

## El estatuto inacabado del codemandado en lo contencioso-administrativo



**César Cierco Seira**

*Catedrático de Derecho Administrativo.  
Universidad de Lérida*

[cesar@dpub.udl.es](mailto:cesar@dpub.udl.es) | <https://orcid.org/0000-0002-8455-7919>

Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio «Estudios Financieros» 2021** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Juan Antonio Xiol Ríos, doña Lucía Casado Casado, don Gabriel Doménech Pascual, doña Alicia González Alonso, don José Damián Iranzo Cerezo y don Fabio Pascua Mateo.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

### Extracto

La figura del tercero procesal en lo contencioso-administrativo, a pesar de los pasos dados en pos del fortalecimiento de su estatus, sigue planteando problemas de gran enjundia e interés. Problemas que nos recuerdan no solamente la complejidad insita en esta categoría, esquivo a su categorización y que no en vano ha hecho cavilar de antaño a la doctrina procesalista, sino también la idiosincrasia de su presencia en la rama de lo contencioso-administrativo, donde el tercero, lejos de ser un elemento colateral y raro, se torna en algo frecuente y tantas veces albergador de claves fundamentales en la explicación de la contienda que se libra. ¿Refleja la LJCA vigente esta riqueza? ¿Es capaz de dar respuesta a las distintas manifestaciones o expresiones que subyacen bajo el codemandado? Me temo que no del todo, y eso es precisamente lo que se intenta justificar en este trabajo.

**Palabras clave:** intervención procesal; tutela judicial efectiva de terceros; codemandado; proceso contencioso-administrativo; costas procesales.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

**Cómo citar:** Cierco Seira, C. (2021). El estatuto inacabado del codemandado en lo contencioso-administrativo. *Revista CEFLegal*, 249, 75-112.



# The unfinished statute of the joint defendant in administrative justice

César Cierco Seira

## Abstract

The figure of a third party added to a lawsuit in administrative justice, despite the steps taken towards strengthening its status, still brings issues of great substance and interest up. Issues reminding not only the inner complexity of this category, which eludes classification and has, for years, provided procedural law scholars food for thought, but also the singularity of its presence in the administrative justice branch, where that third party, far from being a collateral and uncommon element, turns into something frequent and many times harbouring fundamental keys to explain the waging disputes. Do the statutory provisions concerning administrative justice and procedural law reflect that wealth? May them answer to every form or expression lying beneath the figure of the joint defendant? Not quite, I'm afraid, and that is, precisely, what this paper aims at proving.

**Keywords:** third-party procedure; due process; joint defendant; administrative court procedure; costs.

**Citation:** Cierco Seira, C. (2021). El estatuto inacabado del codemandado en lo contencioso-administrativo. *Revista CEFLegal*, 249, 75-112.



## Sumario

1. La condición de parte del tercero interviniente y el significado de una atribución tal
2. La decisión de comparecer o no y las repercusiones de una personación tardía
3. Los desacordes en la conducta procesal del tercero interviniente
  - 3.1. El interviniente que solo quiere estar al tanto de lo que pasa
  - 3.2. El interviniente que pretende alinearse con el demandante. La expulsión del falso codemandado
4. El desarrollo de una estrategia defensiva propia: los avances en el ensanchamiento de su virtualidad
  - 4.1. El codemandado que pretende consolidar la defensa del acto administrativo con motivos que le favorecen singularmente
  - 4.2. El codemandado que pretende un empeoramiento de la posición del actor o un mejoramiento de la situación propia en comparación
  - 4.3. Algunas reflexiones sobre las consecuencias de la ampliación jurisprudencial de la capacidad del codemandado de plantear nuevos motivos
    - 4.3.1. ¿Debería revisarse la legitimación activa basada en el perjuicio causado por los motivos de una decisión administrativa?
    - 4.3.2. ¿Qué hay de la proscripción de la reconvencción en lo contencioso-administrativo?
5. La señal más reveladora de que el estatuto del codemandado está inacabado: las costas procesales

Referencias bibliográficas

## 1. La condición de parte del tercero interviniente y el significado de una atribución tal

La roca firme sobre la que se asienta la construcción del tercero en lo contencioso-administrativo viene dada en nuestros días por el artículo 24 de la CE. En tanto que titular de un derecho o interés legítimo el tercero es acreedor de una tutela judicial real y efectiva.

El tratamiento del tercero no puede traducirse en un estatus procesal inservible e ineficaz a los efectos de velar por su posición. De ahí el riesgo de aprisionarlo bajo una veste de cuasi-parte o parte semi-plena –que encarnaría el coadyuvante–. Asumido el vigor del artículo 24 de la CE no parece necesario darle muchas más vueltas: la condición o calidad que mejor se acomoda no puede ser otra que la de *parte*. El final del periplo en busca de la posición jurídico-procesal del tercero queda así despejado<sup>1</sup>. Y no solamente en lo que hace al proceso contencioso-administrativo, donde la fórmula de arranque del artículo 21 de la LJCA resulta inconcusa: «se considera parte demandada». Al mismo desenlace se ha ido a parar también en el proceso judicial civil, quedando consignado en el artículo 13 de la LEC: «El interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos»; y 14 *ibidem*: «Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, este dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes». Llamativa, desde luego, la contundencia de que hace gala la LEC en este punto, reveladora de la voluntad de zanjar ese debate previo en el que vivía instalada desde hace mucho la figura del interviniente. También el simple, en adelante, tendrá la calidad de parte y habrá que aceptar esta atribución legal en todo su significado.

Que sea considerado parte conlleva, antes que nada, la necesidad de interiorizar que el tercero está para defender su interés propio. Su misión no se contrae a defender el interés de la Administración, por mucho que ambos intereses converjan finalmente en el mantenimiento de la actuación impugnada. Probablemente, he aquí la clave de bóveda del cambio de paradigma en la inteligencia de esta figura respecto de la imagen histórica construida alrededor del coadyuvante<sup>2</sup>. El salto, además, es especialmente trascendente, como veremos,

<sup>1</sup> Para comprender las claves de este periplo y el decisivo influjo constitucional acúdase a los trabajos de Cano Mata (1982, 1985), García de Enterría (1975, 1983) y Muñoz Machado (1982a y 1982b).

<sup>2</sup> Conviene puntualizar, no obstante, que, aunque se identificase históricamente al coadyuvante con quien colabora en una causa que fundamentalmente pertenece a otro, a la Administración, nunca se interpretó esa colaboración como una aportación desprendida; antes al contrario, solía significarse que la moti-

en el proceso contencioso-administrativo, en la medida en que la sombra de la Administración resulta particularmente alargada. No en vano, uno de los reproches más incómodos con que ha debido convivir el tercero a lo largo de la intrahistoria de lo contencioso-administrativo ha sido el de la inutilidad de pretender mejorar la defensa del acto administrativo, asegurada como está nada menos que por la presencia necesaria de la Administración y sus servicios jurídicos. No es nada fácil desembarazarse de esta sombra de superfluidad –que, por cierto, sigue aflorando de tanto en tanto–<sup>3</sup>.

Si la misión es defender el interés propio, ello significa que en modo alguno está obligado a actuar de común acuerdo con la Administración. Por supuesto, hay una base compartida común –el mantenimiento de la actuación impugnada–, pero, sentada esta comunión, el desarrollo de la estrategia puede discurrir perfectamente por separado. La capacidad defensiva es, en efecto, completamente autónoma, pudiendo escoger a su conveniencia los medios de ataque y defensa procesales. De donde se desprende que su conducta procesal puede ser, en fin, muy diversa en el tablero.

---

vacación del coadyuvante era, por propio sentido común, «egoísta» en el entendido de que apoyaba las tesis de la Administración en la medida en que le convenía a él el mantenimiento del acto recurrido. Lo explicaba con mucha elegancia Martín Retortillo (1933): «El título [se refiere al de coadyuvante] no puede ser más pomposo, si tenemos presente lo que en la realidad acontece. Parece se trata de seres altruistas que prestan desinteresadamente su concurso para defender la causa de la Administración Pública, del interés general, y en la práctica vemos que no hay nada de esto [...] aunque se le llame coadyuvante de la Administración, no son más que meros defensores de sus intereses personales o corporativos, aunque ciertamente, en el caso controvertido, se hermanen o se identifiquen con los intereses de la Administración Pública» (pp. 118-119).

<sup>3</sup> Especialmente cuando se está haciendo frente a una petición de nulidad de actuaciones provocada por la falta de emplazamiento de un tercero. En ese contexto, suele echarse mano de este argumento, a veces con razonamientos *a pari* o *a simili* muy originales. Lo cierto es que, situados en el fragor de la discusión –y a la luz de las graves consecuencias de la nulidad de actuaciones–, resulta comprensible este tipo de esfuerzos dialécticos –aunque de fondo no sean asumibles–. Lo que me cuesta entender mucho más es que se defienda esta posición ante Estrasburgo como si formase parte o fuese un pilar estable de nuestra arquitectura de lo contencioso-administrativo, lo cual puede generar una imagen muy distorsionada del modelo:

El Gobierno manifiesta que lo que se ventilaba en el procedimiento que origina el presente caso era la concesión de una licencia de obra. Indica, que al ser las partes en este procedimiento P.P.L. y el Ayuntamiento, exclusivamente, la citación de los demandantes al procedimiento no era estrictamente necesario. En efecto, conviene, según él, considerar a los demandantes como coadyuvantes, según los principios del Derecho administrativo: estos no tienen obligatoriamente necesidad de comparecer pero, como era aquí el caso, sus intereses pueden estar suficientemente bien defendidos por los profesionales de los servicios jurídicos de la Administración, cuya función es también la de defender la legalidad del acto impugnado. El Gobierno concluye que la ausencia de participación de los demandantes en el procedimiento no ha vulnerado, por tanto, su derecho a un proceso equitativo (STEDH de 10 de enero de 2017, *Aparicio Navarro Reverter y García San Miguel y Orueta c. España*, § 31).

Como era de esperar, este argumento no convenció lo más mínimo al tribunal.

## 2. La decisión de comparecer o no y las repercusiones de una personación tardía

El tercero es parte, pero no es una parte originaria. Vale decir que su entrada en escena no es imprescindible en orden a mantener la dualidad consustancial al proceso. Mientras que la concurrencia de la Administración, en los términos del artículo 21.1.a de la LJCA, sí es requerida por fuerza, la participación del tercero puede darse o no; resulta, en este sentido, accesoria o eventual por contraste a la presencia, principal y necesaria, de demandante y demandado.

Técnicamente, la intervención del tercero se articula a la manera de una carga, es decir, como oportunidad de actuación procesal cuyo ejercicio es, en última instancia, libre. Por consiguiente, luego de enterarse de la pendencia del proceso, el tercero deberá valorar libremente, a su arbitrio, si le conviene personarse a fin de defender su interés. A tenor de lo previsto en el artículo 49.1 de la LJCA, dispondrá para ello de un plazo de nueve días.

En lo esencial, estamos ante una respuesta personal frente al hecho del proceso en curso y, como tal, resulta insondable. Puede ser más o menos reflexiva, más o menos estratégica e incluso más o menos acertada, visto, por supuesto, desde fuera. Al cabo, dependerá de un sinfín de variables, quien sabe si algunas de signo irracional. Con todo, es casi seguro que en el ánimo de defenderse y plantar cara al actor van a tener un peso destacado dos factores.

El primero está cantado: lo que está en juego, no tanto en tasación objetiva, sino pensando, sobre todo, en el valor subjetivo que le concede el propio interesado al acto controvertido y al provecho o la ventaja que de él extrae. No es este, desde luego, un estímulo exclusivo de la justicia administrativa. En realidad, pasa por ser un rasgo común de toda la familia del tercero interesado.

Sí es específico, en cambio, del proceso contencioso-administrativo un segundo factor: la confianza que se tenga en el interés o en la fortaleza de la Administración de cara a defender el acto controvertido y dar la batalla por su mantenimiento. Ocurre, en efecto, que la defensa del acto, en razón de la configuración de la relación jurídico-procesal en lo contencioso-administrativo, aparece asegurada de inicio por la presencia necesaria de la Administración en tanto que parte demandada. Siendo esto así, el tercero irremediamente va a preguntarse si vale la pena concurrir, con el coste que ello representa, el desgaste insito a la tramitación y aun el riesgo de la condena en costas.

A nadie escapa que valorar la lealtad y fortaleza del aliado principal se antoja un misterio. Desde luego, no se resuelve consultándolo sin más en una ventanilla. Se trata de una disposición difícil de captar y al cabo dependerá del cristal con que se mire. No es la misma la complicidad que puede tener el tercero con la Administración allí donde ese tercero resulta ser un empleado público de la misma –en la mente tengo los asuntos relativos a procesos selectivos– o la confianza que despierte la fuerza defensiva de las Administraciones peque-

ñas ante pleitos de mucha envergadura. De ahí la dificultad que se advierte en los profesionales de la justicia a la hora de dar un consejo categórico al respecto<sup>4</sup>.

Sea como fuere, diría que el sentir mayoritario de los abogados se inclina por comparecer. No es solo una cuestión de confianza –la que va a brindar contar con una defensa personal–. Tampoco de estricta pericia profesional. Hay otros motivos aún: hacer visible en el proceso jurisdiccional la posición propia; dejar a las claras que se tiene interés en el tema, que importa el mantenimiento del acto por el beneficio, utilidad o ventaja que ha reportado; marcar distancias con la Administración, alejando los recelos de confabulación; asegurar el énfasis en ciertos puntos o que tal o cual documento o prueba que no obran en poder de la Administración van a ser tomados en consideración; sin olvidar los efectos que la duración del pleito y los cambios en el ínterin pueden tener en la predisposición o el ánimo de la Administración. Una poderosa batería de razones que, aun cuando puedan acusar un sesgo corporativo –por otra parte, razonable–, sirve para desmontar, a mi juicio, cualquier alegato de superfluidad<sup>5</sup>.

