

Tratamiento procesal del litisconsorcio necesario

Carlos Alberto Matheus López

Abogado. Profesor de Derecho Procesal Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Academia Nacional de la Magistratura.

*“La hora constante, libre de edad, en su
perdida aureola será nuestro abrigo”
Giuseppe Ungaretti, El sentimiento del tiempo.*

1 Concepto.

Pese a la poca claridad existente sobre la figura del litisconsorcio necesario, ello no ha obstado a que los ordenamientos lo regulen, aunque sin precisar *a priori* los casos en que éste se produce, cosa que resulta adecuada dada la naturaleza del instituto.

En este sentido, aún sin haber contado con regulación procesal expresa hasta hace muy poco⁽¹⁾, la doctrina española viene considerando que existe litisconsorcio necesario, cuando las normas jurídicas conceden legitimación para pretender y/o resistir, a varias personas conjuntamente, y en estos casos todas ellas han de ser demandantes y/o demandadas, pues se trata de una única pretensión que será satisfecha por medio de un único pronunciamiento⁽²⁾.

De tal modo, el litisconsorcio necesario representa un supuesto particular de legitimación conjunta, por la cual acuden al proceso varias personas en una misma posición de parte, lo cual viene exigido por imperativo del derecho material, donde se determina la legitimación, y en tal sentido el derecho material se ha de hacer valer por varios porque de varios es⁽³⁾, exigiendo por ello la intervención en un proceso -único-

desde su comienzo, de todos los litisconsortes⁽⁴⁾, y quedando claro que su concepto va ligado más a la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida, que a una situación puramente procesal⁽⁵⁾. Con este parecer Dávila entiende que se da este tipo de litisconsorcio “(...) cuando existe una relación sustancial única a varios sujetos y la declaración jurisdiccional de la misma sólo puede ser efectuada con eficacia, cuando todos ellos están presentes en el proceso, ya que de otro modo faltaría uno de los presupuestos esenciales del proceso y éste, se habría desarrollado, por tanto, defectuosamente⁽⁶⁾”.

En definitiva, cuando la legitimación es conjunta y sólo conjuntamente pueden las partes alcanzar -según las normas del derecho material- el resultado jurídico que se quiere conseguir mediante el proceso, es evidente la necesidad de que estén todos en éste para poder influir positivamente en la resolución que se dicte. Siempre que se pretenda la constitución, modificación o extinción de un título que corresponde a varios, todos ellos deben estar en el proceso desde su inicio para que la resolución que se dicte esté en condiciones de desplegar la eficacia que prevé el propio ordenamiento y de acuerdo con la intención práctica de las partes⁽⁷⁾.

(1) En España, recién la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, Ley 1/2000 del 7 de enero (vigente desde el año 2001), reconoce expresamente la figura del litisconsorcio necesario en su artículo 12 inciso 2, el cual nos señala que “(c)uando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”.

(2) MONTERO AROCA, J. y Otros. *Derecho jurisdiccional*. Barcelona: Bosch, 1994. p. 45.

(3) CORTÉS DOMÍNGUEZ y Otros. *Derecho procesal civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995. p. 73.

(4) FAIREN GUILLEN, Victor. *Doctrina General del Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch, 1990. p. 302.

(5) GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*. Granada: Comares, 1996. p. 93; del mismo modo DE LA PLAZA, Manuel. *Derecho Procesal Civil Español*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1942. p. 295.

(6) DÁVILA MILLÁN, María. *Litisconsorcio Necesario. Concepto y tratamiento procesal*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 49.

(7) CARRERAS DEL RINCÓN, Juan. *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*. Barcelona: José María Bosch, 1990. p. 131.

Por otro lado, el ordenamiento alemán regula esta figura en su norma procesal⁽⁸⁾, la que viene a su vez entendida por la doctrina, como un supuesto de igualdad de situaciones procesales, consistiendo este último en que los diferentes litisconsortes, por la relación jurídica en que están interesados, han de obtener por precepto legal una misma sentencia⁽⁹⁾. En tal sentido Rosenberg nos señala que el hecho que la relación jurídica litigiosa haya de ser resuelta de modo uniforme para todos los litisconsortes, significa, por un lado, que la resolución de fondo debe ser unitaria, esto es, igual para todos los litisconsortes, y por otro, que lo decisivo en esta figura es la relación jurídica que forma el objeto de la resolución y de la consiguiente autoridad de cosa juzgada⁽¹⁰⁾. Con idéntico parecer considera Kisch que existen pretensiones que sólo pueden hacerse valer y obligaciones que sólo pueden cumplirse por varios en común, siendo, en estos casos, el ejercicio de la pretensión por uno solo o contra uno solo imposible; y que, por otra parte, hay casos en los cuales la resolución ha de ser del mismo tenor para todos los litisconsortes⁽¹¹⁾.

Por su parte, la legislación italiana recoge esta figura en el artículo 102⁽¹²⁾ de su norma procesal, entendiendo la doctrina que existe litisconsorcio necesario en aquellos supuestos “en que la legitimación para accionar corresponde sólo a todos los partícipes de una relación juntos, o contra todos juntos, de modo que la decisión

deba ser necesariamente única en relación a todos⁽¹³⁾”, verificándose tales casos cuando la relación sustancial es una respecto a varios sujetos, de manera que todos estos deban estar presentes en causa⁽¹⁴⁾, de forma que las modificaciones de aquélla, para ser eficaces, tienen que operar conjuntamente en relación a todos ellos⁽¹⁵⁾, puesto que la causa es por definición inescindible⁽¹⁶⁾. Con igual criterio, Micheli considera que en el litisconsorcio necesario “(...) la legitimación activa o pasiva respecto a una determinada controversia pertenece a una pluralidad de actores o de demandados, o de actores y de demandados. Mas esto depende del objeto de la demanda, y por lo tanto de la relación o del estado deducido en juicio y, según algunos, del tipo de tutela jurídica solicitada⁽¹⁷⁾”. En tal sentido, la relación jurídica se presenta “(...) con un carácter tal de unidad, que no pueda existir frente a uno de los distintos sujetos sin tener que existir necesariamente también frente a los otros, porque por su misma estructura se presenta como única e indivisible⁽¹⁸⁾”, derivándose de ello que el instituto del litisconsorcio necesario se encuadre dentro de la *legitimatio ad causam*, lo cual deviene indiscutible, si la legitimación sirve para individualizar a los sujetos destinatarios de los efectos del pronunciamiento del juez⁽¹⁹⁾, por lo que en estos casos se tiene una relación procesal única, con pluralidad de sujetos como parte, debiendo por ello la providencia jurisdiccional ser lógica

- (8) Así, el parágrafo 62 de la ZPO nos señala que “(c)uando la relación jurídica litigiosa haya de ser resuelta de modo uniforme para todos los litisconsortes o cuando el litisconsorcio sea necesario por cualquier otra causa, los litisconsortes contumaces en algún término o que dejen transcurrir algún plazo se considerarán representados por los comparecientes. Los litisconsortes contumaces deberán ser llamados para que intervengan en las actuaciones subsiguientes”.
- (9) GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Traducción de la 2da. edición Alemana por L. Prieto Castro, con adiciones de Alcalá-Zamora y Castillo. Barcelona: Labor, 1936. p. 439.
- (10) ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romero V. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955. p. 104.
- (11) KISCH, Wilhelm. *Elementos de Derecho procesal civil*. Traducción de Prieto Castro. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1940. p. 318.
- (12) La cual nos señala que, “(s)i la decisión no puede pronunciarse mas que frente a varias partes, estas deben accionar o ser demandadas en el mismo proceso. Si este es promovido por alguna o contra algunas solamente de ellas, el juez ordena la integración del contradictorio en un término perentorio establecido por él”.
- (13) SATTA, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Sents Melendo y de la Rua. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. p. 145.
- (14) COSTA, Sergio. *Manuale di diritto processuale civile*. Seconda edizione riveduta e ampliata. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1959. pp. 185-186.
- (15) CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Sents Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. p. 310.
- (16) JAEGER, Nicola. *Diritto processuale civile*. Seconda edizione aggiornata. Torino: Unione Tipografo-Editrice Torinese, 1943. p. 155.
- (17) MICHELI, Gian Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1959. p. 194.
- (18) ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Sents Melendo y Ayerra Redín. 2da. reimpresión inalterada. Bogota - Buenos Aires: Temis - De Palma, 1983. p. 120.
- (19) GIOVANELLI, Mauro. *Variatione sul tema del litisconsorzio necessario (un caso complesso di motivazione viziata)*. En: *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Parte II. Padova: Cedam, 1938. p. 398; en contra REDENTI, Enrico. *Il giudizio civile con pluralità di parti*. Ristampa della prima edizione con una prefazione dell'autore. Milano: Giuffrè-Editore, 1960. pp. 257-258. Considera estos casos, desde una concepción de la legitimación para obrar distinta de aquella comúnmente aceptada por la doctrina, que él prefiere llamar como presupuestos de la decisión en mérito, no encontrándose aquella, ni en las condiciones de la acción, ni en los presupuestos procesales, en puridad; en este mismo sentido RASELLI, Alessandro. *Disconoscimento di paternità e litisconsorzio necessario*. En: *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Parte II. Padova: Cedam, 1924. p. 34.

y jurídicamente única⁽²⁰⁾, viniendo estos supuestos deducidos de la estructura de la relación controvertida o de una disposición explícita de la ley⁽²¹⁾, donde en el primer caso, la unidad es impuesta al momento de la resolución, mientras en el segundo, desde la demanda misma⁽²²⁾.

Finalmente, podemos afirmar que entendemos por litisconsorcio necesario aquel fenómeno de pluralidad de sujetos como parte, activa, pasiva o mixta, cuya presencia viene exigida en el proceso, por la naturaleza única e inescindible de la relación jurídico-sustancial controvertida, representando un supuesto de legitimación para obrar conjunta, cuyo fundamento debe buscarse por ello, en las normas de derecho material de las cuales trae su origen.

Debemos señalar además que el artículo 93 de nuestra norma procesal civil recoge esta figura de manera congruente con la noción establecida por la doctrina, remitiéndonos por lo demás a lo ya anteriormente expresado.

2 Fundamentos.

Los fundamentos del litisconsorcio necesario traen su correlato de la naturaleza de la relación jurídica sustancial, así como de los efectos que el pronunciamiento sobre aquélla, alcance en relación a todas las personas interesadas en ésta. De tal modo, atendiendo a estos criterios podemos considerar como fundamentos esenciales de la figura en estudio, los siguientes:

- a) Extensión de los efectos de la sentencia a terceros.
- b) Naturaleza de la relación jurídico-sustancial.
- c) Imposibilidad jurídica del pronunciamiento y física del cumplimiento, ante la inconcurrencia de algún litisconsorte.

Cumplimos, además, con no considerar como un fundamento del instituto en estudio a la necesidad de evitar sentencias contradictorias⁽²³⁾, puesto que lo

contrario implicaría admitir la existencia de varios y contradictorios fallos, negando la esencia misma del litisconsorcio necesario, esto es, la unidad e inescindibilidad de la resolución para todos los litisconsortes. Y en tal forma, si bien este criterio justifica, junto con el de economía de los juicios, el litisconsorcio en general⁽²⁴⁾, resulta sólo aplicable al litisconsorcio facultativo⁽²⁵⁾, mas no al necesario, pues, “(...) la oportunidad de evitar varios fallos contrarios, por sí misma, esto es, sin disposición de ley, no alcanza nunca a la necesidad de que varias personas estén juntas en una litis, de manera que el juez deba de oficio poner de relieve la falta de alguna de ellas. La unión de estas personas no excluye la posibilidad de fallos contrarios en el caso de que estos hubieran sido posibles jurídicamente frente a tales personas tomadas singularmente; la disminuye, no la excluye⁽²⁶⁾”.

