisconsorcio activo necesario nunca obligaría a que litiguen todos juntos, sino que por el contrario solo impediría que la tutela jurisdiccional pueda hacerse efectiva cuando la demanda no esté interpuesta por todos los sujetos necesariamente legitimados²⁹.

Pero a este problema se suma otro, y éste es el derivado de la doctrina jurisprudencial creadora de la contradictoria figura de la *exceptio plurium litisconsortium*, que ha reiterado en el pasado y sigue reiterando en el presente que no puede existir el litisconsorcio activo necesario, cuando en realidad lo que quiere decir es que la excepción mencionada no puede, obviamente, ser aplicada a tales supuestos³⁰.

Obsérvese cómo refleja la doctrina jurisprudencial vigente en la materia por ejemplo la SAP de Santander de 2 de junio de 2020, ante la alegación de la falta de litisconsorcio activo necesario:

Es relevante y constante la jurisprudencia que rechaza que sea necesario un litisconsorcio activo, ya que nadie puede ser obligado a demandar, de suerte que la denominada falta de litisconsorcio activo necesario es en realidad un defecto de legitimación activa «ad causam»³¹ o una legitimación incompleta de la misma naturaleza, y toda vez que lo verdaderamente opuesto en este motivo de impugnación es esa legitimación activa incompleta, habrá de estarse a lo dispuesto en los preceptos reseñados, esto es, arts. arts. 1375 y 1385 y concordantes del C.c.

28. GONZÁLEZ GRANDA, P., *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*, cit., pp. 178 y ss.

29. GONZÁLEZ GRANDA, P., *Sujetos y actuaciones del proceso. Las costas procesales*, cit. p. 69.

30. Confundiendo el instituto con su tratamiento procesal, en agudas palabras de CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 110.

31. Y no me puedo sustraer al comentario: obsérvese la persistencia en esta terminología, obsoleta y caduca, de legitimación «ad causam».

Obvio resulta que el tratamiento procesal contemplado en el art. 420 LEC no puede ser extensivo al control del litisconsorcio activo necesario, pues naturalmente su falta no puede ni debe tener el tratamiento procesal que otorga dicha disposición, y ello porque ciertamente la presencia de todos los litisconsortes en la demanda no puede ser impuesta a ninguno de ellos, porque a nadie se puede obligar a ejercitar un derecho que le corresponde en mancomún con los demás. En estos casos de defecto de litisconsorcio activo necesario, la solución más coherente con la propia regulación contenida en la LEC no puede ser sino la de anticipar la resolución de fondo, absoluta por defecto de legitimación, una vez que se haya puesto de manifiesto.

Pero no está de más fijarse en la solución ofrecida en el CPC italiano, principalmente por cuanto resulta claro que el legislador español se inspiró en su regulación, sin llevarla no obstante a todas sus consecuencias. Decíamos antes que la solución adoptada en lo afectante al tratamiento procesal del litisconsorcio necesario de la LEC sigue parcialmente el modelo italiano, destacando precisamente una diferencia importante, afectante a la falta de recepción de la figura del litisconsorcio activo necesario en nuestra legislación, por el contrario de lo que sucede en el ordenamiento italiano³²,

Vemos cómo dispone al efecto el art. 102 CPC, contemplando en el pfo.I que *Se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di piú parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso proceso*. Sin establecer diferencia alguna según sea activo o pasivo, y sin establecer tampoco diferencia en el pfo.II, al disponer: *Se questo è promosso da alcune o contro alcune soltanto di ese, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito*.

Ya se ha dicho *supra* que la norma fue ampliamente debatida en su momento. Y es importante asimismo poner de relieve que — presente en ella la tesis de REDENTI— en el sistema italiano se parte de la idea clara de que la necesidad del litisconsorcio no implica la *necesidad* de la proposición de la demanda por o frente a todos los litisconsortes necesarios, si bien ciertamente sí comporta la exigencia de que todos los litisconsortes participen en el proceso cuando *la decisione non può pronunciarsi che in confronto di piú parti*.