Sea como fuere, no hay que olvidar que la decisión de restar al margen resulta perfectamente legítima. Incluso lo es la de colaborar con la Administración desde fuera, ayudando informalmente. Al término, acaso se revele acertada o no, errada, pero, con carácter previo, no es en sí misma censurable ni debe ser razón de prejuicio alguno –no equivale a un allanamiento con la pretensión del actor ni tampoco a un reconocimiento tácito de los hechos o razones invocados por este, como es obvio–. Sé que este tipo de puntualizaciones parecen de Perogrullo. Sin embargo, son extremos que debo ratificar porque pueden ser luego determinantes a la hora de afrontar intrincados problemas, como el alcance de la doctrina del conocimiento extraprocesal. Y es que a veces se viene a reprochar al tercero su

---

<sup>4</sup> Un retrato muy ágil y gráfico de la encrucijada y de lo que representa en la vida forense nos lo ofrece Chaves (2018).

<sup>5</sup> La posibilidad de que cada codemandado pueda confiar su defensa a un profesional distinto constituye en este sentido un aspecto que no debe pasarse por alto. La LJCA de 1956 exigía a los codemandados y coadyuvantes la litigación unida y bajo una misma representación y dirección si sus pretensiones no eran contradictorias (art. 36.1). La previsión desapareció en la LJCA de 1998 e interesa subrayarlo. Hoy, cada codemandado es libre de comparecer asociado o no con otros codemandados. Se da primacía a la defensa personalizada, aunque ello haya de suponer una elevación en la complejidad de la gestión del pleito.

Reflexionaba sobre ello Sánchez Morón (1986, pp. 99-100) en términos muy acertados. Señalaba el autor que la supresión de la obligación de litigación conjunta –que se preveía en el anteproyecto que a la sazón circulaba– no debía hacer descuidar el impacto que este cambio podía tener en los procesos con una elevada participación de terceros. De ahí la importancia de prever otros ajustes complementarios. En la vigente LJCA, encontramos así un claro contrapeso en el uso de la *simultaneidad*, aplicada tanto a la contestación a la demanda (art. 54.3: «La contestación se formulará primero por la Administración demandada. Cuando hubieren de hacerlo, además de la Administración, otros demandados, y aunque no actúen bajo una misma dirección, la contestación se formulará simultáneamente por todos ellos»), como a las conclusiones (art. 64.2: «El plazo para formular el escrito será de diez días sucesivos para los demandantes y demandados, siendo simultáneo para cada uno de estos grupos de partes si en alguno de ellos hubiere comparecido más de una persona y no actuaran unidos bajo una misma representación»).

negligencia por no haberse personado cuando tuvo oportunidad para ello. Pues bien, a fin de formarse un criterio cabal, importa que, desde la fuente, descartemos usar la diligencia como canon en cuanto pueda conducir a equívocos en la valoración del comportamiento esperable ante una carga procesal.

\*\*\*

Supongamos que el interesado decide no personarse. Perderá la oportunidad de intervenir e influir en la contradicción que va a desarrollarse en el interior del pleito y la sentencia que se dicte al término le será oponible sin falta, por lo que tendrá que asumir el perjuicio producido por la estimación de la pretensión del actor si este gana. Sentado lo cual, conviene realizar una serie de acotaciones.

Comenzaré señalando que la decisión de no comparecer admite una vuelta atrás en tanto se esté sustanciando el proceso. Si el tercero cambia de opinión, dispondrá aún de la posibilidad de personarse más tarde, vencido ya el plazo de emplazamiento, según recoge expresamente el artículo 50.3 de la LJCA:

Los demandados legalmente emplazados podrán personarse en autos dentro del plazo concedido. Si lo hicieren posteriormente, se les tendrá por parte para los trámites no precluidos. Si no se personaren oportunamente continuará el procedimiento por sus trámites, sin que haya lugar a practicarles, en estrados o en cualquier otra forma, notificaciones de clase alguna.

Esta intervención extemporánea o tardía comporta, eso sí, ciertas pérdidas. La más significativa es que se le tendrá por parte «para los trámites no precluidos». Se viene a significar de este modo que, pasados los nueve días previstos, el procedimiento, lejos de detenerse, va a continuar su curso sin necesidad de dar cuenta al tercero de los pasos que se vayan dando. Su reconsideración repentina no surtirá el efecto de retrotraer la tramitación. Podrá intervenir en adelante, en los trámites no precluidos, pero el estado en que se encuentre el proceso será inamovible, de modo que deberá asumir los efectos negativos derivados de la consolidación de los trámites precluidos. Es un peaje, por lo demás, convencional, que forma parte del tratamiento general de la intervención procesal y, en cuanto tal, aparece recogido en similares términos en los artículos 13 y 14 de la LEC<sup>6</sup>. Que la intervención se vea privada de la

---

<sup>6</sup> Precisamente al analizar esta regulación vemos en ella una precisión que, bajo mi punto de vista, debería ser igualmente un complemento del artículo 50.3 de la LJCA –y, sin estridencias, así puede interpretarse ya acudiendo a la función supletoria de la LEC–. Me refiero al establecimiento de una salvaguarda última tendente a que la preclusión no anule por completo la virtualidad contradictoria de la intervención, es decir, que, aun siendo tardía, permita, al menos, una mínima contradicción. El artículo 13.3 de la LEC dispone en este sentido que «también se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De estas alegaciones el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado, en todo caso, a las demás partes, por plazo de cinco días». Una exégesis detenida de esta previsión en Oromí Vall-Llovera (2007).

capacidad de retrasar la marcha del pleito se estima, en efecto, una conclusión razonable y necesaria a fin de evitar que se haga de ella un uso torticero, con fines puramente dilatorios<sup>7</sup>.

\*\*\*

Hay que insistir las veces que haga falta en el carácter personalísimo, *intuitu personae*, de la conducta del tercero frente al proceso que le afecta. De ella se deduce la panoplia de situaciones que salen a nuestro encuentro. Porque no solo se trata de decidir entre comparecer o no. Este es, desde luego, el dilema central. Pero después, más si se sigue la primera opción, se abre igualmente una rica gama de posibilidades, muchas de las cuales solo se comprenden con las lentes estratégicas de cada cual puestas. Luego de muchas horas de lectura de la jurisprudencia, procuraré ensayar una categorización de las versiones o registros más reconocibles. Diferentes rostros del tercero, cincelados por su conducta; distintas versiones del tercero interviniente que he ordenado a partir de un doble ejercicio. En primer lugar, he intentado aislar aquellas conductas que desencajen con el arquetipo del tercero contendiente, activo y combativo, ya sea por la pasividad o bien por el sentido anómalo de su defensa (epígrafe III). En segundo término, siguiendo el rastro del significado de la autonomía defensiva del tercero, he ahondado en sus límites, tratando de retratar los registros más atrevidos (epígrafe IV). Ni que decir tiene que no se pretende en absoluto ofrecer una clasificación cerrada. Dudo que esté a mi alcance y no sé siquiera si es realizable, vista la galería tan pintoresca y extravagante de situaciones que se dan en la praxis judicial. Mi objetivo es más modesto: encontrar una guía ordenada para hacer constatable la riqueza del tema y plantear una nutrida lista de problemas.

### 3. Los desacordes en la conducta procesal del tercero interviniente

#### 3.1. El interviniente que solo quiere estar al tanto de lo que pasa

Se diría que el esforzado camino en pos de la plenitud defensiva del tercero va a parar a un codemandado inquieto por apurar lo que le brinda su estatus. Sin embargo, no siempre es así. Sorprende al principio, pero hay terceros que comparecen, reclaman su condición de codemandado y dejan sin estrenar sus facultades de defensa. Hablamos de un tipo de tercero cuyo propósito, más que litigar, se contrae a seguir desde dentro los acontecimientos, monitorizando el discurrir de los autos. Por la razón que sea, ya porque no se juegue demasiado o porque desconfíe de la Administración, solo quiere enterarse de primera mano

---

<sup>7</sup> Ha estado presentado así desde antiguo. Tal vez es el extremo más pacífico en la caracterización de la intervención. Así, por ejemplo, en la Ley de lo contencioso-administrativo de 1888 ya aparece recogido: «El Tribunal tendrá como parte a los que se hallen en este caso y comparezcan debidamente en cualquier estado del recurso, cuya tramitación no podrá por esto retroceder o interrumpirse» (art. 37).

de cómo marcha el proceso –en qué punto está, qué dicen las partes...–. Sin embargo, no prevé bajar a la arena. Digamos que quiere aguardar en un segundo plano, a la manera de *observador* de la contienda<sup>8</sup>.

Se conoce que la hipótesis ocurre con cierta frecuencia. No en vano, de ello hay numerosos testimonios en la jurisprudencia: «[...] manifiesta que se ha personado en el proceso únicamente a efectos de estar informada de su resultado, que no tiene interés en que las disposiciones impugnadas tengan una u otra redacción, y que, cualquiera que sea el sentido de la sentencia que se dicte no le deben ser impuestas las costas»<sup>9</sup>; «su participación se limitó a pedir que se dictara sentencia ajustada a derecho, sin alegar ni esgrimir hechos ni razonamientos jurídicos a favor de la estimación o desestimación del recurso»<sup>10</sup>. Descripciones de la postura de terceros intervinientes que son expresivas de que, en efecto, la intención puede ser solo eso: observar lo que pasa. *Intervento solo per star a vedere*, por usar una célebre expresión<sup>11</sup>. Téngase presente, en todo caso, que se trata de terceros legitimados, es decir, titulares de un derecho o interés que puede verse perjudicado. No estamos ante simples curiosos –cuestión distinta es que el perjuicio en liza sea levisimo o que tal vez no se haya tamizado adecuadamente al practicar el emplazamiento–<sup>12</sup>.

Comprendo, de todos modos, que el matiz choque de entrada. ¿Qué más da?, se estará pensando. Luego de personado, el tercero interviniente adquirirá la condición de parte demandada. Cuál sea después su grado de compromiso en la dialéctica procesal se aparece intrascendente.

He aquí, no obstante, que amanece una modulación jurisprudencial creativa. Lo que está detrás de las descripciones anteriores no es otra cosa que la reacción del tercero frente a las *costas procesales*. Quizás no le importe demasiado la derrota, pero tener que pagar por ella, eso ya es otro cantar. Por esta razón, incluso con carácter preventivo, este tipo de tercero acostumbra a subrayar el objetivo último de su personación y la renuncia a participar activamente en el juicio. Se busca así obtener un salvoconducto que permita la entrada en el proceso pero sin el riesgo de una eventual condena en costas. Una suerte de patente que se sustentaría en una compensación entre dos extremos: a cambio de no contender, no habrá lugar a la condena *in expensis*.

<sup>8</sup> Tomo prestada la etiqueta que agudamente emplea José Ramón Chaves en una entrada de su blog: <https://delajusticia.com/2019/01/30/la-curiosa-personacion-en-litigio-como-simple-observador>. Por cierto que encontrará en este blog el lector numerosos pasajes dedicados al codemandado.

<sup>9</sup> STS de 21 de enero de 2019 (rec. núm. 639/2017).

<sup>10</sup> STSJ de Castilla y León núm. 70/2017, de 24 de marzo.

<sup>11</sup> Que recoge el maestro italiano Chiovenda (1901-2001, p. 233).

<sup>12</sup> Digo esto último porque, en ocasiones, más que tibieza, el tercero manifiesta que le es indiferente el resultado del pleito. Si esto es así, en ausencia de perjuicio, no debería haber pasado el filtro del artículo 21.1.b de la LJCA.

Si bien se mira, no hay nada de original en esta propuesta. A mí, al menos, me recuerda mucho a lo que ya ocurría con el coadyuvante. Diría que casi se aproxima a su reedición. Porque uno de los rasgos más definitorios del coadyuvante que se preveía en la LJCA de 1956 era, como se recordará, su ajenidad respecto de las costas procesales: ni devengaba ni abonaba costas. Lo cual se estimaba coherente con el hecho de que su posición procesal estaba por debajo del codemandado –que sí entraba en el reparto–<sup>13</sup>.

El caso es que esta solicitud de presencia simbólica tiene un cierto predicamento en los tribunales. Hay así un número significativo de pronunciamientos judiciales en los que se hace abstracción del tercero en el momento de distribuir las costas procesales, precisamente por responder a este perfil. No suelen darse explicaciones acabadas –lo cual, por desgracia, es cosa bastante común cuando hablamos de costas procesales–, pero se conoce que pesa la idea-fuerza de que solo los auténticos contendientes deben responder entre sí. Es como si la presencia procesal de «baja intensidad» no hubiera de contar a la hora de pasar cuentas sobre el coste del proceso por no haber «consumido» las facultades de defensa y por ceñirse su presencia a fines meramente informativos. Enfocada la intervención solamente en estar presente (*causae adesse*), las reglas que inspiran y explican el funcionamiento de las costas procesales, especialmente allí donde rige el criterio del vencimiento (*vittoria/sconfitta*), parecen inapropiadas<sup>14</sup>.

Luego volveré sobre este punto, al hilo del tratamiento de las costas procesales. En todo caso, adelanto ya que el problema que plantean estas modulaciones de la figura del tercero no se encuentra en la bondad o acierto de su motivación y sí, en cambio, en el encaje con una LJCA que adopta para sí una imagen monolítica del codemandado. Y, si no, basta una somera lectura del artículo 139 para constatar que no hay en su texto reserva o matización de ningún grado respecto del tercero comparecido –formalmente es, sin vacilación alguna, parte demandada ex art. 21–. De nuevo encallamos en esa concepción tan cerrada del tema: el tercero-observador es igual de parte que el tercero-batallador. Lo que ocurre es que el significado de la victoria o de la derrota difiere y ante un hecho así de evidente resulta complicado no responder en consecuencia. La clave está en cómo hacerlo cuando el régimen jurídico es, a conciencia o tozudamente, plano.

