



Roj: **STS 4440/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4440**

Id Cendoj: **28079110012017100630**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2017**

Nº de Recurso: **1519/2015**

Nº de Resolución: **672/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN núm.: 1519/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 672/2017

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. **Eduardo Baena Ruiz**

D^a. M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 15 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 30 de marzo de 2015 por la Audiencia Provincial de Ávila (Sección Primera), en el rollo de apelación n.º 30/2015, dimanante del procedimiento ordinario n.º 426/2014 del Juzgado de Primera Instancia de refuerzo de Ávila.

- Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora D.^a María Lourdes Fernández-Luna Tamayo, en nombre y representación de D.^a Eva María .

- Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida el procurador D. Julio Cabellos Albertos en nombre y representación de D.^a Debora .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Carlos Sacristán Carrero, en nombre y representación D.^a. Eva María , interpuso demanda de procedimiento ordinario contra D.^a. Debora , suplicando al juzgado:

«[...] condene a la demandada a pagar a mi mandante la cantidad de 72.000 euros más los intereses devengados desde la interpelación judicial y con expresa condena en costas.»

2.- Por decreto de 17 de junio de 2014 se admitió a trámite la demanda, dando traslado a la parte para contestar.

3.- D^a. Debora representada por la procuradora doña Sonia Rivas Farpon, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

«[...] por contestada en tiempo y forma la demanda interpuesta por D^a Eva María , dictando la resolución que proceda en la que apreciando prejudicialidad civil, decrete la suspensión del curso de las actuaciones hasta que finalice el proceso de divorcio. Solo si no se acordara la suspensión solicitada mediante audiencia previa, en la que se resuelva sobre la falta de litisconsorcio pasivo en los términos previstos en el artículo 420 de la L.E.C ., y si fuera subsanado dicho defecto continuar el procedimiento por los trámites procesales pertinentes, dictar en su día sentencia por la que desestime íntegramente la demanda interpuesta por contra mi representada con expresa imposición de costas a la demandante. »

4.- La representación procesal de D^a. Debora , formuló alegación de compensación que fue contestada por la parte actora por escrito de 12 de septiembre de 2014.

5.- El Juzgado dictó sentencia el 27 de noviembre de 2014 con la siguiente parte dispositiva:

«Estimo íntegramente la demanda presentada por el procurador D. Carlos Sacristán Carrero, en nombre y representación de Eva María contra Debora y condeno a ésta al pago a la demandante de la cantidad de 72.000 euros, más los intereses legales desde la presentación de la demanda y las costas del procedimiento.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La representación de doña Debora , interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo conocer de él a la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Avila, que dictó sentencia el 30 de marzo de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

« Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D^a. Debora contra la sentencia de fecha 27 de Noviembre de 2014 del Juzgado de Refuerzo de Ávila, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma, condenando a la demandada al pago a la actora de la cantidad de 36.000 €, mas los intereses tal y como se establecen en la sentencia que se recurre. Cada parte abonará sus propias costas en 1a Instancia y apelación.»

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La representación procesal de D.^a Eva María formuló recurso de casación contra la anterior sentencia con base en los siguientes motivos:

Primero: se basa en la vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 25 de febrero de 1997 y 8 de febrero de 2007 ,

Segundo: se alega infracción por inaplicación del art. 1369 CC , con vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo, y cita concretamente las sentencias de 26 de marzo de 1979 y de 3 de noviembre de 2004 .

Tercero: se basa en la violación de la doctrina del Tribunal Supremo contenida en las STS de 26 de enero de 1994 , 28 de octubre de 2005 y 16 de mayo de 2007 en relación con la solidaridad tácita o impropia

2.- La sala dictó auto el 14 de junio de 2017 con la siguiente parte dispositiva:

«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Eva María contra la sentencia dictada con fecha 30 de marzo de 2015 por la Audiencia Provincial de Ávila (Sección Primera), en el rollo de apelación n.º 30/2015 , dimanante de procedimiento ordinario n.º 426/2014 del Juzgado de Primera Instancia de refuerzo de Ávila.

