

TRIBUNAL SUPREMO, SALA VI. CUESTIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO Y PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL (*)

Litisconsorcio es, según la jurisprudencia, «la concurrencia de más de un litigante como parte en el pleito» (1). Se caracteriza, por tanto, «por la presencia de varias personas que asumen la misma posición en el proceso» (2); es decir, porque «son dos o más los que forman una sola parte ejercitando una acción u oponiéndose a la deducida» (3). En el primer caso se habla de litisconsorcio activo; en el segundo —«un solo actor o demandante y varios demandados» (4)—, de litisconsorcio pasivo. Este último, en su vertiente necesaria o forzosa (5), ha dado lugar a la existencia de una abundante doctrina legal, cuyo estudio, en Derecho del Trabajo, debe abordarse necesariamente en conexión con los que el

(*) Este escrito es avance de otro ulterior sobre litisconsortes necesarios no-demandados en procesos de seguridad social. Salvo dos sentencias de la *Sala de lo civil* del Tribunal Supremo y ocho del Tribunal Central de Trabajo, todas las citadas en el mismo corresponden a la *Sala de lo social* del Tribunal Supremo.

(1) SSTs de 9 de noviembre de 1978 (Ar. 4.089) y 31 de mayo de 1980 (Ar. 2.312).

(2) SSTs de 9 de noviembre de 1978 (cit.), 17 de abril de 1978 (Ar. 1.529), 17 de noviembre de 1979 (Ar. 3712) y 31 de mayo de 1980 (cit.).

(3) SSTs de 9 de noviembre de 1978 (cit.) y 31 de mayo de 1980 (cit.).

(4) *Ibidem*.

(5) El tecnicismo «litisconsorcio necesario» se popularizó en la jurisprudencia de todos los órdenes después de haber sido empleado, por vez primera, en la importante STS (Sala I) de 27 de junio de 1944 (Ar. 945); cfr. DÁVILA MILLÁN: *Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal*, Bosch (Barcelona, 1975), págs. 125 y 148. Sobre el concepto de litisconsorcio pasivo necesario, cfr. *infra*, núms. 4, 7 y 12 *in fine*.

TRPL (6) llama «procesos de seguridad social» (7). En efecto, el hecho de que en tales procesos las partes legitimadas sean, en última instancia y a salvo el mecanismo de la representación, «los eventuales titulares o responsables de las prestaciones cuyo derecho se ventila» (8), da lugar con extraordinaria frecuencia a la existencia de situaciones litisconsorciales sobre las que ha debido pronunciarse en numerosas ocasiones la Sala *de lo social* del Tribunal Supremo, hasta tal punto que esas sentencias constituyen el grueso de las fuentes de conocimiento del instituto del litisconsorcio pasivo necesario (9). Un estudio de esas fuentes de conocimiento puede efectuarse, sin embargo, desde muy diversos puntos de vista. Con todo, el litisconsorcio pasivo necesario, como todo litisconsorcio, es una institución procesal. Por ello, parece conveniente abordar su estudio desde la perspectiva de la relación jurídico-procesal, o, más concretamente, desde la perspectiva de los sujetos implicados en la misma. «El litisconsorcio pasivo necesario es utilizable por el actor..., alegable por el demandado, como excepción y apreciable por el Juzgador, de oficio», afirma una STS de 11 de marzo de 1980 (10); éste es el punto de vista adoptado en orden al estudio de las fuentes de conocimiento jurisprudenciales a que antes nos referimos: el litisconsorcio pasivo necesario desde la perspectiva del actor (I), desde la perspectiva del demandado, o, más precisamente, del litisconsorte demandado (II); y, por último, desde la perspectiva del juez (III).

I. ACCION

1. Afirma una STS de 10 de mayo de 1976 (11) que «en principio el actor está en libertad de demandar a quien crea conveniente». Esta declaración, no exclusiva de la jurisprudencia laboral (12), aunque certera, debe ser matizada en orden a su correcta comprensión.

(6) Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio (BOE de 30 de julio).

(7) Sección 7.ª, Título II, Libro II TRPL (arts. 118 a 132).

(8) Pues el derecho a las prestaciones «aparece... como la *ratio* última de todo el ordenamiento de la Seguridad Social»; cfr. DIÉGUEZ: *Responsabilidad directa de las prestaciones de Seguridad Social. Régimen General*, Eunsa (Pamplona, 1968), páginas 17 y 10.

(9) Obviamente, junto con la correspondiente jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo. Baste indicar que de las 83 sentencias de la Sala *de lo social* del Tribunal Supremo citadas en este escrito, 58 abordan el tema del litisconsorcio pasivo necesario en procesos de seguridad social.

(10) Ar. 809.

(11) Ar. 3.244.

(12) Véase, por ejemplo, para la jurisprudencia civil, la STS (Sala I) de 25 de

En el proceso de seguridad social, como en el civil ordinario, cuando el actor (13) deduce en juicio una pretensión de cognición (14) lo hace en tanto que sujeto interesado en una relación jurídico-sustantiva —relación jurídica de seguridad social— que será la que se ventile en el pleito e integra principalmente la denominada *causa petendi* (15). Obviamente no es el demandante el único interesado en la relación material debatida. Existen otros; y entre éstos deben hallarse necesariamente incluidos aquél o aquéllos frente a quienes pretende el actor. Ya puede comprenderse, por tanto, que el *dictum* judicial arriba consignado significa que el actor puede demandar a quien crea *interesado* en la relación sustantiva que sirve de base a su pretensión. Por ello afirma la jurisprudencia que puede traer al proceso «a quienes *prima facie* se les crea obligados... por hallarse implicados en dicha relación jurídico-material» (16).

2. No es satisfactorio, sin embargo, limitarse a afirmar que el actor puede traer al pleito a quien crea interesado en la relación sustantiva que en él se debate. Ha de concretarse ese interés, pues «no es bastante que un tercero pueda resultar simplemente afectado o interesado, sin expresión de cuál pueda ser ese interés..., para imponer a los demandantes la obligación de demandar [lo]» (17); lo contrario «envolvería un manifiesto abuso de derecho al originar gastos y molestias que después no se les pueden resarcir totalmente al traído innecesariamente al pleito» (18). A esta tarea de concreción ha dedicado especial atención la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al configurar fragmentariamente la denominada «doctrina del interés» (19), cuyos dos pilares fundamentales, desde la

enero de 1963 (Ar. 172), según la cual «en términos generales, el actor es árbitro para traer al proceso a las personas naturales o jurídicas que crea conveniente, y para dejar fuera de él a las que le parezca».

(13) Según el art. 118 TRPL pueden serlo «los trabajadores, los beneficiarios, los empresarios o cualquier otro demandante». Según DIÉGUEZ (*op. cit.*, pág. 15, nota 5), «en cuanto al 'otro demandante', debe entenderse que se trata de una Entidad gestora (o colaboradora más), siempre que ejerciten acciones que «tengan señalada tramitación especial» (art. 119 TRPL).

(14) La deducción de una *única* pretensión es la regla general en los procesos de seguridad social, pues el art. 16, párrafo primero prohíbe acumular («no serán acumulables a ninguna otra») las acciones «derivadas de la Seguridad Social que no tengan una misma causa de pedir». Sobre «unicidad» de la pretensión en tema de litisconsorcio pasivo necesario, cfr. STS de 18 de abril de 1968 (Ar. 2.812).

(15) Sobre la *causa petendi* en general, cfr. PRIETO-CASTRO: *Derecho procesal civil*, vol. I, Tecnos (Madrid, 1978), pág. 129. Para el proceso de trabajo, cfr. ALONSO OLEA: *Derecho procesal del trabajo*, IEP (Madrid, 1969), pág. 57, y MONTERO AROCA: *El proceso laboral*, I, Bosch (Barcelona, 1979), pág. 209.

(16) STS de 18 de abril de 1968 (cit.).

(17) *Ibidem*.

(18) *Ibidem*.

(19) Esta denominación en STS de 1 de julio de 1969 (Ar. 3.777).

perspectiva del actor (20), son la conceptualización del mismo como «relación con el objeto del pleito» (21) y su calificación como «directo, indivisible o declarado por la ley» (22).

En efecto, la jurisprudencia ha afirmado con reiteración que el actor puede llamar al pleito a «todos los directamente interesados en el derecho discutido» (23), o a todos los que tengan «evidente interés en el pleito» (24), o «decidido» (25) o «marcado y definido» interés el mismo (26). Esta calificación de la relación con el objeto del pleito como directa, evidente, decidida, marcada o definida permite llegar a consecuencias ulteriores, y la primera ha de ser lógicamente la exclusión del tercero. *Tercero*, en sentido propio, es el ajeno a la relación material debatida y, por tanto, carente de interés, pues «no pueden repercutir en las relaciones jurídico-procesales situaciones de derecho material que no afectan a terceras personas» (27). Si el tercero no puede, por tanto, tener esa intensa relación con el objeto del pleito de que habla la jurisprudencia, necesariamente habrán de poseerla, por el contrario, el titular directo (activo o pasivo) de la relación jurídica de seguridad social que se debate en el proceso (28) y, por extensión, el representante de aquél (titular indirecto) (29), sin más especificidades respecto del proceso civil ordinario que las derivadas de los frecuentes supuestos de pluri-representación a que puede dar lugar la compleja relación jurídica de seguridad social (30).