2.1 Extensión de los efectos de la sentencia a terceros.

Empecemos señalando que existe en la doctrina una tesis iniciada por Chiovenda y hasta hoy seguida por muchos autores, según la cual, se niega la eficacia de la sentencia emitida en ausencia de algún litisconsorte, caso en el cual, la sentencia pronunciada respecto a uno solo entre los varios no tiene por sí ningún valor, siendo por ello *inutiliter data*⁽²⁷⁾, y en ese sentido, es fácil concluir que, al hablar de sentencia *inutiliter data*, se entienda referirse a una decisión inidónea para desplegar entre las partes aquel efecto (o aquella particular cualidad de los efectos) que se define como cosa juzgada en sentido material⁽²⁸⁾, cosa la cual “(...) significa imposibilidad de producir los efectos propios de la sentencia frente a todos, también de aquellos que estuvieron presentes en juicio; en definitiva significa nulidad radical e insubsanable⁽²⁹⁾”, pues, según esta tesis, la radical imposibilidad de la sentencia emitida con contradictorio no íntegro de manifestar cualquier forma

(20) ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè-Editore, 1946. pp. 295-296.

(21) LUGO, Andrea. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Decima Edizione Riveduta e Aggiornata. Milano: Giuffrè-Editore, 1992. p. 82.

(22) ZANZUCCHI, Marco Tullio. Op. cit.; p. 296.

(23) En contra SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. En: *Nueva enciclopedia jurídica*. Vol. XV. Barcelona: Francisco Seix, 1968. p. 687; del mismo modo DÁVILA. Op. cit.; p. 52.

(24) COSTA, Sergio. *Manuale di...*, p. 184.

(25) CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho procesal civil*. Traducción de Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1925. p. 603.

(26) CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil*. Traducción de Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1949. p. 304.

(27) CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de...*, pp. 304 y ss.

(28) DENTI, Vittorio. *Appunti sul litisconsorzio necessario*. En: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1959. p. 18; con igual criterio PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sul litisconsorzio necessario e sugli interventi*. En: *Revista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1994. p. 354. Considera que con esta expresión se quiere entender la incapacidad de la cosa juzgada material de producir sus efectos, sea en frente del litisconsorte necesario preterido, sea en frente de las partes entre las cuales se desarrolla el proceso.

(29) GIOVANNELLI, Mauro. Op. cit.; pp. 394.

de eficacia disciplinaria en frente del litisconsorte preterido implica también su inutilidad en frente de los litisconsortes presentes, llegándose por esta vía al concepto de sentencia inexistente⁽³⁰⁾. Siendo necesario señalar, que este criterio fue aceptado por Chiovenda solamente para las sentencias constitutivas⁽³¹⁾, considerando el autor, que en los otros tipos de sentencias la decisión no es *inutiliter data*, aunque sea pronunciada en frente de solamente algunos de los sujetos de una relación plurisubjetiva⁽³²⁾. Siendo posteriormente ampliada, dicha concepción por Redenti a las sentencias declarativas⁽³³⁾, las cuales si fuesen pronunciadas en un proceso con la ausencia de alguno de los litisconsortes necesarios, no podrían tener plena eficacia y serían *inutiliter datum*⁽³⁴⁾. En este último sentido, Micheli considera, que donde la ley no prevé que el proceso se instaure por o contra una pluralidad de sujetos, la sentencia puede siempre ser considerada como *utiliter data*, a menos que ésta produzca un efecto que deba necesariamente explicarse respecto de varios sujetos, lo cual sucede en los casos de tutela constitutiva, mas no puede excluirse que se verifique respecto a otros tipos de tutela jurisdiccional⁽³⁵⁾. Mientras por su parte, siguiendo en puridad a Chiovenda, Lugo nos señala que “(...) la demanda de una sentencia constitutiva relativa a una de estas relaciones no podrá ser decidida (la decisión será *inutiliter data*), si todos los titulares de la relación no han participado en el juicio⁽³⁶⁾”. Observamos así, que para esta postura “(...) el pronunciamiento que se dé frente a una sola entre las varias partes será dado (criterio largamente admitido también por la jurisprudencia) ‘*inutiliter*’, no tendrá esto es ningún valor⁽³⁷⁾”, de tal manera, “(...) no pudiendo la sentencia

manifestar en algún modo su eficacia en frente del litisconsorte preterido, este no tendrá enteramente necesidad de medios de impugnación para defenderse de la sentencia emitida *inter alios*; mas ésta, no pudiendo disciplinar la posición del litisconsorte preterido, terminará en la practica por no disciplinar ni siquiera la posición sustancial de los litisconsortes presentes; de aquí su inutilidad en sentido Chiovendano y su ineptitud a consumir la acción por cualquiera entre los titulares de la relación sustancial⁽³⁸⁾”, por lo que, un proceso al cual no participasen dichos sujetos faltaría a la función que le es propia, y arribaría a un resultado, sobre este esencial perfil, inútil⁽³⁹⁾.

Sin embargo, este criterio de la inutilidad de la sentencia, ha sido criticado por autores como Giovannelli que consideran que “la utilidad, en el fondo, no podrá más que ser entendida con referencia subjetiva⁽⁴⁰⁾”, puesto que “aparte los casos establecidos por la ley, la sentencia no es nunca *inutiliter data*, porque una utilidad parcial subsiste siempre, y de otro lado sólo la parte es árbitro para la valoración del propio interés de llamar a la causa a un sujeto mas bien que a otro⁽⁴¹⁾”. Así lo entiende Liebman, al afirmar que “una sentencia de declaración de certeza o de condena pronunciada respecto de alguno solamente de los titulares de la relación jurídica tendría, sin embargo, siempre alguna utilidad y, en ausencia de un vínculo de ley no se puede limitar la libertad de obrar del actor⁽⁴²⁾”.

Hasta aquí podemos señalar que, dado que “la cosa juzgada se forma en relación de los límites subjetivos y objetivos del *petitum*, no se tiene en absoluto una sentencia *inutiliter data*, sino una sentencia que (a) excluye la posibilidad de un nuevo juicio, dentro de los

(30) FABBRINI, Giovanni. *Litisconsorzio*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXIV. Varese: Giuffrè-editore, 1974. p. 825.

(31) CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de...*; p. 309. Cifra el autor, en estos supuestos, los casos de litisconsorcio necesario no establecidos expresamente por ley, limitándolos solamente a aquellos.

(32) RASELLI, Alessandro. *Disconoscimento di paternità e litisconsorzio necessario*. En: *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Parte II. Padova: Cedam, 1924. p. 24.

(33) REDENTI, *Il giudizio...*; pp. 302 y ss.

(34) RASELLI, Alessandro. *Op. cit.*; p. 25.

(35) MICHELI, Gian Antonio. *Op. cit.*; p. 195.

(36) LUGO, Andrea. *Op. cit.*; pp. 82-83.

(37) ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Op. cit.*; p. 296.

(38) FABBRINI, Giovanni. *Op. cit.*; p. 826.

(39) ATTARDI, Aldo. *Diritto Processuale Civile*. Segunda edición. Padova: Cedam, 1997. pp. 332-333. Entiende el autor que, dado que la función del proceso es “declarar aquella que es la abstracta voluntad de la ley en el caso concreto, y eventualmente, como en el proceso constitutivo, de actuarla, es manifiesta la exigencia -por el respeto del derecho de defensa y del principio del contradictorio que lo refleja- que al proceso deban participar las personas que, sobre la base de la demanda, sean los sujetos de aquella relación o status sobre los cuales la decisión del juez incida”.

(40) GIOVANNELLI, Mauro. *Op. cit.*; p. 394.

(41) SATTA, Salvatore. *Manual de...*; p. 147.

(42) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1980. p. 79.

mismos límites, entre las mismas partes y (b) no excluye la posibilidad de un nuevo juicio entre las mismas partes y el litisconsorte, o los litisconsortes, dejados extraños al proceso⁽⁴³⁾. Es por todo ello que, a nuestro parecer, “la sentencia emitida con contradictorio no íntegro sería sí inválida, pero sería todavía eficaz en frente de todos los litisconsortes, sean presentes sean ausentes⁽⁴⁴⁾”, debiéndose distinguir a estos efectos, la eficacia jurídica de la sentencia, de la autoridad de la cosa juzgada⁽⁴⁵⁾, donde si bien esta última, extiende sus límites subjetivos propiamente a las partes del proceso, acorde a la regla *res inter alios acta*, se desprende a su vez de ello que “deja absolutamente sin prejuzgar el problema de la extensión subjetiva de la eficacia de la sentencia, y que puede, por tanto, muy bien ocurrir que los efectos de la sentencia se produzcan aun fuera de la esfera en que opera la cosa juzgada⁽⁴⁶⁾”, dado que ésta “por no ser un efecto autónomo de la sentencia, sino sólo una cualidad de sus efectos, no es concebible sino respecto a aquellos a quienes estos efectos se extienden, y, por consiguiente, en tanto tiene necesidad de ser limitada a determinadas personas, en cuanto aquellos efectos se extienden, por el contrario, más allá de aquel círculo restringido, a todos los otros sujetos interesados⁽⁴⁷⁾”. En tal sentido, “se debe reconocer, en línea lógica, que el efecto de declaración de certeza o constitutivo que una sentencia puede producir es cosa bien diversa de la posibilidad mayor o menor de que el mismo, una vez producido, pueda ser discutido, invalidado o revocado⁽⁴⁸⁾”, siendo así vano hablar de sentencia *inutiliter data* en estos casos, en que las sentencias (constitutivas y declarativas)

producen su efecto por sí mismas por el mero hecho de alcanzar firmeza⁽⁴⁹⁾. De tal modo “en la sentencia constitutiva el juez declara el derecho a la modificación de un estado jurídico; pero al mismo tiempo la modificación es operada. La sentencia constitutiva tiene, pues, una eficacia suya propia⁽⁵⁰⁾” y “aunque en menor grado, también concurre esta exigencia en las sentencias declarativas que se pronuncien sobre una relación jurídica que afecte a diversas personas⁽⁵¹⁾”. Sin embargo, este criterio de inutilidad, puede aplicarse fácilmente a las sentencias de condena, las cuales no podrán ejecutarse contra el no demandado en el proceso, en cuanto sólo afectan al sujeto al que se dirigen⁽⁵²⁾.

De tal forma, en los supuestos antes contemplados, por las especiales características del pronunciamiento, nos encontramos propiamente con una sentencia anulable y no nula o inexistente. Con tal parecer Montero Aroca nos dice que “en los verdaderos supuestos de litisconsorcio necesario, la sentencia no es nula -para declarar su anulación debería entablarse el correspondiente proceso declarativo-, pero es ineficaz e inoponible frente a quien no ha sido parte procesal debiendo serlo⁽⁵³⁾”. Además, si bien la sentencia estaría sujeta a nulidad, “cuando es sobre el fondo, la nulidad se convierte en anulabilidad, de manera que, si no es impugnada con los remedios y recursos que la ley prevé y el proceso no adolece de algún motivo de revisión, se convalida y pasa a cosa juzgada. Y aun siendo susceptible de aquel extraordinario proceso de revisión, si no es utilizado en tiempo y forma, también se convierte en cosa juzgada⁽⁵⁴⁾”. Por ello, diremos con

(43) DENTI, Vittorio. Op. cit.; p. 36.