El procedimiento para la integración del contradictorio supone, en la primera instancia que si el Juez advierte la necesidad del litisconsorcio necesario, ya activo ya pasivo (obviamente, para declarar la necesidad del litisconsorcio debe determinar la efectiva situación material objeto del proceso), debe ordenar la integración del contradictorio (ex art. 102.II CPC), debiendo escuchar previamente a las partes por un elemental respeto al principio del contradictorio consagrado en el art. 101 CPC, y si las partes contestan la necesidad del litisconsorcio, el Juez no puede resolver al respecto sin escuchar también al tercero. En sede de impugnación es el art. 331 CPC el que resuelve la integración del contradictorio por el órgano judicial, resultando más fácil la determinación de los litisconsortes preteridos en base a la sentencia impugnada (art. 132.2 CPC). En todo caso, cuando la demanda no sea interpuesta por o frente a todos los litisconsortes necesarios ni las partes procedan a llamarlas ni tampoco el Juez se pronuncie en el sentido del art. 102.2. CPC, el defecto puede ser sanado a través de la intervención voluntaria del litisconsorte preterido, constituyendo un supuesto de intervención con base en el art. 268.2 CPC.

Quizás debiera pensarse en la posibilidad de acomodar la figura de la intervención procesal en nuestro ordenamiento procesal en aras de paliar la orfandad absoluta en que se mueve la figura del litisconsorcio activo necesario en lo afectante a su tratamiento procesal.

32. Dispone el art. 102 CPC (Litisconsorzio necessario) lo siguiente (subrayamos lo afectante al litisconsorcio activo):
Se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di piú parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso proceso.
Se questo è promosso da alcune o contro alcune soltanto di ese, il giudice ordina l'integraziones del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito.

Con la Sentencia 105/2022 podemos advertir que la doctrina cambia de rumbo, como exponemos seguidamente, aún dentro de los propios límites que la sentencia señala, con un giro sorprendente que procedemos a valorar seguidamente.

2. La sorprendente tesis del litisconsorcio activo necesario expuesta en la STS 105/2022, de 8 de febrero, y sus dos puntos de interés

Confluyen en la sentencia mencionada dos circunstancias de relevante interés: por un lado, su toma de posición respecto a la concreción de la existencia de las relaciones jurídicas materiales con varios sujetos inescindible que hagan necesario el litisconsorcio activo necesario, o lo que es lo mismo, su reconocimiento expreso de la existencia de situaciones constitutivas de litisconsorcio activo necesario. Y por otro, la argumentación efectuada a partir de la necesidad de conciliación de intereses para la llamada al proceso del litisconsorte activo necesario como demandado.

2.1. Síntesis de los hechos

Se transcribe a continuación la síntesis de los hechos a los solos efectos de permitir la debida comprensión de la solución alcanzada, pero dejando fuera la posible discusión afectante a la situación plurisubjetiva en cuestión, basada en el régimen de sociedad de gananciales, prototipo de supuesto de litisconsorcio pasivo necesario donde no siempre ha reinado la debida uniformidad jurisprudencial³³.

Se trata de la resolución de un recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia n.º 392/2018, de 23 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (APV), Sección 8.ª, en el recurso de apelación n.º 47/2018, derivado de las actuaciones de un Juicio ordinario (n.º 873/2016) del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Catarroja, sobre reclamación de cantidad.

En el año 1993 un matrimonio otorgó una escritura de compraventa de un bien de carácter ganancial a un tercero (su hijo). Ante la falta de pago y tras más de veinte años y una vez disuelto por divorcio el matrimonio, interpone el padre demanda contra su hijo, solicitando como parte actora la condena del demandado, y en concreto que se declarara la resolución del contrato de compraventa celebrado entre el litigante (D. Diego) y su esposa ahora no comparecida y la otra parte contratante (D. Eugenio, el hijo), la reintegración del inmueble objeto del contrato, así como el abono de los intereses adeudados y de otras cantidades en concepto de gastos e indemnización de daños.

Contesta a la demanda la parte demandada solicitando la desestimación íntegra de la demanda por falta de legitimación de la parte actora. Y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia mencionado *supra*, de fecha 18 de octubre de 2017, afirmando la legitimación del actor (por cuanto, en síntesis, la acción resolutoria podía redundar en beneficio de la sociedad postganancial) estimó parcialmente la demanda promovida por D. Diego y declaró resuelto el contrato de compraventa suscrito, condenando a la parte demandada a restituir a los vendedores la nave solicitada y la mayor parte de los pedimentos, con exclusión de la condena en costas.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la parte condenada y la resolución del recurso (que correspondió a la Sección 8.ª de la APV) falló estimando el recurso de apelación interpuesto, revocando y dejando sin efecto la sen-

33. GONZÁLEZ GRANDA, P., *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*, cit., pp. 198 y ss.

tencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º2 de Catarroja, imponiendo en su lugar la desestimación de la demanda interpuesta en representación de D. Diego, por falta de legitimación activa, absolviendo al demandado y condenando a la parte actora al pago de las costas causadas en primera instancia. En particular, afirma la sentencia que la resolución de un contrato es un *acto de disposición que requiere la concurrencia unánime de todos los comuneros*.