En todo caso, el tercero-observador, a pesar de pretender una presencia de «baja intensidad», tiene como sustrato un interés legitimador en toda regla. Quiere ello decir que no ha de confundirse esta modalidad con un tercero no perjudicado o, yendo un poco más allá, con un *amicus curiae*, figura puntualmente aplicada en nuestro contencioso-administrativo<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Un razonamiento detallado del porqué de este planteamiento en López Rodó (1943, pp. 212-216).

<sup>14</sup> Fundamental es a este respecto la célebre –y viva– disertación de Chiovenda (1901-2001, pp. 230-242).

<sup>15</sup> Un resumen de su significado y de algunos de los supuestos en los que se ha aplicado puede encontrarse en el ATS de 7 de febrero de 2018 (rec. núm. 1394/2017).

### 3.2. El interviniente que pretende alinearse con el demandante. La expulsión del falso codemandado

La siguiente parada nos sitúa ante una hipótesis que, a juzgar por las veces que se plantea la cuestión en la jurisprudencia, parece aún mucho más frecuente: el tercero que, en vez de apoyar a la Administración demandante, se sitúa del lado del actor.

Para entender cómo puede producirse una eventualidad tal es necesario reparar antes en nuestro modelo de emplazamiento a terceros. Cumple significar que el modelo se basa en el encargo a la Administración para que notifique la interposición del recurso a quienes figuren como interesados en la vía administrativa previa. El encargo, que está consignado en el artículo 49 de la LJCA, no discrimina entre interesados y *perjudicados*, que, en rigor, deberían ser los únicos llamados. Así debería sobrentenderse a la luz del artículo 21.1.b *ibidem*. Sin embargo, el tenor literal no ayuda, y si a ello sumamos la común inclinación defensiva de la Administración en la realización de este cometido de auxilio judicial –mejor pasarse y, si acaso, ya recortará el órgano judicial, que es quien tiene el mando final en la apreciación de la legitimación– tenemos que muchas veces reciben la invitación terceros cuyos derechos o intereses legítimos, en puridad, no van a verse perjudicados por la estimación del recurso<sup>16</sup>.

Sea como fuere, supongamos que el tercero se persona y es admitido como parte demandada. Lo que puede ocurrir a continuación es que, a pesar del rótulo, conteste a la demanda favoreciendo las tesis del demandante. Posición que puede intentar deslizarse de soslayo o plantearse de manera descarada como cuando se interesa la anulación de la resolución impugnada o la estimación de la demanda –o cuando se intenta un recurso de apelación a pesar de que la sentencia desestima íntegramente las pretensiones del actor–<sup>17</sup>.

Señalaba que, contrariamente a lo que pueda suponerse de antemano, esta suerte de transmutación dista de ser anecdótica. Tampoco contemporánea, pues hace mucho que colea este asunto. Tengo la impresión de que son ese tipo de situaciones en las que el justiciable ve un hueco y piensa que nada tiene que perder por intentar colarse, a pesar de que las posibilidades de conseguirlo, si todo funciona como debe, son inexistentes. Inexistentes porque la doctrina jurisprudencial al respecto está sólidamente asentada y no presen-

<sup>16</sup> Añadamos que esta fase de emplazamiento a terceros no incorpora, formalmente, un trámite de filtro de las notificaciones practicadas por la Administración a cargo del juez o tribunal, de manera que cabe que la presencia del falso codemandado no sea advertida más que al final. Cuando esto sucede, suele argüirse la vinculación nacida de una personación incontestada. Argumento que decae por afectar a materia de *ius cogens*. Muy gráfica al respecto es la STS de 14 de mayo de 2001 (rec. núm. 3742/1997), donde el tercero había sido admitido al principio, literalmente, como «correcurrente».

<sup>17</sup> No se puede tampoco cambiar de signo a la hora de recurrir. Hay que mantener la coherencia durante todas las instancias: «Cuando la sentencia desestima íntegramente el recurso contencioso-administrativo, no puede impugnarse su contenido por quien litigó como parte codemandada» (STS de 25 de enero de 2013, rec. núm. 4335/2009).

ta fisuras: no ha lugar a que el codemandado cambie de chaqueta y apoye al demandante ignorando que es parte contraria, llamada para hacer oposición al actor<sup>18</sup>.

Tres son los argumentos que se esgrimen a tal efecto. El primero arranca de la literalidad de la ley. El artículo 21 de la LJCA no atribuye al tercero la condición de parte a secas. Señala *expressis verbis* que se considerará parte *demandada*. Luego es inconcuso que solo se está admitiendo la intervención *ad opponendum* o *ad resistendum*<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Las raíces de esta doctrina jurisprudencial se hunden muy atrás y se han mantenido siempre firmes. Así, la entrada en escena de la CE y del potente derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no motivó un cambio de parecer:

Por mucha amplitud que constitucionalmente se haya reconocido al concepto de interesado, es lo cierto que en la vigente legislación reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –art. 30 L.J.-C.A.– la figura del coadyuvante solamente está prevista en nuestro ordenamiento en defensa de la Administración que actúa como demandada o como demandante en el proceso de lesividad. De ahí que no quepa admitir la intervención de D.<sup>a</sup> María en el concepto que solicita de coadyuvante del demandante, ya que de accederse a lo que ahora pretende, además de lo dicho, se desconocería el régimen de plazos para recurrir (ATS de 16 de julio de 1996, rec. núm. 845/1994).

Tampoco lo hizo el tránsito a la LJCA de 1998. El TS se cuidó tempranamente de dejar establecido que la novedad de la desaparición del coadyuvante en nada alteraba su posición sobre este particular:

Aun cuando la figura del coadyuvante ha desaparecido con la nueva Ley Jurisdiccional y la legitimación para el ejercicio de acciones frente a la Administración se regule de forma que englobe a los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, sin embargo, ello no implica la posibilidad de que dichos interesados puedan personarse en un recurso interpuesto por otro interesado fuera del supuesto de contemplado en el apartado 21.1.b) de la Ley. En efecto, el artículo 19 de la L.R.J.C.A. regula la legitimación activa ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, estableciéndose en los artículos 31 y siguientes, al demandante, como la única persona que puede pretender la declaración de no ser conforme a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación. De otro lado, es el artículo 21 de la Ley, el que regula la figura del interesado en el proceso, cuya personación se produce después de haberse iniciado este, y cuyos derechos o intereses legítimos son contrarios a los del demandante, ya que pueden quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante. Por tanto, en lo único que ha cambiado la regulación actual es en la desaparición de la figura del coadyuvante, entendiéndose que todo el que se persone en el recurso como titular de un derecho subjetivo o interés legítimo para sostener la conformidad a Derecho de la disposición, acto o conducta de la Administración, actúa como codemandado, pero si con la Ley Jurisdiccional de 1956 no se acogía la figura del coadyuvante del demandante, con la actual tampoco se permite la posibilidad de personarse como tercero interesado con pretensiones contrarias al acto recurrido y en apoyo de las tesis del demandante (ATS de 22 de enero de 2001, rec. núm. 8022/1999).

Por lo demás, de su plena vigencia en nuestros días son testimonio, entre tantas, las SSTs de 14 de mayo de 2001 (rec. núm. 3742/1997), 22 de noviembre de 2007 (rec. núm. 7539/2004) y 23 de noviembre de 2010 (rec. núm. 437/2007).

<sup>19</sup> La claridad con la que la jurisprudencia afronta este tema y el rechazo categórico de que hace gala no es equiparable del todo con el estado de opinión que encontramos en la doctrina científica. Algunos autores

Un segundo argumento profundiza en la nuez de la negativa: la caducidad de las acciones procesales. De admitirse semejante cambio de posición se estaría ignorando la existencia de un plazo taxativo para interponer el recurso contencioso-administrativo y el dogma de la firmeza del acto administrativo no recurrido. A través de la intervención se produciría una inesperada reapertura del plazo para accionar contra la Administración con merma del orden público procesal y generando a la postre una grave disfunción en la armonía de los mecanismos ordinarios de reacción frente a los actos administrativos considerados ilegales. Si el tercero quería combatir el acto, debió haber obrado, ni más ni menos, como el actor, recurriendo dentro del plazo. Una pluralidad que se habría ventilado entonces por el conducto ordinario de la acumulación<sup>20</sup>. El respeto al régimen de plazos para recurrir se erige en suma en el principal obstáculo a una intervención *ad adiuvandum*<sup>21</sup>.

Precisamente en íntima conexión con lo que acaba de señalarse, interesa caer en la cuenta de que, detrás del falso codemandado, se esconde a menudo un actor disfrazado y rezagado que ve en su emplazamiento la oportunidad de un ardid. Se explica por ello que la respuesta de algunos tribunales se asemeje mucho a una recriminación por un comportamiento contrario a la buena fe procesal<sup>22</sup>. Tan es así que ha llegado a calificarse directamente de «fraude procesal» semejante mutación, aplicando en consecuencia el artículo 11 de la LOPJ –que es el frontispicio de la buena fe procesal– para rechazarla<sup>23</sup>.

Finalmente, tenemos, como tercera razón, el carácter sorpresivo y la situación de indefensión en la que se ve inmerso el demandado desde el momento en que el velo se levanta al tiempo de la contestación a la demanda, esto es, cuando este ya ha consumido la

---

han intentado ir aguas arriba para plantearse si, en términos abstractos, podría tener cabida la intervención *ad adiuvandum* en el proceso contencioso-administrativo. González Pérez dejó constancia, por ejemplo, de su parecer favorable (1983, p. 1288). Más recientemente, Soriano García (2014, p. 881-885) ha vuelto a reflexionar sobre el particular, llegando a la conclusión de que la negativa a admitir esta posibilidad pasa a constituir una nueva ventaja no escrita de la Administración en el proceso contencioso-administrativo.

<sup>20</sup> Acumulación e intervención deben conjugarse adecuadamente en la justicia administrativa. Si no, se da pie a la existencia de pleitos conexos que, tramitándose por vía paralela, llevan a un entrecruzamiento de actores y codemandados, que enreda enormemente la trama y que puede comprometer la continencia de la causa. Muy gráfica en este sentido resulta la STS de 11 de mayo de 2018 (rec. núm. 1122/2016): resolución que señala a varias empresas como responsables por una interrupción del suministro eléctrico; una de esas empresas se persona como codemandado en el recurso de la otra y al mismo tiempo impugna ella también por su cuenta.

<sup>21</sup> Es simple: «La reseñada recurrente, discute en su argumentación jurídica la resolución impugnada como si ocupara procesalmente la posición de demandante pero sin haber interpuesto oportunamente el correspondiente recurso contencioso-administrativo» (STS de 13 de enero de 2012, rec. núm. 2794/2011).

<sup>22</sup> Particularmente apreciable allí donde el tercero, una vez admitida su intervención, asume sin cuestionarla la condición de codemandado y espera a que el proceso transcurra y se afiance su presencia para después hacer valer esta circunstancia como admisión tácita de la legitimidad para defender su posición, sea cual sea.

<sup>23</sup> Valga como muestra la STS de 21 de octubre de 1998 (rec. núm. 9252/1991).

oportunidad de rebatir y contradecir. Semejante ausencia de réplica quiebra la igualdad de armas que impone cabalmente el principio de contradicción.

La puerta está, bien se ve, cerrada a cal y canto. Cuestión distinta es la manera de hacer efectivo el portazo. A falta de una solución formal clara, los tribunales parecen decantarse, lisa y llanamente, por no tomar en consideración las alegaciones del falso codemandado<sup>24</sup>. Ese *desconocimiento* resulta técnicamente vago y no está exento de problemas de comprensión<sup>25</sup>. Probablemente sea lo de menos, pero no acaba de convencerme la fórmula. En mi opinión, proporcionaría más claridad al desenlace –y de paso tal vez prevendría la aparición del problema– la formalización de una expulsión del proceso en estos casos.

## 4. El desarrollo de una estrategia defensiva propia: los avances en el ensanchamiento de su virtualidad

En la tarjeta de presentación del codemandado moderno suele insistirse en que este tiene plena autonomía para desplegar su propia estrategia defensiva, desmarcándose de la Administración. Acabamos de señalar, no obstante, que deberá, eso sí, respetar la coherencia que exige su condición de parte demandada. De manera que la fidelidad que se espera de su intervención atañe al mantenimiento del acto impugnado y no a la línea argumental trazada por la Administración. A salvo de esta elemental exigencia, queda luego abierto el campo para insuflar «personalidad propia» a la defensa.

<sup>24</sup> Así despacha el problema el TS, por ejemplo, en la STS de 22 de febrero de 2006 (rec. núm. 54/2003): «Ese cambio de posición procesal es contrario a la Ley, de modo que si bien la Sala no puede inadmitir el proceso en relación con quien no es demandante en el mismo, si puede desconocer la posición de la demandada que no postula el rechazo del recurso sino que por el contrario pretende su estimación». En la misma línea, *ex multis*: SSTS de 26 de marzo de 2014 (rec. núm. 5884/2010), 26 de mayo de 2015 (rec. núm. 328/2014) y 20 de abril de 2016 (rec. núm. 944/2014).

<sup>25</sup> Como los que afronta la STS de 4 de noviembre de 2015 (rec. núm. 77/2014). En la instancia se había rechazado tomar en consideración las alegaciones de una serie de codemandados que actuaban en fraude procesal. Sin embargo, el tribunal *a quo* sí tuvo en cuenta el material probatorio por ellos aportado. Lo que se planteaba ante el TS era, pues, si el desconocimiento, como reacción ante el falso codemandado, afecta a toda su actuación procesal o únicamente a sus alegaciones. Esta fue su respuesta:

El motivo no puede ser estimado por las siguientes razones:

a) El tenor literal del razonamiento de la sentencia, en lo que aquí nos interesa, es el siguiente: «Se desprende por ello de lo anterior, según constituye doctrina consolidada de esta Sala, que la intervención de dichas partes "codemandadas" en este procedimiento ha de ser considerada como un fraude procesal y por ello no es posible, en este procedimiento judicial, tomar en consideración sus alegaciones, en definitiva encaminadas a declarar la nulidad de la resolución impugnada». En definitiva la sentencia niega valor a las alegaciones de las partes, pero no contiene, extremo que no se ataca, una declaración de «expulsión del proceso» impeditiva de la posibilidad de aportar material probatorio.