»2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.»

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de doña Debora manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 31 de octubre de 2017 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:



- 1.-** D^a. Eva María interpuso demanda contra D^a. Debora en reclamación de 72.000 euros que, según aquella, le adeuda.
- En concreto, alega la actora que la entidad mercantil Decoplan S.L. ejecutó en el año 2007 unas obras por encargo de la demandada, que tenían por objeto la adaptación de un local para la actividad médico-estética que desarrollaría D.^a Debora .
- D.^a Eva María el día 5 de noviembre de 2007 realizó a Decoplan una transferencia de 72.000 euros, por cuenta de D.^a Debora , para surtir efecto como pago de parte del precio de la ejecución de las obras.
- Cuando tuvo lugar la transferencia la demandada era cónyuge del hijo de la actora, D. Agustín , pero afirma la demandante que tal cantidad fue un préstamo que hizo solo y exclusivamente a su nuera D.^a Debora , no a su hijo D. Agustín .
- 2.-** La demandada, que se encuentra divorciada de su esposo D. Agustín y en trámite de liquidación de la sociedad legal de gananciales, opuso en la contestación a la demandada como excepción, en lo ahora relevante, que el único deudor es D. Agustín , hijo de la actora y su cónyuge al tiempo de la transferencia, y no ella, pues las obras tenían como finalidad la adaptación del local a un negocio común; por lo que en la liquidación de la sociedad de gananciales procedería una compensación de créditos.
- Concluye que carece de legitimación pasiva en relación con la acción ejercitada, entendida como falta de legitimación "*ad causam*".
- Pero añade que, si así no se entendiese, y estuviese pasivamente legitimada para soportar la acción ejercitada, que se declare, con carácter subsidiario, defectuosamente constituida la relación jurídico procesal, «incurriendo en el supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, toda vez que siendo el esposo, D. Agustín el obligado directo, quien por tanto resultaría afectado por el resultado del pleito tendría que ser traído al procedimiento a fin de evitar indefensión...»
- 3.-** La demandada alegó que dicha cantidad le fue concedida a los esposos y que su finalidad fue la realización de obras en un negocio común, y por ello debe procederse a una compensación de créditos.
- 4.-** La sentencia de primera instancia estimó la demanda, al entender acreditado que la demandada por sí, y no junto a su marido, fue quien recibió el préstamo de dinero que le hizo la actora, por importe de 72.000 euros, para sufragar las obras del local en que ejercía la actividad de médico estética. Por tanto corresponde el pago a ella, sin perjuicio de la reclamación que haga en la liquidación de la sociedad de gananciales.
- No consideró probada la existencia de créditos a favor de la demandada contra la actora; por lo que no cabe la compensación de créditos que, con carácter subsidiario, había excepcionado aquella.
- 5.-** La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que conoció la Sección nº 1 de la Audiencia Provincial de Ávila, que dictó sentencia el 30 de marzo de 2015 por la que estimó parcialmente el recurso, con revocación también parcial de la sentencia, y condenó a la demandada a pagar a la actora la mitad de lo reclamado por ésta, esto es, 36.000 €.
- 6.-** La motivación de la sentencia de la Audiencia, en lo que es de interés para el recurso, es la siguiente:
- (i) Cuando la actora realizó la transferencia a Decoplan, el hijo de la demandante y la demandada estaban casados en régimen de gananciales, siendo propietarios de una empresa para la que Decoplan realizó obras que después abonó la demandante.
- (ii) La clínica en que se invirtió la cantidad recibida era de ambos cónyuges, como lo prueba que el hijo de la actora hizo transferencias a Decoplan S.L. el 1 de agosto y 25 de junio de 2007 en relación con las obras de la consulta médica. Por tanto se presupone que los 72.000 € que abonó la demandante a Decoplan se ha de entender que es a favor de la sociedad.
- (iii) De lo anterior concluye que la demandada habrá de abonar a la actora la mitad, y la otra mitad la habrá de abonar su hijo, si es que ella lo desea.
- (iv) Sobre la compensación de créditos no se pronuncia.
- 7.-** La representación procesal de D^a. Eva María interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2-3º LEC , al oponerse aquella a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, articulando su recurso a través de tres motivos.
- 8.-** En el primero de ellos se basa en la vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 25 de febrero de 1997 y 8 de febrero de 2007 , en las que afirma que en