Dicha sentencia fue recurrida mediante la interposición de recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. El primero al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2.º LEC y el segundo al amparo de la previsión del art. 477.2.3.º LEC por infracción de los arts. 392 y ss. del Código Civil (C.c.).

- El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2.º LEC denuncia falta de motivación y error en la valoración de la prueba.
- El motivo del recurso de casación, al amparo de lo previsto en el art. 477.2.3.º LEC denuncia infracción de los arts. 392 y ss. del C.c., sostiene que, puesto que la nave formaba parte de la sociedad de gananciales que se encontraba en liquidación en aquel momento y que la finalidad de la demanda era que con la resolución de la venta pudiera incluirse en el activo, *su actuación solo puede ser en beneficio de la sociedad postganancial, y también estaría amparada por el art. 1385 C.c., que permite a cualquiera de los cónyuges la defensa de los bienes comunes, por lo que no debió apreciarse falta de legitimación activa*.

Admitidos los recursos interpuestos, se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición a los recursos y se nombró ponente, acordándose resolver los recursos sin celebración de Vista.

En su Sentencia de 8 de febrero de 2022 la Sala Primera del TS aprecia la falta de litisconsorcio *pasivo* necesario (a través de una argumentación que se sintetiza en los siguientes apartados) y anula las sentencias dictadas en ambas instancias, aplicando el tratamiento procesal procedente ante la apreciación de la falta de litisconsorcio pasivo necesario.

2.2. La revisión del sistema a través del reconocimiento indirecto del litisconsorcio activo necesario

En el Fundamento de Derecho Segundo (FD2) de la STS 105/2022, de 8 de febrero, se pronuncia la Sala Primera acerca de la apreciada falta de legitimación del actor para solicitar él solo la resolución del contrato de compraventa. Y lo hace de modo que parte de las siguientes dos premisas para llegar a una solución sorprendente.

Como primera premisa, recuerda al efecto que la resolución del contrato de compraventa es un acto de disposición que precisa que todos los vendedores manifiesten su voluntad de resolver el contrato o interpongan la demanda de resolución. Y ello porque la extinción del derecho que está en comunidad (el precio de la cosa vendida) y sus sustitución por otro (la devolución de la cosa) es una alteración que de ser consentida por todos los comuneros, *sin que sea posible la actuación de uno solo sin el consentimiento de los demás (art. 397 C.c.) y sin que resulte aplicable por tanto la doctrina de la legitimación de uno solo en interés de los demás* (con cita, como sentencias más recientes, de las siguientes: STS 967/2006, de 10 de octubre y 1366/2007, de 28 de diciembre).

En segundo lugar — como segunda premisa podríamos decir— trae a colación la jurisprudencia reiterada de que *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 traduciría en una falta de legitimación activa que, como tal, carecería de un presupuesto preliminar a la consideración de fondo, pero basado*

en razones jurídico-materiales, lo que debe conducir a una sentencia desestimatoria (con cita por último de las siguientes sentencias: STS 623/2017, de 21 de noviembre; STS 511/2015, de 22 de septiembre; STS 460/2012, de 13 de julio; y STS 989/2007, de 3 de octubre).

Lo sorprendente es la solución a la que llega, pues estando de acuerdo en la insuficiente actuación de uno solo de los vendedores cuando se trata de pedir la resolución por incumplimiento, no comparte sin embargo la solución de la APV (desestimatoria de la demanda por falta de legitimación activa), por cuanto *en atención a la situación de enfrentamiento existente entre los vendedores, la desestimación de la demanda crea una situación de vía muerta o bloqueo al vendedor demandante, ahora recurrente, que tendría que haberse salvado mediante la apreciación de litisconsorcio pasivo.*

Y es así cómo, con base en el art. 24 CE, argumenta en el sentido de que la negativa a interponer la demanda de la persona que debiera hacerlo conjuntamente con otra —justificada porque nadie puede ser obligado a litigar— no puede sin embargo privar de tutela judicial a quien pretenda solicitar de los Tribunales el reconocimiento de sus intereses legítimos.

