

Roj: **STS 254/2004** - ECLI: **ES:TS:2004:254**Id Cendoj: **28079110012004100004**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/01/2004**Nº de Recurso: **1195/1999**Nº de Resolución: **3/2004**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **ALFONSO VILLAGOMEZ RODIL**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil cuatro.

VISTOS por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados identificados al margen, el Recurso de Casación contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de A Coruña -Sección Quinta-, en fecha siete de mayo de 1.998, como consecuencia de los autos de juicio de menor cuantía, sobre división de monte común (excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario), tramitados en el Juzgado de Primera Instancia de Betanzos número tres, cuyo recurso fue interpuesto por don Jose Pedro , representado por el Procurador de los Tribunales don Saturnino Estévez Rodríguez, en que son recurridos el MINISTERIO FISCAL y la entidad CAMPELO ROADE S.A.T., a la que representó la Procuradora doña Estela P. Navares Arroyo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado tres de Betanzos tramitó los autos de juicio de menor cuantía número 79/1993, que promovió la demanda de don Jose Pedro y doña Diana , en la que, tras exponer hechos y fundamentos de derecho, suplicaron: "Que seguido el asunto por sus peculiares trámites, dicte en definitiva sentencia, declarando: a) Que los actores tienen derecho a extinguir o liquidar, en cuanto a sus participaciones afecta, la comunidad o condominio proindiviso que integran con los demandados sobre la FINCA000 ", descrita en el Hecho Primero de la demanda. b) Que siendo dicha finca divisible es procedente su partición, adjudicando cuotas ideales que ostentan sobre dicha finca. c) Que las operaciones de reconocimiento partición o adjudicación del lote correspondiente a los demandantes se efectuará en trámite de ejecución de sentencia; con imposición de todas las costas a los demandados".

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal se personó en las actuaciones y contestó a la demanda para interesar: "Procede que el Juzgado, teniendo por presentado en tiempo y forma este escrito y por contestado la demanda indicada, mande dar a los autos el curso legal correspondiente en atención a los hechos que resultaren probados".

TERCERO.- La entidad demandada Sociedad Agraria de Transformación Campelo Roade S.A.T. sólo llevó a cabo personamiento en el pleito, siguiéndose en rebeldía de los demás demandados.

CUARTO.- El Juez de Primera Instancia del Juzgado número tres de Betanzos dictó sentencia con fecha 8 de abril de 1.996, con el siguiente Fallo literal: "Que estimando íntegramente la demanda presentada por el Procurador Sra. Dña. Amparo Cagiao Rivas, en nombre y representación de Dña. Diana y D. Jose Pedro contra Dña. Erica , D. Matías , D. Carlos Francisco , D. Andrés , D. Gregorio , D. Sebastián , D. Juan Manuel , D. Cristobal , D. Marcos , D. Luis María , D. Baltasar , D. Isidro , D. Jose Antonio , D. Alejandro , D. Guillermo , D. Vicente , D. Ángel Jesús , D. Francisco , D. Serafin , D. Pedro Francisco , D. Fermín , D. Sergio , D. Pedro Enrique , D. Gabriel , D. Jose Manuel , D. Alberto , D. Ignacio , D. Jose Enrique , y los herederos si alguno de los anteriores hubiere fallecido, siendo también demandados los HEREDEROS DESCONOCIDOS E INCIERTOS DE Dña. Silvia y LAS DEMÁS PERSONAS DESCONOCIDAS E INCIERTAS que ostentan por cualquier razón, título o concepto derecho de cualquier clase sobre el denominado " FINCA000 ", así la SOCIEDAD AGRARIA DE



TRANSFORMACIÓN DE CAMPELO-ROADE y el MINISTERIO FISCAL debo declarar y declaro el derecho de los actores a extinguir o liquidar, en cuanto a sus participaciones afecta, la comunidad o condominio que integran con los demandados o sus herederos sobre la FINCA000 ", formada por 29 parcelas y sita en el término municipal de Sobrado, parroquia de Roade, de un total de cuatrocientas sesenta hectáreas, quince áreas y sesenta y tres centiáreas, inscrita en el Registro de la Propiedad de Arzua, al tomo NUM000 , libro NUM001 de Sobrado, folio NUM002 , finca número NUM003 ; siendo dicha finca divisible es procedente su partición, adjudicando a los demandantes una porción de la misma en proporción de la cuota ideal que ostentan, el reconocimiento, partición y adjudicación del lote correspondiente a los demandantes se efectuará en trámite de ejecución de sentencia, todo ello con imposición de costas a la parte demandada".

QUINTO.- La referida sentencia fue recurrida por Campelo Roade, Sociedad Agraria de Transformación, que promovió apelación para ante la Audiencia Provincial de A Coruña y su Sección Quinta tramitó el rollo de alzada número 501/1996, pronunciando sentencia con fecha 7 de mayo de 1.998, la que en su parte dispositiva declara, Fallamos: "Estimando el recurso de apelación articulado y apreciando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario se absuelve en la instancia a los demandados, con imposición de las costas devengadas a la actora y sin hacer una especial imposición de las de esta alzada".