(20) Sobre la «doctrina del interés» desde la perspectiva del juez, cfr. *infra*, número 12 *in fine*.

(21) STS de 19 de abril de 1972 (Ar. 2.835).

(22) STS de 18 de abril de 1968 (cit.).

(23) SSTS de 26 de junio de 1971 (Ar. 2.697) y 27 de febrero de 1973 (Ar. 869). En otros casos se afirma que el actor puede llamar a todos quienes «pueda afectar directamente la pretensión que se formule» (SSTS de 20 de enero de 1966 [Ar. 125] y 15 de abril de 1968 [Ar. 2.109]) o a todos los «interesados directamente en el proceso» (STS de 27 de octubre de 1959 [Ar. 3.829]).

(24) STS de 29 de noviembre de 1978 (Ar. 4.352).

(25) STS de 15 de junio de 1978 (Ar. 2.377).

(26) SSTS de 14 de octubre de 1976 (Ar. 4.464) y 12 de diciembre de 1978 (Ar. de 1979, 80).

(27) STS de 22 de abril de 1970 (Ar. 2.383). Todo ello ha de entenderse obviamente sin perjuicio de que el aparente tercero pueda ser tenido «como parte si... lo hubiese solicitado durante la sustanciación del juicio, en razón a su interés y la doctrina científica y jurisprudencial... sobre la intervención del tercero en el proceso» (STS de 2 de enero de 1967 [Ar. 296]). La «intervención voluntaria» de terceros en procesos de seguridad social puede cobijarse, respecto de las Entidades Gestoras, en el art. 121 TRPL; cfr. STS de 18 de abril de 1968 (cit.), e *infra*, nota 36.

(28) Véase ALONSO OLEA, *op. cit.*, pág. 31.

(29) *Ibidem*.

(30) En la STS de 30 de junio de 1977 (Ar. 3.211) se afirma que «la Magistratura no hizo la citación pedida... o no consignó [en ella] que el representante del Ins-

No son estos supuestos los únicos en que puede reconocerse que la relación con el objeto del pleito es intensa. Existen otros. Pero su determinación casuística se hace muy difícil porque, en definitiva, le calificación de la intensidad depende inexorablemente de la concreta relación material de seguridad social que en el pleito se ventila. Por ello, la jurisprudencia se ha visto obligada a refugiarse en formulaciones genéricas que apuntan, por ejemplo, a la «indivisibilidad» del interés (31), o, más concretamente, al derecho del actor a «llamar al pleito a cuantos estén vinculados inseparablemente con los actos o contratos que sirvan de base a sus pretensiones» (32). Esta dificultosa remisión al derecho material se allana, sin embargo, cuando es la propia ley quien individualiza, en relación con determinadas categorías de pleitos, las personas físicas o jurídicas interesadas en los mismos. Dicha declaración *ex lege* es efectuada normalmente por la ley sustantiva (33). En ocasiones, sin embargo, por la ley procesal: y así, el TRPL, en conexión siempre con el derecho material, afirma expresamente el interés del «correspondiente Organismo o Servicio de la Seguridad Social en todos los procesos en que se demande por incapacidad permanente o muerte» (34); el del empresario, Entidad Gestora o, en su caso, Mutua Patronal, y Servicios Comunes en procesos relativos a accidentes de trabajo (35); y el de las

tituto Nacional de Previsión que compareció en juicio en nombre del Fondo de Garantía y Pensiones de Accidentes de Trabajo y de la Mutualidad Nacional Agraria, representaba también al 'Servicio' sucesor de la [extinguida] Caja Nacional [del Seguro de Accidentes de Trabajo], y así, el defecto procesal, atribuido, al actor, de no haber demandado a quien debía serlo, no está en la demanda, sino... en que la *pluri-representación* del Instituto Nacional de Previsión debió alcanzar también a su 'Servicio' sucesor de la Caja Nacional». A otro supuesto de pluri-representación se alude en la STS de 30 de marzo de 1968 (Ar. 1.744): «se llamó a juicio a la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo, la que en efecto fue parte en el proceso, no en concepto de entidad aseguradora, ya que esa posición pertenecía a 'Plus Ultra', sino en calidad de representante, tanto del Fondo Compensador... como del de Garantía, cuya administración legalmente le corresponde y que fue motivadora de su intervención en la presente litis».

(31) Véase *supra*, nota 22.

(32) STS de 2 de enero de 1967 (cit.); o, según la STS de 31 de marzo de 1979 (Ar. 1.532), «a cuantos estén vinculados inseparablemente con los actos que sirvan de base a su pretensión». En ocasiones se ha reconocido por la jurisprudencia la concurrencia de «circunstancias de indivisibilidad o inescindibilidad de la situación que no permiten su tratamiento por separado respecto a los diversos sujetos a los que afecta» (STS de 7 de marzo de 1970 [Ar. 2.260]), como, v. gr., en la hipótesis de existencia de una obligación «mancomunada» (STS de 16 de marzo de 1970 [Aranzadi 1.660]).

(33) Un elenco de supuestos en MONTERO AROCA, *op. cit.*, págs. 122-124.

(34) Art. 124.

(35) Arts. 123 y 71, párrafo último. Cfr. también, *infra*, núm. 13.

Entidades Gestoras «cuando se debata en el pleito materia confiada a su gestión por las Leyes de Seguridad Social» (36).

3. Si el actor puede llamar al pleito a quien crea que posee un interés cualificado (directo, indivisible o declarado *ex lege*) en la relación material que en el mismo se debate, el así llamado es por definición «parte legítima»; es decir, está legitimado para intervenir como parte en el proceso en que aquella relación material se discuta (37). El concepto de interés nos conduce, por tanto, al de *legitimación en causa*; y no podía ser de otro modo, pues, según la jurisprudencia «desde antiguo se ha venido utilizando la expresión *legitimatío ad causam* para referirse a la condición de titular activo o pasivo [o supuestos asimilados] de la relación jurídico material base de los derechos y obligaciones que se cuestionan en el proceso» (38). El actor puede, por tanto llamar al pleito a quien crea pasivamente legitimado *ad causam*; es decir, a «las personas y organismos que con la consideración de *partes* del mismo tienen interés en él» (39).

Puede ocurrir, sin embargo, que, en relación con un pleito o categoría de pleitos, la ley (material o procesal) considere legitimadas a una pluralidad de personas; o que, por exigencias de la relación material debatida, sean igualmente varios los pasivamente legitimados en causa; o, incluso, que, por una combinación de ambas hipótesis, sean igualmente varias las personas u organismos intensamente relacionados con el objeto del pleito. En estos supuestos, el actor

(36) Art. 121. Este mismo precepto afirma que «las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, siempre que tengan interés en un pleito pueden personarse y ser tenidas por parte», permitiendo cobijar, por tanto, supuestos de «intervención adhesiva» (cfr. PRIETO-CASTRO, *op. cit.*, págs. 75-76), pues se «debilitan grandemente las exigencias de legitimación» (cfr. ALONSO OLEA, *op. cit.*, pág. 31). La conexión de este precepto procesal con el derecho material se pone de relieve en la STS de 21 de marzo de 1979 (Ar. 1.478): «el art. 121 del Texto Procesal Laboral establece la posibilidad de que puedan personarse, y ser tenidas por partes, las Entidades Gestoras de la Seguridad Social en los procesos que versen sobre materia confiada a su gestión, en razón al 'interés' a que la norma alude, la que ha de relacionarse con los artículos 194 b) y 197 b) de la L. Seg. Soc., que consideran a las Mutualidades Laborales entidades gestoras y establecen a su cargo la gestión de la funciones y servicios derivados, entre otros, de la pretacione por invalidez permanente, cualquiera que sea su causa».

(37) Véase PRIETO-CASTRO, *op. cit.*, págs. 68-69.

(38) STS de 15 de febrero de 1977 (Ar. 1.427). Según ALONSO OLEA (*Capacidad y legitimación de las partes en los procesos de trabajo*, Revista de Trabajo, marzo-abril, 1959, pág. 47) «a la legitimación se refiere, en efecto, el artículo [9, párrafo primero TRPL]..., al decir que las personas cuya capacidad examina pueden comparecer como litigantes ante las Magistraturas de Trabajo *en causa propia*...; litigar 'en causa propia' quiere decir demandar o ser demandado en juicio en el que se ventile un interés jurídico material del que sea titular quien demanda o es demandado».