Y la solución, en aras de conciliar ambos intereses —esto es, los de quien quiere acudir a los Tribunales para hacer valer sus intereses con los de quien se niega a hacerlo pero cuya presencia es imprescindible para alcanzar un pronunciamiento de fondo— es la que formula en los siguientes términos: *Con este fin hay que admitir que quien se oponga a interponer conjuntamente la demanda cuando su presencia en el proceso sea necesaria en atención a la relación jurídica debatida, debe ser traído al proceso como demandado, a efectos de tener bien constituida la relación procesal.* Puesto que *solo de este modo podrá darse respuesta a quien ejerce sus derechos mediante el dictado de una sentencia en un procedimiento en el que todos los interesados directamente hayan tenido oportunidad de hacer valer sus derechos según les convenga.*

2.2. La conversión del litisconsorte activo necesario ausente en litisconsorte pasivo necesario en aras de la necesaria conciliación de intereses

La argumentación efectuada incide en las circunstancias concurrentes en el caso concreto para llegar a la conclusión de que es evidente que, *dado el objeto de la demanda y la relación jurídica sobre la que se debate*, con el fin de garantizar la tutela de todos los intereses en juego, a efectos de tener bien constituida la relación procesal, la otra vendedora debe estar necesariamente en el proceso como parte pasiva con el fin de obtener un pronunciamiento judicial que resulta inescindible.

En particular incide en las siguientes circunstancias:

- Que se trata de una resolución de la compraventa por falta de pago del precio por el comprador y que el demandante, como vendedor, tiene interés legítimo en hacer valer la resolución del contrato de compraventa si no se ha pagado el precio;
- Que la consiguiente restitución de la nave industrial comportaría su inclusión en el activo de la sociedad de gananciales.
- Que la situación de la exesposa, también vendedora, necesariamente se vería afectada de modo directo por la sentencia que se dicte, habiendo quedado acreditado a través de la presentación de unos recibos, la firma de la ex esposa en el contrato celebrado.

Pero cabe observar que podríamos decir que el enunciado de tales circunstancias se realiza sobre la base de una realidad aceptada, si bien no expresamente formu-

lada en estos términos, que podríamos decir es la siguiente (utilizando para ello la propia redacción —adaptada— del art. 12.2 de la LEC): *Cuando por razón de lo que sea objeto de juicio, la tutela jurisdiccional solicitada solo pueda hacerse efectiva por o frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandantes o demandados no siendo en otro caso posible dictar una sentencia resolutoria sobre el fondo del asunto.*

Y es a partir de la aceptación de la categoría de litisconsorcio activo necesario, entendida con claridad por el TS en esta ocasión, cómo busca el modo de otorgar un tratamiento procesal a dicha realidad jurídica. Por eso es justo es decir que la Sentencia en particular tiene algunas virtudes, como es a mi juicio el reconocimiento —aunque sea implícito— de la existencia del litisconsorcio activo necesario.

Pero el tratamiento procesal ideado —a falta de solución legal específica— suscita perplejidad, al realizar —de oficio— una conversión del litisconsorte activo necesario en pasivo, en una nueva confusión de planos entre lo que sea la institución del litisconsorcio (en este caso activo) y lo que haya de ser su tratamiento procesal.

Porque si resulta que estamos de acuerdo en que el litisconsorcio es necesario cuando la tutela solo puede hacerse efectiva por o frente a varios sujetos conjuntamente considerados —siendo una institución afectante a la legitimación— no puede ser lo mismo que quien haya de estar como demandante, porque así lo exige la tutela jurisdiccional solicitada, pase a ocupar la posición de demandado. Por muy legítima que sea la finalidad perseguida: que pueda obtenerse un pronunciamiento judicial que resulte inescindible, afirmación que también sería objetable.

La crítica a esta desconcertante solución es muy simple, por sustentarse en los más básicos conceptos del Derecho Procesal Civil: desde la consideración de lo que sea la *causa petendi* y el *petitum* de la demanda, pasando por la prohibición de la «mutatio libelli», sin olvidar el concepto —al fin más claro ya que en los años de oscuridad mencionados antes por GÓMEZ ORBANEJA— de legitimación.

Porque —dicho de forma muy gráfica— en ningún caso puede entenderse que sea lo mismo estar en la posición actora que en la posición demandada.