la sociedad de gananciales no hay partes o cuotas características de la comunidad romana y por tanto la sentencia recurrida yerra cuando atribuye una deuda al 50% a cada uno de los cónyuges.

En el segundo motivo de casación se alega infracción por inaplicación del art. 1369 CC , con vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo, y cita concretamente las sentencias de 26 de marzo de 1979 y de 3 de noviembre de 2004 .

Indica la STS de 26 de marzo de 1979 :

«[...] CONSIDERANDO que desde el punto de vista del derecho sustantivo y civil que subyace en el caso es necesario y preciso puntualizar: a) Que la sociedad legal de gananciales, o más en concreto el patrimonio ganancial, no tiene personalidad jurídica propia capaz de contraer deudas como tal y por sí, sino sólo a través de los cónyuges y titulares del mismo, cuyos actos, según las normas del Código Civil, son las que vinculan y fijan la responsabilidad de la sociedad; b) que, consecuentemente, las deudas contraídas por uno de los cónyuges, normalmente el marido administrador, no se transmiten, como en el supuesto herencial, al otro cónyuge en el caso de disolución de la sociedad, sino que pasan a ser carga o responsabilidad del patrimonio que ha de liquidarse, en cuya liquidación pueden participar (artículo. 1.082 Código Civil , por ejemplo) a través de los herederos del cónyuge personalmente deudor, los acreedores de éste, sin perjuicio de sus acciones contra la masa patrimonial, cuya titularidad ostentan los herederos del premuerto y el cónyuge supérstite; c), que por tanto, la mujer en este caso no se convierte en deudora, por no haber contratado ni contraído débito, sino en sujeto pasivo de una responsabilidad limitada al ámbito patrimonial de la sociedad disuelta y en liquidación, es decir, a la mitad del importe de los gananciales.

»CONSIDERANDO que estas precisiones, eco de la vieja distinción entre débito y responsabilidad, configuran la posición del cónyuge viudo -al que se intenta traer a juicio como interesado en una reclamación por deuda personal del marido con repercusión en la masa ganancial- como, formalmente y en principio, ajena a dicha exigencia, en el sentido de que por no ser heredero del deudor y sí sólo presunta y limitadamente responsable en su mitad de gananciales -luego de practicada la división- no puede verse afectado por la sentencia impugnada, que se limita a declarar la existencia de una deuda contraída por el cónyuge premuerto y transmitida a sus herederos o causahabientes demandados, sin prejuzgar en absoluto sobre la responsabilidad ganancial del débito, respecto al cual la mujer tiene garantizada su defensa e interés por la vía sustantiva dicha - amén de lo previsto en los artículos 1.413 del Código Civil y 144 2º. Del Reglamento Hipotecario- y por la del artículo 1.252 del Código Civil , en tanto en cuanto no existe responsabilidad solidaria entre la mujer y los herederos del marido deudor, ni la prestación de dar dinero es indivisible.[...].»