SEXTO.- El Procurador de los Tribunales don Saturnino Estévez Rodríguez, en nombre y representación de don Jose Pedro , formalizó recurso de casación contra la sentencia de apelación, en base a los siguientes motivos, al amparo del ordinal tercero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

Uno.- Infracción de la jurisprudencia que se cita y artículo 24-1 de la Constitución.

Dos.- Infracción de la doctrina jurisprudencial.

Tres.- Infracción del artículo 11-3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

SÉPTIMO.- El Ministerio Fiscal contestó al recurso en los siguientes términos: "Impugna los tres motivos formalizados por el recurrente fundamentando la impugnación en las consideraciones siguientes: La sentencia recurrida, dictada en sede de apelación sobre ejercicio de la acción de división de cosa común, absolvió en la instancia por apreciar falta de litisconsorcio pasivo necesario. Se alza el recurrente contra este fallo judicial articulando con escasisima y aún confusa argumentación tres motivos. El primero, al amparo del art. 1692, 3º, denuncia la infracción de doctrina jurisprudencial sobre la preceptiva audiencia de las partes previa a la apreciación ex officio de la falta de litisconsorcio pasivo necesario. El segundo, con igual apoyo, invoca infracción de doctrina jurisprudencial que afirma haberse producido por no haber ordenado, al apreciar la falta de válida constitución de la relación jurídico-procesal, retrotraer las actuaciones al momento procesal de la comparecencia optando, en cambio, por la absolución en la instancia. Finalmente, el motivo tercero, con igual sede, alega la infracción del art. 11.3º de la LOPJ consistente en no haber entrado la Sala a conocer de la cuestión de fondo, tesis argumental que, implícitamente, parece descansar en la tesis de inexistencia de litisconsorcio. Los tres motivos del recurso, prácticamente ausentes de una sólida argumentación doctrinal, se asientan en una exposición fáctica que se aparta ostensiblemente de la realidad procesal explicitada en la sentencia recurrida. En este sentido, conviene traer a colación los pronunciamientos contenidos en los fundamentos jurídicos 1º a 3º de la sentencia objeto de este recurso. Así, en el fundamento tercero de dicha sentencia se señala que en la vista de la apelación el apelante cuestionó un defecto legal en el planteamiento de la demanda e implícitamente litisconsorcio pasivo necesario, de donde se desprende con total claridad que, al margen de la facultad y obligación de la Sala de estimar de oficio el litisconsorcio pasivo necesario, esta cuestión no fue desconocida ni pudo serlo para la parte apelada, lo que excluye la pretendida indefensión en que se fundamenta el motivo primero; es más, el defecto legal en la constitución de la relación procesal derivada de la necesidad de dirigir la demanda contra todos los que estaban implicados en la relación jurídica discutida fundamento y base del litisconsorcio pasivo necesario (SSTS 22-71991; 9-6-1994, entre otras), que es carga del demandante fue incluso suscitado o provocado por este mismo, como advierte el fundamento 1º, párrafo penúltimo y último de la sentencia recurrida al señalar que el demandante pidió prueba de confesión de determinadas personadas, designadas nominatim a quienes calificaba de copartícipes en la cosa común cuya división pretendía, quienes, en consecuencia, deberían haber sido demandados, circunstancia ésta expuesta por la Sala como razón o fundamento de la existencia del litisconsorcio. Es, por tanto, evidente que la apreciación de la Sala del litisconsorcio pasivo no constituyó una decisión sorpresiva y que la Sala aplicó correctamente a los hechos establecidos la categoría procesal del litisconsorcio pasivo, que como señala la STS de 18-2-2000 ha adquirido rango constitucional y no precisa alegación ya que puede ser apreciada incluso de oficio, como pertinente al orden público e interés social y con la finalidad de evitar sentencias contradictorias), lo que hace decaer el motivo primero y, como efecto derivado, el motivo tercero que pretende negar la existencia del citado óbice procesal. Finalmente, y respecto del motivo segundo que invoca la vulneración del art. 693. Regla 3ª de la LEC de 1881, su desestimación se justificaría porque si bien el precepto invocado autoriza a la Sala de apelación a retrotraer las actuaciones al momento de la comparecencia del juicio



de menor cuantía, no compele necesariamente a la adopción de esa medida -en ese sentido e implícitamente la STS de 15-2-1999- máxime si, como se señala en la sentencia recurrida, a la falta de litisconsorcio se añaden las irregularidades en las notificaciones a otros demandados determinantes de su rebeldía procesal".

OCTAVO.- La votación y fallo del presente recurso tuvo lugar el pasado día doce de enero de dos mil cuatro.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alega el recurrente en este motivo que se ha infringido la doctrina jurisprudencial, ya que la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, que la sentencia recurrida acogió, le ha causado indefensión, al haber sido apreciada de oficio, con lo que se le frustró el derecho a la tutela judicial efectiva.