A la dificultad perceptible en atención a la *causa petendi* y el *petitum* —ahí es nada, podríamos decir— no es ajeno el TS en esta sentencia, viéndose obligado a aclarar que *tratándose de una resolución de la compraventa por falta de pago del precio por el comprador, es llano que solo éste podrá ser condenado a restituir si se declara procedente la resolución. Obviamente el vendedor que no quiere resolver no puede ser condenado a restituir, pero en la medida en que también es titular de la relación jurídica objeto del litigio, no puede quedar al margen del procedimiento, pues con independencia de su signo la sentencia que se dicte le afectará de modo directo.*

De modo que lo que está diciendo la sentencia es que la litisconsorte activa necesaria ausente va a ser llevada al proceso como parte demandada porque, no existiendo un tratamiento específico para el defecto de litisconsorcio necesario activo, lo importante parece ser que no quede al margen del procedimiento, sea en la posición que sea, dado que *con independencia de su signo, la sentencia que se dicte le afectará de modo directo.*

Pero no tiene en cuenta esta sentencia que en las pretensiones de condena nacidas de derechos de obligaciones, como es el caso, no basta para identificar el objeto del proceso la sola alegación de la relación jurídica, sino que la legitimación es el elemento subjetivo de la pretensión y éste no se puede modificar sin modificar la pretensión. Si esto fuera poco, ha de tenerse en cuenta que la litispendencia conlleva la prohibición de la «mutatio libelli» y sin duda alguna la conversión del litisconsorte activo necesario ausente del proceso en litisconsorte pasivo necesario supone una modificación de la demanda (una ampliación subjetiva de la demanda) que no resulta admisible. Recordemos que en el proceso civil ni el Juez puede dar más de lo pedido ni puede darlo por una causa distinta de la invocada, pues el proceso civil está identificado por una causa de pedir y por un *petitum* que el Juez no puede cambiar.

Pero supone sobre todo una transformación de lo que se pide en vía de recurso extraordinario ante el TS (pues en apelación lo que pedía la parte demandada era la desestimación de la demanda por falta de legitimación activa), posibilitando la condena de la litisconsorte necesaria ausente en la demanda, como fruto ello de una demanda inexistente y constituyendo un litisconsorcio pasivo inexistente y sin justificación, puesto que la relación que une a la exesposa con la parte demandada no puede ser en ningún caso constitutiva de la relación que se requiere inescindible desde el punto de vista del Derecho material en que ha de consistir el litisconsorcio necesario, ya sea pasivo, ya activo.

2.3. La estimación de oficio de la falta del litisconsorcio necesario

El tercer punto de relevante interés de la STS 105/2022, de 8 de febrero, versa sobre la estimación de oficio de la falta del litisconsorcio necesario, que argumenta en el n.º 5 del FJ3. Ha de aclararse que la argumentación efectuada toma como base exclusivamente la jurisprudencia que viene admitiendo la posibilidad de que pueda ser estimada de oficio y en cualquier de las fases del procedimiento la falta de litisconsorcio pasivo necesario, con base ello en la consideración de que constituye un presupuesto procesal de orden público (ya desde la STC 77/1986, de 12 de junio).

Constituye sin duda uno de los principios más arraigados al tratar de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en su creación jurisprudencial: el de su carácter público y la necesidad consecuente de que la misma sea apreciada de oficio por el Juez sin necesidad de que sea invocada por las partes. La razón que justifica tal proceder que incumbe a los Tribunales está, como decimos, en consideraciones de orden pública la defectuosa constitución de la litis es materia de orden público. Sin que se alcance a comprender por qué la legitimación plural afecta al orden público y no así la legitimación individual³⁴.

Construcción ésta de la que interesa destacar los siguientes puntos:

1. No se trata de una facultad sino de un auténtico deber u obligación, lo que nos indica claramente que no nos encontramos ante una verdadera excepción sino ante la falta de uno de los presupuestos indispensables para el examen eficaz de la pretensión. Si bien en ocasiones se destaca que se trata de una obligación subsidiaria respecto de la del actor (así STS de 29 de noviembre de 1982), con unos u otros matices ésta era la doctrina sentada en la materia, siendo en consecuencia reiteradas las sentencias que justifican:

- La denuncia del motivo por vía equivocada, justamente en base a la afirmación de que se trata de un vicio procesal aplicable de oficio (así, entre otras, STS de 8 de mayo de 1989)³⁵.
- Y la alegación extemporánea de la excepción por el demandado, en base igualmente a dicha afirmación de aplicabilidad de oficio (entre otras, STS de 18 de julio de 1989)³⁶. Si bien alguna sentencia —es el caso de la STS

34. Como había advertido en su momento MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Civitas, 1994, p.110, nota 75.