(44) FABBRINI, Giovanni. Op. cit.; p. 825.

(45) LIEBMAN, Enrico. *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada*. Traducción de Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1946. p. 56; en similar sentido ZAFRA VALVERDE, José. *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*. Madrid: Rialp, 1962. pp. 240-241. Donde si bien el autor distingue ambos conceptos, considera que sólo en los casos de litisconsorcio necesario, se extienden a todos los sujetos (actuantes y no actuantes en el proceso) tanto el efecto constitutivo como la cosa juzgada material de la sentencia.

(46) LIEBMAN, Enrico. *Eficacia y autoridad...*; p. 149.

(47) *Ibid.*; p. 154.

(48) *Ibid.*; p. 54.

(49) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; p. 55; en contra DENTI, Vittorio. Op. cit.; p. 19. Considera que “no se puede hipotetizar un efecto constitutivo distinto de la calidad propia, en general, de los efectos del pronunciamiento jurisdiccional: la cosa juzgada”.

(50) CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de...*; p. 310; en este mismo sentido ZAFRA VALVERDE, José. Op. cit.; p. 196; del mismo modo FONT SERRA, Eduardo. *La oposición de tercero a la cosa juzgada*. En: *Revista jurídica de Cataluña*. No. 3. Barcelona: 1980. p. 680. Nos señala que “la sentencia constitutiva produce el cambio jurídico pretendido por el actor, y en consecuencia crea un estado jurídico nuevo o extingue o modifica el estado jurídico existente”.

(51) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.; p. 688. Señalándonos, como ejemplo, la declaración de un testamento y la de un matrimonio.

(52) REDENTI, Enrico. *Il giudizio...*; p. 253; en el mismo sentido SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.; p. 688; de igual modo COSTA, Sergio. *Manuale di...*; p. 186; con el mismo parecer FONT SERRA, Eduardo. Op. cit.; p. 684; y en contra ATTARDI, Aldo. Op. cit.; p. 332. Afirma que el litisconsorcio necesario, opera en cualquier tipo de sentencia, sea ésta declarativa, constitutiva o de condena.

(53) MONTERO AROCA, Juan. *Acumulación de...*; p. 420.

Denti que queda, entonces, excluido que con la fórmula de la sentencia *inutiliter data* se pueda designar un pronunciamiento viciado de nulidad absoluta, o inexistencia jurídica⁽⁵⁵⁾, pues, “el propio concepto de litisconsorcio impide que dichas sentencias queden provistas de eficacia, pero, no obstante, gozan de la autoridad de cosa juzgada y sientan una apariencia jurídica inexacta⁽⁵⁶⁾”. En igual sentido Redenti, entiende que cuando la sentencia “declare o modifique respecto a algunos sujetos una relación que no podría ser acertada o modificada sino respecto a todos, en este caso no tendrá eficacia de cosa juzgada respecto a aquellos que no estuvieron en juicio; la tendrá respecto a aquellos que allí estuvieron, en el sentido que no será nula; mas será normalmente inútil, no utilizable, al menos actualmente⁽⁵⁷⁾”. Además, de afirmar que esta sentencia sea nula o inexistente, se estaría afirmando a su vez que aquella no produce el efecto de terminar el proceso, ni el de cosa juzgada⁽⁵⁸⁾. Y sumado a ello que, en el supuesto de anulabilidad “una vez provocada y declarada la nulidad, sus efectos son los mismos que en el supuesto de actos nulos⁽⁵⁹⁾”, conceptuamos a esta sentencia como anulable⁽⁶⁰⁾, generándose las siguientes consecuencias:

“1) que todos los litisconsortes sean presentes, sean ausentes, tengan el poder de remover la eficacia de la sentencia inválida, mas deben hacerlo a través del ejercicio de los medios de impugnación; 2) que los litisconsortes presentes puedan a tal fin utilizar sólo los medios de impugnación ordinarios (apelación y casación), con la consecuencia que para ellos la invalidez de la sentencia deviene inatacable con el pasaje

en cosa juzgada formal, mientras los litisconsortes ausentes deben a tal fin utilizar el medio extraordinario de impugnación de la oposición de tercero, con la consecuencia que para ellos la invalidez de la sentencia no deviene nunca inatacable por preclusión procesal; 3) que, de cualquier modo, la eventual declaratoria de invalidez de la sentencia, obtenida por los litisconsortes presentes por vía de impugnación ordinaria o por los litisconsortes ausentes por vía de impugnación extraordinaria, implica siempre la pérdida de eficacia de la sentencia para todos, presentes o ausentes⁽⁶¹⁾”. Mas, si la sentencia no es impugnada, “esta ‘pasa en cosa juzgada’, adquiriendo, esto es, la autoridad del pronunciamiento jurisdiccional para todos aquellos a los cuales dirige sus órdenes o a los cuales haya entendido declarar o modificar la posición de derecho material, puesto que, como acto del estado, su eficacia es esencialmente formal⁽⁶²⁾”.

De tal modo, mientras los medios de impugnación señalados, no triunfen sobre la sentencia, esta última desplegará sus efectos frente a todos, siendo totalmente iluso, por nuestra parte, afirmar lo contrario.

2.2 Naturaleza de la relación jurídico-sustancial.

A nuestro entender, debe buscarse el centro de gravedad del litisconsorcio necesario fuera del derecho procesal, y específicamente en el derecho material, el cual al regular ciertas situaciones jurídicas exige la concurrencia necesaria de determinadas personas al proceso⁽⁶³⁾, pues, dada la inescindibilidad o unidad de

(54) VERGÈ GRAU, Joan. *La nulidad de actuaciones*. Barcelona: Librería Bosch, 1987. p. 49. Debiendo entenderse por proceso de revisión, lo que conocemos, en nuestro ordenamiento, como nulidad de la cosa juzgada fraudulenta.

(55) DENTI, Vittorio. Op. cit.; p. 22.

(56) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.; p. 692.

(57) REDENTI, Enrico. *Il giudizio...*; pp. 267-268.

(58) Vergè GRAU, Joan. Op. cit.; p. 54.

(59) Vergè GRAU, Joan. Op. cit.; p. 61. Esto es, suprime el acto como si nunca se hubiera realizado; con tal parecer MORÓN PALOMINO, Manuel. *La nulidad en el proceso civil español*. Barcelona: AHR, 1957. p. 199. Nos dice que “declarado nulo un acto procesal, este pierde eficacia en el proceso, se tiene como no acontecido y, en definitiva, resulta privado de sus efectos normales”.

(60) Donde, si bien ésto es teóricamente cierto, de la redacción del artículo 93 del Código Procesal Civil se desprende, al parecer, que nuestro código contempla este supuesto como de nulidad, pues, establece expresamente, la falta de eficacia de la sentencia, dada sin contradictorio íntegro, y por ello, dado que “en todos aquellos casos en que la ley consigne dicha privación se estará a presencia de la nulidad procesal” (MORÓN PALOMINO, Manuel. Op. cit.; p. 91). Se tendría, en este sentido, una sentencia nula, la cual siendo procesalmente perfecta, “sin embargo, tiene un contenido incapaz de decidir en modo obligatorio, en cuanto a los futuros procesos, la relación controvertida” (CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Sentis Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945. p. 437).

(61) FABBRINI, Giovanni. Op. cit.; p. 825. Ya anteriormente hemos indicado que la oposición de tercero de la legislación italiana, es en sustancia, la nulidad de cosa juzgada fraudulenta regulada por el artículo 178 de nuestro Código Procesal Civil, debiéndose entender lo dicho con relación a los medios extraordinarios de impugnación, con referencia a ella, la cual, prescribe correctamente que, “puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se consideren directamente agraviados por la sentencia”.

(62) REDENTI, Enrico. *Il giudizio...*; p. 267; en este sentido MORÓN PALOMINO, Manuel. Op. cit.; p. 166. Nos señala que aquélla “queda convalidada; no por el transcurso del plazo del recurso sino por el no ejercicio de la pretensión de nulidad”.

dicha relación jurídica sustancial, la resolución dada respecto a una ha de afectar necesariamente a los demás⁽⁶⁴⁾, y esto “en el sentido que la necesaria participación al proceso de varias partes, depende de la naturaleza de la relación sobre la cual deberá formarse la decisión⁽⁶⁵⁾”, siendo propiamente un problema de derecho material determinar cuándo se tiene una relación jurídica sustancial con varios sujetos⁽⁶⁶⁾. En este sentido, “solamente por la especial naturaleza de la relación deducida en litis, el pronunciamiento emanado sin integración del contradictorio no podría tener la plena eficacia de la cual es capaz y podría dar lugar en cualquier caso a consecuencias jurídicas incongruentes, produciendo una diversa configuración de la misma relación en frente de los varios sujetos⁽⁶⁷⁾”, quedando en tal caso, el litisconsorte ausente, privado del ejercicio en el proceso, de su intervención crítica, así como de disponer adecuadamente sus defensas⁽⁶⁸⁾. Y con tal parecer Dávila nos señala que “en el litisconsorcio necesario sucede pues que la relación material deducida en el proceso, es única, por tanto el hecho de que para que sobre la misma se pueda dictar una resolución tengan que estar presentes en juicio una serie de sujetos, se debe a que estos están vinculados entre sí, por esa relación material, precisamente es la naturaleza de esa relación material la que impone la presencia de los mismos en el proceso y da lugar, en caso de falta de alguno, a un defecto procesal, que tiene su origen en causas de derecho material⁽⁶⁹⁾”, y, que como ya vimos anteriormente, constituye “una hipótesis de defecto de legitimación *ad causam*⁽⁷⁰⁾”, pues en estos casos, en que la relación sustancial es única respecto a varios sujetos, para que pueda pronunciarse una decisión deben estar presentes todos los legitimados para obrar⁽⁷¹⁾, dado que la decisión que se pronuncie los afectará directamente

a todos⁽⁷²⁾, viniendo así su exigencia dada por el alcance de la resolución judicial que ha de recaer en el proceso⁽⁷³⁾. En igual forma se expresa Millán, al reconocer que en estos casos será necesario traer al proceso a todos aquellos que pudiesen quedar afectados por la resolución judicial, dada la especial naturaleza de la relación jurídico-material⁽⁷⁴⁾. Y con igual parecer Liebman, refiriéndose a la eficacia de la sentencia en general, nos señala que la medida de la sujeción está determinada por la relación de cada uno con el objeto de la decisión, afectando esta, tanto a partes como a terceros, con la única diferencia que para las partes, cuando la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada, sus efectos se hacen inmutables, cosa que no ocurre respecto a los terceros⁽⁷⁵⁾. Criterio el cual se impone con mayor fuerza en el litisconsorcio necesario, donde “una resolución fije o modifique la posición material de varios sujetos en el sentido ya visto, toda vez que sea llamada a declarar o modificar una relación jurídica material por la cual varios titulares (activos, pasivos o que *duplex ius habent*) y por esto una relación jurídica material por la cual varios sujetos se encuentran vinculados entre ellos también por obligaciones jurídicas, pretensiones y poderes de tal naturaleza o igualmente conexos y combinados entre ellos que no puedan ser (además de creados) modificados, extinguidos o ejercitados, sin que por esto produzcan efectos directos e inmediatos para todos y por ello sobre las obligaciones, sobre las pretensiones y sobre los poderes de todos⁽⁷⁶⁾”.