La STS de 3 de noviembre de 2004 afirma:

«[...] se hace necesario distinguir entre deuda (deber de realizar la prestación) y responsabilidad patrimonial (sujeción del patrimonio propio a la facultades de agresión de los acreedores, para la satisfacción coactiva de los créditos). Distinción que da pie para declarar que, en los matrimonios regidos por las normas de la sociedad de gananciales, si la obligación la contrae, nomine proprio, uno de los cónyuges él será el único deudor, no el otro (ni aquella sociedad, carente de personalidad jurídica); y que, pese a ello, responderán directamente ambos cónyuges con los bienes comunes si (como se ha dicho, habiéndola contraído sólo uno y, por lo tanto, no los dos o uno con el consentimiento del otro, casos previstos en el artículo 1.367 del Código Civil) la deuda es de la naturaleza que el legislador toma en consideración para facultar a los acreedores a que hagan efectivo su derecho con una ejecución directa sobre los bienes comunes. [...]»

También cita en el desarrollo del motivo las SSTS de 27 de noviembre de 1993 y de 23 de diciembre de 1992 .

El tercer motivo de casación se basa en la violación de la doctrina del Tribunal Supremo contenida en las STS de 26 de enero de 1994 , 28 de octubre de 2005 y 16 de mayo de 2007 en relación con la solidaridad tácita o impropia, cuando la sentencia recurrida, sin ningún amparo legal, opta por la mancomunidad a pesar de encontrarnos ante una comunidad de intereses que genera solidaridad.

9.- La sala dictó auto el 14 de junio de 2017 por el que admitió el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso, si bien alegó óbices de admisibilidad, esencialmente por falta de claridad al exponer la infracción cometida por la sentencia recurrida sobre la doctrina del Tribunal Supremo. Insistió esta parte, en sus consideraciones previas que, en los autos que dan origen al presente recurso, no fue demandado su esposo.

SEGUNDO.- *Decisión de la Sala.*

Para la adecuada inteligencia de la decisión de la sala vamos a ofrecer una respuesta conjunta a todos los motivos del recurso, según autoriza la doctrina de ésta, de la que podrá colegirse que, aún aceptando que

era posible una mejor técnica casacional, el problema jurídico que plantea el recurso no es oscuro ni puede tacharse de poco claro.

1.- Ante todo se ha de tener en cuenta que la sentencia recurrida declara como probado, y lo hemos de respetar por no haberse combatido este extremo, que el dinero que entregó la actora a Decoplan por transferencia era para ambos cónyuges, pues tenía como fin satisfacer las obras de adaptación de una clínica que era propiedad de los dos. Las funciones que asumieron cada uno de ellos en la clínica carecen de relevancia a los efectos del debate. El dinero tuvo como destino la mercantil Decoplan, pero para afrontar los gastos que ambos cónyuges habían de soportar en la mejora del negocio común.

Por tanto, y ese sería un primer dato, los deudores son los dos cónyuges y no uno solo de ellos.

Así lo entiende la sentencia recurrida cuando decide que cada uno de ellos debe soportar la devolución del 50% del dinero recibido.

2.- La anterior declaración ha de interrelacionarse con algo que parece flotar en los debates de las instancias, a saber, que la deuda sería de la sociedad de gananciales.

Tal afirmación sería errónea, pues como dice la sentencia 10/2016, de 1 de febrero, «La sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica, por lo que en sentido estricto no puede contraer deudas. Son los cónyuges los que aparecen como deudores. Ahora bien, si la deuda se ha contraído para satisfacer atenciones de la sociedad, habrán de utilizarse los bienes de ésta para su pago, y en caso de que sea el patrimonio de los cónyuges quien lo haga, tendrá un crédito contra el patrimonio ganancial. En este sentido puede hablarse de deudas «a cargo» de la sociedad de gananciales, en cuanto deben ser soportadas por su patrimonio. Pero no existe una estricta coincidencia entre el carácter de la deuda (ganancial o privativa) y el patrimonio que ha de responder, pues el Código Civil con un criterio generoso y favorecedor del tráfico hace responsables a los bienes privativos de deudas gananciales, sin perjuicio de los reintegros pertinentes, y viceversa.»