35. «Aun cuando la denuncia se hace por equivocada vía (...), por tratarse de vicios procesales el defecto queda subsanado al ser el litisconsorcio aplicable de oficio». También las SSTS de 30 de enero de 1993 y de 2 de diciembre de 1993 admiten el recurso de casación por cauce erróneo con base en la obligada apreciación de oficio

36. «Se plantea la posible existencia de un litisconsorcio pasivo necesario (...); pretensión de nueva alegación que aunque deba ser tratada por afectar al orden público, se plantea en este recurso por primera vez». También STS de 13 de mayo de 1993, entre otras.

de 12 de noviembre de 1993- desestima un recurso interpuesto extemporáneamente por estimar *que se trata de una conducta que linda con la mala fe procesal y contraria a los propios actos*.

No ha ayudado en este punto el TC, pues reiteradamente citada una a mi juicio desafortunada resolución (STC 77/1986, de 12 de junio), en que el recurrente de amparo centra la violación constitucional que denuncia en que la sentencia del TS aprecia un litisconsorcio pasivo necesario sin haber sido alegado por las partes en sede de casación, por lo que se afirma incide en el vicio de incongruencia y en indefensión, secuela de la infracción procesal del precepto del art. 359 LEC/1881, pierde una oportunidad de oro para corregir dicha práctica³⁷.

2. Afirmación de la no incongruencia por la apreciación de oficio de la excepción procesal de defectuosa constitución de la litis (entre otras, STS de 29 de mayo de 1981, STS de 14 de enero de 1984 y STS de 14 de abril de 1989), pero sí incongruencia cuando se aprecia litisconsorcio necesario sin existir³⁸.

En la mencionada STC 77/1986, de 12 de junio, el TC rechaza la pretendida alegación de incongruencia de una sentencia por haber apreciado de oficio la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, basándose para ello en el carácter de orden público que ésta tiene, declarando que «La incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir «ex officio», como ocurre con las materias relativas a los presupuestos procesales». Asimismo no admite que en la citada sentencia se haya producido indefensión por haberse estimado el litisconsorcio pasivo necesario, puesto que, por un lado, hubo durante el procedimiento la suficiente discusión y controversia sobre la cuestión; y por otro lado, porque para que la indefensión dé lugar al amparo es preciso que la misma sea inamovible y la situación adquiera eficacia de cosa juzgada, lo que no ocurre en los supuestos de estimación de falta de litisconsorcio pasivo necesario, puesto que siempre queda abierta la posibilidad de plantear de nuevo un juicio declarativo con todas las partes.

3. No obstante, hay que referirse a ciertas sentencias que establecen determinados límites al control de oficio, pudiendo distinguirse dos grupos de limitaciones:

a) Limitaciones generales: así la STS de 29 de junio de 1992, en referencia a supuestos excepcionales como podrían ser aquellos de los que pudiera derivarse patente indefensión para la contraparte. O la STS de 1 de julio de 1993, que se refiere a las «debidas cautelas» con que debe adoptarse la apreciación de oficio «para evitar que con ello se favorezcan las posturas dilatorias de quienes pudiendo y debiendo alegar el defecto litisconsorcial en la contestación a la demanda, por la vía de la correspondiente excepción, lo que podría dar lugar a la subsanación del defecto en el momento de la preceptiva comparecencia ante el Juez, con la consiguiente convalidación de la litis viciada, prefieren omitir su oposición procesal, que únicamente

37. El TC sienta contundentemente la doctrina de que «En el litisconsorcio necesario la Ley exige al Juez o a las partes que lo hagan valer, de tal modo que su incumplimiento *equivale a la falta de un requisito procesal* que obliga al órgano judicial a abstenerse, no de decir, pero sí de entrar en el fondo de lo reclamado. Es un defecto que incide en la relación jurídico-procesal, porque ésta no se ha constituido válidamente, lo que imposibilita para conocer el fondo de la pretensión deducida. Su estimación se impone al Juez, de tal forma que, aunque no haya sido alegada por las partes como excepción, puede ser tenida en cuenta, al afectar a la propia esencia de la relación jurídica procesal y por lo tanto pertenecer al ámbito del orden público». Vid crítica en GONZÁLEZ GRANDA, P., *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*, cit., Capítulo V, pp. 252 y ss.