(39) STS de 4 de octubre de 1976 (Ar. 4.023).

puede llamar al mismo a *todos* a quienes considere pasivamente legitimados; y si lo hace así, constituye un litisconsorcio pasivo necesario.

4. La necesidad del litisconsorcio pasivo de esta forma constituido por el actor se deriva directamente, siempre desde la perspectiva del actor, del carácter «necesario» de los llamamientos efectuados por el mismo. En efecto, si, como hemos visto (40), la jurisprudencia sostiene —para excluir a terceros y asimilados— que supone un «manifiesto abuso de derecho» llamar «innecesariamente» a alguien al pleito, debe colegirse que el llamamiento a los *prima facie* pasivamente legitimados en causa es necesario por no abusivo. Desde esta perspectiva, por tanto, todo litisconsorte es litisconsorte necesario si está pasivamente legitimado, pues, en esa hipótesis, puede ser llamado al pleito por el actor sin que el mismo cometa abuso de derecho. El carácter necesario de llamamientos y litisconsortes se deriva por ello, en última instancia, de la legitimación en causa; y de ahí que la jurisprudencia afirme que «sólo cabe admitir la necesidad de litisconsorcio cuando así venga establecido [por una norma] o cuando dimane de la relación jurídica sustantiva que en el pleito se discuta» (41).

Esos llamamientos necesarios (no abusivos) por virtud de los cuales el actor puede constituir un litisconsorcio pasivo necesario deben ser efectuados por el mismo en tiempo y forma. En cuanto al tiempo, el momento procesal oportuno es el de «presentación de la demanda» (42). En cuanto a la forma, los llamamientos deben efectuarse: 1) en la demanda, que deberá contener «la designación... de los... interesados o partes y sus domicilios, indicando el nombre y apellidos de las personas físicas y la denominación o razón social de las personas jurídicas» (43), y 2) acompañando «tantas copias de la [misma] ... como demandados haya» (44).

(40) Véase, *supra*, nota 18.

(41) STS de 10 de mayo de 1976 (cit.). En términos similares se pronuncian otras sentencias; así, la «situación procesal determinante del litisconsorcio pasivo necesario ha de estar establecida expresamente en un precepto legal o derivarse de la naturaleza de la relación jurídica material que se ventila en el pleito» (STS de 11 de marzo de 1980 [cit.]); o, con una formulación negativa, procede desestimar la alegación de falta de litisconsorcio pasivo necesario «por no existir norma expresa que lo establezca ni darse circunstancias de indivisibilidad o inescindibilidad de la situación que no permitan su tratamiento por separado respecto a los diversos sujetos a los que afecta» (STS de 7 de marzo de 1970 [cit.]).

(42) Por las razones aducidas en *infra*, núms. 13 y 14.

(43) Art. 71, párrafo primero, núm. 2.º TRPL. En ocasiones, según refleja la jurisprudencia, el llamamiento se efectúa en *otrosí* de la demanda, quedando subordinada su eficacia a la firma del mismo por el actor («la demanda aparece... sin dirigirse ni consignarse el nombre de la entidad aseguradora, pues, aunque en un 'otrosí' al final de la misma se expresa... la entidad aseguradora que cubre el riesgo de accidentes..., este párrafo final aparece puesto después de la firma de la demandante y sin que volviera a firmar a continuación del mismo»; STS de 21 de mayo de

5. Si recordamos de nuevo el *dictum* judicial que arriba tomábamos como pretexto —«el actor está en libertad de demandar a quien crea conveniente» (45)—, las reflexiones que anteceden demuestran, como expresamente ha reconocido la jurisprudencia, que el «litisconsorcio pasivo necesario es utilizable por el actor, como ejercicio de su derecho a pedir contra quien estime oportuno» (46). Importa, por último, destacar que aquella «libertad», que califica el derecho a pretender frente a uno, debe calificar igualmente el derecho a pretender frente a dos o más. Se quiere indicar, así, que ante una pluralidad de pasivamente legitimados *ad causam* el actor puede, si quiere, llamarlos a todos al pleito sin cometer abuso de derecho, pero no tiene el deber jurídico de hacerlo. La constitución del litisconsorcio pasivo necesario es, por tanto, para el actor, desde un punto de vista jurídico-procesal, una *carga* o gravamen (47), que no coacciona su voluntad (48), pero de cuyo incumplimiento pueden derivarse consecuencias desfavorables para el mismo siempre y cuando se acuse y verifique el hecho objetivo de tal incumplimiento.

II. EXCEPCION DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO

6. En la hipótesis de que el actor incumpla la carga de demandar a todos y cada uno de los litisconsortes necesarios, la jurisprudencia ha declarado con

1976 [Ar. 3.357]) y al acompañamiento de las copias correspondientes de la demanda; cfr. SSTS de 6 de mayo de 1977 (Ar. 2.586) y 30 de junio de 1977 (cit.), e *infra*, nota 44. El problema de la denominación del litisconsorte necesario se planteó con crudeza, en alguna ocasión, cuando el mismo carecía de personalidad jurídica. La STS de 21 de abril de 1969 (Ar. 2.042) aborda el tema estableciendo una doctrina que puede resumirse del siguiente modo: 1) «en derecho laboral se configura a la empresa como sujeto de derecho en la relación de trabajo, como enseñan multitud de textos, entre otros el párrafo segundo del art. 71 del Texto de Procedimiento, en tres de sus números, con abstracción de su forma orgánica (individual, plural, persona jurídica regular o irregular), por la razón obvia, de que el pragmatismo en que se informa el sistema releva al obrero de la investigación en orden a la estructura interna del sujeto al que se vincula para la prestación del servicio retribuido, bastando al efecto la contratación con el nombre que la empresa utiliza en las relaciones de tráfico», y 2) «la citación bajo el nombre utilizado en las relaciones de tráfico y en la contratación de personal es suficiente para garantizar la defensa de la empresa, incumbiendo a ésta, no al obrero, la notificación a sus titulares de la existencia de la reclamación judicial».

(44) Art. 72, párrafo último TRPL; cfr. también, *infra*, nota 147.

(45) *Supra*, núm. 1.

(46) STS de 11 de marzo de 1980 (cit.).

(47) Véase GUASP, *Derecho procesal civil*, I, 3.ª ed., IEP (Madrid, 1968), pág. 202.

(48) Véase DÁVILA MILLÁN, *op. cit.*, pág. 23, nota 34.

reiteración que queda «defectuosamente constituida la relación procesal» (49), pues el «presupuesto procesal que obliga a dirigir la demanda contra todos los interesados en la relación jurídica de derecho material que es objeto del proceso» entraña «una condición necesaria para que la relación jurídico-procesal quede válidamente constituida» (50). La falta de litisconsorcio pasivo necesario entraña, pues, la existencia de un «defecto procesal» (51), y ya puede adelantarse que el mismo hace referencia a la legitimación pasiva en causa.

7. En efecto, una STS de 16 de mayo de 1972 (52), después de afirmar que por falta de litisconsorcio pasivo necesario no estaba «debidamente constituida la relación procesal», concluye que ello «se opone a la teoría de la legitimación procesal que sirve para determinar las partes que jurídicamente deben figurar como tales en el proceso, bien como portadoras del derecho de accionar (legitimación activa), ya como gravadas con la carga común de asumir la postura de demandados frente al demandante y su demanda (legitimación pasiva)». Este *dictum* nos pone sobre la pista, pero no aclara el porqué de la oposición a la teoría de la legitimación procesal. Obviamente, el vicio no puede referirse a los llamamientos que el actor haya efectuado, pues, si son necesarios, los traídos al pleito están pasivamente legitimados en causa. Ha de referirse a una omisión: no llamar a todos los pasivamente legitimados; y, por tanto, a los no traídos al pleito aun estando legitimados en causa. Por eso, afirma la jurisprudencia que «dicha omisión entraña un defecto en la constitución de la relación jurídico procesal por no estar demandados *todos* los que en el derecho material ostentan un interés o relación con el objeto del pleito» (53). La falta de algún litisconsorte necesario no supone, por tanto, una oposición radical a la teoría de la legitimación —es decir, la falta de legitimación pasiva—, sino sólo relativa por cuanto la legitimación en causa debe estimarse *incompleta* (54). Este extremo ha sido confirmado por la jurisprudencia: 1) al afirmar que cuando «la titularidad activa o pasiva [de la relación material debatida] se atribuyan conjuntamente a varias personas... la legitimación está integrada por la presencia de todas ellas en los autos» (55), y 2) al deslindar claramente la falta de litis-

(49) Véase SSTs de 12 de mayo de 1975 (Ar. 2.537), 14 de octubre de 1976 (cit.), 6 de mayo de 1977 (cit.), 18 de mayo de 1978 (Ar. 2.078) y 31 de marzo de 1979 (cit.). En otros casos se afirmó por la jurisprudencia que «ha de estimarse mal constituida la relación jurídico procesal entre las partes» (STS de 28 de enero de 1980 [Ar. 324]), o que «no se ha constituido debidamente la relación jurídico-procesal» (STS de 27 de febrero de 1976 [Ar. 756]).