3.- De ahí, que sea correcta la cita que hace la parte recurrente de las sentencias de la sala de 26 de marzo de 1979 y 3 de noviembre de 2004, pues se hacen eco de la vieja distinción entre débito y responsabilidad, esto es, «[...] se hace necesario distinguir entre deuda (deber de realizar la prestación) y responsabilidad patrimonial (sujeción del patrimonio propio a las facultades de agresión de los acreedores, para la satisfacción coactiva de los créditos)».

4.- En el caso enjuiciado el problema que se plantea es de débito y no de responsabilidad.

A partir, según se ha expuesto, de que ambos cónyuges son codeudores de la cantidad reclamada ha de dilucidarse si responden ante el acreedor de forma mancomunada, como ha decidido la sentencia recurrida, o de forma solidaria.

La sentencia 749/2014, de 17 de diciembre, acudió a la doctrina de la sala respecto a la aplicación de los arts. 1137 y 1138 CC, y declaró lo siguiente:

«[...] la obligación con pluralidad de sujetos es mancomunada, mientras no conste lo contrario, es decir, que sea solidaria, por voluntad de las partes o por disposición legal. Aunque, por voluntad de las partes, el artículo 1137 CC diga que será "cuando la obligación expresamente lo determine", la jurisprudencia ha entendido, reiteradamente, que se puede desprender del contexto de la obligación, de la naturaleza del contrato que la originó, de la relación entre las partes o del conjunto de antecedentes o circunstancias que los sujetos han querido que la obligación fuera solidaria.

»Tal doctrina se viene manteniendo por la Sala en una larga lista de resoluciones, como afirma la sentencia de 24 de febrero de 2005, en las que se declara que el artículo 1137 del Código Civil ha sufrido una interpretación mitigadora de su drástica y rigurosa normativa, en el sentido de entender que la solidaridad también existe cuando las características del contrato permitan deducir la voluntad de los interesados de crear un vínculo de dicha clase, obligándose *"in solidum"*, o resulte aquella de la propia naturaleza de lo pactado lo que de modo especial sucede cuando se trata de facilitar la garantía de los acreedores (sentencia de 11 de octubre y 26 de julio de 1989 y de 28 de diciembre de 2000, entre otras).

»Este último inciso da pie para precisar lo que es doctrina de la Sala: «una cosa es que no se exija necesariamente el pacto expreso de solidaridad para que esta pueda considerarse existente y otra muy distinta que la regla general sea la solidaridad y no la mancomunidad simple» (STS 26 de abril de 2004). Aquel pacto puede inferirse de las circunstancias mencionadas.

«Lo que no puede predicarse como doctrina, haciendo categoría de hechos singulares, es la concreta interpretación que se haga en cada supuesto de las circunstancias concurrentes.»...«[...] se pone mucho el acento para inferir el pacto de solidaridad en la comunidad jurídica de objetivos (STS de 13 de febrero de



2009). La sentencia de 31 de octubre de 2005 hace también mención a dicha comunidad, y a la hora de mitigar la rígida norma del artículo 1137 del Código Civil, se refiere muy especialmente a las obligaciones mercantiles «en las que debido a la necesidad de ofrecer garantías a los acreedores, se ha llegado a proclamar el carácter solidario de las mismas, sobre todo cuando se busca y se produce un resultado conjunto (sentencias de 27 de julio de 2000 y 19 de abril de 2001). Ello está de acuerdo con lo que la sentencia de 27 de octubre de 1999 denomina "el acervo comercial de la Unión Europea" en la que el artículo 10:102 de los Principios del Derecho europeo de contratos recoge el principio de la solidaridad cuando hay varios deudores obligados, principio tradicionalmente aplicado por este Tribunal cuando se trata de obligaciones mercantiles.»