38. Así la STS de 22 de julio de 1991, que resuelve un recurso interpuesto amparado en el n.º 3 del art. 1692 de la LEC/1881, en el que se denuncia la infracción del art. 539 de la LEC/1881, acusando a la sentencia impugnada del vicio de incongruencia. Y el TS declara que el motivo debe prosperar porque, demandadas cuatro personas solidariamente pero no ligadas por vínculo alguno que determine la existencia de litisconsorcio necesario, puede ser cada uno de los demandados sujeto de soluciones diferentes.

ponen de manifiesto momentos posteriores, cuando el tenor de las resoluciones de instancia ya pronunciadas les hacen temer un resultado desfavorable a las tesis mantenidas en el litigio».

b) Limitaciones afectantes a la apreciación de oficio sin posibilidad de prueba, y específicamente a la apreciación de oficio sin previa alegación en Casación. Surgiendo dos posturas diferentes:

1.^a Postura tradicional del TS favorable a la apreciación de oficio en cualquier instancia e incluso en Casación³⁹.

2.^a Y la postura matizada del TS mantenida por vez primera en a STS de 14 de mayo de 1992, cuando declara que «resulta sumamente dudoso que, a la vista de los arts. 23-240 LOPJ, conforme a una interpretación concorde con el espíritu de la CE (art. 24), se pueda en segunda instancia introducir de oficio la excepción sin dar oportunidad a las partes de que expongan lo conveniente a su derecho, por lo que parece sumamente razonable, en supuestos de esta naturaleza, poner la posible causa, a revelar de oficio, de manifiesto a las partes, con suspensión del plazo para dictar sentencia, ofreciéndose por plazo breve, audiencia para defenderse»⁴⁰.

Ha de constatar que, a la vista de la regulación vigente, tal praxis jurisprudencial no se ha visto corregida, antes al contrario ha adquirido mayor raigambre por lo que explico seguidamente. Destaca en primer lugar que no quedan resueltos con claridad los problemas relativos a la posible apreciación de oficio de la falta de litisconsorcio pasivo necesario. Frente a lo que sucede respecto al control de oficio de las demás cuestiones procesales, el control de oficio del litisconsorcio necesario no está expresamente previsto, al igual que tampoco está expresamente resuelto el tema en lo afectante a la legitimación en general. En realidad es imposible adivinar la voluntad del legislador y, dentro de una interpretación sistemática de la LEC, parece estar claro que en el trámite de la Audiencia Previa en el procedimiento ordinario no existe en principio más posibilidad de control que la que procede a instancia de parte.

Pero piénsese —para entender el calado de la cuestión, que la práctica jurisprudencial antes aludida no tenía inconveniente en aceptar la posibilidad de control de oficio en cualquier momento de la instancia e incluso en sede de recurso, por cuanto las razones de orden público exigían tal deber. Ya lo hemos dicho: solo un pequeño cuerpo de jurisprudencia venía estableciendo ciertos límites al control de oficio, haciendo referencia a las debidas cautelas con que debiera actuarse para evitar la posibilidad de apreciación de oficio sin posibilidad de prueba, y especialmente sin previa alegación en sede de casación.

Sirvan de ejemplo recientemente las SSTS 672/2017, de 15 de noviembre o 664/2012, de 23 de noviembre. Y ello porque en definitiva —como dice la última Sentencia mencionada— *los Tribunales han de cuidar que el litigio se ventile con presencia de todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por el fallo, al tratarse de una cuestión de orden público que queda fuera del ámbito de rogación de parte, debiendo ser apreciado de oficio por los Tribunales, ya que de lo contrario se conculcaría el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio*. De modo que, partiendo de tal premisa y con la finalidad de evitar la tramitación inútil de litigios, impuso el legislador la resolución del problema en la Audiencia Previa, pero sin que la superación de dicho trámite produzca un efecto taumatúrgico, pues *de concurrir el defecto, no precluye la posibilidad de que sea apreciado, incluso de oficio, en fase de casación, ya que al tratarse de una cuestión de orden público, la defectuosa constitución de la relación procesal impide la decisión sobre el fondo del litigio*.