Finalmente, podemos observar que el fundamento en análisis, es el esencial en el litisconsorcio necesario, pues de aquel, parten en realidad los otros dos señalados, pudiéndose afirmar que tanto la extensión de los efectos de la sentencia a terceros, como la imposibilidad jurídica del pronunciamiento y física del cumplimiento ante la

(63) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.; p. 687; del mismo modo GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. Op. cit.; pp. 116 y ss.

(64) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; p. 56.

(65) GIOVANNELLI, Mauro. Op. cit.; p. 393.

(66) REDENTI, Enrico. *Il giudizio...*; p. 254.

(67) RASELLI, Alesandro. Op. cit.; p. 35. Reconoce el autor, la eficacia de la sentencia, mas no la considera plena, pues, correctamente entiende, que esta sienta una apariencia jurídica, incongruente e inexacta, de la litis deducida en juicio.

(68) En tal sentido GRASSO, Eduardo. *La pronuncia D'ufficio*. Milano: Giuffrè-editore, 1967. p. 79.

(69) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; p. 59.

(70) PROTO PISANI, Andrea. *Integrazione del contraddittorio e diritti anteriormente quesiti* en “*Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1966. p. 483.

(71) COSTA, Sergio. *Manuale di...*; pp. 185-186.

(72) MONTERO AROCA, Juan. *Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes*. En: *Revista argentina de derecho procesal*. No. 3. Buenos Aires: La Ley, 1972, Op. cit.; p. 396.

(73) RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 280.

(74) MILLÁN, Carlos. *La incongruencia civil*. Madrid: Tecnos, 1983. pp. 80-81.

(75) LIEBMAN, Enrico. *Eficacia y autoridad...*; p. 153.

(76) REDENTI, Enrico. *Il giudizio...*; p. 254.

inconcurrencia de algún litisconsorte, traen su correlato de la naturaleza de la relación jurídico-sustancial controvertida, la cual viene a constituirse en realidad como la esencia común de aquellas.

2.3 Imposibilidad jurídica del pronunciamiento y física del cumplimiento, ante la inconcurrencia de algún litisconsorte.

El presupuesto de la imposibilidad jurídica parte de la noción Chiovendana de sentencia *inutiliter data*, ya vista anteriormente, la cual limitando su espectro a las sentencias constitutivas, reconocía en ellas el caso de una sentencia privada de toda utilidad práctica⁽⁷⁷⁾, afirmando de ello la imposibilidad jurídica de pronunciar separadamente respecto a varios, pues, dicho pronunciamiento no tiene por sí ningún valor⁽⁷⁸⁾.

Esta idea fue, como vimos, seguida por Redenti, el cual la amplía a las sentencias declarativas, entendiendo en estos casos que los órganos jurisdiccionales: (i) no podrán emitir un pronunciamiento que fije o modifique la posición de todos los sujetos legitimados sin que todos estén en juicio o allí sean llamados, y, (ii) no podrán por otro lado emitir pronunciamientos que desplieguen sus efectos sólo para algunos, estando en juicio sólo aquellos, porque en tal caso el pronunciamiento no desplegaría todos sus efectos característicos y sería actual o virtualmente *inutiliter data*⁽⁷⁹⁾, generándose de tal manera la imposibilidad de pronunciar sino en frente de todos los litisconsortes⁽⁸⁰⁾.

Siendo este criterio seguido por la mayoría de la doctrina italiana, la cual entiende que “todas las veces que, dada la estructura de la relación sustancial deducida en *litis*, la sentencia que se deberá emitir entre Tizio y Caio no pueda disciplinar también la situación de Sempronio, la regla hoy garantizada también constitucionalmente es que el contradictorio se deba actuar también en frente de Sempronio⁽⁸¹⁾”, considerándose caso contrario que la sentencia es

inutiliter data, esto es, inidónea para producir algún efecto (declarativo, constitutivo o ejecutivo) fuera del proceso⁽⁸²⁾, ni aun frente a aquellos que estuvieron presentes en juicio⁽⁸³⁾, derivándose de ello que la decisión no puede pronunciarse mas que frente a todos⁽⁸⁴⁾. Y con tal parecer, afirma Lugo que ninguna modificación jurídica de semejantes relaciones puede tener lugar, sino en frente de todos los sujetos que la componen, donde la demanda relativa a una de estas relaciones no podrá ser decidida (la decisión sería *inutiliter data*), si todos los titulares de la relación no participan del juicio⁽⁸⁵⁾. Con similar criterio Zanzucchi reconoce que, dada la naturaleza de la relación sustancial, el pronunciamiento jurisdiccional debe ser único para todos los litisconsortes, pues en caso contrario, se dé frente a sólo algunos, este no tendrá ningún valor⁽⁸⁶⁾.

Del mismo modo la jurisprudencia italiana se inclina por admitir la tesis de la sentencia *inutiliter data*, siguiéndose de ello la falta de efectos prácticos de la sentencia emitida sin integración del contradictorio. Y en ese sentido, “el juicio de división hereditaria, teniente por objeto la disolución de la comunión, con la transformación de los derechos de los participantes singulares sobre cuotas ideales en derechos de propiedad singular sobre bienes singulares, debe desarrollarse necesariamente en frente de todos los participantes a la comunión, siendo la sentencia caso contrario *inutiliter data*⁽⁸⁷⁾”. En igual forma, “en la controversia propuesta por el concedente para la resolución del contrato de arrendamiento de fundo rústico, que haya sido estipulado, con respecto a un único fundo, con dos o más arrendatarios, todos estos tienen la calidad de litisconsortes necesarios, por razones de derecho sustancial, no pudiendo la resolución misma ser útilmente pronunciada sino en frente de todas las partes del único contrato⁽⁸⁸⁾”.

Hasta lo expuesto aquí, debemos recordar lo ya señalado anteriormente, en relación a lo vano que resulta aplicar esta teoría de la inutilidad, a las sentencias constitutivas y declarativas, las cuales producen efectos

(77) CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de...*; p. 609.

(78) CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de...*; p. 304.

(79) REDENTI, Enrico. *Il giudizio...*; pp. 255-256.

(80) REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil*. Traducción de Sentís Melendo y Ayerra Redín, Prólogo Alcalá Zamora y C. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957. Op. cit. p. 234 y ss.

(81) FABBRINI, Giovanni. Op. cit.; p. 826.

(82) ATTARDI, Aldo. Op. cit.; p. 336.

(83) GIOVANNELLI, Mauro. Op. cit.; p. 394.

(84) COSTA, Sergio. *L'intervento in causa*, Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1953, p. 16.

(85) LUGO, Andrea. Op. cit.; pp. 82-83.

(86) ZANZUCCHI, Marco Tullio. Op. cit.; pp. 295-296.

(87) NICOLO, Rosario; RICHTER, Mario Stella. *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile*. Vol. II, Milano: Giuffrè-editore, 1989. p. 766. Refiriéndose a la casación del 28 de Enero de 1987, número 794.

(88) NICOLO, Rosario; RICHTER, Mario Stella. Op. cit.; Vol. III. p. 2275. En alusión a la casación del 28 de Diciembre de 1988, No. 6949.

por sí mismas, si bien, sí es aplicable este criterio a las sentencias de condena fácilmente. Por ello nos reiteramos en nuestra afirmación de la necesidad que tal inutilidad deba ser aludida por alguno de los litisconsortes necesarios en ejercicio de algún medio de impugnación ordinario o extraordinario, lo cual cabe también que suceda de oficio, por instancia del juzgador. De tal forma “si el error no ha sido apreciado, ni puesto de relieve, devendrá firme y adquirirán autoridad de cosa juzgada, aun a riesgo de que sustancial y procesalmente estén sujetas a una revocación posterior⁽⁸⁹⁾”, puesto que si bien la cosa juzgada se produce plenamente entre las partes del proceso, resulta indiscutible el derecho del litisconsorte preterido a iniciar un nuevo proceso contra estas últimas, sin que le afecte la cosa juzgada producida en su ausencia, pues faltando la identidad subjetiva, la excepción de cosa juzgada no puede prosperar⁽⁹⁰⁾. Y en este sentido “negar la eficacia de la sentencia dada en ausencia de alguno de los litisconsortes necesarios equivale, por tanto, a negar la producción *inter partes*, de la cosa juzgada⁽⁹¹⁾”. Pudiéndose afirmar así, que “la utilidad de la acción estriba precisamente en proporcionar la certeza sobre la relación jurídica material entre los diversos interesados⁽⁹²⁾”, esto es, un proceso en el que no participasen tales sujetos faltaría a la función que le es propia, y arribaría a un resultado, sobre este esencial perfil, inútil⁽⁹³⁾, derivándose de ello la imposibilidad jurídica del juez de pronunciarse, cuando no esté completa la *litis* en los supuestos de litisconsorcio necesario, pues en este caso la sentencia no tendría validez, siempre y cuando el defecto se ponga de manifiesto, mas de no producirse esta denuncia, la sentencia será necesariamente eficaz⁽⁹⁴⁾.

En segundo lugar, respecto a la imposibilidad física del cumplimiento ante la inconcurrencia de algún litisconsorte, es necesario señalar que aquella está íntimamente ligada a la imposibilidad jurídica del pronunciamiento en ausencia de algún litisconsorte, pues, ha de tenerse en consideración que la sentencia

emitida solamente frente a uno de ellos no produciría algún resultado práctico y no sería susceptible de ejecución⁽⁹⁵⁾. Con tal parecer Serra considera que, “si se ha decretado la división de una cosa común sólo respecto de algunos comuneros, la sentencia no podrá cumplirse en la práctica por imposibilidad de sujetar a la ejecución a los litigantes ausentes. Si pese a ello, se vendiera la finca en pública subasta, el registrador de la propiedad debería negarse a inscribir la venta por no haber sido otorgada por todos los comuneros⁽⁹⁶⁾”. De igual modo Dávila nos señala que “en el caso de que lo que se quiera deducir en juicio sea una obligación indivisible, ésta únicamente logrará sus efectos, si el juez se pronuncia habiéndose demandado o habiendo demandado todos los litisconsortes, ya que para que sea posible la ejecución de dicha sentencia, es necesario *in natura* que estén todos los litisconsortes presentes⁽⁹⁷⁾”, y habiéndose ya afirmado que la cosa juzgada de la sentencia no es oponible a los litisconsortes ausentes, podemos concluir que ésta no podrá ser ejecutada a su respecto, siendo la sentencia de imposible cumplimiento parcial, dada la índole de la relación jurídica declarada⁽⁹⁸⁾.

Finalmente, aceptados ambos presupuestos⁽⁹⁹⁾, así como su profunda interconexión, debemos recordar que estos a su vez se derivan de aquel que señalamos como fundamento determinante de la figura en estudio, esto es, la relación jurídica sustancial deducida en el proceso, de la cual son en realidad consecuencia.

3 Requisitos.

En base a lo expuesto en el punto anterior, podemos deducir fácilmente que son los fundamentos de esta figura, aquellos que nos sirven de base para establecer los requisitos del litisconsorcio necesario, y en ese sentido, para que se produzca este último, debe existir la posibilidad que los efectos de la cosa juzgada se extiendan a terceros, así como la imposibilidad jurídica del pronunciamiento y física del cumplimiento ante la

(89) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; p. 692.

(90) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.; p. 692.