(50) STS de 18 de abril de 1968 (cit.).

(51) Así lo califica la STS de 15 de febrero de 1979 (Ar. 586).

(52) Ar. 2.501.

(53) STS de 19 de abril de 1972 (Ar. 2.835).

(54) En este sentido la STS de 23 de abril de 1971 (Ar. 1.418) afirma que «la relación procesal es incompleta», por falta de litisconsorcio pasivo necesario.

(55) STS de 16 de mayo de 1972 (cit.). En idéntico sentido afirma la STS de 29

consorcio pasivo necesario de la falta de legitimación pasiva, pues es impreciso «estimar la falta de legitimación pasiva aceptada ya que el hecho de no haber sido demandadas y citadas [algunas de las presuntas partes] debiendo serlo... lo que supondría era una falta de litisconsorcio pasivo necesario, pero no una falta de legitimación pasiva, que consiste cabalmente en lo contrario, o sea, haber sido demandadas sin deber serlo» (56). La falta de litisconsorcio pasivo necesario es, en resumen, un defecto procesal consistente en la existencia de una legitimación pasiva deficientemente integrada o incompleta; por tanto, no una falta de legitimación, sino un defecto de la misma.

8. Como defecto procesal que determina que la relación jurídica también procesal no quede válidamente constituida, la falta de litisconsorcio pasivo necesario puede y debe ser acusada. El problema es, sin embargo, la determinación de cuál sea el expediente jurídico hábil para llevar a efecto tal acusación, pues, de existir, no aparece previsto expresamente y con carácter general en norma alguna, leyes procesales incluidas. Esto último obedece al hecho de que el litisconsorcio pasivo necesario se reconduce a un problema de legitimación; o, en otras palabras, a que «el concepto de litisconsorcio pasivo necesario, más que a una situación procesal exclusivamente, va ligado a la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida, es decir, a una cuestión de derecho sustancial... [y] por aquel carácter no suele estar regulado en los Códigos procesales» (57). Por ello, con independencia de que el no-llamamiento de algún litisconsorte necesario pueda suponer infracción de una concreta norma material o procesal (58), la jurisprudencia rechaza enérgicamente la cita de los artículos 153, 154 y 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —supletoria del TRPL (59)—, sobre acumulación (subjética) de acciones, pues «el Magistrado de Trabajo sentenciador, ni cita ni se apoya en los expresados preceptos, puesto que en ellos, aunque se configura el litisconsorcio facultativo, no se regula el necesario» (60);

de noviembre de 1968 (Ar. 5.222) que «la legitimación procesal no está integrada sino con la presencia de todos los que son sujetos activos o pasivos a quienes pueda afectar el fallo».

(56) STS de 30 de octubre de 1978 (Ar. 3.942).

(57) STS de 14 de mayo de 1973 (Ar. 2.261).

(58) Señaladamente los artículos 71, 121, 123 y 124 TRPL (*supra*, núm. 2 *in fine*). Estos preceptos procesales —por otra parte conectados al derecho material (*ibidem*)— y muchos otros sustantivos (*supra*, nota 23) establecen supuestos de *litisconsortes* necesarios, y no de *litisconsorcios* necesarios como inexactamente sostiene algunos *dicta* jurisprudenciales: v. gr., «el artículo 124 [TRPL] dispone que el Magistrado de Trabajo citará a juicio al Fondo de Garantía o, en su caso, al correspondiente Servicio Común de la Seguridad Social en todos los procesos en que se demande por incapacidad permanente o muerte, precepto que propugna un supuesto de 'litis consorcio pasivo necesario', por Ministerio de la Ley» (STS de 28 de junio de 1971 [Ar. 2.703]).

(59) Disp. adicional única TRPL.

(60) STS de 2 de julio de 1973 (Ar. 3.252). Igualmente, la STS de 14 de mayo

y, a lo sumo, afirma *obiter* que «uno de los preceptos procesales donde tiene un atisbo es el art. 62 [L. E. Civ.] en cuanto afecta a la competencia» (61), o que aparece «en parte previsto por el art. 72 de la Ley Procesal Laboral» (62).

9. Frente a este silencio normativo ha reaccionado, sin embargo, la jurisprudencia, al configurar una *excepción* como expediente jurídico apto para acusar la falta de litisconsorcio pasivo necesario: la por ella denominada «exceptio plurium litisconsortium» (63) o, más comúnmente, «excepción de litisconsorcio pasivo necesario» (64). Esta excepción es, en primer lugar, una excepción de creación jurisprudencial. Por ello afirma el Tribunal Supremo que el litisconsorcio pasivo necesario «incide en el derecho español a través de la doctrina jurisprudencial» (65), o que viene «en términos generales impuesto por la doctrina legal» (66). Es también, en segundo lugar, una excepción autónoma, pues no se identifica con ninguna otra de las previstas en los Códigos procesales, ni siquiera con las que le son más próximas como, v. gr., la de falta de legitimación pasiva (67) o la de defecto legal en el modo de proponer la demanda (68). Y es, por último, una excepción *sui generis* (69), pues puede alegarse «a instancia de parte o [apreciarse] de oficio» (70).

de 1973 (cit.) rechazó la alegación de «infracción por interpretación errónea» de esos mismos preceptos y de los artículos 160 y 161 L. E. Civ. —concordantes con los artículos 17 a 19 TRPL—, sobre acumulación de autos, pues el juzgador de instancia «ni cita tales preceptos, ni en los mismos se regula el instituto del litisconsorcio pasivo necesario». En efecto, mientras que el litisconsorcio pasivo necesario tiene un carácter «inicial u originario», pues se constituye por demanda (*supra*, núm. 4); la acumulación de autos (o procesos) se produce siempre *ex post*; cfr. MONTERO AROCA, *op. cit.*, págs. 217 y siguientes.

(61) STS de 14 de mayo de 1973 (cit.). Según dicho precepto «cuando la demanda se dirija simultáneamente contra dos o más personas que residan en pueblos diferentes y estén obligadas mancomunada o solidariamente, no habiendo lugar destinado para el cumplimiento de la obligación, será Juez competente el del domicilio de cualquiera de los demandados, a elección del demandante» (regla 1.ª).

(62) STS de 23 de mayo de 1979 (Ar. 2.226). Cfr. *infra*, núm. 13.

(63) STS de 21 de abril de 1969 (cit.).

(64) SSTS de 27 de octubre de 1959 (cit.), 20 de enero de 1966 (cit.), 16 de mayo de 1972 (cit.), 20 de mayo de 1974 (Ar. 2.245) y 12 de mayo de 1975 (cit.).

(65) STS de 14 de mayo de 1973 (cit.).

(66) STS de 15 de marzo de 1979 (Ar. 1.139).

(67) Además de lo dicho en *supra* (notas 54 a 56), según jurisprudencia reiterada la falta de legitimación pasiva no es apreciable de oficio (SSTS de 28 de noviembre de 1970 [Ar. 5.144], 14 de mayo de 1973 [cit.] y 30 de octubre de 1978 [cit.], entre otras); y lo es, por el contrario la falta de litisconsorcio pasivo necesario; cfr. *infra*, III.

(68) Es decir, la excepción «dilatatoria», núm. 6.º del art. 533 L. E. Civ. Sobre el tema, véase *infra*, notas 106 a 108.

(69) Así la califica DÁVILA MILLÁN, *op. cit.*, pág. 209.

(70) STS de 23 de mayo de 1979 (cit.).

10. En efecto, según jurisprudencia reiterada la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario puede ser «alegada por las partes» (71). En ese *dictum*, «partes» equivale obviamente a litisconsortes necesarios que hayan sido demandados, pues, según la jurisprudencia «el litisconsorcio pasivo necesario es alegable por el *demandado*, como excepción» (72). La alegación, de otro lado, puede efectuarse tanto en fase de cognición como de impugnación. En fase de cognición, el momento procesal oportuno es el de «contestación de la demanda» (73). En impugnación, habiendo sido alegada en instancia la excepción, si desestimada por el Magistrado de Trabajo al dictar sentencia, puede reproducirse interponiendo el correspondiente recurso de casación por infracción de ley (74), acusando el fallo por contener «violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrinas legales aplicables al caso»; es decir, por la vía del núm. 1.º del art. 167 TRPL, único cauce procesal estimado «adecuado» por la jurisprudencia para reproducir en casación la alegación de falta de litisconsorcio pasivo necesario oportunamente deducida en la instancia (75).

(71) SSTs de 27 de octubre de 1959 (cit.), 20 de enero de 1966 (cit.) y 1 de julio de 1969 (cit.), entre otras muchas.