39. STS de 15 de abril de 1983; STS de 23 de enero de 1986; STS de 13 de abril de 1989; STS de 0 de mayo de 1990; STS de 16 de octubre de 1987; STS de 26 de octubre de 1988; STS de 26 de marzo de 1991; STS de 27 de noviembre de 1990, entre otras muchas.

40. Igualmente la STS de 18 de marzo de 1993 dispone que habrá de darse audiencia a las partes si se introduce el tema de oficio.

Y con base en esta doctrina, como digo elaborada para la falta del litisconsorcio pasivo necesario, falla en el asunto la reciente STS 105/2022, de 8 de febrero, decidiendo:

- Apreciar la falta de litisconsorcio pasivo necesario, sin entrar a examinar los motivos de impugnación formulados en los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación
- Anular las sentencias dictadas en segunda y primera instancia
- Ordenar la subsanación de la falta de litisconsorcio pasivo necesario en los términos previstos en el art. 420.3 LEC, con la retroacción de las actuaciones al acto de la Audiencia Previa del Juicio ordinario, para que por el demandante, en el plazo que le sea otorgado por el Juzgado de Primera Instancia, se dirija la demanda frente a la litisconsorte, en los términos que establece el art. 420.1.II LEC, apercibimiento derivado del art. 420.4 LEC.
- Y para el caso de que se subsane la falta de litisconsorcio pasivo necesario, ordenar que habrán de respetarse en el ulterior desarrollo del proceso las pruebas obrantes en autos.

3. En conclusión

A modo de conclusión, podríamos decir en primer lugar que la falta de regulación del litisconsorcio activo necesario en la LEC, unida al tratamiento formal del litisconsorcio pasivo necesario, es fuente de problemas en la práctica sin duda alguna.

En segundo lugar, cabe afirmar que la Sentencia en examen tiene algunas virtudes, como es a mi juicio el reconocimiento de la existencia del litisconsorcio activo necesario y sobre todo de la necesidad de encontrar un tratamiento procesal adecuado al defecto advertido.

Pero —en tercer lugar— la solución facilitada por la STS 105/2022 es artificial, contradictoria e incompatible con postulados básicos del proceso civil español actual, pudiendo afirmarse que la conversión del litisconsorte activo necesario ausente en litisconsorte pasivo necesario parece un despropósito desde el punto de vista procesal. No parece adecuado apreciar la falta de litisconsorcio pasivo necesario en un litigio en el que el litisconsorcio es claramente activo. Mas lo cierto es que, siendo tantas las contradicciones aceptadas en torno al tratamiento procesal del litisconsorcio necesario en nuestro sistema procesal —las principales han quedado expuestas a lo largo de esta exposición—, no resulta imposible pensar que la solución alcanzada en la STS aquí en parcial examen encuentre una excelente acogida y se constituya en doctrina. Confiamos en que así no suceda.

Solo es posible terminar esta reflexión del mismo modo que dio comienzo: destacando que el problema radica en la falta de solución otorgada por el legislador, que obliga a nuestros Tribunales a invertir energía en desarrollar soluciones que debieran encontrarse ya en el plano normativo. Desde mi punto de vista, parece precisa una reforma legal que, acogiendo expresamente la figura del litisconsorcio activo necesario⁴¹, procure asimismo acomodo a su tratamiento procesal, sin necesidad de buscar soluciones como la aquí criticada. Deben buscarse fórmulas al respecto. Ahí tenemos el modelo italiano, que —con sus defectos y virtudes— ha servido para la redacción del art. 12 de la LEC y para el tratamiento procesal del litisconsorcio pasivo, si bien no del activo. ¿No sería posible facilitar alguna posibilidad específica de Intervención? Si

41. Esa sería la parte fácil del asunto, bastando al efecto con redactar el art. 12.2 de la LEC del siguiente modo: *Cuando por razón de lo que sea objeto de juicio, la tutela jurisdiccional solicitada solo pueda hacerse efectiva por varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandantes o demandados no siendo en otro caso posible dictar una sentencia resolutoria sobre el fondo del asunto.*

bien es verdad que nadie puede ser obligado a demandar, podría incorporarse alguna modalidad de llamada a fin de que quede ahuyentada cualquier posibilidad de actuación fraudulenta con preterición del litisconsorte activo necesario, máxime cuando se sabe de antemano que mantiene una posición conflictiva con el otro litigante.