(91) DENTI, Vittorio. Op. cit.; p. 19.

(92) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.; p. 692.

(93) ATTARDI, Aldo. Op. cit.; p. 333.

(94) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; p. 65.

(95) NICOLO, Rosario; RICHTER, Mario Stella. Op. cit.; Vol. II. p. 1117. En referencia a la casación del 5 de abril de 1984, número 2205.

(96) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.; p. 692.

(97) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; p. 65.

(98) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.; p. 688.

(99) En este sentido SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.; p. 686 y ss; DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; p. 62 y ss; MILLÁN, Carlos. Op. cit.; p. 81.

debe buscarse el centro de gravedad del litisconsorcio necesario fuera del derecho procesal, y específicamente en el derecho material, el cual al regular ciertas situaciones jurídicas exige la concurrencia necesaria de determinadas personas al proceso

ausencia de algún litisconsorte, las cuales a su vez, como ya señalamos, requieren la previa existencia de una relación jurídica material, en la que una resolución sobre la misma fije o modifique la posición jurídico-material de varios sujetos⁽¹⁰⁰⁾. Desprendiéndose de ello, que es la relación jurídico-sustancial común a varias personas, única e inescindible, el requisito esencial del instituto en estudio, la cual se presenta según Goldschmidt, cuando existe igualdad de situaciones procesales, cosa que se produce cuando los diferentes litisconsortes por la relación jurídica en que están interesados, han de obtener por precepto legal una misma sentencia⁽¹⁰¹⁾. Con igual parecer Rosenberg nos señala que “el litisconsorcio es necesario cuando ‘la relación jurídica litigiosa ha de ser resuelta de modo uniforme para todos los litisconsortes’⁽¹⁰²⁾”. Y del mismo modo, entiende Serra que “cuando una relación jurídica única en la que por su propia naturaleza estén interesadas diversas personas deba ser declarada en juicio, la declaración sólo podrá ser efectuada con eficacia cuando todas ellas estén presentes en juicio. En otro caso, la resolución judicial podría carecer de efectividad y el proceso se habría desarrollado inútilmente⁽¹⁰³⁾”. Por su parte Costa considera, que tales casos se verifican cuando la decisión sustancial es una respecto a varios sujetos. Señalándonos como ejemplos, que el matrimonio impugnado por un

tercero por defecto de edad de los esposos, debe serlo en frente de ambos cónyuges, y que la disolución de la comunidad debe pedirse en frente de todos los condóminos⁽¹⁰⁴⁾.

Por otra parte y precisando ahora nuestros términos, podemos observar que “no siempre la situación plurisubjetiva que atribuye la legitimación (activa o pasiva) constituye el objeto de la demanda y por esto de la decisión. En tales hipótesis, el litisconsorcio no es necesario, porque el juez se limitará, al máximo, a conocer de la situación plurisubjetiva, sin por ello disciplinarla y fijarla con eficacia de cosa juzgada⁽¹⁰⁵⁾”. Y es por ello que debemos establecer dos límites en nuestro análisis: ante todo, establecer caso por caso, cuándo es dable que la situación plurisubjetiva es objeto como tal de demanda y por esto de decisión por parte del juez. Y en segundo lugar, no debemos olvidar que para determinar los exactos límites objetivos del pronunciamiento, no concurre solamente la demanda introductiva, pudiendo también contribuir, en el dinámico desenvolvimiento del proceso, actos *latu sensu* defensivos del demandado; lo que significa que la situación sustancial plurisubjetiva pueda suceder en curso de causa, no obstante no habiendo sido desde el inicio, objeto de necesaria decisión, cuando menos en forma de mera declaración; y es extremadamente probable que en estos casos se deba pensar en la realización de la pluralidad de partes por vía de la intervención⁽¹⁰⁶⁾.

Resumiendo todo lo dicho hasta ahora, podemos afirmar que es la relación jurídico-sustancial única o indivisible para todos, el requisito esencial del litisconsorcio necesario, mas, sólo cuando la situación plurisubjetiva generada por ésta sea objeto de la decisión, pues, en caso contrario, los problemas del litisconsorcio necesario no tienen razón de ser considerados⁽¹⁰⁷⁾. Encontrándose regulado este criterio, a nuestro parecer correctamente, por el artículo 93 del Código Procesal Civil, el cual hace hincapié en lo determinante de la decisión, a estos efectos.

Ahora, en relación a los requisitos estrictamente procesales, podemos observar que aquellos afectan tanto a las partes como al juzgador. Así, las primeras deben

(100) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; pp. 68-69.

(101) GOLDSCHMIDT, James. Op. cit.; p. 439.

(102) ROSENBERG, Leo. Op. cit.; p. 104

(103) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*, Op. cit.; p. 688.

(104) COSTA, Sergio. *Manuale di...*; p. 185.

(105) FABBRINI, Giovanni. Op. cit.; p. 819.

(106) *Ibid.* loc. cit.

(107) *Ibid.* loc. cit.

contar con capacidad (para ser parte y procesal, de ser el caso) y con legitimación para obrar, de acuerdo a los artículos 57 y 58 de nuestra norma procesal civil. Pudiendo además darse en algunos casos (sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos) la representación de los litisconsortes por cualquiera de sus miembros, más sólo en el supuesto de litisconsorcio necesario activo, de acuerdo al artículo 65 del Código Procesal Civil. Por otro lado, en relación al juez, este debe tener frente a todos los litisconsortes, tanto jurisdicción como competencia, pudiendo observarse que “la jurisdicción y la competencia objetiva y funcional, no sufren alteraciones por la existencia de un litisconsorcio necesario al ser única la relación jurídica sustantiva⁽¹⁰⁸⁾”. Sin embargo, la competencia territorial es pasible de alteraciones, debiendo aplicarse a estos efectos el criterio de la prevención, de acuerdo a los artículos 15 y 29 del Código Procesal Civil. En este sentido, al ser varios los demandados, es competente el juez del domicilio de cualquiera de ellos. Y dentro de estos varios jueces, que pueden conocer el asunto, previene y por ende asume competencia exclusiva de la causa, el juez que emplaza en primer lugar al demandado.

4 Clasificación.

Habiendo señalado cómo el derecho material impone la necesaria presencia de determinados sujetos en el proceso, sea exigiéndolo expresamente o deduciéndose tal necesidad de la propia relación jurídica sustancial hecha valer en juicio, puede ya fácilmente distinguirse dos modalidades diversas de litisconsorcio necesario, una que denominaremos propia y otra que llamaremos impropia.

Cabe, adicionalmente, señalar que en ambos tipos litisconsorciales, pueden presentarse a su vez dos situaciones diversas, de acuerdo siempre a la relación plurilateral hecha valer en juicio, “en la una, un sujeto actúa relativamente a una situación jurídica respecto a la cual es tercero: se piensa como ejemplo, a la acción subrogatoria, o a las acciones de reclamo y de contestación del estado de filiación legítima. En la otra,

la decisión del juez incide, con una decisión de declaración de certeza o también constitutiva sobre una situación jurídica sustancial que encausa a una pluralidad de sujetos: Así, en el juicio de desconocimiento de paternidad, o en aquellos de reclamo y de contestación de la legitimidad del hijo, o en el juicio de disolución de una comunión⁽¹⁰⁹⁾”. Hablándose en este sentido de un litisconsorcio necesario *secundum tenorem rationis*, cuando se requiera de la participación de los sujetos de la relación jurídica sustancial, contraponiéndolo a un litisconsorcio necesario *propter opportunitatem*, en el cual viene solicitada la presencia en el proceso de sujetos extraños a la relación controvertida⁽¹¹⁰⁾.

Del mismo modo, la doctrina distingue “una así llamada plurisubjetividad ordinaria litisconsorcial de una así dicha plurisubjetividad ordinaria simple, según que la situación plurisubjetiva objeto del proceso funcione esta misma de situación legitimante alegada por el actor, o que en cambio la situación legitimante alegada no se identifique con aquella objeto del juicio⁽¹¹¹⁾”. En tal sentido, podemos concluir de lo dicho, que siendo, como ya hemos señalado, el litisconsorcio necesario, un supuesto de legitimación conjunta, cabe que aquella sea ordinaria o extraordinaria, de acuerdo al caso en cuestión.

4.1 Litisconsorcio propiamente necesario.

En este tipo de litisconsorcio necesario, la exigencia que la demanda deba ser promovida por o contra varios sujetos viene dada por expresa previsión normativa⁽¹¹²⁾, pues, “es la ley misma la que ordena expresamente la necesaria participación de todos los sujetos al juicio⁽¹¹³⁾”, encontrándonos ante disposiciones las cuales exigen directamente la presencia de estos últimos en el proceso⁽¹¹⁴⁾. Con tal parecer Serra nos señala que “en ocasiones, fundado principalmente en motivos de oportunidad, el legislador cree conveniente que la discusión judicial se produzca precisamente entre personas determinadas de antemano, en forma tal que, de no concurrir todas estas personas, no puede pronunciarse resolución sobre el fondo⁽¹¹⁵⁾”, pues, la ley

(108) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; pp. 69-70.

(109) ATTARDI, Aldo. Op. cit.; p. 329.

(110) ATTARDI, Aldo. Op. cit.; p. 333.

(111) FABBRINI, Giovanni. Op. cit.; p. 820.

(112) FABBRINI, Giovanni. Op. cit.; p. 813; en el mismo sentido MICHELI, Gian Antonio. Op. cit.; p. 194.

(113) GIOVANNELLI, Mauro. Op. cit.; p. 396; del mismo modo ROCCO. Ugo. *Tratado de...*; Op. cit.; p. 121.

(114) ATTARDI, Aldo. Op. cit.; p. 328.

(115) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.; p. 688.

establece claramente las personas que han de estar presentes en el proceso para que la relación jurídica procesal quede bien constituida⁽¹¹⁶⁾. En este mismo sentido Guasp nos dice que “aquí la ley no se limita a autorizar, sino que exige, con exigencia que puede hacer valer el juez o la parte contraria, que las partes actúen en la unión en que consiste el litisconsorcio⁽¹¹⁷⁾”, puesto que la ley, introduciendo la legitimación con una disposición singular, puede también, a su arbitrio y siempre en vía singular, declarar necesario el litisconsorcio⁽¹¹⁸⁾, en aquellos casos establecidos por ella misma positivamente⁽¹¹⁹⁾, en los cuales prescribe que la pretensión deba proponerse por o contra varias personas necesariamente⁽¹²⁰⁾, viniendo por ello esta unidad impuesta, desde la misma demanda judicial⁽¹²¹⁾. Con este último parecer Dávila nos señala que “existen casos de litisconsorcio en los que la demanda debe ser necesariamente promovida por varios actores, o frente a varios demandados, la necesidad de estos casos puede venir necesariamente impuesta por la ley, y estaremos ante el litisconsorcio propiamente necesario⁽¹²²⁾”. En el mismo sentido Liebman considera que cuando la ley dispone expresamente el litisconsorcio con carácter de necesidad, la demanda no puede ser objeto de juicio sino frente a todos los partícipes de la relación⁽¹²³⁾. Encontrándonos en estos casos “ante unos supuestos de litisconsorcio necesario, en que se impone por la ley la exigencia de que varias personas dirijan su demanda conjuntamente o sea dirigida contra ellas, porque a tales personas les viene conferida la legitimación pasiva o activa en su caso, por el derecho sustantivo conjuntamente y en estos supuestos corresponde la legitimación a todos estos sujetos conjuntamente y no separadamente⁽¹²⁴⁾”.