(72) STS de 11 de marzo de 1980 (cit.). Obviamente, no es preciso que todos y cada uno de los litisconsortes demandados interpongan la excepción, pues «cada una de las partes legitimadas que intervienen en este proceso único es autónoma frente a los otros actores o demandados; no existe entre ellas relación de subordinación alguna, y aunque pueden actuar coordinadas, porque su interés específico sea el mismo, no puede imponérselas esta coordinación si cada una de ellas quiere adoptar una postura procesal diferente» (véase MONTERO AROCA, *op. cit.*, pág. 125). Buena prueba de lo dicho es la STS de 16 de octubre de 1961 (Ar. 3.442): «sin que, como recuerda el Ministerio Fiscal, en los supuestos cual el presente, de litisconsorcio pasivo necesario, las alegaciones de una de las partes demandadas, conformes con las del actor puedan vincular jurisdiccionalmente en perjuicio del litisconsorte no conforme».

(73) «En el juicio, al contestar la demanda y en forma de excepción», afirma la STS de 23 de noviembre de 1977 (Ar. 4.542). La generalidad de la jurisprudencia sostiene que la alegación debe efectuarse en el «acto del juicio» (SSTs de 30 de junio de 1977 [cit.], 13 de diciembre de 1979 [Ar. 4.408] y 31 de mayo de 1980 [cit.]), momento en que, como es sabido, el demandado, en el proceso laboral, procede a contestar la demanda «alegando cuantas excepciones estime procedentes (art. 76, párrafo primero TRPL).

(74) Por centrar este estudio en la jurisprudencia de la Sala *de lo social* del Tribunal Supremo, prescindimos de toda mención al recurso de suplicación.

(75) Véase, por ejemplo, STS de 16 de marzo de 1970 (cit.). Por ese cauce el litisconsorte demandado alegará la infracción de la norma material concreta de que se trate, de la norma material indirecta —arts. 1.251 y 1.252 del Código civil (véase *infra*, núm 12; y DÁVILA MILLÁN, *op. cit.*, pág. 220)—, o, en cualquier caso de la doctrina legal sobre litisconsorcio pasivo necesario. Sobre supuestos concretos de utilización de dicho cauce procesal, cfr. STS de 12 de noviembre de 1970 (Ar. 4.494), 11 de abril de 1973 (Ar. 1.829), 27 de noviembre de 1974 (Ar. 4.658) y 14 de marzo de

En cualquier caso, la falta de alegación en tiempo y forma de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por el o los litisconsorcios demandados no enerva la posibilidad de que el defecto de legitimación pueda ser acusado, pues la falta de litisconsorcio pasivo necesario es apreciable de oficio «prescindiendo de si fue alegada extemporáneamente en juicio y por concepto inadecuado en casación» (76).

III. APRECIACION DE OFICIO

11. Según jurisprudencia reiterada «la excepción de litisconsorcio pasivo necesario puede ser apreciada de oficio por el juzgador» (77). No significa ese *dictum*, sin embargo, que sea potestativo para el juez apreciar la existencia de ese defecto procesal: pesa sobre él el deber jurídico de hacerlo, pues «debe ser apreciado de oficio, aunque en los autos no se alegara tal irregularidad» (78). Este deber jurídico aparece conectado a la válida constitución de la relación jurídico-procesal. En efecto, si, como antes indicábamos, la relación procesal queda defectuosamente constituida por una incompleta integración de la legitimación pasiva (79), ese defecto impide al juzgador entrar en el fondo del asunto,

1978 (Ar. 991), entre otras muchas. Esa misma vía es utilizada por el Ministerio Fiscal cuando interpone el recurso «haciendo uso de la facultad que le confiere el penúltimo párrafo del art. 172 [TRPL]» (SSTS de 16 de mayo de 1972 [cit.] y 28 de junio de 1971 [cit.]); e, incluso, por el propio actor cuando recurre acusando la inexistencia de falta de litisconsorcio pasivo necesario que, sin embargo, fue apreciada de oficio por la sentencia recurrida (SSTS de 18 de abril de 1968 [cit.], 10 de mayo de 1976 [cit.] y 28 de febrero de 1976 [cit.]). La STS de 14 de marzo de 1970 (Aranzadi 1.659) afirma que «el tercer tema articulado en el recurso, que denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba y se ampara procesalmente en el número 5.º del mismo art. 167, ya citado, tampoco es merecedor de acogida favorable... ya que de lo que en realidad se trata en la argumentación con que se desarrolla, es de la posible existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, cuestión ésta que no encaja en el cauce elegido para amparar el tema».

(76) STS de 11 de marzo de 1980 (cit.).

(77) STS de 16 de mayo de 1972 (cit.); también SSTS de 27 de octubre de 1959 (cit.), 26 de junio de 1971 (cit.), 27 de febrero de 1973 (cit.), 20 de mayo de 1974 (citado), 11 de noviembre de 1975 (Ar. 4.297), 23 de febrero de 1976 (cit.), 7 de junio de 1978 (Ar. 2.265) y 10 de noviembre de 1979 (Ar. 3.705).

(78) STS de 12 de diciembre de 1978 (cit.); también SSTS de 20 de enero de 1966 (cit.) y 1 de julio de 1969 (cit.). En otros casos se afirma que «puede y debe incluso ser apreciado de oficio, aunque no se haya alegado en el proceso» (STS de 4 de octubre de 1976 [cit.]), o que «puede y debe incluso ser apreciado de oficio, aunque no se haya alegado en los autos» (STS de 14 de octubre de 1976 [cit.]).

(79) Véase *supra*, núm. 6.

pues, según la jurisprudencia «la exigencia de que aquella relación quede válidamente constituida, es presupuesto de inexcusable observancia, para afrontar los problemas suscitados en el proceso» (80). ¿Por qué impide al juzgador ese defecto de legitimación pasiva conocer y resolver el problema de fondo debatido? Puede adelantarse ya que esa imposibilidad es jurídica, y hace referencia a la eficacia de cosa juzgada material de la sentencia que eventualmente pudiera recaer.

12. Es sabido que si el juez entra a conocer del fondo del asunto y dicta sentencia, esta resolución, si deviene firme o irrecurrible (81), adquirirá eficacia de cosa juzgada material (82). Y es sabido también, por otra parte, que la cosa juzgada material limita subjetivamente su eficacia a quienes han litigado en el proceso (83); es decir, despliega naturalmente su eficacia en el ámbito marcado por la legitimación en causa (84). Estas premisas se mantienen obviamente en la hipótesis de que la legitimación pasiva tenga un carácter complejo, al estar integrada por la presencia de una pluralidad de personas u organismos como demandados en el pleito. Ya puede comprenderse, por tanto, el riesgo de que la autoridad de cosa juzgada material quede gravemente comprometida, en esta última hipótesis, si el actor omitió llamar a todos los que poseían un interés directo, indivisible o declarado *ex lege* en la relación material debatida. En efecto, cabe, en primer lugar, la posibilidad de que la sentencia recaída vincule a quienes no litigaron, al imponerles un gravamen (o concederles un beneficio). En este caso, se produce una *indebida* extensión de la cosa juzgada (85): 1) porque los supuestos de extensión de la misma a no-litigantes son *numerus clausus* y aparecen tasados en el Código civil (86), y 2) porque la misma contraría el

(80) STS de 15 de junio de 1978 (cit.); también SSTS de 4 de octubre de 1976 (cit.), 7 de junio de 1978 (cit.), 12 de diciembre de 1978 (cit.), 15 de febrero de 1979 (cit.) y 10 de noviembre de 1979 (cit.).

(81) Es decir, si adquiere eficacia de cosa juzgada formal; cfr. GUASP, *op. cit.*, página 558.

(82) *Ibidem.*

(83) Por ello afirma la doctrina que «la cosa juzgada beneficia y perjudica únicamente a las partes» (cfr. PRIETO-CASTRO, *op. cit.*, pág. 197). Según el artículo 1.252, párrafo primero del Código civil «para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron».

(84) Véase GUASP, *op. cit.*, pág. 561.

(85) De ahí la alusión jurisprudencial a la «finalidad de proteger a los interesados frente a la posible extensión de la cosa juzgada» (STS de 14 de mayo de 1973 [cit.]).