Naturalmente, el codemandado puede reforzar la línea de la Administración si así lo cree oportuno, con desarrollos adicionales que ultimen la fundamentación jurídica o aportando documentos u otras pruebas que obran solo en su poder y a los que la Administración no tenía alcance o, simplemente, desconocía. Puede, asimismo, añadir otras líneas de ataque, significando, se me ocurre, motivos de inadmisión del recurso que vendrían a sumarse a las razones de desestimación invocadas por la Administración. Una labor complementaria que no hay por qué despreciar, pues bien puede suceder que acaben siendo determinantes los elementos de juicio traídos por el codemandado<sup>26</sup>. Que haya una defensa armónica, compartida, entre ambas partes puede ser una opción perfectamente respetable. En todo caso, ha de quedar claro que no se impone de suyo una jerarquía en la defensa jurídica de la Administración, que no ostenta una suerte de dirección superior en la oposición al recurrente<sup>27</sup>.

Pero, más que esta versión de escudero solícito, la indagación que toca tiene que ver con la profundidad e inteligencia de ese apartamiento del que hace gala la categoría y del que tanto depende al fin la confirmación de su real y genuina sustantividad. ¿Hasta dónde alcanza el derecho de abogar del codemandado? ¿Es esa predicada libertad así de amplia como se pinta? A ello dedicaré las páginas que siguen a continuación.

#### 4.1. El codemandado que pretende consolidar la defensa del acto administrativo con motivos que le favorecen singularmente

El postulado de la caducidad de la acción procesal presta una piedra de toque de suma utilidad para calibrar la autenticidad del codemandado y acantonarlo allí donde se hace patente la reversión de su interés procesal. Si lo que quieres es recurrir la actuación de la Administración, lo que deberías haber hecho, porque podías hacerlo, es interponer el correspondiente recurso cuando tocaba. De lo contrario, utilizarías el emplazamiento a terceros de una manera torticera, fraudulenta.

No hay duda de que el argumento es poderoso y convincente. Diría incluso que irrefutable cuando el tercero que se tiene enfrente pretende en el fondo la anulación del acto recurrido.

<sup>26</sup> Por algo todos los estudiosos de la figura del coadyuvante en lo contencioso-administrativo han coincidido en destacar que no debía menospreciarse su posible contribución en cuanto a la aportación de datos y pruebas. Digamos que quien tiene interés personal en la defensa de su patrimonio personal, aparte de empeño o determinación en mantenerlo, suele disponer de información susceptible de completar la averiguación de lo ocurrido.

<sup>27</sup> Hay contextos donde hasta parece que cambian las tornas. Así, en los litigios de responsabilidad patrimonial, se ha planteado qué incidencia habría de tener el artículo 74 de la Ley de contrato de seguro –a cuya virtud: «Salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador»– cuando la víctima dirige su acción de responsabilidad patrimonial también contra la compañía de seguros. De interés son las acotaciones al respecto de Grijalba López (2011, p. 153-166).

Ocurre, sin embargo, que los matices, la idiosincrasia de la intervención en lo contencioso-administrativo da lugar a posiciones que no encajan perfectamente en la forma procesal clásica o prototípica; que se aproximan, sí, pero cuya singularidad es lo suficientemente significativa como para que las respuestas tradicionales desfallezcan. El tercero en lo contencioso-administrativo no puede comprenderse olvidando el papel complementario que desempeña en cuanto a la configuración de la legitimación pasiva. Tan es así que a veces el tercero constituye el verdadero contrincante, lo cual resulta especialmente constatable allí donde media una rivalidad entre particulares, que se concreta alrededor de una decisión administrativa. En estos escenarios, se recurre contra la Administración por haber decidido a favor del contrincante, pero el interés que justifica la contienda es la eliminación de la utilidad o ventaja que este ha obtenido en lo que representa de perjuicio correlativo sobre la que se buscaba o ya se venía disfrutando. Los ejemplos son abundantes. Basta con echar mano de la larguísima lista de procedimientos administrativos competitivos (contratación, función pública, etc.). Pero podríamos ir más allá, visto que también en los procedimientos administrativos de los que se deriva el reconocimiento o la constitución de un derecho u otra situación jurídica favorable puede reproducirse la misma tensión entre rivales.

Pues bien, la posición de estos terceros puede adquirir tintes muy singulares. Y, si no, veamos qué ocurre con la *motivación* del acto administrativo. Porque el tercero no se conforma muchas veces con la denegación de la solicitud de su rival, sino que tiene para sí fundamental que esa denegación incorpore ciertos motivos, que son los que más convienen a sus intereses, claro está. Remachar, en suma, su posición de ventaja.

Usaré un ejemplo extraído del ámbito de la inscripción de marcas. Imaginemos dos empresas enfrentadas por la inscripción de una marca, que una de ellas, A, solicita y que la otra, B, considera perjudicial para su negocio, oponiéndose por las razones x. Al término del procedimiento administrativo procedente, la Oficina Española de Patentes y Marcas deniega la inscripción, pero lo hace con base en razones distintas a las aducidas por la empresa B. Esta, viendo, de todos modos, que la resolución le es favorable, se da por satisfecha. Sin embargo, la empresa A, agotada la vía administrativa, recurre en vía contencioso-administrativa, momento en el que su oponente es emplazada a comparecer en calidad de codemandada.

La pregunta es la siguiente: ¿puede la empresa B, que actúa como codemandada, recuperar las razones x ante el juez administrativo?

La inercia del postulado de la caducidad de la acción procesal empuja a negar la repristinación de los argumentos. Como quiera que se aquietó, ha de considerarse que el rechazo de la Administración a sus motivos devino consentido –y firme–. Por tanto, pretender el mantenimiento de la resolución administrativa denegatoria volviendo sobre los motivos preteridos o rechazados por la oficina viene a ser como reabrir por la puerta de atrás la oportunidad de una impugnación extemporánea.

He tomado prestada la descripción de un caso real fallado por el TS y detonante de una esforzada línea jurisprudencial, que ha supuesto un paso adelante muy notable en la con-

cepción de la autonomía defensiva del tercero en lo contencioso-administrativo<sup>28</sup>. Y es que esa respuesta inercial recién señalada descuadraba, a juicio del alto tribunal, con el artículo 24 de la CE. Asumido que la empresa B es parte, cuesta imponerle este tipo de corsés en la medida en que coartan su propósito. Comparado con el epígrafe anterior, no hay aquí un cambio de papeles artificioso. El codemandado tiene interés en defender el acto controvertido; su posición es auténtica, solo que quiere plantear en vía judicial la procedencia de los motivos que en su día la Administración no valoró o rechazó. Algo así como cargar de más razones a la decisión de la Administración; razones, eso sí, que le convienen. Una posibilidad que, para el TS, ha de estimarse necesariamente legítima, so pena de comprometer la capacidad de defender genuinamente los intereses propios a la luz del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es el modo más exacto de que pueda realizarse.

Pretensión legítima y, al tiempo, razonable. El comportamiento de la empresa B al no recurrir la denegación de la inscripción no resulta reprochable. Había conseguido la mayor: que su competidor no inscribiese la marca. De modo que resulta muy difícil censurar su aquietamiento. En palabras del TS: «No se puede exigir a alguien que ha resultado favorecido por una resolución administrativa que la impugne por discrepar del fundamento de dicha resolución».

Comparto esta interpretación y creo, además, que constituye un espaldarazo de la sustancia del tercero en lo contencioso-administrativo. Si acaso, me atrevería a sumar algunos argumentos a los expuestos por el TS. De una parte, la superación del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativo puede ser traída a colación, a fin de insistir en la ausencia de preclusión de los motivos invocados o dejados de invocar en la vía administrativa. Idea que se condensa en el importante artículo 56.1 de la LJCA, sobre el que enseguida he de volver. De otra, el principio de contradicción, a cuya virtud conviene no escatimar en la dialéctica, en la discusión que rodea a la controversia, con vistas a tratar de zanjar la contienda, al menos en lo que a completitud de razones se trata. No en vano, hace al caso recordar ese particular poder del juez administrativo de incorporar motivos relevantes no invocados por las partes; poder, por cierto, que hace referencia no solo a los susceptibles de fundar el recurso, sino también la oposición a él.

#### 4.2. El codemandado que pretende un empeoramiento de la posición del actor o un mejoramiento de la situación propia en comparación

Demos ahora un salto a la función pública. Imaginémosnos dos concursantes en un procedimiento selectivo cualquiera: Ticio y Cayo. Al final, Ticio se lleva la palma de resultados de un mérito que Cayo considera sobrevalorado. Ticio, por su parte, tiene para sí que, dejando

<sup>28</sup> Línea de la que son exponentes las SSTS de 15 de octubre de 2004 (rec. núm. 4366/2001), 2 de noviembre de 2004 (rec. núm. 5808/2001) y 27 de diciembre de 2007 (rec. núm. 2228/2005).

a un lado esa casilla, Cayo se vio beneficiado en la valuación de los demás méritos. Como quiera que ha ganado, Ticio se aquieta con el resultado.

La escena recuerda mucho a lo que ocurría con las empresas competidoras en el campo de las marcas, pero hay una diferencia que lleva a una nueva vuelta de tuerca. Luego de que Cayo recurra y Ticio sea llamado a comparecer en calidad de codemandado, surgirá el problema de elucidar si este último puede, no ya reanimar motivos en sostén de la decisión administrativa tomada, sino interesar que la contienda se ensanche y que, lo mismo que el historial meritorio de Ticio se tamiza por el juez administrativo, se haga lo propio con el de Cayo. Dicho en otras palabras, el meollo de la defensa de Ticio puede pasar por evitar que el juicio se focalice solamente en aquellos puntos concretos señalados por Cayo en su demanda. La mejor manera de defender el derecho adquirido puede consistir, efectivamente, en ampliar las miras a fin de que se valoren otros extremos o, llanamente, que se «confronten» los candidatos en liza –incluyendo al cabo una revisión a mejor de la posición propia–.

Así lo entiende en nuestros días el TS<sup>29</sup>. Se ha abierto paso en su jurisprudencia en materia de función pública el reconocimiento de la facultad del codemandado de contraatacar, de suerte que puede pedir que se minore la puntuación del recurrente o que revise al alza la suya, tomando en consideración, pongamos por caso, méritos ajenos a los señalados por el recurrente<sup>30</sup>. El giro no era fácil de dar. Pesaba mucho el dogma de la firmeza del acto administrativo no recurrido, así como el reproche de que, al admitir argumentos de contrario por parte del codemandado, se estaba tolerando una *reformatio in peius* respecto de la posición de partida del recurrente<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Porque hasta hace no tanto la tesis dominante era precisamente la contraria. Exponentes de este giro son, entre otras, las SSTs de 25 de abril de 2012 (rec. núm. 2795/2001) y 13 de enero de 2015 (rec. núm. 2875/2013). En los TSJ puede citarse la STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de noviembre de 2019 (rec. núm. 84/2018)

<sup>30</sup> Las combinaciones que pueden darse son, como es fácil imaginar, muchas. De hecho, cabría añadir a las indicadas en el texto la posibilidad aun de que el codemandado interesase una menor puntuación de un determinado mérito si ello hubiera de servir para ganar en comparación con el actor –que recibió mayor nota sobre el mismo– (curiosidad que puede verse en la STC 86/2004, de 10 de mayo).

<sup>31</sup> Muy elegante y sutil fue la respuesta ideada por el TS para salir al paso de este aparente quiebra de la proscripción general de la *reformatio in peius*. La cita es larga, pero merece la pena recuperarla aquí:

Pero estos argumentos no son compartidos por esta Sala, que a la vista de todo lo actuado no aprecia el intento de llevar a cabo una *reformatio in peius* por parte de la Administración ni de la codemandada, sino de plantear argumentos en defensa de sus posturas, que merecen, al menos, un pronunciamiento por parte del Tribunal de instancia, y sobre los cuales también cabría presentar alegaciones por la parte actora. En otras palabras, la posición de la recurrente en vía jurisdiccional era la de quien no había obtenido plaza en el proceso selectivo, por ello, si del análisis del proceso se llegara a la conclusión de que, aun admitiendo la existencia de un error en su valoración de méritos, no alcanzaría a superar la calificación necesaria, acogiendo las defensas de los codemandados, a la recurrente no se le empeoraría su situación, sino que quedaría igual, siendo desestimada tan solo su pretensión. En efecto, una cosa es

El motor que ha movido el cambio de parecer del alto tribunal se halla una vez más en el artículo 24 de la CE: si se limita el nervio del alegato defensivo del tercero, se estará laminando su derecho de defensa y, a la postre, es estará consolidando una posición procesal del concursante codemandado sin apenas efecto útil. Desprovisto de realidad y efectividad, no hace falta explicar que un derecho fundamental deja de serlo. He ahí el quid:

La posición del recurrido cuando se enjuicia un procedimiento de concurrencia competitiva no puede limitarse a la defensa de la actuación de la Administración, sino que su derecho a la tutela judicial efectiva comprende la revisión de aspectos no cuestionados por la demanda pero que inciden directamente en la decisión del litigio de manera que, de no llevarla a cabo, le dejarían indefenso<sup>32</sup>.

Sale igualmente a plaza una reflexión que ya conocemos y que tiene que ver con el comportamiento esperable por quien vence en vía administrativa. Difícil, por sentido común, echarle en cara que no hubiera recurrido en plazo. Como certeramente apunta Baño León (2019), «el interés en la impugnación del beneficiario del acto solo nace cuando su posición jurídica es amenazada por el recurso de otro concursante». Exigir sin más una reacción preventiva se antoja, en efecto, desmesurado, fuera de orden. Aparte de que la negativa a dar entrada a las peticiones del codemandado «impide que el juez tenga un conocimiento completo de todas las circunstancias del concurso» (pp. 261-279).