Por último, podemos afirmar que en el litisconsorcio propiamente necesario viene establecida

una legitimación conjunta para varios sujetos por una norma legal expresa, esto es, por una norma sustantiva, la cual exige la proposición, por o contra varios, de la demanda, según sea activa o pasiva, la legitimación señalada.

4.2 Litisconsorcio impropriamente necesario.

En este tipo de litisconsorcio la necesidad no se desprende de una norma expresa, sino de la propia naturaleza de la relación jurídico-sustancial⁽¹²⁵⁾, sobre la cual ha de formarse la decisión judicial⁽¹²⁶⁾. Verificándose tales casos cuando tal relación sea una respecto a varios sujetos, de manera que todos ellos deban estar presentes en causa⁽¹²⁷⁾, para que la resolución que se dicte tenga eficacia frente a ellos y la relación jurídico-procesal se encuentre correctamente integrada⁽¹²⁸⁾, puesto que la sentencia a expedirse producirá un efecto que debe necesariamente explicarse respecto de todos estos sujetos⁽¹²⁹⁾, por lo que ninguna modificación jurídica de tales relaciones puede tener lugar, sino en frente de todos ellos⁽¹³⁰⁾. En este sentido nos señala Liebman que se produce tal supuesto cuando el fallo que se pida sea de tal naturaleza que pueda ser pronunciado solamente si será eficaz simultáneamente frente a varios sujetos, y opere un cambio en una relación o estado jurídico que sea único para varias personas, ya que no podría cambiarse o extinguirse sino para todos sus participantes⁽¹³¹⁾. Del mismo modo Rocco considera que en tales casos la relación jurídica se presenta con un carácter tal de unidad, que no puede existir frente a uno de los distintos sujetos sin tener que existir necesariamente también frente a los otros, porque por su misma estructura se presenta como única e indivisible⁽¹³²⁾. En estos supuestos, nos encontramos claramente, ante una legitimación necesariamente conjunta de todos los sujetos que conforman dicha

(116) MONTERO AROCA, Juan. *Acumulación de...*; p. 419.

(117) GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. Tercera edición corregida. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968. p. 201.

(118) REDENTI, Enrico. *Il giudizio...*; p. 259.

(119) SATTA, Salvatore. *Manual de...*; p. 145; del mismo modo LUGO, Andrea. Op. cit.; p. 82.

(120) CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de...*; p. 606.

(121) ZANZUCCHI, Marco Tullio. Op. cit.; p. 296.

(122) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; p. 71.

(123) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de...*; p. 78.

(124) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; p. 71.

(125) MONTERO AROCA, Juan. *Acumulación de...*; p. 419.

(126) GIOVANNELLI, Mauro. Op. cit.; p. 393.

(127) COSTA, Sergio. *Manuale di...*; p. 185.

(128) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.; p. 688.

(129) MICHELI, Gian Antonio. Op. cit.; p. 195.

(130) LUGO, Andrea. Op. cit.; p. 82.

(131) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de...*; pp. 78-79.

(132) ROCCO, Ugo. *Tratado de...*; p. 120.

relación jurídico sustancial, pues, “en las hipótesis de relaciones jurídicas con pluralidad de personas, que por su naturaleza la declaración en juicio afecte a todas, es imprescindible una actuación conjunta de todas ellas por estar todas legitimadas conjuntamente respecto a esa relación jurídica deducida en juicio⁽¹³³⁾”. Debiéndose por ello imponer esta unidad de actuación desde la demanda, mas, en estos casos parece posible que aquella venga dada, en su defecto, al momento de la resolución⁽¹³⁴⁾, pues no existe exigencia normativa expresa y como hemos anteriormente señalado, los problemas del litisconsorcio necesario atañen sobretodo a la sentencia que ha de pronunciarse, más que a la demanda⁽¹³⁵⁾.

Finalmente, podemos afirmar que en el litisconsorcio impropio necesario, viene establecida, dada la relación jurídico-sustancial deducida en el proceso, una legitimación necesariamente conjunta para varios sujetos, sea activa o pasivamente, siendo en tales casos exigida su presencia sobretodo a efectos de la decisión a expedirse.

5 Casuística.

Sin ningún ánimo de agotar los supuestos existentes en nuestro ordenamiento positivo, podemos, a efectos de la mejor comprensión de todo lo hasta aquí visto, señalar algunos casos de litisconsorcio necesario, tanto en su modalidad de propio como impropio.

5.1 Supuestos de litisconsorcio propiamente necesario.

Podemos encontrar sin mayor problema en nuestra normatividad tanto sustancial como procesal, los siguientes casos:

5.1.1 Acción contestatoria de la paternidad.

En este primer supuesto, tanto el marido, como sus herederos o ascendientes, todos ellos legitimados a interponer la pretensión contestatoria de la paternidad del primero, han de demandar necesariamente tanto al hijo como a la madre, de conformidad a lo prescrito por el artículo 369 del Código Civil vigente.

5.1.2 Acción contestatoria de la maternidad.

En este caso, contemplado por el artículo 372 del Código Civil, la legitimación activa pertenece

únicamente a la presunta madre, la cual debe dirigir su demanda, sólo en el supuesto de que apareciese alguien como padre, necesariamente tanto contra este último como contra el hijo.

5.1.3 Acción de filiación.

El artículo 373 del Código Civil reconociendo la legitimación activa del hijo a la pretensión de declaratoria de filiación, impone a éste que deba dirigir forzosamente su demanda contra el padre y la madre, o de ser el caso, contra todos los herederos.

5.1.4 Acción petitoria de herencia.

El artículo 664 del Código Civil nos señala que “el derecho de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen, y se dirige contra quien los posea en todo o parte a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él”. Estableciéndose de tal modo, la necesidad de demandar a los legitimados pasivamente por la norma, esto es, en el supuesto de pluralidad de sucesores, a todos aquellos que en conjunto poseen el íntegro del patrimonio.

5.1.5 Separación de cuerpos y divorcio por causal.

El artículo 481 del Código Procesal Civil establece, tanto para la separación de cuerpos como para el divorcio por causal, la condición de parte en estos procesos al Ministerio Público, viniendo así a configurarse, la necesidad de demandar también a aquél, de acuerdo al caso. En este sentido, el cónyuge demandante, ha de dirigir su demanda necesariamente, tratándose de cualquiera de ambas pretensiones, contra el otro cónyuge y contra el Ministerio Público, los cuales están legitimados pasivamente por esta norma.

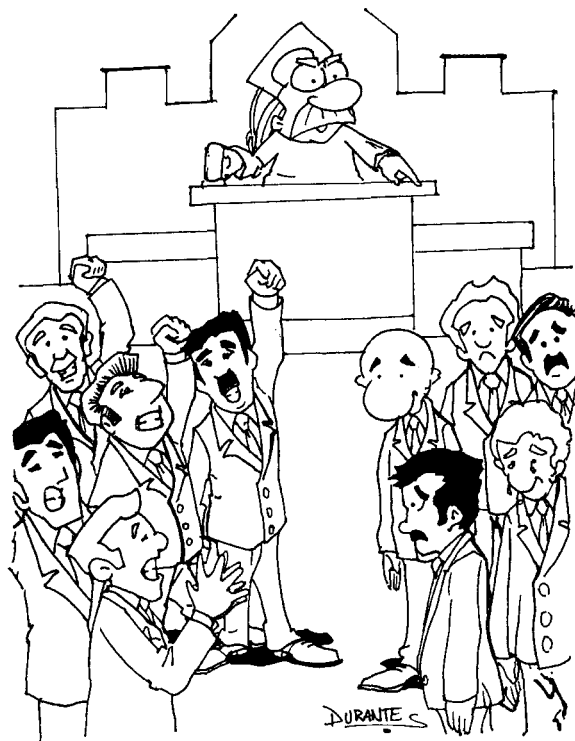
5.1.6 Intervención principal, supuesto general y específico.

El litisconsorcio necesario en el supuesto general de intervención principal, viene exigido por el artículo 99 del Código Procesal Civil, el cual señala que el tercero interviene “formulando su exigencia contra demandante y demandado”. Mientras en los supuestos específicos de tercería excluyente de propiedad y de mejor derecho, tal exigencia viene dada por el artículo 533 del Código Procesal Civil, el cual

(133) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.: p. 91.

(134) En este sentido ZANZUCCHI, Marco Tullio. Op. cit.: p. 296.

(135) Con tal parecer GIOVANNELLI, Mauro. Op. cit.: p. 393 y ss.



prescribe que “la tercería se entiende con el demandante y el demandado”.

5.1.7 Retracto.

Establece el artículo 496 del Código Procesal Civil, en relación a la figura del retracto, que “la demanda se dirigirá contra el enajenante y el adquirente del bien que se intenta retraer”, constituyendo un caso de litisconsorcio necesario pasivo.

5.2 En su modalidad de impropio.

A efectos meramente enunciativos, y con la advertencia que algunas hipótesis puedan aún prestarse a dudas, podemos señalar los siguientes supuestos:

5.2.1 En tema de derechos reales.

Podemos encontrar dentro de los derechos reales, tales como propiedad, servidumbre, usufructo,

etcétera; diversos casos de litisconsorcio necesario, los cuales tienen en común la pertenencia de aquel a varios sujetos. Pudiéndose entre ellos apreciar los siguientes casos:

a) El de aquel que pretende frente a varios copropietarios de un bien, ser considerado como uno mas de ellos, ha de demandar necesariamente a todos estos, constituyéndose así un litisconsorcio necesario pasivo, pues la declaración judicial ha de afectarlos forzosamente⁽¹³⁶⁾.

b) Cuando se discuta el derecho de propiedad sobre una cosa que se encuentra en posesión de varios sujetos conjuntamente, todos han de ser demandados en el proceso⁽¹³⁷⁾.

c) La demanda tendiente a la constitución de la servidumbre de paso sobre un predio en copropiedad de varios sujetos, debe dirigirse contra todos ellos⁽¹³⁸⁾.

d) La demanda interdictal de retener tendiente a la demolición de un bien objeto de copropiedad ha de dirigirse contra todos los copropietarios de aquél, pues todos ellos resultarán perjudicados de ser estimada la primera⁽¹³⁹⁾.

5.2.2 En tema de relaciones sucesorias.

Dentro de este tipo de relaciones podemos encontrar diversos casos de litisconsorcio necesario, entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

a) De discutirse la validez de un legado todos los herederos son litisconsortes necesarios⁽¹⁴⁰⁾, pues a todos ellos beneficiará o perjudicará la resolución a dictarse.

b) La demanda de nulidad o anulabilidad del testamento ha de dirigirse contra todos los herederos legítimos⁽¹⁴¹⁾, generándose un litisconsorcio necesario, por la eficacia declarativa de la sentencia frente a todos estos, a los cuales, afectará conjuntamente.

c) En el juicio para declarar la nulidad de la compraventa y restitución del bien, realizada por el vendedor, son litisconsortes necesarios pasivos los herederos del comprador⁽¹⁴²⁾, ya que la sentencia, desplegará sus efectos necesariamente frente a todos estos.

d) Los herederos del vendedor son litisconsortes necesarios pasivos en la demanda de garantía por

(136) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.: p. 94.

(137) Ibid.

(138) FABBRINI, Giovanni. Op. cit.: p. 814; del mismo modo GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. Op. cit.: p. 190.

(139) Ibid.

(140) Ibid.