Según se ha declarado probado entre los cónyuges se recibió el dinero por existir una comunidad jurídica de objetivos, y precisamente para atender a los gastos de adaptación del local en el que se desarrollaba el negocio común, como lo prueba el que la transferencia se haga directamente a la mercantil Decoplan S.L., que era la contratada para el proyecto y ejecución de las obras del local.

Que estemos en presencia de unos cónyuges no es relevante para la doctrina antes expuesta, y así se han pronunciado las audiencias provinciales con cita de la doctrina de la sala, pues se trata de una deuda contraída conjuntamente, cuya solidaridad se funda en que entre los deudores existe una comunidad jurídica de objetivos y queda evidenciada la voluntad de los contratantes de obligarse conjuntamente. Se aprecia que el marido de la demandada también hizo transferencias a Decoplan S.L.

5.- En atención a lo expuesto procedería, con estimación del recurso, casar la sentencia de la Audiencia y asumir la instancia.

6.- Pero al asumir la instancia, como consecuencia de casarse la sentencia de la Audiencia, se habría de decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia, aunque bien entendido que los hechos declarados probados por la Audiencia, y no combatidos a través del oportuno recurso, habrían de servir de soporte fáctico para la decisión de la Sala.

Pues bien, la conclusión sería que la apelante tiene legitimación pasiva, en concepto de deudora, para ser demandada, pero que también es deudor, esto es codeudor, el que entonces era su marido.

Si la deuda es mancomunada o solidaria, calificación que ya ha merecido nuestra provisoria consideración, sería un segundo estadio de la cuestión, pues el prius es declarar que D. Agustín, esposo de D.^a Debora, es codeudor (débito), con independencia de los bienes a cuyo cargo se contrajese aquella.

Este prius ha sido objeto de debate principal, tanto en la primera instancia como en la apelación, y, sin embargo, y a pesar de haber llamado la atención sobre ello la parte demandada en su contestación a la demanda, se ha decidido inaudita parte de D. Agustín, que tiene un interés directo y no reflejo en la decisión.

7.- De conformidad con lo previsto en el artículo 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «cuando por razón de lo que sea objeto de 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». Salvo algunos casos en que el litisconsorcio viene impuesto legalmente, lo más habitual es que el litisconsorcio provenga de la relación de derecho material que se va a dirimir en el proceso, que es a lo que se refiere el precepto transcrito cuando habla de lo que sea objeto de juicio. En estos casos, el fundamento del litisconsorcio necesario hay que buscarlo en la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídico materiales respecto de las cuales, independientemente de cual haya de ser el contenido de la sentencia estimando o desestimando la pretensión, aparece de modo previo la exigencia de que las afirmaciones en que se resuelve la legitimación han de hacerse frente a varias personas.

Como afirma la sentencia 898/2015, de 22 de noviembre, así lo impone la naturaleza de la relación jurídica establecida entre las partes de la que traiga causa el litigio, y el principio general de derecho que establece que nadie pueda ser condenado sin ser oído, hoy de rango constitucional en virtud del art. 24.2 de la Constitución.

La falta de litisconsorcio pasivo necesario constituye un presupuesto procesal de orden público (STC 77/1986, de 12 de junio), y por ello la jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de que pueda ser estimada de oficio en cualquiera de las fases del procedimiento (SSTS 4 de julio de 1994; 22 de julio de 1995; 5 de noviembre de 1996; 271/2008, de 17 de abril y 664/2012, de 23 de noviembre).

Como afirma la sentencia 664/2012, de 23 de noviembre, ya citada, la superación de la fase de la audiencia previa «no produce un efecto taumatúrgico», pues, de concurrir el defecto, no precluye la posibilidad de que sea apreciado, incluso de oficio en fase de casación, pues al ser una cuestión de orden público, la defectuosa constitución de la relación procesal impide la decisión sobre el fondo del litigio (STS 400/2012, de 12 de junio, entre otras).