(86) Concretamente en los párrafos segundo y tercero del artículo 1.252: «en las cuestiones relativas al estado civil de las personas y en las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada eficaz contra terceros,

«principio de derecho que dispone que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio» (87). Dicha indebida extensión determinaría, en última instancia, que la sentencia de condena dictada fuera «estéril» (88), pues devendría inejecutable (89). Puede ocurrir, en segundo lugar, que la sentencia recaída no vincule pero afecte a quienes no fueron demandados, al pronunciarse sobre derechos o situaciones en que aquéllos estaban cualificadamente interesados. Obviamente, en este caso no se extiende a los no-litigantes la eficacia de cosa juzgada material, pero se estimula la tramitación de ulteriores litigios para obtener frente a los mismos idénticos pronunciamientos que los anteriormente recaídos. Se comprende, por tanto, fácilmente «el muy grave riesgo de que los fallos sean contradictorios» (90); quedando, como en el supuesto anteriormente apuntado, igualmente comprometida la eficacia de cosa juzgada material, pues la existencia de dos sentencias (firmes) contradictorias —y, por tanto, dos cosas juzgadas igualmente contradictorias— determina inexorablemente que quede mutuamente enervada la eficacia de ambas. Por todo ello, afirma la jurisprudencia que los Tribunales «en especial, evitarán que... resoluciones que adquieran los efectos de la cosa juzgada puedan afectar a personas que no estuvieron presentes [en el

aunque no hubiesen litigado» (párrafo segundo); «se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigir las u obligación, de satisfacerlas» (párrafo tercero). Cfr. PRIETO-CASTRO, *op. cit.*, pág. 197-198.

(87) Véase entre la jurisprudencia más reciente, SSTS de 31 de marzo de 1979 (cit.), 15 de marzo de 1979 (cit.), 17 de noviembre de 1979 (cit.) y 20 de marzo de 1980 (Ar. 1.429). La formulación completa del principio aparece enunciada, por ejemplo, en la STCT de 21 de diciembre de 1977 (Ar. 6.673): «al fin de evitar que alguna de las mismas [partes] pudiera resultar condenada sin ser oída o absuelta sin deber serlo»; cfr. también ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 579. La jurisprudencia suele reforzar este principio apelando al «carácter tuitivo de esta jurisdicción [social]» (STS de 14 de mayo de 1973 [cit.]), y así, afirma en ocasiones que «el principio de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el proceso de todos los que debieron ser demandantes o demandados, máxime por lo que se refiere a la legitimación pasiva cuya falta no ha podido ser denunciada por los interesados no demandados» (SSTS de 16 de mayo de 1972 [cit.] y 20 de mayo de 1974 [cit.]).

(88) «Si dicha sentencia se dictase sería estéril», afirma la STS de 21 de diciembre de 1979 (Ar. 4.543). En la hipótesis considerada en el texto, CHIOVENDA y otros procesalistas italianos hablan de sentencia *inutiliter data*; cfr. DÁVILA MILLÁN, *op. cit.*, página 51.

(89) *Ibidem.*

(90) Véase entre otras, SSTS de 2 de julio de 1973 (cit.) y 14 de mayo de 1973 (cit.).

proceso]» (91), pues «no se puede entrar en el fondo del asunto sin que en el juicio intervengan todos los que claramente puedan quedar afectados por los pronunciamientos de la sentencia» (92), «en evitación de que puedan resultar condenados sin ser oídos o de la posibilidad de que se produzcan fallos contradictorios» (93).

De todo lo dicho deben deducirse tres consecuencias evidentes: 1) el litisconsorcio pasivo es necesario, desde la perspectiva del juzgador, por sus repercusiones sobre la eficacia de cosa juzgada material de la sentencia que eventualmente pueda recaer (94), pues no podría ser «plena» (95) si no son «llamados al proceso en concepto de partes, todas aquellas personas que por afectarles o vincularles la resolución que le ponga término, tienen un marcado y definido interés en él» (96); 2) desde la óptica judicial, el litisconsorcio pasivo necesario se caracteriza por «tener como objetivo una resolución única para todos a quienes afecte» (97), y 3) por último y también desde la perspectiva del juzgador, litisconsorte necesario es el que posee un interés cualificado, no tanto en la relación material debatida como en el fallo. Esto permite una reformulación de la «doctrina del interés» que no contradice, sino que completa, la versión de la misma a que antes hicimos referencia (98), pues, según la jurisprudencia «lo que en rigor se plantea con base en la doctrina del interés, es la necesidad de llamar a la contienda a todas aquellas personas que puedan tenerlo legítimo en la decisión judicial, si ella ha de calificar definir o pronunciarse sobre presuntos derechos o situaciones jurídicas que les afectan más o menos directamente» (99).

(91) STS de 23 de mayo de 1979 (cit.).

(92) SSTs de 20 de enero de 1966 (cit.) y 27 de octubre de 1959 (cit.); o «todos aquellos que puedan ser afectados por el fallo» (STS de 3 de diciembre de 1973 [Ar. 4.704]), o todos a quienes alcancen «los efectos de su resolución definitiva» (STS de 11 de noviembre de 1975 [cit.]).

(93) SSTs de 26 de junio de 1971 (cit.), 27 de febrero de 1973 (cit.) y 23 de febrero de 1976 (cit.). Con otra formulación: «en atención a los principios generales de derecho que proclaman la veracidad de la cosa juzgada y la necesidad de que nadie sea condenado sin ser oído y vencido en juicio» (STS de 2 de enero de 1967 [cit.]).

(94) Afirmación deducible de jurisprudencia de cierta antigüedad: «en atención... a la presunción de veracidad de la cosa juzgada, que el Código civil establece en su artículo 1.251» (STS de 27 de octubre de 1959 [cit.]).

(95) «Siendo el litisconsorcio necesario cuando es indispensable que todos sean demandados para que la resolución tenga eficacia plena», afirma la STS de 9 de noviembre de 1978 (cit.).

(96) STS de 14 de octubre de 1976 (cit.); también SSTs de 12 de diciembre de 1970 (Ar. de 1971, 80) y 15 de junio de 1978 (cit.).

(97) STS de 18 de abril de 1968 (cit.).

(98) Véase *supra*, núm. 2.

(99) STS de 1 de julio de 1969 (cit.); cfr. también las sentencias citadas *supra* (notas 25 y 26).

13. El Magistrado de Trabajo debe, por las razones apuntadas, apreciar de oficio en la instancia la falta de litisconsorcio pasivo necesario. El cumplimiento de esa exigencia tiene como *prius*, según la jurisprudencia, la existencia de un deber de vigilancia: «entre las obligaciones que pesan sobre los Tribunales, figura, entre otras, la de *vigilar...* que en... [los procesos] figuren como partes la totalidad de las personas que debieran serlo por alcanzarles directamente sus efectos, como enseñan el núm. 2.º del párrafo primero del art. 71, en concordancia con el 72, ambos de la L. Pro. Lab.» (100); y como se desprende del *dictum*, los deberes de vigilar y apreciar de oficio la excepción de que tratamos pueden hacerse efectivos ya en trámite de admisión de la demanda.

Es sabido que sobre dicho trámite el precepto fundamental es el artículo 72 TRPL, cuyo párrafo primero dispone que «el Magistrado, en su caso, advertirá a la parte de los defectos u omisiones en que haya incurrido al redactar la demanda, a fin de que los subsane dentro del plazo de cuatro días y si así no lo efectuase, ordenará su archivo». Este precepto es el segundo de los que el TRPL dedica a la regulación de los «procesos ordinarios» (101), pero es igualmente aplicable a los «procesos especiales» (102) —y concretamente a los de seguridad social (103)—, dado que «en todo lo que no está expresamente previsto en este título [sobre procesos especiales] regirán las disposiciones contenidas en el título anterior para el proceso ordinario» (104); y así lo ha reconocido la jurisprudencia: «los procesos en materia de seguridad social se rigen por los arts. 118 y siguientes del texto regulador del Pro. Lab., siendo aplicables a ellos lo dispuesto en los artículos 71 y 72 del mismo cuerpo legal, sobre requisitos de la demanda y obligación de la Magistratura de estudiarla en el momento que sigue a su presentación, para advertir al demandante, en su caso, de las diferentes omisiones en que haya incurrido al redactarla» (105). El precepto de que tratamos tiene como finalidad primaria suplir la inexistencia en el proceso laboral de la excepción de «defecto legal en el modo de proponer la demanda», que, como «dilatatoria», aparece recogida en el núm. 6.º del art. 533 de la L. E. Civ. (106). Sin embargo, la jurisprudencia se ha encargado de dar una vir-

(100) STS de 13 de marzo de 1978 (Ar. 986).

(101) Título I, Libro II, arts. 71 a 95.

(102) Título II, Libro II, arts. 96 a 150.

(103) Véase *supra*, nota 7.

(104) Art. 96 TRPL. Cfr. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 623.

(105) STS de 17 de abril de 1978 (cit.).