El motivo no procede y no deja de ser sorprendente su argumentación. Los Tribunales han de cuidar que en el litigio intervengan todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por el fallo, de ahí que la excepción de litisconsorcio pasivo necesario revista cuestión de orden público, que queda fuera del ámbito de rogación de partes, por lo que puede ser apreciada de oficio, aunque no haya sido alegada (Sentencias de 1-7-1993 y de 5-XI-1991, que cita la de 22-10-1988, 8-5 y 24-7- 1989, 17-3 y 27-11-1990 y 7-2-1991). No se ocasiona indefensión, pues el principio de audiencia bilateral, y con ello de todos los que deben ser parte en el proceso, resulta sancionado en el artículo 24 de la Constitución (Sentencia de 29-4-1992).

El Tribunal Constitucional ha declarado que se trata de cuestión de mera legalidad ordinaria, y los Organos Judiciales están facultados para introducirla "ex officio", como ocurre con las materias relativas a los presupuestos procesales (Sentencias 335/94, 76/91 y 348/1997).

SEGUNDO.- La sentencia recurrida se basó para estimar procedente la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en que la relación procesal se había constituido defectuosamente desde la demanda, pues no se dirigió la misma contra personas acreditadas como cotitulares del FINCA000 . Se sentó como probado que no se habían llevado a cabo en la forma correcta procesal los emplazamientos de los herederos de las personas "nominatim" designadas en la demanda y a su vez de don Luis María y don Ángel Jesús , los dos emigrados que no resultaban ser personas desconocidas.

En periodo probatorio los actores solicitaron prueba de confesión de otros copartícipes titulares del monte litigioso, con designación de sus domicilios y que no fueron demandados "ab initio", a lo que ha de añadirse que tampoco se demandó a las personas que fueron actoras en el procedimiento que resolvió la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, por lo que la conclusión decisoria del Tribunal de Instancia al apreciar de oficio litisconsorcio pasivo, se impone y es del todo correcta, sobre todo al tratarse del ejercicio de división de finca común que exige traer al pleito a todos los integrados en la comunidad proindiviso.

No procede por lo expuesto aceptar el argumento que se expone en el motivo segundo del recurso, que denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial que se cita, al presentar la pretensión de que procedía ser corregida la excepción, retrotrayendo las actuaciones al momento de la comparecencia del artículo 693-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que, ha sido el propio recurrente el que provocó el litisconsorcio pasivo necesario con la defectuosa demanda que promovió, al no dirigirla, como estaba obligado, contra todos los cotitulares del monte, los que le eran conocidos y sin dejar de lado las irregularidades que la Sala denuncia en los emplazamientos practicados, actuando como decisivo que en la comparecencia intermedia el recurrente en ningún momento solicitó ni aportó los demandados omitidos, para poder subsanarse la defectuosa constitución de la relación procesal a él solo imputable e incluso poder rectificar las incompletas actuaciones de emplazamiento.

Si bien la jurisprudencia de esta Sala ha declarado la posibilidad de subsanación en la comparecencia intermedia, con reposición de las actuaciones (Sentencias de 14-5-1992, 22-11- 1994 y 7-7-1995), también sucede que la apreciación de oficio de dicha excepción se le presentaba difícil y hasta poco posible al juzgador, dado la defectuosa identificación de los demandados y, en todo caso, era el recurrente como conocedor de los copropietarios del monte y así se demostró en las actuaciones de prueba, el obligado a aprovechar la comparecencia para la ampliación de los codemandados que voluntariamente omitió (Sentencia de 18-3-1993), al estar autorizado a introducir alteraciones o formular peticiones, conforme el referido artículo procesal 693, las que deben tener la necesaria relación con las cuestiones planteadas en la demanda y siempre respetando la "causa petendi" (Sentencia de 8-10-1993).

Dice la sentencia de 15 de febrero de 1994 que cuando el actor no llama a todos los que aparecen vinculados con la relación jurídica y objeto discutido en el juicio se produce la defectuosa constitución de la litis.



El motivo parece y determina la improcedencia del tercero que se apoya en infracción del artículo 11-3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación al 24 de la Constitución, pues se reiteran los argumentos del motivo anterior a efectos de que procedía la subsanación en la comparecencia de la instancia, a lo que ha de añadirse que, al provocar el recurrente la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, no se le ha causado indefensión y sí a los demandados defectuosamente convocados, que fueron la casi totalidad y resultaron declarados rebeldes procesales, así como a los que ostentando derechos dominicales sobre el FINCA000 no fueron traídos al pleito.

TERCERO.- Al no proceder el recurso se han de imponer sus costas al recurrente (artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación que fue formalizado por don Jose Pedro contra la sentencia que pronunció la Audiencia Provincial de A Coruña en fecha siete de mayo de 1.998, en el proceso al que el recurso se refiere.

Se imponen a dicho recurrente las costas de casación.

Expídase la correspondiente certificación de esta resolución a la citada Audiencia, devolviéndose autos y rollo a su procedencia e interesando acuse de recibo de todo ello.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.-Luis Martínez-Calcerrada Gómez.-Alfonso Villagómez Rodil.-Firmados y rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Alfonso Villagómez Rodil, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.