8.- En supuestos como el presente en el que se ha llegado a la fase de sentencia, en ambas instancias, se ha de facilitar la subsanación de la omisión de audiencia y contradicción mediante la retroacción de las actuaciones y, para que así sea, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de retrotraer las actuaciones al momento procesal de la audiencia previa para, mediante el emplazamiento de los que debieron intervenir, subsanar el defecto (Sentencia 28 de junio de 2012).

Así lo mantuvo esta Sala en sentencia precedente 898/2005 de noviembre, con abundante cita de otras sentencias.

9.- En virtud de lo expuesto procede retrotraer las actuaciones a la fase de la audiencia previa para, con estimación del litisconsorcio, proceder por el Juzgado conforme a derecho, en el entendimiento de que si se ampliase subjetivamente la demanda será sin perjuicio de mantener la validez de los actos independientes de aquél procedimiento o cuyo contenido no pudiere haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción, de conformidad con lo previsto en el artículo 230 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC , procede no imponer a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Anulamos las sentencias dictadas en primera y segunda instancia.

2.º- Acordamos la retroacción de las actuaciones a la fase de la audiencia previa del procedimiento, sin perjuicio, caso de ampliación subjetiva de la demanda para subsanar el litisconsorcio, de mantener la validez de los actos independientes de aquél o cuyo contenido no pudiere haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción, de conformidad con lo previsto en el artículo 230 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

3.º- No ha lugar a imponer las costas del recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, al amparo de lo previsto en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , 203 y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Quedan aceptados los antecedentes de hecho de la anterior sentencia dictada en Recurso n.º 1519/2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con el respeto que me merece el parecer mayoritario de la sala, expreso brevemente -mediante el presente voto particular- mi discrepancia con la solución jurídica adoptada en el presente caso, que supone la anulación de las sentencias dictadas en ambas instancias y la retroacción de las actuaciones a la fase de la audiencia previa del juicio ordinario por apreciar que se da una situación de litisconsorcio pasivo necesario no cumplido.

La demanda inicial interpuesta por doña Eva María interesaba que se condenara a la demandada doña Debora a satisfacer a la demandante la cantidad de 72.000 euros más los intereses devengados desde la interposición judicial y con expresa condena en costas.

Esta sala, en el fundamento de derecho primero de su sentencia establece como hechos los siguientes: a) La demandante pagó a Decoplan S.L. la cantidad hoy reclamada por razón de unas obras ejecutadas por dicha mercantil en un local donde desarrollaba su actividad profesional la demandada; b) En la fecha en que se hizo dicho pago -5 de noviembre de 2007- la demandada estaba casada con el hijo de la demandante don Agustín , habiendo quedado disuelto posteriormente dicho matrimonio por divorcio y encontrándose en trámite la disolución de la sociedad de gananciales; c) La sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó a la demandada al pago de lo solicitado; y d) Recurrida dicha sentencia en apelación por la demandada, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso y condenó a la demandada al pago de la mitad de lo



reclamado -36.000 euros- por entender que la otra mitad correspondería pagarla al hijo ya que las obras se habían ejecutado sobre un inmueble que era de carácter ganancial.

Dicha solución es la que ha llevado a esta sala a considerar que no puede ser resuelta la pretensión de la demandante sin la concurrencia en la posición de demandado del hijo de la demandante don Agustín .

SEGUNDO.- Considero que, por el contrario, la solución que debió darse al asunto era la de estimar el recurso de la demandante, casar la sentencia recurrida y confirmar la dictada en primera instancia, todo ello mediante la estimación del motivo tercero del recurso de casación que, con cita de las sentencias de esta sala de 26 enero 1994 , 28 octubre 2005 y 16 mayo 2007 , afirma que -en cualquier caso- existe un supuesto de solidaridad tácita o impropia en el cual no existe el litisconsorcio necesario.