El referido análisis, a mi modo de ver, da en el blanco. No se trata de forzar una legitimación especialísima, producto de la singularidad de la justicia administrativa. Bien apurada la cosa, lo que se nos aparece como una apertura particular de la función pública es en el fondo reflejo de un planteamiento conceptual que podemos refrendar, sin ir más lejos, en el proceso civil, concretamente en la manera de solucionar la clásica controversia sobre la admisión y límites de la adhesión a la apelación. ¿Puede la parte que se aquietó inicialmente aprovechar el trámite de oposición al recurso de apelación para impugnar a su vez la resolución apelada? La respuesta es afirmativa<sup>33</sup>. El hecho de no haber apelado la resolución no desactiva la legitimación para «recuperar» el interés en hacerlo cuando es la otra parte la que da continuidad a la contienda. Así lo compendia el TS:

---

que en vía contencioso-administrativa no quepa, dado el carácter revisor de la jurisdicción ni la reconvencción, ni la *reformatio in peius*, y otra bien distinta es que quien ha triunfado en un proceso selectivo, y que no puede en consecuencia impugnar su resultado para empeorar aún más la situación de quien no lo ha hecho, no pueda sin embargo cuestionar los méritos de quien, en esta situación, pretende por primera vez cuestionar el resultado del proceso selectivo, en términos de defensa (STS de 25 de abril de 2012, rec. núm. 2795/2001).

<sup>32</sup> Así se expresa la STS de 7 de mayo de 2019 (rec. núm. 604/2019).

<sup>33</sup> Según se desprende actualmente del artículo 461.1 de la LEC: «Del escrito de interposición del recurso de apelación, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado a las demás partes, emplazándolas por diez días para que presenten, ante el Tribunal que dictó la resolución apelada, escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable».

Quien estaría dispuesto a aceptar una resolución desfavorable, condicionado a que la parte contraria también la consintiese, si esta última rompe el consenso tácito de acatamiento a la resolución judicial dictada, puede recurrirla, en el trámite de oposición al recurso, convirtiéndose a su vez en apelante [...]. La impugnación supone pues que se permita a una de las partes salir de su inicial estado de pasividad, al conocer el recurso de apelación interpuesto por la contraparte para convertirse también en recurrente<sup>34</sup>.

*Mutatis mutandis*, las claves explicativas pueden ayudarnos. En el funcionario que ha ganado es fácil reconocer esa decisión tácita de aquietarse con el resultado final –así no sea plenamente satisfactorio–. Un aquietamiento, eso sí, que está condicionado a la seguridad de la ventaja obtenida. Por eso, cuando la seguridad se ve amenazada por la interposición de un recurso, es lícito que aquel salga de su estado de pasividad y se libere de su inicial conformidad.

### 4.3. Algunas reflexiones sobre las consecuencias de la ampliación jurisprudencial de la capacidad del codemandado de plantear nuevos motivos

Con la prudencia siempre necesaria, diría que las dos líneas jurisprudenciales en materia de inscripción de marcas y de oposiciones y concursos están asentadas. Una apreciación tal agradecería, desde luego, la validación del TC que, por el momento, aún no ha llegado<sup>35</sup>. A pesar de ello, concurren todos los signos propios de una jurisprudencia bien establecida y como tal representan un avance significativo en lo tocante al estatuto procesal del tercero en lo contencioso-administrativo. Un avance que sitúa los límites de la controversia dialéctica entre el actor y el codemandado en la disyuntiva entre anular o mantener la actuación impugnada; la razón de impugnar del demandante no acotará el debate con el tercero.

<sup>34</sup> Fragmento extraído de la STS de 16 de octubre de 2019 (rec. núm. 2363/2019), que contiene un recorrido por la evolución histórica de esta cuestión y la posición actual de la jurisprudencia.

<sup>35</sup> Aunque finalmente fuera inadmitida por condiciones procesales, la cuestión de inconstitucionalidad que dio origen al ATC 113/2017, de 18 de junio, planteaba abiertamente el problema y brindaba una ocasión propicia para dar el paso definitivo que probablemente hace falta a fin de que arraigue y se extienda esta línea de entendimiento. Se trataba de un procedimiento competitivo para otorgar una concesión demanial y el juez de lo contencioso-administrativo cuestionaba la inconstitucionalidad de impedir al codemandado hacer cuestión de la puntuación obtenida por el participante recurrente y de la suya en comparación, esto es, que en su contestación a la demanda no pudiese pedir la disminución de la puntuación del actor o bien el aumento de la valoración de la oferta propia. La cuestión fue inadmitida porque lo cierto es que en su contestación a la demanda el codemandado no hizo tales movimientos, de suerte que el planteamiento se movía en el terreno de lo hipotético. De todos modos, el episodio tiene el mérito de poner el asunto sobre el tapete y, en este sentido, constituye un aldabonazo a tener en cuenta.

Sin perjuicio de reconocer el peso que tienen en la explicación las circunstancias ambientales de los dos ámbitos señalados, es inevitable cavilar sobre el alcance general de esta jurisprudencia y plantearse si no estaremos acaso ante el preludio de una obra de transformación sustancial de la categoría que nos ocupa.

Comencemos por lo más fácil. No se ve inconveniente en extrapolar el criterio fuera de los ámbitos específicos de las marcas y de la función pública. Particularmente clara resulta su proyección sobre el género entero de los procedimientos competitivos –vocación ínsita, de hecho, en algunas de las afirmaciones del TS–. De suerte que es dado concluir que el competidor codemandado cuenta en su haz de opciones defensivas con la posibilidad de hacer valer motivos que aseguren la ventaja de que disfruta en el cara a cara o *tête-à-tête* con el actor.

El recorrido, a partir de aquí, se torna mucho más erizado y dificultoso. Muchos son los recodos que aguardan, aunque, a mi modo de ver, destacan en particular dos: la influencia de esta jurisprudencia en la interpretación de la legitimación activa (A) y su reflejo en la vieja cuestión de la reconvención (B).

#### 4.3.1. ¿Debería revisarse la legitimación activa basada en el perjuicio causado por los motivos de una decisión administrativa?

Uno de los argumentos de que se ha servido el TS en este avance subraya el, por así decir, comportamiento lógico del codemandado, que se ha aquietado ante la decisión administrativa que le favorecía, por más que no fuese el cénit de su pretensión última. Si se repara en este raciocinio, se advertirá que deja un cabo suelto: ¿hablamos de descuido levísimo –no censurable según el prisma de la diligencia procesal– o de imposibilidad pura y dura de recurrir?

Es así, tirando de este hilo, como regresamos a la comunicación que existe entre los artículos 21.1.b y 19.1.a de la LJCA. Sabemos que una de las pruebas o test que cabe hacer para ayudar a resolver las dudas en torno a la legitimación de un tercero es preguntarse si, dándole la vuelta al asunto, habría podido sostener como recurrente el recurso contencioso-administrativo. Pues bien, comprobamos ahora que el viaje no solo es de ida, es decir, que invita a preguntarse si la legitimación del codemandado justifica a la inversa la posibilidad de recurrir en calidad de actor.

La hipótesis ha salido además del laboratorio, concretamente en el ámbito de las marcas. Así, algunas empresas, conocedoras del aval del TS a la reedición de motivos al amparo de la posición de codemandado, han extraído como corolario el reconocimiento implícito de su legitimación para recurrir aquellas denegaciones de inscripción que, aun beneficiándoles, no venían a acoger su argumentario. Discrepancia, pues, en los motivos o fundamentos, que no en lo tocante al sentido o contenido dispositivo de la resolución. El caso es que algu-

nos de estos recursos han franqueado la puerta de entrada. Así, el TSJ de Madrid ha dado por bueno este interés a los efectos del artículo 19.1.a de la LJCA en varias sentencias<sup>36</sup>.

Reconoce este tribunal que la cuestión es controvertida, pero, inspirado por el principio *pro actione*, considera que es razón legitimadora suficiente la oposición con la fundamentación de la resolución administrativa, aunque se comparta su sentido final. Es cierto, antes de nada, que el entorno ayuda a comprender el interés que pueden tener las empresas en proteger al máximo sus marcas, incluyendo el riesgo de confusión por las semejanzas que no fueron atendidas por la Oficina Española de Patentes y Marcas en su rechazo. Igualmente, hay que poner en valor el esfuerzo de coherencia sistémica que se pretende en la línea de crear correspondencias entre los lados activo y pasivo –es ahí donde encaja el raciocinio central: cabe pretenderlo como codemandado, *ergo* también ha de ser hacedero como actor–. Con todo, la posición no acaba de convencerme. Y es que omite un elemento que para mí es esencial: el interés del codemandado se explica a partir de la activación del recurso; si este no hubiera echado a andar, su ventaja no se vería amenazada. El perjuicio, en suma, no radica en la fundamentación del acto que se impugna, sino en el hecho de su impugnación, solo que, para mantener la ventaja y, por tanto, sostener la legalidad del acto, necesita defenderse ampliando los motivos. Es el perjuicio, el gravamen, lo que detona la necesidad de expandir su capacidad defensiva.

#### 4.3.2. ¿Qué hay de la proscripción de la reconvenición en lo contencioso-administrativo?

La admisibilidad de la reconvenición en lo contencioso-administrativo constituye una *vexata quaestio* que ha recibido, tradicionalmente, una respuesta negativa tajante en la jurisprudencia. Casi siempre el tema ha sido planteado por el demandado, que en su contestación a la demanda solicitaba una pretensión adicional en forma, por ejemplo, de indemnización de daños y perjuicios o de restablecimiento de las cosas a su anterior y original estado. No faltan tampoco los casos referidos al codemandado, por supuesto<sup>37</sup>. Pedimentos diversos tanto en su contenido como en su formulación que venían a salirse del marco creado por la pretensión deducida en la demanda, ya fuese colacionando otros problemas conectados

<sup>36</sup> «Esta Sección se ha mostrado favorable a la legitimación procesal de quien es titular de una de las marcas que tuvo en cuenta la Oficina para juzgar sobre la procedencia del registro de la nueva marca, prosperara o no la oposición, ya que esta simple circunstancia es determinante de su interés legítimo conforme al art. 19.1 a) de la LJCA», podemos leer en la STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2006 (rec. núm. 1687/2003). Además de sus propios precedentes, invoca el TSJ de Madrid como respaldo la STS núm. 524/1993, de 16 de febrero.

<sup>37</sup> Con curiosas variantes, por cierto, como la de reconvenir contra la Administración demandada pidiendo su condena a indemnizar los daños y perjuicios para el caso de que se produjese finalmente la anulación del acto impugnado (STS de 24 de mayo de 1995, rec. núm. 6124/1990).

con la relación causante del pleito o, simplemente, aprovechando el paso del Pisuerga para saldar cuentas pendientes con el actor.

Como quiera que se ha intentado frecuentemente y desde hace mucho, hay en la jurisprudencia centenares de pronunciamientos que resuelven lo mismo y que dan forma a un muro que se antoja insuperable. El TS llegó incluso a afirmar que «la reconvencción es una figura extraña al proceso contencioso-administrativo y está en pugna con sus presupuestos»<sup>38</sup>. Posición contundente que se ha reafirmado una y otra vez. Tan es así que, en nuestra era, suele despacharse el asunto sin apenas dar razones, signo evidente de agotamiento: «como es sabido ante la jurisdicción contencioso-administrativa no cabe la reconvencción procesal»<sup>39</sup>.

A lo largo del tiempo, este rechazo a la reconvencción se ha venido justificando a partir de un argumentario bastante sencillo que, por lo general, dejando aparte algunos desarrollos específicos, se apoyaba en la ausencia de un respaldo legal expreso. Ninguna alusión a la reconvencción se hace en el texto de la LJCA vigente –como tampoco en su predecesora<sup>40</sup>. El contraste con la LEC es, pues, palmario: «en el recurso contencioso-administrativo la parte demandada no puede "formular pretensiones", a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil por medio de la reconvencción»<sup>41</sup>. Luego se ha arropado este argumento central con otras razones: la singular estructura del proceso contencioso-administrativo<sup>42</sup>, la naturaleza revisora de esta jurisdicción<sup>43</sup>, o, en fin, la existencia de cauces específicos para

<sup>38</sup> Aserto lapidario que recogía la STS de 26 de febrero de 1966 (RJ 1966/1042).

<sup>39</sup> El entrecomillado procede de la STS de 14 de septiembre de 2000 (49/1995), que es representativa de una doctrina jurisprudencial muy arraigada y sobrada de exponentes. Tanto si miramos hacia atrás –*ex multis*: SSTS de 1 de febrero de 1984 (RJ 1014/1984), 17 de diciembre de 1985 (RJ 5941/1985), 28 de julio de 1987 (RJ 7689/1987), 7 de noviembre de 1991 (rec. núm. 861/1988), 17 de junio de 1992 (rec. núm. 2878/1990), 1 de junio de 1993 (rec. núm. 7697/1991), 24 de noviembre de 1998 (rec. núm. 1499/1994), 24 de septiembre de 1999 (rec. núm. 6201/1993)–, como si miramos hacia adelante –SSTS de 16 de abril de 2003 (rec. núm. 3269/2000) y 11 de mayo de 2017 (rec. núm. 2506/2015), etcétera–.

<sup>40</sup> En cambio, el Reglamento general de lo contencioso-administrativo de 1890 sí era muy explícito al respecto: «En el procedimiento contencioso-administrativo no podrá utilizarse en ningún caso la reconvencción» (art. 322).

<sup>41</sup> Vemos afirmado en la STS de 16 de abril de 2003 (rec. núm. 3269/2000). No deja de chocar, por cierto, que se haya venido interpretando como impeditivo u obstaculizador el silencio de las sucesivas leyes de lo contencioso-administrativo en torno a la reconvencción. Tal vez podría haberse dado otro cariz a la omisión con base en la integración supletoria de la LEC, pero el caso es que esta opción hermenéutica nunca se ha abierto paso.