(106) Según jurisprudencia reiterada «la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda no tiene cabida en el proceso social» (SSTS de 6 de marzo de 1965 [Ar. 1.367], 20 de febrero de 1956 [Ar. 840] y 2 de abril de 1956 [Ar. 1.335]; cfr. también STS de 13 de marzo de 1978 [Ar. 985]); téngase en cuenta, además, que el carácter «tuitivo» del art. 72 TRPL se explica, quizá, en función del art. 10, párrafo tercero del mismo cuerpo legal («en la Magistratura de Trabajo no será necesaria la intervención de Abogado ni de Procurador»), que MONTERO AROCA (*op. cit.*, pági-

tualidad mayor al precepto, al declarar operativo el deber de advertencia y ulteriores resultas que el mismo consigna no sólo cuando la demanda no cumple las exigencias del art. 71 —v. gr., se omite designar el demandado o se le designa defectuosamente, supuestos todos de «defecto legal en el modo de proponer la demanda» (107)—, sino también cuando en la misma se omite el llamamiento a algún litisconsorte necesario, con independencia siempre de que la designación de los litisconsortes demandados en ella contenida no sea defectuosa (108). Esta consecuencia es obligada en procesos sobre accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, pues así se desprende de los arts. 71, párrafo último, 123 y 124 TRPL (109). Pero debe predicarse igualmente de todo tipo de procesos de seguridad social, con independencia de cuáles sean las pretensiones que se ventilen (110), en base a un cuádruple orden de argumentos: 1) los preceptos citados no se refieren sólo a demandas por accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también a demandas por «incapacidad permanente o muerte» (111) derivadas de «otras contingencias» (112), y así lo ha entendido en ocasiones la jurisprudencia (113); 2) en demandas por accidente de trabajo o enfermedad

na 59) califica como «disposición demagógica». Según este mismo autor (*op. cit.*, página 232) la doctrina jurisprudencial a que antes nos referimos «es errónea. La obligación del Magistrado de advertir de los defectos e, incluso, el que se produzca nulidad de actuaciones por no realizar la advertencia, apreciable incluso de oficio..., no debe impedir que, si la subsanación no se ha pedido, el demandado alegue esta excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda; excepción que... en el caso de no ser resuelta, debe dar lugar al recurso correspondiente por quebrantamiento de forma».

(107) Véase MONTERO AROCA, *op. cit.*, pág. 215; y ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, cit., págs. 601-602.

(108) Es clara, por tanto, la diferencia conceptual entre las excepciones de defecto legal en el modo de proponer la demanda y la falta de litisconsorcio pasivo necesario (cfr. DÁVILA MILLÁN, *op. cit.*, págs. 216-217), pese a que algunos *dicta* judiciales parezcan indicar lo contrario: «procede estimar la falta de consorcio pasivo necesario y como defectuosa la demanda presentada» (STS de 19 de abril de 1972 [cit.]); «de los términos en que aparece redactada la demanda... resulta aquélla defectuosa en la designación de los demandados» (STS de 15 de octubre de 1973 [Ar. 3.737]); «el Magistrado de Trabajo al entender que la demandante ha incidido en defecto formal al plantear la demanda por incurrir en la falta de litisconsorcio pasivo necesario... no cometió infracción» (STS de 28 de febrero de 1976 [Ar. 775]).

(109) Véase MONTERO AROCA, *op. cit.*, pág. 127.

(110) Véase, sin embargo, MONTERO AROCA, *op. cit.*, págs. 119, 126-127 y 214-215.

(111) En el art. 24 se habla de «*todos* los procesos en que se demande por incapacidad permanente o muerte»; cfr. también art. 71, párrafo tercero.

(112) La rúbrica del epígrafe 2.º, sección 7.ª, Título II, Libro II TRPL (artículos 122 a 125) alude a «normas relativas a accidentes de trabajo y *otras contingencias*».

(113) Es especialmente clara la STCT de 28 de noviembre de 1977 (Ar. 6.111), en la que, habiéndose demandado por «invalidez derivada de enfermedad común», se afir-

profesional la jurisprudencia ha postulado una interpretación amplia de los preceptos citados, con la finalidad de que el Magistrado pueda advertir al actor de la omisión del empresario como litisconsorte necesario (114), pese a que no establezca la ley la obligación de citar a este último (115) o de acompañar una copia de la demanda para el mismo (116); 3) cuando el Tribunal Supremo aprecia de oficio, en casación, la falta de litisconsorcio pasivo necesario, decreta la nulidad de lo actuado y reposición de los autos al momento de presentación de la demanda para que el Magistrado haga uso de la facultad que consigna el art. 72 (117), en supuestos incluso en que no se demandaba por accidente de trabajo o enfermedad profesional (118), y 4) razones de «economía procesal» aconsejan esta solución, pues la omisión del litisconsorte necesario advertida por el Magistrado es fácilmente subsanable por el actor en este trámite con un mínimo de dilación (119). Debe indicarse, por último, que el Magistrado se per-

mó que «según resulta... del artículo 124 de la misma Ley Rituaria Laboral... el Fondo de Garantía o, en su caso, el correspondiente servicio común de la Seguridad Social, se le citará a juicio de la Magistratura de Trabajo en todos los procesos en que se demande por incapacidad permanente o muerte, redacción ésta que admite y distingue dos clases de procesos por invalidez permanente o muerte, a saber, aquéllos en que debe ser demandado el Fondo de Garantía y aquéllos en que no es necesario que lo sea».

(114) Véase STS de 11 de marzo de 1975 (Ar. 1.272), citada por MONTERO AROCA (*op. cit.*, pág. 127).

(115) Véase art. 122 TRPL.

(116) Véase art. 71, párrafo último TRPL.

(117) Véase *infra*, núm. 14.

(118) Así, en la STS de 14 de octubre de 1976 (*cit.*), en demanda sobre «invalidez permanente en grado de incapacidad absoluta para toda clase de trabajos por enfermedad común», se afirmó que «sin examinar el motivo de casación articulado, ha de decretarse la nulidad de todo lo actuado, con reposición de las actuaciones al estado que tenían en el momento de la presentación de la demanda para que de conformidad con el art. 72 del Texto Procesal Laboral, pueda subsanarse la omisión causa de la nulidad»; y en la de 29 de enero de 1976 (Ar. 381), exigiéndose «el pronunciamiento jurisdiccional de hallarse el actor en situación de incapacidad laboral transitoria originada en enfermedad común», se declaró que «omitir la designación, entre los demandados, del Instituto Nacional de Previsión es, en el caso presente, un claro supuesto de aplicabilidad del art. 72 del Texto Procesal Laboral, a fin de evitar una posible condena de quien no ha sido llamado al proceso... [por lo que] procede declarar tal nulidad respecto de la sentencia impugnada, y de cuantas actuaciones se han practicado a partir del momento de presentación de la demanda, para que el Magistrado haga al actor las advertencias necesarias tendentes a que subsane la omisión en que ha incurrido al designar como demandada sólo a la Mutualidad Laboral del Cemento». Tal declaración se produce, incluso, en procesos que no son de seguridad social; cfr. SSTs de 5 de abril de 1978 (Ar. 1.379) y 21 de diciembre de 1979 (*cit.*). Véase, sin embargo, MONTERO AROCA, *op. cit.*, pág. 127.

(119) Véase STS de 15 de febrero de 1979 (*cit.*), e *infra*, nota 121 y sigs.

catará del defecto de legitimación pasiva examinando la demanda o, incluso, los «documentos acompañados» a la misma (120).

El deber de vigilancia a que antes hicimos referencia no se agota en trámite de admisión de la demanda, pues, según la jurisprudencia «perdura a lo largo de la instancia» (121). En efecto, puede ocurrir que examinando la demanda no se percate el Magistrado de la falta de litisconsorcio pasivo necesario (122) y lo haga, sin embargo, en el acto del juicio. Ello no puede extrañarnos si tenemos en cuenta que es en ese momento cuando se contesta la demanda (123); contestación que puede suministrar valiosos elementos de juicio para el Magistrado (124), sobre todo en la hipótesis de que los litisconsortes demandados aleguen la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Pero no son estas razones las únicas que imponen la perpetuación en la instancia del deber de vigilancia que pesa sobre el Magistrado. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de un desistimiento o renuncia parcial de la demanda en trámite de ratificación o ampliación de la misma (125), que podría enervar el llamamiento inicialmente efectuado a algún

(120) «Si bien en la demanda no se hace alusión al Instituto Social de la Marina, basta que aparezca en la resolución recurrida que le acompaña, para citarle y tenerle como parte en el proceso judicial que se insta» (STS de 23 de noviembre de 1977 [cit.]); «apareciendo no de ella [la demanda] pero sí de los documentos acompañados... que en el expediente seguido ante las Comisiones Técnicas Calificadoras fue tenida como 'parte interesada' y formuló alegaciones la Caja de Jubilaciones y Subsidios de la Minería Asturiana que, como queda dicho, no figura en la demanda» (STS de 13 de diciembre de 1979 [cit.]). Sobre documentos que deben acompañar la demanda, cfr. MONTERO AROCA, *op. cit.*, págs. 212-213.

(121) STS de 13 de marzo de 1978 (cit.).