En el fundamento de derecho segundo, apartado 1, de la sentencia se dice que el dinero que entregó la actora por transferencia «era para ambos cónyuges, pues tenía como fin satisfacer las obras de adaptación de una clínica que era propiedad de los dos» y que «el dinero tuvo como destino la mercantil Decoplan, pero para afrontar los gastos que ambos cónyuges habían de soportar en la mejora del negocio común».

Con tales antecedentes, considero que existía una obligación solidaria a cargo de ambos esposos frente a la demandante, que había hecho un pago por ellos (artículo 1158 CC), de modo que doña Eva María podía dirigirse contra ambos conjuntamente o contra uno solo (artículo 1144 CC) exigiéndole el pago de la deuda por el todo, sin perjuicio de las relaciones existentes entre los deudores solidarios, lo que excluye la situación de litisconsorcio necesario.

TERCERO.- Según establece el artículo 12 LEC , tal situación de litisconsorcio necesario únicamente se plantea «cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados».

Es lo pretendido en la demanda lo que determina la existencia o no de la necesidad de llamar a otros sujetos como demandados y en este caso la demandante reclamó exclusivamente el pago a uno de los deudores solidarios, sin perjuicio de que en la demanda pudiera considerar a la demandada como deudora única.

Esta Sala tiene declarado reiteradamente (sentencias núm. 384/2015, de 30 de junio , 266/2010, de 4 de mayo , y 714/2006, de 28 junio , con cita de las de las de 16 diciembre 1986 y 28 diciembre 1998 que «... se exigen conjuntamente como requisitos para la existencia de la figura del litisconsorcio pasivo necesario, los siguientes: a) Nexo común entre presentes y ausentes que configura una comunidad de riesgo procesal; b) Que ese nexo, sea inescindible, homogéneo y paritario; y c) Que el ausente del proceso no haya prestado aquiescencia a la pretensión del actor» ; y añade lo siguiente: «la característica del litisconsorcio pasivo necesario, que provoca la extensión de la cosa juzgada, es que se trate de la misma relación jurídico-material sobre la que se produce la declaración, pues, si no es así, si los efectos a terceros se producen con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, entonces la intervención del tercero en el litigio podrá ser voluntaria o adhesiva, mas no forzosa».

En el caso parece evidente que no existe esa comunidad de riesgo procesal entre la demandada y su anterior esposo -hijo de la demandante- pues la reclamación se dirigió contra la misma y, por razón de la mencionada solidaridad, estaba obligada a satisfacer a la demandante íntegramente su crédito, siendo posteriormente cuando dicha demandada podrá derivar contra aquél la responsabilidad que le corresponda en el pago de la señalada cantidad según las relaciones internas que entre ellos existan.

CUARTO.- De todo ello, entiendo que habría de seguirse necesariamente la estimación del recurso de casación, dejando sin efecto lo resuelto por la Audiencia Provincial y confirmando la sentencia dictada en primera instancia sin especial declaración sobre costas causadas por dicho recurso y con imposición a la demandada de las costas causadas por su apelación, que debió ser desestimada (artículos 394 y 398 LEC), con devolución del depósito ahora constituido (Disposición Adicional 15ª.8 LOPJ).

En consecuencia, la parte dispositiva se pronunciaría en la siguiente forma:

FALLO

1.º- Estimamos el recurso de casación interpuesto en nombre de doña Eva María contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ávila (sección 1.ª) de fecha 30 de marzo de 2015, en el Rollo de Apelación n.º 30/2015 , dimanante de autos de juicio ordinario n.º 426/2014 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de refuerzo de dicha ciudad a instancia de la hoy recurrente contra doña Debora .

2.º- Casamos dicha sentencia dejándola sin efecto.

3.º- Confirmamos la sentencia dictada en primera instancia.



4.º- No ha lugar a especial declaración sobre costas causadas por el presente recurso, con devolución a la recurrente del depósito constituido.

5.º- Condenamos a la demandada doña Debora al pago de las costas causadas por su recurso de apelación.

Fdo. Antonio Salas Carceller

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