<sup>42</sup> Con cita recurrente de los preceptos reguladores del objeto del proceso contencioso-administrativo y del contenido de las pretensiones, si bien el precepto estrella a la hora de hacer ver que el legislador no había previsto la posibilidad de reconvenir ha sido el relativo a los posibles pronunciamientos que puede contener el fallo de la sentencia, donde únicamente se alude a la inadmisión, estimación o desestimación del recurso (hoy, art. 68.1 de la LJCA).

<sup>43</sup> Acerca de la prohibición de reconvenir como expresión del dogma del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa acúdase a Fernández Torres (1998, pp. 239-242).

encauzar lo que se pide por reconvencción. Todo lo cual, atado, acabaría por enlazar con el discurso de la caducidad de los plazos de impugnación, que ya nos es familiar, y lanzando así un mensaje: antes que reconvenir, lo que se debe hacer es impugnar a tiempo. Después ya vendrá la acumulación para evitar la eventualidad de sentencias contradictorias que comprometan la continencia de la causa.

¿Pone en cuestión este postulado la jurisprudencia de marras? Para tratar de dar una respuesta cabal, es fundamental, antes de nada, evitar enredarse en digresiones –a ratos algo bizantinas, bajo mi punto de vista– acerca de dónde empieza y dónde acaba la reconvencción. Si por tal entendemos la posibilidad de introducir variaciones sobre la razón de pedir o *causa petendi*, cabría colegir que tanto en el caso de las marcas como de la función pública se está permitiendo al codemandado reconvenir. Sin embargo, no me parece que haya una identidad de sustancia entre los escenarios. El postulado que niega la reconvencción en lo contencioso-administrativo apunta más bien a la inviabilidad de pretender una condena del actor –en el formato que sea–, que es cosa distinta a la que ahora nos está ocupando. En rigor, ni la empresa ni el funcionario codemandados piden algo de vuelta al demandante; piden, eso sí, que la valoración de la decisión adoptada por la Administración, y que es ahora objeto de enjuiciamiento, se haga a partir no solo de la perspectiva que aquel plantea, sino también teniendo en cuenta su planteamiento, aunque ello represente rebajar el sello de la alianza con la Administración. Desde esta perspectiva, si alguna reserva o apostilla cabe hacer, esa no es otra que la necesidad de que el tribunal preserve el desarrollo dialéctico que reclama la contradicción, arbitrando los trámites de traslado y alegación que sean menester<sup>44</sup>.

Según lo veo yo, lo que pretende el TS es preservar la utilidad o efectividad de la defensa del tercero; su fuerza de contraataque, la protección completa de la ventaja de que disfruta. Y eso es lo que le lleva a permitir que se amplíen los márgenes del campo de juego, no ya porque pase a ser distinta la actividad impugnada, ni tampoco porque se cambie el signo

---

<sup>44</sup> A la falta de preparación de nuestra LJCA para dar una respuesta procesal ordenada a esta situación se refiere la STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2013 (rec. núm. 773/2010). En su giro, no en vano, el TS se percató de la necesidad de rellenar este vacío de nuestra ley jurisdiccional. Así, en la STS de 25 de abril de 2012 (rec. núm. 2795/2011), se apostillaba, luego de dar el nuevo paso, que la admisión de esa apertura en los motivos a esgrimir se hacía «sin perjuicio de que se adopten las diligencias probatorias finales o traslado para alegaciones de las partes que se estimaren pertinentes».

Cuando analizamos con detenimiento en qué situación queda el debate entre las partes después de ampliar la capacidad alegatoria del codemandado se advierte que se hace más *triangular*, y ahí radica, a mi modo de ver, la principal dificultad para el juez o tribunal encargado de velar por la contradicción. Al referirme a esa deriva triangular no estoy admitiendo la ruptura del principio de dualidad de partes –que es consustancial al proceso–. Esa ruptura no se da porque las posiciones básicas siguen siendo solo dos: el actor sostiene la ilegalidad mientras que la Administración y el codemandado, por el contrario, hacen causa común de la legalidad de la actuación impugnada. Pero sí singulariza las diferencias de enfoque y motivos entre los dos aliados de la parte pasiva de la relación jurídico-procesal.

de la posición del codemandado, que no pasa a cuestionar la legalidad de la decisión de la Administración –su oposición al actor sigue en pie y no hay, pues, una separación de la posición pasiva; la dualidad de partes sigue siendo reconocible en lo fundamental–. Ahora bien, lo que sí se altera es la concepción de lo que significa alinearse con el mantenimiento del acto recurrido: no es una adhesión a todo lo que se dice en el acto, sino únicamente a lo que este representa como matriz de la ventaja que se disfruta. Así concebido, hay en este alegato, en fin, una conexión postrera con la superación de la preclusión alegatoria; un hito consignado hoy en el artículo 56.1 de la LJCA:

En los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, *hayan sido o no planteados ante la Administración*<sup>45</sup>.

No hay razón para que esta liquidación de la preclusión alegatoria se detenga en el codemandado. Es más, bueno sería interpretar de manera amplia este inciso final para comprender en él no solo los casos de codemandados que han hecho un uso incompleto –o no han hecho uso– de su facultad alegatoria en la vía administrativa, sino también de los que ni siquiera se han personado o no han recurrido el resultado. Sé que el propuesto es un salto arriesgado, pero entiendo que es el que más se compadece con la inteligencia moderna del derecho a la tutela judicial efectiva y el que presta un amarre legal –siquiera sea «coyuntural», a la espera de una intervención legislativa más directa– a una corriente de fondo que adivino imparable a la larga, pues está movida por la voluntad de garantizar el ejercicio del derecho a la defensa lo más ampliamente posible. El artículo 56.1 de la LJCA podría sintonizar perfectamente con esta interpretación espiritualista, prestándole un sostén legal sólido –incluido el poso histórico que arrastra este precepto en cuanto que expresión granada de la superación del carácter revisor– y solvente. Y es que, a su virtud, el motivo se desencadena de la vía administrativa y pasa a estar limitado únicamente por la conexividad con el objeto del recurso. Solo hace falta hacer una lectura del precepto a la manera de sostén de una *causa petendi*, que está en grado de construirse verdaderamente *ex novo*.

No ocultaré, en fin, que la proscripción de la reconvencción merecería ser objeto de una reconsideración a fondo. No solo de resultados del tratamiento del codemandado, sino, en general, por su falta de sintonía con el paradigma del proceso entre partes y su escaso provecho para el buen funcionamiento de la justicia<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Una exposición muy completa en torno a la aplicación y virtualidad de este precepto en Vicente Domingo (2016, pp. 111-141).

<sup>46</sup> Aunque articulada en clave de expropiación forzosa, una de las críticas más elaboradas a la negativa de admitir la reconvencción en la justicia administrativa puede encontrarse en García Gómez de Mercado (1997, pp. 251-262).

## 5. La señal más reveladora de que el estatuto del codemandado está inacabado: las costas procesales

Las costas procesales constituyen una de esas piezas, aparentemente menores o colaterales, pero que, en la práctica, resultan decisivas para la armonía del conjunto. Si hablamos de lo contencioso-administrativo, la afirmación sube de punto. Y es que el tratamiento de las costas procesales entronca –a mi juicio *in via recta*– con el derecho de acceso a la justicia desde el mismo instante en que se erige en uno de los principales factores en grado de condicionar la interposición del recurso<sup>47</sup>. Si, sobre ello, partimos de una desigual posición de partida frente al hecho del proceso –que es lo que ocurre precisamente en esta rama–, el efecto disuasorio de cualquier obstáculo económico se amplifica. Que son relevantes en la práctica lo corrobora, por lo demás, el que sean fuente recurrente de conflictos. Señal inequívoca de que importan, aunque también ello es signo de que las cosas no están del todo claras. Hay que tener presente, en fin, que, en razón de su versatilidad, suelen ser uno de los espacios donde los jueces y tribunales se sirven al cabo de la equidad o buscan en ella inspiración con el objetivo de matizar el alcance de la victoria o de la derrota. Quiero decir con ello que a veces se ve en el reparto de las costas procesales la ocasión para efectuar una suerte de ajuste último con el objetivo de acabar de nivelar las consecuencias del desenlace. Vale decir que incluso allí donde rige el criterio del vencimiento o *victus victori*, pues también en la aplicación de un criterio así de objetivo es dado apreciar estas tentativas de perfilamiento postrero mediante el empleo de las distintas cláusulas de mitigación.

Esta última consideración tiene mucho que ver con la figura del tercero. Como es sabido, se trata de una categoría que abarca un amplísimo espectro, de suerte que la intensidad del impacto del pleito puede ser, dentro del perjuicio cierto e individualizado, verdaderamente dispar, encontrándonos con afectaciones más leves que otras (a). Ello, a su vez, puede repercutir, claro está, en el grado de involucración en la discusión procesal (b). Por otra parte, se da la circunstancia de que la intervención del tercero se caracteriza por ser voluntaria y, por lo tanto, deviene en una variable incierta en cuanto al plantel anunciado de actores de la trama (c). Estas tres ideas, levedad del perjuicio, futilidad de la participación e impredecibilidad del concurso, están cosidas a la historia del tercero y, por eso mismo, no desaparecen por más que hagamos operaciones de *recutio ad unum*, como la que preside la LJCA. Podemos agrupar al tercero bajo una categoría única y unificar su estatuto procesal en lo que hace a la capacidad defensiva –que es lo que demanda sin regateo el art. 24 de la CE–. Sin embargo, por debajo, no podemos obviar que subyace ese elenco de situaciones diversas; diversidad que, guste o no, es seguro que acabará manifestándose, condicionando al cabo ciertas decisiones que, sin pugnar con la *driving force* de nuestros días, en el sentido de que el tercero, sea cual sea la envergadura de su interés, debe poder

<sup>47</sup> Conviene significar que no es esta, de todos modos, la orientación que preside la jurisprudencia constitucional que, en líneas generales, desvincula el asunto de las costas procesales del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

defenderse en plenitud, sí pueden modular ciertos aspectos de su relación con el proceso. Ya sea su llamada a él, que suele ser una de las facetas en las que aparecen diferencias de trato –puesto que, como veremos, no todos los terceros son igual de identificables a los efectos de tener después derecho a una notificación personal– o, también, en lo que ahora nos ocupa, el devengo de costas procesales. Basta por eso un vistazo a los estudios sobre la intervención procesal para constatar que, desde luego, las costas procesales son parada obligada y en torno a ellas se han sucedido –y se siguen sucediendo– intrincados debates en la línea de acoplar esas ideas antes referidas con un sentido de organicidad<sup>48</sup>.

\*\*\*

Se recordará que la LJCA de 1956 depositaba en las costas procesales uno de los rasgos distintivos más destacados entre el coadyuvante y el codemandado. Interesa en este momento llamar la atención sobre un dato que me parece muy revelador. La misma jurisprudencia que se encargó de neutralizar las diferencias de régimen jurídico entre las dos especies, luego del advenimiento de la CE, hizo reserva de las costas procesales. De manera que la asimilación procesal de coadyuvante y codemandado, consecuente con el mandato constitucional de tutela judicial efectiva ya de intereses que de derechos, no era plena y conservaba cierta virtualidad en lo atinente a las costas procesales. No es que esa asimilación se detuviese a sus puertas, pues también penetró en este punto, pero sí que la transformación no fue aquí total. Hubo, por así decir, una esforzada resistencia a desprenderse del todo del artículo 131.2 de la LJCA de 1956 en cuanto que suministraba un escudo útil con vistas a desactivar el devengo de costas a propósito de terceros que, a juicio de los tribunales, no debían participar en el reparto.

Ciertamente, la jurisprudencia en materia de costas procesales del coadyuvante en esta etapa resulta por momentos críptica. La asimilación procesal señalada comportó la necesidad de reinterpretar una serie de previsiones legales diseñadas con un patrón las más de

---

<sup>48</sup> Al llegar a las costas procesales los planteamientos suelen relativizarse y al final raramente se ofrecen por los autores soluciones o posicionamientos concluyentes. Digamos que se asume como algo inevitable que este apéndice tenga una cierta dosis de imprevisión o, si se prefiere, de casuismo.

Lo que está ocurriendo en torno a la interpretación de la regla quinta del artículo 14.2 de la LEC, relativa a las costas procesales en casos de intervención provocada resulta, a mi modo de ver, elocuente. Dice así esta regla: «Caso de que en la sentencia resultase absuelto el tercero, las costas se podrán imponer a quien solicitó su intervención con arreglo a los criterios generales del artículo 394». Se abre la puerta a imponer las costas del tercero al demandado que provocó su intervención allí donde aquel resulte absuelto. Claro que para ser absuelto, primero hay que ser demandado, lo cual está en función, no ya de la llamada efectuada por el demandado, sino de la decisión que tome a este respecto el demandante en el sentido de ampliar o no su demanda contra el nuevo personaje recién traído a la causa. Pues bien, como quiera que la posición del interviniente provocado puede ser diversa, los tribunales están creando de su cuño una modulación a la regla legal, discriminando según el carácter «justificado» de la llamada. Lo que ha de contar a la hora de condenar al codemandado por su iniciativa de traer al tercero debe ser, en suma, si era razonable hacerlo y, a tal efecto, el parámetro a tener en cuenta deben ser las consideraciones del tribunal acerca de la responsabilidad del tercero en el asunto, más allá de que luego esa responsabilidad dé lugar o no a un pronunciamiento condenatorio en la sentencia –limitado por el principio rogado de la justicia civil–.

las veces incompatible con ese nuevo sentir. *Prima facie*, ocurría eso mismo con el artículo 131.2 de la LJCA de 1956: «La parte coadyuvante no devengará ni pagará costas más que por razón de los recursos o incidentes que ella promueva con independencia de la parte principal». Parecía un contrasentido que las estrenadas aperturas a favor del coadyuvante no vinieran acompañadas de una cuota de responsabilidad consecuente en relación con el hecho del proceso. Si resultaba que tenía a su alcance la posibilidad de recurrir, es decir, de poner en marcha la apelación, no podía, en buena lógica, quedarse al margen después de la distribución de los gastos provocados en el recurrido, siendo que, a fin de cuentas, la esencia de las costas procesales reside precisamente en dirimir la culpa del pleito o, si se prefiere de una forma menos aséptica, en hacer que este no represente un perjuicio patrimonial para quien estando asistido por la razón desde un principio ha tenido que pasar por el trance del proceso para verla reconocida<sup>49</sup>. De ahí que los tribunales aplicasen todo su ingenio para sortear la exclusión prevista en el artículo 131.2 a partir, por ejemplo, de una interpretación muy generosa del artículo 29.1.b, esto es, estirando la hechura del codemandado<sup>50</sup>, y, de paso, restando cualquier tipo de valor a las etiquetas utilizadas durante el proceso, así hubiesen sido admitidas por todos tácitamente<sup>51</sup>. De este modo, muchos coadyuvantes se transformaron en codemandados sin rasgarse las vestiduras a los efectos de poder devengar costas procesales en uno u otro sentido, con derecho a cobrarlas o con la obligación de abonarlas.