(141) Ibid. en igual sentido SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.: p. 689.

(142) Ibid.

evicción que realiza el comprador⁽¹⁴³⁾, pues, todos ellos estarán obligados a garantizarlo, prestando la defensa en juicio, y de ser el caso, a asumir la posterior indemnización.

5.2.3 En tema de obligaciones y contratos.

Podemos apreciar diversos casos en que se encuentran interesadas distintas personas, por la naturaleza misma de la relación obligacional, dentro de los cuales cabe mencionar los siguientes:

a) La acción pauliana o revocatoria (artículo 195 Código Civil), en la cual el acreedor va a impugnar los actos de disposición que el deudor haya realizado en fraude de su derecho, debiendo para ello demandar a este último junto con el acreedor adquirente, los cuales constituyen un litisconsorcio pasivo necesario⁽¹⁴⁴⁾, dado que la resolución los afectará forzosamente.

b) Cuando se discuta la validez de una cesión de crédito, debe demandarse necesariamente a cedente, cedido y cesionario, pues todos ellos constituyen un litisconsorcio necesario pasivo⁽¹⁴⁵⁾, dado que la resolución a dictarse producirá efectos frente a todos ellos.

c) La demanda de resolución de una compraventa, cuando sean varios los compradores o los vendedores, da lugar a litisconsorcio necesario entre todos ellos⁽¹⁴⁶⁾, pues la sentencia desplegará sus efectos en relación a todos.

d) La demanda de nulidad de un contrato debe ser dirigida necesariamente contra todos los sujetos que intervinieron en el mismo, los cuales han de acudir necesariamente al proceso, pues, la sentencia a dictarse afectará a todos forzosamente⁽¹⁴⁷⁾.

5.2.4 En tema de *status*.

Constituyendo tanto el matrimonio como la filiación, institutos que dan lugar a las pretensiones de estado, y en los cuales se encuentran interesadas forzosamente diversas personas, no cabe demandar a una sola de ellas, prescindiendo de las restantes, pues ello, despojaría de eficacia a la resolución a dictarse⁽¹⁴⁸⁾.

Produciéndose así diversos casos de litisconsorcio necesario, entre los cuales podemos mencionar:

a) Aquel que demanda la nulidad del matrimonio ha de dirigirse necesariamente en frente de ambos cónyuges, dada la naturaleza de la relación jurídico-sustancial controvertida. Así, si bien el artículo 275 del Código Civil sólo nos señala a quién corresponde en estos casos la legitimación activa, debemos entender, que tanto el tercero interesado como el Ministerio Público, deben demandar necesariamente a ambos cónyuges, los cuales se encuentran en posición de litisconsortes pasivos necesarios, y donde la sentencia pronunciada respecto a sólo uno de ellos, no obliga de forma alguna al otro cónyuge, subsistiendo el matrimonio, y deviniendo en ineficaz la sentencia⁽¹⁴⁹⁾.

b) Si el reconocimiento de un hijo extramatrimonial viene impugnado acorde al artículo 399 del Código Civil, por un tercero con interés, éste debe dirigir su demanda necesariamente contra el hijo extramatrimonial reconocido y contra el autor del reconocimiento, dada la naturaleza de la relación deducida en juicio⁽¹⁵⁰⁾. En este sentido, la demanda ha de ser dirigida contra el padre y la madre, si el reconocimiento ha sido realizado por ambos, y contra el hijo, o bien contra el padre y el hijo o contra la madre y el hijo, si el reconocimiento fue realizado sólo por alguno de ellos. En segundo lugar, si la impugnación es realizada por el progenitor que no interviene en el reconocimiento, éste ha de dirigir su demanda necesariamente contra el hijo y el otro progenitor. Y de ser el propio hijo el que impugne, o sus descendientes, en el caso de haber sido reconocido por el padre y la madre, ha de dirigirse necesariamente la demanda frente a ambos.

5.2.5 En tema de situaciones ya implicadas en un proceso.

En estos casos, son las normas procesales las que requieren la actuación conjunta de varios sujetos, pudiendo mencionarse los siguientes supuestos:

(143) Ibid.

(144) Ibid. del mismo modo DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; p. 94.

(145) Ibid.

(146) Ibid.

(147) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; p. 96; de igual forma SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.; p. 689; del mismo modo, GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. Op. cit.; pp. 186-187.

(148) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.; p. 688.

(149) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; pp. 101-102; en igual forma SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.; pp. 688-689.

(150) FABBRINI, Giovanni. Op. cit.; p. 815; en el mismo sentido SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.; p. 689; de igual forma DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; p. 102.

a) La nulidad de cosa juzgada fraudulenta (artículo 178 del Código Procesal Civil) propuesta por un tercero perjudicado, debe ser necesariamente dirigida contra las partes originarias del proceso⁽¹⁵¹⁾, pues, de ser estimada, ha de extender sus efectos a estos sujetos ineludiblemente.

b) La sucesión en el proceso en caso de transmisión *mortis causa* (artículo 108 inciso 1 del Código Procesal Civil) genera litisconsorcio necesario en frente de todos los herederos⁽¹⁵²⁾, los cuales pasan a ocupar la posición de litisconsortes necesarios, pasivos o activos, de acuerdo a la postura que haya tenido el causante en el proceso.

c) En el supuesto de sucesión procesal por transmisión *inter vivos* (artículo 108, inciso 3 del Código Procesal Civil) del crédito u objeto litigioso, se produce un litisconsorcio necesario entre todos los adquirentes, los cuales asumirán la misma posición de la parte primitiva (sea activa o pasiva) en la relación procesal y serán por tanto litisconsortes necesarios⁽¹⁵³⁾.

6 Efectos procesales.

En relación al desarrollo del proceso, para el caso del litisconsorcio necesario, es bueno señalar que se acentúa la interdependencia entre los litigantes, dada la unidad de la relación jurídica material en la que están interesados⁽¹⁵⁴⁾, siendo por ello precisa una actuación conjunta por parte de aquellos, si bien estos conservan su autonomía en la actividad procesal⁽¹⁵⁵⁾. En este último sentido, “cada uno es independiente de los demás en la presentación de la materia procesal; cada uno puede ofrecer medios de ataque y defensa, que sólo a él interesan o que sean comunes para todos, y ofrecer para

ellos medios de prueba; el uno puede hacer una exposición de los hechos divergente de la del otro, discutir las afirmaciones del adversario, o aceptarlas (...). Pero la unidad de la resolución exige unidad del material procesal⁽¹⁵⁶⁾”. Viniendo reconocida esta unidad de actuación conjunta en nuestra legislación, por el artículo 76 del Código Procesal Civil, el cual es aplicable en propiedad al litisconsorcio necesario y no al facultativo, en el cual, por definición, cada litisconsorte actúa independientemente⁽¹⁵⁷⁾.

Nos vamos a ocupar ahora de los efectos del litisconsorcio necesario, los cuales se producen específicamente en el ámbito procesal, para lo cual, debemos empezar señalando que existe un principio de representación de los litisconsortes inactivos por los más diligentes en el proceso, reconocido en ordenamientos como el alemán⁽¹⁵⁸⁾, según el cual, el resultado de los actos de cada litisconsorte beneficiará a los demás, mas no podrá perjudicarles⁽¹⁵⁹⁾, si bien, se limita este principio al ámbito estrictamente procesal y no al material, pues, está referido a aquellos actos que no sean de carácter personal de cada litisconsorte, esto es, a actuaciones procesales susceptibles de ser utilizadas por todos, las cuales, de ser realizadas por los litisconsortes diligentes pueden favorecer a los ausentes o inactivos⁽¹⁶⁰⁾. En tal sentido, siendo el interés y derecho a la vida, prosecución y definición del proceso, común a todas las partes, “los actos dirigidos a estos fines son lícitos a todas, y frente a todas; son actos que, por quien quiera que entre los litigantes sean cumplidos, influyen sobre todos los otros, porque son, por su naturaleza, únicos⁽¹⁶¹⁾”. Ahora, si bien aceptamos este principio, no lo hacemos en base a la supuesta representación aludida, la cual no encaja en ninguna de las variedades de representación y que además

(151) Ibid. Si bien refiriéndose a la oposición de tercero italiana, la cual ya hemos señalado, es en sustancia, la nulidad de cosa juzgada fraudulenta de nuestro ordenamiento.

(152) Ibid. en igual sentido DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; p. 124.

(153) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; pp. 124-125.

(154) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.; p. 692.

(155) CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de...*; p. 326.

(156) ROSENBERG, Leo. Op. cit.; p. 110.

(157) Sin embargo, dada la redacción del artículo 76, al señalar “cuando diversas personas constituyan una sola parte”, estaría englobando, tanto el caso de litisconsorcio facultativo como necesario, y al reconocer a continuación la posibilidad de litigar por separado, estaría descartando los supuestos de litisconsorcio necesario de su ámbito de aplicación, pues, en estos últimos, no cabe de ningún modo que los litisconsortes actúen separadamente. Y dejando, al parecer, su ámbito de aplicación sólo para el caso de litisconsorcio facultativo, lo cual a su vez es incongruente, pues, no puede exigirse actuación conjunta a quienes por naturaleza son litigantes independientes. De tal modo, pese a la no muy feliz redacción de la norma, debe entenderse acorde a la doctrina, aplicable propiamente al caso de litisconsorcio necesario, en el cual es menester la actuación conjunta, justamente por la unidad que requiere la resolución, la cual es única para todos.

(158) En tal sentido, el parágrafo 62 de la ZPO, señalado anteriormente, establece que “los litisconsortes contumaces en algún término o que dejen transcurrir algún plazo, se considerarán representados por los comparecientes”.

(159) ROSENBERG, Leo. Op. cit.; p. 109 y ss.

(160) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; pp. 126-127.

(161) CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de...*; pp. 324-325.

es innecesaria, sino en base a la unidad de la relación jurídica, la cual siendo única para todos, produce estos particulares efectos⁽¹⁶²⁾, de conceder, a las actuaciones llevadas a efecto en interés propio, un efecto reflejo sobre la posición procesal de los litisconsortes inactivos y rebeldes, cuyo efecto se produce a través de la actuación de los litisconsortes que han sido diligentes⁽¹⁶³⁾.

Respecto a los medios de impugnación, este principio genera que “el recurso interpuesto por uno de ellos impide la firmeza de la sentencia, incluso frente al que no recurrió por la imposibilidad de cumplimiento parcial de la relación jurídica indivisible. Y por la misma razón el éxito del recurso aprovechará también al litisconsorte que no recurrió⁽¹⁶⁴⁾”. Así, “se consideran observados por todos los plazos de recurso (...) siempre que uno de los litisconsortes haya obrado en tiempo⁽¹⁶⁵⁾”. Y en ese sentido, “la caducidad del plazo para interponer recurso en cuanto a uno o varios sólo significa la pérdida de la oportunidad de interponerlo con independencia, pues el interpuesto por el compañero o compañeros diligentes aprovecha en sus efectos a los demás⁽¹⁶⁶⁾”.

En relación a la rebeldía, debemos señalar que “la comunidad de objeto para todos los litisconsortes determina que ningún acto de ninguno de ellos puede perjudicar a los demás, y si, en cambio, favorecerle, de manera que la rebeldía de uno o varios de ellos no producirá la de los demás si estos se apersonan⁽¹⁶⁷⁾”, lo cual no significa que la actividad del litisconsorte diligente, elimine la rebeldía de los no diligentes, así como las consecuencias de ella⁽¹⁶⁸⁾, pues, no puede considerarse que la comparecencia de unos litisconsortes implique la de todos. Y en tal sentido, creemos “que si sólo algún o algunos litisconsortes necesarios dejan de apersonarse, habiéndolo hecho los demás, a aquellos se les ha de declarar en rebeldía y por ende, soportarán las consecuencias de la misma⁽¹⁶⁹⁾”.