¿Era el artículo 131.2 de la LJCA de 1956, así pues, un estorbo? He aquí la sorpresa. No del todo. Porque resulta que se destapó como un amarre todavía útil con vistas a resguar-

<sup>49</sup> A mayor peso en la capacidad de que el proceso eche a andar, mayor ha de ser la responsabilidad por las consecuencias económicas vinculadas a su sustanciación. Es este un parecer que condensaba el TS del siguiente modo: «Carecería de sentido que el coadyuvante permaneciera al margen de las consecuencias favorables o desfavorables de la condena en costas pronunciada en un recurso jerárquico cuando, desparecida su dependencia de la Administración, puede decidir por sí mismo si conviene o no a sus intereses utilizar un medio de impugnación de tal clase» (STS de 20 de noviembre de 1998, rec. núm. 2221/1995).

<sup>50</sup> Recordemos que los codemandados venían definidos en este precepto como «las personas a cuyo favor derivaren derechos del propio acto». Pues bien, los tribunales pusieron a prueba la tolerancia gramatical de este sintagma. Baste señalar que llegó a subsumirse en él a Administraciones que actuaban en ejercicio de funciones de imperio –v. gr. Administraciones expropiantes–, considerando que sus derechos estaban también en juego. Véanse así las SSTs de 19 de abril de 1994 (rec. núm. 2417/1991), 27 de marzo de 2000 (rec. núm. 1722/1995), 6 de junio de 2000 (rec. núm. 7006/1995) y 7 de noviembre de 2000 (rec. núm. 3814/1998).

Recojo a continuación una lista de sentencias cuya lectura permite hacerse una idea de la laxitud con la que pasó a interpretarse la definición de codemandado a su paso por las costas procesales durante este período: SSTs de 23 de julio de 1997 (rec. núm. 136/1993), 29 de octubre de 1999 (rec. núm. 6980/1994), 10 de diciembre de 1999 (rec. núm. 2028/1995), 14 de diciembre de 1999 (rec. núm. 1062/1994), 14 de diciembre de 1999 (rec. núm. 2537/1994), 16 de enero de 2001 (rec. núm. 3814/1998), 16 de abril de 2001 (rec. núm. 1730/1996), 2 de julio de 2001 (rec. núm. 3456/1996), 7 de noviembre de 2001 (rec. núm. 9112/1996) y 8 de noviembre de 2001 (RJ 475/2002).

<sup>51</sup> «Los conceptos de codemandado y coadyuvante deben responder a las determinaciones establecidas en los preceptos citados, con independencia de las expresiones terminológicas que se hayan empleado por las partes o en las actuaciones procesales», se decía en la STS de 19 de abril de 1994 (rec. núm. 2417/1991).

dar al actor o al recurrente que era condenado en costas cuando se reputaba desmesurado extenderlas a terceros cuya razón de intervenir había sido menos intensa por no resultar portadores de un derecho, ni siquiera bajo la concepción *lato sensu* a la sazón aplicada.

Se trataba, en efecto, de proteger al demandante o recurrente de una condena que se antojaba excesiva cuando se proyectaba sobre coadyuvantes *stricto sensu*, esto es, sobre titulares de posiciones jurídicas a las que el resultado del pleito les tocaba de una manera refleja o indirecta: farmacéuticos competidores que intervenían en el proceso donde se dilucidaba la denegación de apertura de una nueva oficina de farmacia<sup>52</sup> o compañías de seguro en pleitos de responsabilidad patrimonial<sup>53</sup>. Hablamos, *grosso modo*, de la corteza y no del núcleo del interés legítimo. El caso es que los tribunales echaron mano en estos casos del artículo 131.2. Y a tal efecto no se limitaron a ampararse en su vigencia formal –no en vano, este precepto no fue derogado, ni siquiera en la reforma de 1992–. Introdujeron, sobre ello, un puñado de valiosos argumentos. Destacaré, en concreto, dos. De una parte, el *equilibrio económico* entre contendientes. La intervención del tercero codemandado, en razón de su carácter eventual y sobrevenido, podía desbaratar o comprometer el equilibrio económico entre las partes originales:

Si se admite –afirmaba el TS– que el recurrente en casación que ha sido condenado al abono de las costas abone no solo las causadas a la parte demandada sino también las de las partes que, sin ser obligada su intervención, han comparecido colaborando con la Administración, se sitúa a dicho recurrente en una posición de desventaja y desequilibrio, en términos económicos, respecto de las restantes partes, al tener que abonar las costas de dos o incluso más partes si quiere litigar con la Administración<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> A esta situación hace referencia la STS de 11 de marzo de 1996 (rec. núm. 335/1992), que hace suya la doctrina iniciada por la STS de 6 de marzo de 1996 (rec. núm. 505/1992). Con posterioridad, siguieron su criterio, entre otras, las SSTs de 4 de julio de 1996 (rec. núm. 749/1992), 13 de enero de 1998 (rec. núm. 1464/1992) y 9 de febrero de 1998 (rec. núm. 165/1993).

<sup>53</sup> Representativo de esta interpretación es el siguiente razonamiento que encontramos en la STS de 9 de octubre de 1998 (rec. núm. 2969/1993):

En el presente caso no ofrece dudas que la «Lepanto S. A., Compañía de Seguros y Reaseguros», aun cuando ostenta un relevante interés económico en la cuestión resuelta en el proceso, no ha comparecido en el mismo como titular de derechos que deriven directamente del acto recurrido, puesto que este es un acto administrativo que se limita a decidir sobre la responsabilidad patrimonial que incumbe o no a la Administración municipal por funcionamiento de los servicios públicos, y la citada compañía aseguradora –supuesto que contra ella ante esta jurisdicción no se ha ejercitado ni podido ejercitar por el perjudicado la acción directa dimanante de la legislación de seguros–, solo se verá afectada en sus derechos como consecuencia de las acciones a que haya lugar en virtud del contrato de seguro de responsabilidad suscrito con la corporación municipal y no por la fuerza imperativa del acto administrativo cuya fiscalización de manera exclusiva corresponde a este orden jurisdiccional.

En esta misma línea, es igualmente ilustrativa la posterior STS de 20 de mayo de 1999 (rec. núm. 1662/1994).

<sup>54</sup> El entrecomillado procede de la STS de 11 de marzo de 1996 (rec. núm. 335/1992), aunque el argumento fue inicialmente formulado un poco antes, en la STS de 6 de marzo de 1996 (rec. núm. 505/1992).

De otra parte, se significó la legitimidad constitucional de la modulación de las costas según la intensidad del interés del tercero afectado. Lógicamente, se pretendía así conjurar la inconstitucionalidad del artículo 131.2 por infracción del artículo 24 de la CE y, más específicamente, por ir en contra de la elevación del coadyuvante a parte plena labrada a su través. Para el TS, la diferencia de trato en materia de costas procesales no entraba en pugna con el espíritu de la tutela judicial efectiva del tercero, puesto que no constituía un contenido de este derecho fundamental. El legislador, en consecuencia, tenía libertad a la hora de configurar el reparto y sus implicados:

No es obstáculo a esta interpretación el hecho de que el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva no solo de los derechos, sino también de los intereses legítimos, haya privado a la parte coadyuvante de la Administración de su posición accesoria y subordinada a la parte principal, y la haya convertido en parte principal [...]. En efecto, el deber de soportar las costas o de hacerse cargo de ellas no forma parte del contenido de aquel derecho constitucional, sino que está sometida a la libertad de configuración por parte del legislador<sup>55</sup>.

Son enseñanzas que tienen, a mi modo de ver, mucho valor y probablemente un alcance que trasciende el asunto de las costas procesales y apunta a la explicación de la unicidad del modelo de tercero en la justicia administrativa. Sin ir tan lejos, no obstante, sí resultan en todo caso expresivas de ideas que, expresadas o no en la letra legal, están llamadas a convivir con el tercero porque son consustanciales a su existencia. No ha de extrañarnos, pues, que el actor condenado, al margen del criterio que rijan en la distribución de las costas, estime injusto tener que cargar con los gastos de ciertos terceros. Y, al revés, que el tercero, en vista de su contribución a la victoria, quiera verse resarcido por lo que ha representado en su patrimonio el trance del proceso impulsado por el demandante.

\*\*\*

Nada de todo ello fue tenido en cuenta al tiempo de elaborarse la LJCA de 1998. En ella desaparece la diferenciación del tercero a los efectos de las costas procesales, lo cual se viene a considerar un correlato natural de la unificación practicada. Así, el artículo 139, sede de las costas procesales, silencia cualquier referencia al codemandado, dando a entender tácitamente que ha de seguir la misma suerte que la Administración que se sienta a su lado. Ocupando idéntica posición e investidos de la misma calidad, han de compartir los efectos procesales de la derrota. Ese es el planteamiento que trasluce la LJCA y así de tersa viene siendo extraída la *ratio legis* a ojos de la jurisprudencia:

---

<sup>55</sup> Fragmento extraído del ATS de 23 de julio de 1997 (rec. núm. 136/1993), que inauguró una dilatada serie de pronunciamientos en la misma dirección. Por cierto que, así, apoyándose en la ausencia de relevancia constitucional de las costas procesales –en clave de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva–, el TS estaba revelando que el estatuto procesal del tercero no tenía por qué ser enteramente uniforme.

Que el codemandado ha sido parte en el proceso y tiene derecho a costas, en los supuestos previstos por el artículo 139 LJCA, no ha sido jamás puesto en duda por esta Sala. De aquí que no haya ningún extremo que aclarar o complementar<sup>56</sup>.

Partimos, por consiguiente, de la premisa de que el codemandado, por efecto de su condición de parte demandada, entra de lleno en la distribución del *onus expensarum*. Si el canon fuese la temeridad o mala fe, eso significaría que se valoraría su conducta de manera individual, en consonancia con su plena autonomía. Como hoy manda el canon del vencimiento, se atenderá de forma más objetiva al grado de victoria alcanzado por el actor en cuanto a la estimación de sus pretensiones. De producirse una victoria total, la parte demandada, incluido el codemandado, deberá asumir las costas procesales ex artículo 139.1 de la LJCA.

Sería ingenuo, después de lo que ya sabemos, pensar que puede darse carpetazo al tema de una manera tan tajante. Y es que la aplicación a rajatabla de la *victus victori* supone ignorar la diversidad ínsita en la figura del tercero y, de manera más específica, endurecer el precio de la derrota para el demandante. Un demandante, no hay que olvidarlo, que no es responsable *directo* de la llamada en causa al tercero y menos aún de su personación efectiva.

La reacción que observamos en los tribunales ante esta situación suele transitar, dicho sea en síntesis y, por tanto, haciendo abstracción de los versos sueltos, por una de estas tres sendas.

- A) La primera sería la más ortodoxa: aplicación, sin paliativos, del canon del vencimiento: perdió la posición ocupada por el codemandado, debe pagar también la factura del pleito.
- B) La segunda, en el otro extremo, lleva a excluir al codemandado del reparto. Y a tal efecto encontramos un mosaico de argumentaciones, las más de las veces brevísimas –si es que las hay; insisto en que el desfallecimiento de la motivación en el entorno de las costas resulta tan grave como desconcertante su generalización–, que tienden a una suerte de combinación entre tres razones de exclusión. La más expeditiva tiene que ver con el carácter *voluntario* de la intervención del codemandado. No acude por imperativo procesal, sino *motu proprio* y se estima razonable, en consecuencia, que se haga cargo del coste que ello le ha representado. El codemandado, en suma, interviene a su costa<sup>57</sup>. Goza asimismo de amplio predicamento una segunda causa de exclusión basada en la continuidad de la razón inspiradora del antiguo artículo 131.2 de la LJCA de 1956, de suerte que los coadyuvantes

<sup>56</sup> Razonamiento contundente que encontramos, por ejemplo, en la STS de 9 de julio de 2020 (rec. núm. 241/2018).

<sup>57</sup> En resumen: «No procede imponer a esta parte demandante el pago de los gastos de quien solo por su propia voluntad compareció» (STSJ de Aragón de 24 de octubre de 2016, rec. núm. 101/2014).

*stricto sensu* deben considerarse extraños a las costas procesales<sup>58</sup>. Finalmente, se ha dado forma a una argumentación que recuerda mucho a la tesis de la justicia civil en relación con la intervención provocada, según la cual el interviniente no puede ser condenado en costas si previamente nada se ha pedido contra él<sup>59</sup>. Aplicado el razonamiento al ámbito de la responsabilidad patrimonial y al caso de las compañías de seguro, tendríamos que su condena en costas solo sería procedente allí donde, en efecto, el actor hubiera dirigido también frente a ellas su demanda; no, por el contrario, si solo hubiera accionado contra la Administración<sup>60</sup>. No hace falta decir que es esta una lectura que ha de batir el cobre de las palabras de la ley, pues conduce a distinguir entre dos especies de codemandados: los materialmente demandados y los que únicamente tienen la condición de tales a efectos procesales y defensivos. Acusa, ciertamente, que es un alumbramiento cogido con alfileres, supuesta la literalidad de LJCA, pero, desde un punto de vista de arquitectura coherente, ofrece, en mi opinión, una respuesta sólida.