En lo referente a las pruebas, si consideramos que está legitimada para promoverlas toda persona que es parte, desde el comienzo del proceso o con posterioridad⁽¹⁷⁰⁾, concluiremos con Serra que entre los litisconsortes necesarios “las pruebas promovidas por uno de ellos aprovecharán al otro pero no le perjudicarán⁽¹⁷¹⁾”, pues, como bien señala Rosenberg la recepción de la prueba y la apreciación de la misma por el órgano jurisdiccional no puede ser sino unitaria⁽¹⁷²⁾, de donde se desprende que “las actividades probatorias promovidas por un litisconsorte presente en el proceso, todas surten efecto con referencia a los demás ausentes⁽¹⁷³⁾”.

Respecto a las medidas cautelares, durante y antes del proceso, las cuales, es bueno recordar, se producen por iniciativa de parte, consideramos para el caso del litisconsorcio necesario activo que “la posible medida cautelar decretada aprovechará no sólo a quien la había solicitado sino a todos los demás⁽¹⁷⁴⁾”, mientras en relación al litisconsorcio necesario pasivo estimamos que “la medida cautelar debe solicitarse frente a todos los litisconsortes, ya que el procedimiento les afecta por igual, si deseamos que esta medida sea eficaz⁽¹⁷⁵⁾”.

Observamos de lo hasta aquí expuesto, que todas las actuaciones procesales que no sean privativas de cada uno de los litisconsortes, esto es, referidas a aquellas de carácter personal, así como a los presupuestos procesales de cada uno de ellos, surten efecto respecto de los demás⁽¹⁷⁶⁾. En relación a este principio, consideramos que se encuentra recogido indirectamente por el artículo 94 del Código Procesal Civil, el cual, al señalar para el caso del litisconsorcio facultativo -y refiriéndose a los litisconsortes- que “los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican a los demás”, estaría recogiendo *contrario sensu* que en el litisconsorcio necesario si se produce tal efecto, lo cual sumado a los principios ya

(162) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.; p. 692.

(163) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; p. 126.

(164) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit. p. 692.

(165) ROSENBERG, Leo. Op. cit.; p. 112.

(166) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; pp. 126-127.

(167) SAMANES ARA, Carmen. *La tuela del rebelde en el proceso civil*. Barcelona: José María Bosch, 1993. p. 51.

(168) En este sentido, a nuestro parecer incorrectamente, DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; p. 127.

(169) SAMANES ARA, Carmen. Op. cit.; p. 52.

(170) PICÓ JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Prol. M. Serra. Barcelona: José María Bosch, 1996. p. 63.

(171) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Litisconsorcio*. Op. cit.; p. 692.

(172) ROSENBERG, Leo. Op. cit.; p. 111.

(173) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; p. 127; en contra CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de...*; p. 325. Sostiene que las deducciones de prueba “son actos propios de la parte que los cumple, y carecen de trascendencia respecto a las otras partes. si no hacen referencia a la convicción y a la providencia del juez”.

(174) JOVÉ. Op. cit.; p. 172.

(175) JOVÉ. Op. cit.; p. 173.

(176) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; p. 127.

vistos en doctrina, nos hacen admitir la representación de unos litisconsortes por otros, señalada.

En segundo lugar, en relación a los actos de disposición del derecho litigioso, al ser éste único respecto a todos los litisconsortes, les afectará por igual conjuntamente, y por ello deben ser realizados por todos a la vez. Con tal parecer Capelletti nos dice que “si la sentencia sería *inutiliter data* donde no fuese una y única para todos, de igual manera inútilmente dispondría del derecho (...) aquel que de allí no fuese único (‘despótico’) titular, siendo en cambio titular conjuntamente con las otras personas⁽¹⁷⁷⁾”. Y en este sentido, los actos que se refieren al fondo o al derecho que se pretende, tales como la confesión, allanamiento, desistimiento y la renuncia, de ser realizados por uno solo de los litisconsortes, no perjudica a los demás, cuando aquellos no están de acuerdo y deciden continuar el proceso⁽¹⁷⁸⁾. Del mismo modo Rosenberg considera que “si un litisconsorte formula una confesión, una renuncia o un allanamiento, si realiza una modificación de la demanda o consiente en ella, etcétera, no pueden producirse sus efectos si uno de los otros litisconsortes no actúa del mismo modo, pues estos no quedan obligados por la declaración del primero, y la resolución no puede ser sino unitaria⁽¹⁷⁹⁾”.

Consideramos adicionalmente que también la transacción y la conciliación, al referirse al derecho hecho valer en juicio, pertenecen a este tipo de actos y por ello deben ser realizados por todos los litisconsortes conjuntamente a efectos de que sean eficaces.

En este orden de ideas, “el allanamiento de un litisconsorte no implica el de los demás, claro está en el supuesto de que exista una relación material común a todos los litisconsortes, ya que la resolución sólo puede ser única para todos y el allanamiento eficaz sería el de todos los litisconsortes⁽¹⁸⁰⁾”. De tal forma, el allanamiento de uno “no puede alcanzar en sus efectos

al otro litisconsorte, sencillamente por aplicación de los principios que regulan las relaciones entre litisconsortes necesarios⁽¹⁸¹⁾” y dado que “la resolución sólo puede ser única, el allanamiento eficaz sería el de todos los litisconsortes⁽¹⁸²⁾”.

Con este mismo parecer, nos señala el artículo 344 del Código Procesal Civil, con relación al desistimiento, que aquél para ser eficaz deberá ser realizado por todos los litisconsortes necesarios, sin perjudicar a estos últimos el desistimiento de sólo alguno de ellos.

Por otro lado, la confesión a efectos de que sea eficaz, debe ser realizada también por el total de litisconsortes, no afectando a éstos, aquélla realizada singularmente. Con tal parecer Prieto Castro estima, que no cabe una confesión por separado, la cual no perjudica a los demás, si los restantes litisconsortes continúan discutiendo las afirmaciones de la parte contraria⁽¹⁸³⁾. Del mismo modo Silva Melero sostiene que la confesión de un litisconsorte necesario no posee eficacia contra los demás litisconsortes, si éstos niegan los hechos que forman el supuesto de la confesión⁽¹⁸⁴⁾. Así, debemos recordar que la confesión es una declaración de parte⁽¹⁸⁵⁾, caracterizada esencialmente, por la contrariedad del hecho confesado, al interés de la parte confesante⁽¹⁸⁶⁾.

Ahora, en relación al juramento decisorio, afirmaba Capelletti que éste “no puede ser deferido-referido sino a aquél que sea legitimado y capaz de disponer del derecho, a cuyos hechos jurados se refieran; no puede a mi parecer no deducirse que sólo a, o por, todos los litisconsortes necesarios pueda ser deferido-referido el juramento mismo⁽¹⁸⁷⁾”, pues, “en el caso de litisconsorcio necesario, activo o pasivo, el poder de deferir o referir el juramento pertenece al conjunto de los litisconsortes; si deferido o referido por una parte solamente, es inadmisibles, (...) careciendo por esto de decisoriedad⁽¹⁸⁸⁾”, representando también este supuesto

(177) CAPELLETTI, Mauro. *Il giuramento della parte nel processo litisconsortile*. En: *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè-editore, 1955. pp. 1179-1180.

(178) PRIETO CASTRO, Leonardo. *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*. Madrid: Instituto editorial Reus, 1950. p. 67.

(179) ROSENBERG, Leo. Op. cit. p. 111; en similar sentido CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de...*; pp. 325-326.

(180) DÁVILA MILLÁN, María. Op. cit.; p. 128.

(181) PRIETO CASTRO, Leonardo. *Estudios y comentarios...*; p. 67.

(182) PRIETO CASTRO FERRANDIZ, Leonardo. *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964. p. 257.

(183) PRIETO CASTRO, Leonardo. *Estudios y comentarios...*; Op. cit.; p. 67.

(184) SILVA MELERO, Valentín. *Confesión en juicio* En: *Nueva enciclopedia jurídica*, Vol. IV. Barcelona: Seix 1952. p. 935.

(185) FURNO, Carlo. *Confessione* En: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. VIII. Varese: Giuffrè-editore, 1961. p. 880.

(186) FURNO, Carlo. *Ibid.* p. 878.

(187) CAPELLETTI, *Il giuramento...*; pp. 1178-1179.

(188) PROVINCIALI, Renzo. *Giuramento decisorio* En: *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIX. Varese: Giuffrè-editore, 1970. p. 115.

una declaración de parte, deferida a la otra, para hacer depender de ella, la decisión (total o parcial) de la *litis*⁽¹⁸⁹⁾, basada en la existencia de las sanciones religiosas, morales y penales, que acarrearía la falsedad del juramento⁽¹⁹⁰⁾.

Todo lo dicho en relación a ambos supuestos, recogidos en nuestro anterior ordenamiento procesal⁽¹⁹¹⁾, debemos entenderlo hoy referido a la declaración de parte regulada en el Código Procesal Civil, pues, como ya señalamos, tanto la confesión como el juramento decisorio son, en esencia, declaraciones de parte.

En lo referente a la notificación, ésta ha de realizarse individualmente para cada litisconsorte, corriendo los plazos en forma independiente para cada uno, donde, si el adversario notifica la sentencia a uno de los litisconsortes, el plazo del recurso corre únicamente en

relación a éste, si bien ya sabemos que le aprovechará la interposición de aquél por otro litisconsorte, aun haya caducado su plazo para hacerlo⁽¹⁹²⁾. Por otro lado, “el adversario debe hacer uso del recurso frente a todos los litisconsortes⁽¹⁹³⁾”, dada “la necesidad de que la impugnación se desarrolle entre todas las partes del precedente juicio en la hipótesis de litisconsorcio necesario⁽¹⁹⁴⁾”.

Finalmente, podemos señalar que para todos los actos de disposición del objeto litigioso, tales como la transacción, conciliación, desistimiento, allanamiento, y sometimiento a arbitraje⁽¹⁹⁵⁾, así como aquellos referidos al fondo, tal como la declaración de parte con este objetivo, es necesario que su cumplimiento se realice por todos los litisconsortes necesarios conjuntamente. ㄷ

(189) Ibid. p. 112.

(190) Ibid. p. 115.

(191) En este sentido, el Código de Procedimientos Civiles de 1912, regido por el principio de prueba legal, recogía ambas figuras, reconociéndoles la calidad de prueba plena.

(192) ROSENBERG, Leo. Op. cit.; pp. 114-115.

(193) Ibid. p. 115.

(194) SATTÀ, Salvatore. *Manual de...*; p. 412.

(195) A nuestro parecer, la decisión de someter a un arbitraje la pretensión o pretensiones objeto del proceso jurisdiccional en marcha, deberá ser tomada por todos los litisconsortes necesarios para que ella se produzca válidamente, aunque esto no se deduce literalmente del tenor del artículo 17 de la Ley General de Arbitraje, norma la cual a su vez restringe la posibilidad del juez de objetar tal decisión sólo para los casos de inarbitrabilidad de la pretensión, esto es, cuando aquélla no se encuentra sujeta a libre disponibilidad.