- C) Queda, por último, una senda intermedia que busca establecer contrapesos a partir de la cláusula de mitigación del vencimiento recogida en el artículo 139.4 de la LJCA: «La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de estas o hasta una cifra máxima».

Comprendo los recelos que en términos generales suscita esta previsión –riesgo manifiesto de arbitrariedad e inseguridad a raudales–. Sin embargo, considero que, *faute de mieux*, pasa por ser la opción más apropiada. Un mal menor, por así decir, ante dos alternativas que no acaban de convencerme. No me parece que la rigidez del criterio del vencimiento suponga necesariamente que hayan de plegarse ante él todas las derrotas y, por ende, todos los derrotados. Es incuestionable que, en la comprensión de la victoria, de sus

<sup>58</sup> Como se afirma en el ATS de 25 de febrero de 2005 (rec. núm. 194/2003):

Esta argumentación jurisprudencial sigue siendo válida, aun cuando el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción no distinga como hacía el núm. 2 del art. 131 de la Ley de 1956 derogada entre parte demandada y coadyuvante, toda vez que la condición de codemandada de la compareciente para defender un interés legítimo no es bastante para gravar a la recurrente con las costas causadas a instancia de aquella entidad, a la que no ha traído al proceso sino que ha comparecido en él de modo voluntario.

La misma interpretación se recoge en la STS de 8 de marzo de 2005 (rec. núm. 194/2003) y en el ATS de 25 de octubre de 2006 (rec. núm. 303/2002).

También en los TSJ son abundantes los ejemplos: STSJ de Aragón núm. 297/2006, 15 de mayo de 2006; STSJ de Castilla y León núm. 465/2006, de 29 de septiembre de 2006; STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 696/2018, de 9 de noviembre; STSJ de las Islas Canarias núm. 189/2012, de 20 de noviembre, y STSJ de Andalucía núm. 75/2018, de 22 de enero.

<sup>59</sup> Tesis que puede verse expuesta en las SSTS, Sala de lo Civil, núm. 735/2013, de 25 de noviembre, y núm. 790/2013, de 27 de diciembre.

<sup>60</sup> Sigue esta corriente, por ejemplo, la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 696/2018, de 9 de noviembre.



de este registro, la superfluidad se antoja más complicada, especialmente si quiere poner la pica en la *duplicidad*, evitando que se beneficie de la victoria el codemandado que ha resultado ser un personaje plano y no, en cambio, un personaje esforzado en la contienda<sup>62</sup>.

- b) Más complicado es todavía intentar concretar el carácter excesivo en cuanto al número de codemandados. Naturalmente, cuantos más, mejor. No en vano, el artículo 139.4 de la LJCA se suele activar sin estridencias para frenar la multiplicación en cadena de las *litis expensas*<sup>63</sup>. Se advierte en estos episodios cómo el modelo de tercero procesal diseñado en la LJCA es susceptible de provocar un impacto económico sobrevenido muy significativo sobre las cuentas del particular y su previsión acerca de lo que podía costarle el pleito en el peor de los escenarios. Se dirá que la eventualidad de que un codemandado se persone y con ello aumente la factura de la derrota no representa una contingencia rara que no pueda o deba ser contemplada de antemano. Es un alea previsible. Aun así, sabemos que no hay un círculo de terceros tasado y que su definición es generosa, por lo que cabe que surjan aliados de la Administración que no figuraban en los planes iniciales –puesto que no se constituyeron en interesados en la vía administrativa previa, sin ir más lejos–. Sea como fuere, resulta difícil sustraerse al cambio tan profundo que se produce en la nómina de partes cuando resulta que el actor comienza el pleito dirigiendo la demanda contra una Administración en solitario y acaba conteniendo, sin quererlo, claro, contra dos, cinco, ocho o más defensores del acto impugnado. En lances como estos se produce un salto que puede hacer quebrar el equilibrio entre los lados de la relación procesal, por lo que hace al coste de litigar o, expresado de un modo, a mi modo de ver, más

---

costas de este proceso a la parte recurrente [...]. Ahora bien, dado que la representación de la Asociación Nacional Empresarial de Reparadores y Evaluadores de Tanques Atmosféricos de Almacenamiento de Productos Petrolíferos Líquidos (ARETA) presentó escrito en el que manifiesta que se personó en este proceso únicamente a efectos de estar informada de su resultado y que no tiene interés en que las disposiciones impugnadas tengan una u otra redacción (véase antecedente quinto de esta sentencia) la condena en costas no debe operar en favor de dicha parte codemandada (STS de 21 de enero de 2019, rec. núm. 639/2017).

<sup>62</sup> El criterio de la superfluidad cuenta a su favor con la experiencia acumulada en la limitación de costas en razón de la «actividad desplegada». Se trata de una de las razones más invocadas para hacer uso del artículo 139.4 de la LJCA, justificando la limitación impuesta en atención a la «dedicación requerida», al «contenido de los escritos», al «trabajo y esfuerzo desplegado», al «estudio que ha merecido» o a la «utilidad del escrito», por poner algunos ejemplos. Esta misma filosofía podría proyectarse sobre el codemandado poco esforzado, que, básicamente, se adhiere al trabajo defensivo de la Administración. Ahora bien, sabemos, precisamente por esa experiencia a la que aludía, que la apelación a la actividad desplegada puede provocar tensiones en lo que representa de desvaloración de la labor de defensa del abogado y de una actividad que es de naturaleza intelectual.

<sup>63</sup> Véase Cierco Seira (2017, pp. 66-67). Ejemplos más recientes de ese mismo proceder en la STSJ de Asturias de 20 de enero de 2020 (rec. núm. 358/2018, función pública).

apropiado, que está en grado de desbaratar la previsibilidad del coste económico de un proceso para el actor. En ámbitos particularmente sensibles a este factor, si se quiere mantener una tensión razonable en la fiscalización de la acción administrativa, algo habrá que hacer para que la «codemandación» no dispare el precio de litigar y se convierta en un arma intimidatoria frente al actor.

No se me oculta que los puntos de referencia propuestos son quebradizos y que el uso del artículo 139.4 de la LJCA, ni siquiera en un escenario ideal donde haya márgenes u horquillas aprobados internamente y publicados por los distintos tribunales, dejará de ser al cabo inestable. Con todo, ley en mano, no veo otra solución posible.

\*\*\*

Ni que decir tiene que el panorama expuesto en modo alguno es satisfactorio. Y acudir como *last resort* al artículo 139.4 de la LJCA, en el fondo, tampoco.

Estamos ante la enésima prueba de que la regulación de las costas procesales agradecería de un cambio de chip por parte del legislador. No es, desde luego, la señal más importante ni la más preocupante, pero sí es perfectamente visible que hay claves en la inteligencia de las costas procesales que, sin un reflejo acorde en el texto de la ley, deambulan en la jurisprudencia y están al albur de la fuerza del casuismo y del entender y sentir del juzgador de turno. Demasiado lejos del ideal de la seguridad jurídica y el principio de igualdad en la aplicación de la ley. Debería, en mi opinión, reconstruirse de arriba abajo la regulación de las costas procesales en lo contencioso-administrativo.

Centrándonos en el codemandado, se extraen dos lecciones específicas que habrá que retener.

**Primera:** El «tercero-sin costas» es una variable que no se puede eliminar de la ecuación, así mande el vencimiento –que es un canon de suyo automático–. Por tanto, o se encauza legalmente, estableciendo cuándo la intervención ha de correr a cargo del interviniente, o acabará colándose como sea. Porque admitida una intervención amplia, fundada en el interés legítimo, que es irrenunciable en términos del artículo 24 de la CE y, al tiempo, no provocada por el actor, es evidente que saldrá a plaza la injusticia que para él supone cargar con una contingencia que no podía ser calibrada exactamente y que, caso de la responsabilidad patrimonial, pudo haber querido incluso dejar al margen, evitando la ampliación de la demanda a la compañía aseguradora.

**Segunda:** El modelo de intervención unificada del artículo 21.1.b de la LJCA alberga, si no se modula desde las costas procesales, una capacidad de impactar sobre el derecho de acceso a los tribunales notable y, hoy, incontrolada. El particular que quiere accionar contra la Administración y, legítimamente, hace la lista de lo que puede ello costarle, se enfrenta a la tesitura de no poder calcular el precio de la derrota con una cierta dosis de seguridad. Y ello no solo por el desenlace del llamamiento a los interesados –cuantos, en definitiva, se

personaran de los previsibles-, sino por el propio rasero que les vaya a ser aplicado. ¿Qué senda enfilará el tribunal? Incertidumbre en el acceso a la justicia con la que también se topará, en la otra ribera, el propio codemandado a la hora de sopesar el pro y el contra de personarse o dejar sola a la Administración<sup>64</sup>.

Teniendo esto presente, me inclino, *de iure condendo*, por establecer como regla general en lo contencioso-administrativo que el tercero intervenga a su costa. Regla que tendría, no obstante, tres salvedades: que el demandante dirigiese –de ser admisible en razón de la materia– su recurso también contra el tercero, en cuyo caso este pasaría a convertirse en codemandado material y habría de participar, por ende, en la distribución de las costas del litigio (a); que el tercero instase o promoviese incidentes o recursos haciendo valer su capacidad de iniciativa defensiva independiente (b); y, la más evanescente aunque igual de necesaria, que el tercero, ante el desentendimiento de la Administración, protagonizase la discusión dialéctica con el recurrente (c).

## Referencias bibliográficas

- Baño León, José María. (2019). La jurisdicción contencioso-administrativa tras veinte años de vigencia de la Ley 29/1998. *Revista Galega de Administración Pública*, 57, 261-279.
- Cano Mata, Antonio. (1982): La Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona y sus garantías contencioso-administrativas. Deseable ampliación de algunas de sus innovaciones a la vía judicial ordinaria. *Revista de Administración Pública*, 98, 47-77.
- Cano Mata, Antonio. (1985). El principio de tutela judicial efectiva y su incidencia en el emplazamiento de codemandados y coadyuvantes en los procesos contencioso-administrativo. *Segundas Jornadas de Derecho Judicial. Incidencia de la Constitución en las normas aplicadas por los Tribunales de Justicia* (pp. 725-735). Ministerio de Justicia.
- Cierco Seira, César. (2017). El poder del juez administrativo de limitar las costas procesales. *Revista de Administración Pública*, 202, 43-89.
- Chaves, José Ramón. (2018). *El arte de la guerra en la justicia administrativa*. Wolters Kluwer.

<sup>64</sup> Puestos en la piel del tercero que es llamado en causa, se comprende fácilmente que va a pesar también mucho en la decisión de comparecer el coste de la posible factura del pleito. Lo cual me ha recordado una circunstancia elocuente que recogía González Pérez a propósito de la dualidad de terceros que recogía la LJCA de 1956. Señalaba este autor que en ocasiones personas que estaban legitimadas para intervenir en calidad de codemandados comparecían solicitando ser tenidas como coadyuvantes, precisamente porque ello representaba quedar a cubierto de una eventual condena en costas (1983, p. 1303). Planteamiento que González Pérez consideraba plenamente plausible.

- Chiovenda, Giuseppe. (1901). *La condanna nelle spese giudiziali*. Fratelli Bocca Editori. Se cita en Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.
- Fernández Torres, Juan Ramón (1998). *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*. Civitas.
- García de Enterría, Eduardo. (1975). Sobre los derechos públicos subjetivos. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 6, 427-448.
- García de Enterría, Eduardo. (1983). El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos. *Revista de Administración Pública*, 42, 267-293.
- González Pérez, Jesús. (1951). El recurso de apelación ordinario contencioso-administrativo. *Revista de Administración Pública*, 4, 199-211.
- González Pérez, Jesús. (1955). El coadyuvante y el recurso de apelación. *Revista de Administración Pública*, 16, 139-153.
- González Pérez, Jesús. (1983). La pluralidad de partes en el proceso administrativo. *Revista de Administración Pública*, 100-192, 1281-1305.
- González Pérez, Jesús. (1997). Las partes en el proceso administrativo. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 74, 9-36.
- García Gómez de Mercado, Francisco. (1997). *Problemas procesales de la impugnación de los acuerdos de los Jurados de expropiación*. Civitas.
- Grijalba López, Juan Carlos. (2011). La compañía aseguradora en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. *Derecho y Salud*, 21(1), 153-166.
- López Rodó, Laureano. (1943). El coadyuvante en lo contencioso-administrativo. *Revista de Derecho Privado*.
- Martín Retortillo, Cirilo. (1926). Los Ayuntamientos como coadyuvantes en los recursos contra sus acuerdos. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 75(148), 198-203.
- Martín Retortillo, Cirilo. (1933). *Notas sobre el procedimiento contencioso-administrativo*. Editorial V. Campo y C.<sup>a</sup>.
- Martín Retortillo, Cirilo. (1935). *Notas sobre el procedimiento contencioso-administrativo* (tomo II). Editorial V. Campo y C.<sup>a</sup>.
- Martín Retortillo, Cirilo. (1951). *Nuevas notas sobre lo contencioso-administrativo*. Aguilar.
- Muñoz Machado, Santiago. (1982a). Del emplazamiento de demandados y coadyuvantes en el contencioso-administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 35, 659-663.
- Muñoz Machado, Santiago. (1982b). Variaciones sobre la figura del coadyuvante. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 35, 664-668.
- Oromí Vall-Llovera, Susana. (2007). *Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil. Facultades procesales del interviniente*. Marcial Pons.
- Sánchez Morón, Miguel. (1986). Las partes en el anteproyecto de Ley reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo. *Documentación Jurídica*, 51, 749-769.
- Soriano García, José Eugenio. (2014). El codemandado no es coadyuvante: crítica a una tendencia consolidada. El caso de la impugnación de Reglamentos. En *Por el derecho y la libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor* (v. I, pp. 881-885). Iustel.
- Vicente Domingo, Ricardo de. (2016). *La demanda en el proceso contencioso-administrativo. Motivos de impugnación y función jurisdiccional*. Aranzadi.