(122) Este supuesto lo contempla, por ejemplo, la STS de 22 de marzo de 1978 (Ar. 1.102): la demanda «silencia todo dato relativo a cotizaciones en el Régimen General, aludiendo tan sólo a las verificadas en el Especial Agrario, lo que impidió al Magistrado hacer uso de la facultad otorgada por el art. 72 del Texto Procesal».

(123) Véase *supra*, núm. 10.

(124) Por ello afirma en ocasiones la jurisprudencia que «su acogimiento [de la falta de litisconsorcio pasivo necesario] debe estar fundado en los términos de la demanda y de la contestación que fijaron definitivamente la controversia» (SSTS de 3 de marzo de 1971 [Ar. 1.335] y 31 de marzo de 1971 [Ar. 2.545]).

(125) A este trámite se refiere el art. 76, párrafo primero TRPL: «Si no hubiese avenencia en conciliación se pasará seguidamente a juicio. Constituido el Magistrado en audiencia pública, el Secretario dará cuenta de lo actuado. Acto seguido el demandante, si compareciese, ratificará o ampliará su demanda, aunque no podrá hacer ninguna variación sustancial». Afirma ALONSO OLEA (*Sobre las variaciones 'substanciales' de la demanda y su tratamiento en los procesos de trabajo*, Revista de Derecho del Trabajo, 1961, núm. 43, pág. 3) que «el Magistrado concede, pues, la palabra al demandante o su letrado, para que ratifique, amplíe o reduzca la demanda escrita, con la que se ha iniciado el proceso en cuyo trámite de juicio se está... Aunque el texto que se comenta no prevé la reducción, parece evidente la posibilidad de la misma: la

litisconsorte necesario (126). El problema es estos y otros supuestos similares se centra en la determinación de las medidas que debe adoptar el Magistrado una vez precluido el trámite de admisión de la demanda, medidas que la ley —frente a lo que ocurría en dicho trámite— omite designar. La regla general en esa hipótesis es, según el Tribunal Supremo, la adopción de toda clase de medidas suficientes para subsanar el defecto: «si no en el comienzo, pero sí a lo largo del proceso se descubre que no han sido llamados a él, personas que deben ser parte por verse directamente afectados por los efectos de la cosa juzgada, en ese momento, cualquiera que sea, deben adoptarse las *disposiciones suficientes* para que quede adecuadamente concertado el litisconsorcio necesario, y tengan la oportunidad de venir al proceso todas las personas a quienes afecte» (127). La concreción de cuáles puedan ser esas medidas depende obviamente del caso concreto. Puede apuntarse, sin embargo, como más socorrida, la citación al litisconsorte no-demandado (128), de especial eficacia en relación con las Entidades

pretensión sigue bajo el poder dispositivo del actor, y ningún obstáculo existe para que antes de la contestación se produzca un desistimiento o renuncia parcial».

(126) A este supuesto se refiere expresamente la STCT de 26 de mayo de 1973 (Ar. 2.291): «es claro que en el pleito es parte necesaria la entidad aseguradora del riesgo de accidentes de trabajo; como quiera que si bien tal demanda fue inicialmente dirigida contra dicha entidad aseguradora, en el citado acto del juicio, se extendió a solicitar condena exclusivamente del Fondo Compensador... concretando que la referida entidad... 'no es quien tiene que cubrir ningún riesgo, siendo ajena al problema'; como quiera que concordantemente con tales manifestaciones —que implican tácito desistimiento de la demanda, en cuanto a la repetida aseguradora—... al haber quedado la demanda sin efecto, en cuanto se dirigía contra litisconsorte necesario, se infringe el correspondiente principio de procedimiento».

(127) STS de 13 de marzo de 1978 (cit.).

(128) Supuesto aludido en la STCT de 28 de junio de 1979 (Ar. 4.505): «en virtud de petición formulada por la otra empresa —única demandada inicialmente— la Magistratura aceptada la posible existencia de un litisconsorcio pasivo, tuvo por parte a la hoy recurrente y como tal la citó a juicio (en providencia consentida), al cual compareció, oponiéndose a la demanda». La existencia de un deber autónomo a cargo del Magistrado de citar a determinados litisconsortes, supliendo el no-llamamiento a los mismos por parte del actor, es subrayado con energía en ocasiones por la jurisprudencia: «el art. 124 (*supra*, notas 34 y 109 y sigs.) dispone que el Magistrado de Trabajo citará a juicio al Fondo de Garantía o, en su caso, al correspondiente servicio común de la Seguridad Social en todos los procesos en que se demande por incapacidad permanente o muerte, precepto que propugna un supuesto de 'litisconsorcio pasivo necesario'... y, tan necesario es, que obliga al Magistrado de Trabajo a traer a juicio al mencionado Fondo Compensador, puesto que es él quien ha de citarle, que es el supuesto de la presente litis, pues si bien es cierto que la actora puede dirigir su acción contra el Fondo..., y no lo hace, el Magistrado de Trabajo tiene el deber de hacerlo él por sí mismo, toda vez que tiene el poder de dirección e impulsión del proceso» (STS de 28 de junio de 1971 [cit.]). Téngase en cuenta, además, que según

Gestoras de la Seguridad Social (129); sin descartar, desde luego, la posible nulidad de actuaciones (130).

Precisamente la «nulidad de actuaciones» es el pronunciamiento que debe contener la sentencia en caso de que el Magistrado no aprecie el defecto de legitimación pasiva hasta el momento de emanarla (131), pues en esa hipótesis está obligado a dictar una sentencia de contenido meramente procesal (132). Importa destacar, por último, en cuanto al alcance de la nulidad de actuaciones, que esa declaración debe contraerse exclusivamente a lo actuado ante Magistratura, sin extender sus efectos a la vía administrativa previa, pues, según la juris-

el art. 25 TRPL «todas las providencias, autos y sentencias... se notificarán, cuando así se mande [por el Magistrado] a las personas a quienes se refieran o *puedan parar perjuicios*»; este argumento en ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 580.

(129) Pues «siempre que tengan interés en un pleito, pueden personarse y ser tenidas por parte» (art. 121 TRPL); cfr. *supra*, notas 27 y 36. Dicha intervención, excitada o voluntaria, salva en muchos casos la falta de litisconsorcio pasivo necesario: «debieron ser tenidos en cuenta para citarles, haciendo uso del art. 72 de la Ley Procesal Laboral en concordancia con el 124, y no habiéndose así hecho, *ni habiendo voluntariamente comparecido en el acto de la vista*, ha de entenderse que el proceso se ha seguido defectuosamente» (STS de 3 de febrero de 1976 [Ar. 520]); «su acogimiento debe estar fundado... en la patente y clara trascendencia del pronunciamiento a personas no llamadas al proceso *ni intervinientes en el mismo*» (SSTS de 3 y 31 de marzo de 1971 [cits]); el Instituto Nacional de Previsión «no ha sido demandado *ni se ha vinculado al proceso*» (STS de 23 de abril de 1971 [cit.]).

(130) Así, afirma la STS de 23 de mayo de 1979 (cit.) que «por todo ello es clara la necesidad de que, inicialmente, se hubiera concretado adecuadamente al contradictorio, y si entonces no se descubrió con toda evidencia esa necesidad, haberlo acordado en tiempo adecuado, cuando ya se tuvo noticia de la misma, *declarando ya entonces nulas cuantas actuaciones fueran necesarias* a la vez que tomar las medidas precisas para hacer venir al proceso [al litisconsorte]... y ya en él, dictar resoluciones definitiva y eficaz para todos cuantos puedan tener en ellas interés válido antes de llegar a la que por otros motivos ahora se impugna». Precisamente, esta medida es frecuentemente utilizada por el Magistrado si advierte «defecto legal en el modo de proponer la demanda» —no falta de litisconsorcio pasivo necesario— una vez admitida la misma (cfr. MONTERO AROCA, *op. cit.*, pág. 251, y jurisprudencia allí citada). Con todo, «la nulidad [de actuaciones], según reiterada doctrina de esta Sala, es medida excepcional a la que por razones de economía procesal ...sólo puede acudir cuando el defecto, sea de carácter grave, y no tenga medio hábil de remedio por otra vía» (STS de 5 de diciembre de 1979 [Ar. 4.233]).

(131) Cfr. *infra*, nota 133.

(132) Pues «el Juzgador al estimar la excepción que anteriormente queda referida, no entra en el fondo del asunto» (STS de 18 de marzo de 1975 [Ar. 1.313]); cfr. también, *supra*, núm. 11. «Por ello no resulta correcto el fallo recaído en la instancia al acordar la absolución de la empresa» (STS de 18 de mayo de 1965 [Ar. 4.201]), pues debe evitarse «postular... la desestimación de la demanda» (SSTS de 15 de febrero de 1979 [cit.] y 11 de marzo de 1975 [cit.]).

prudencia «si la falta de citación o de comunicación de las actuaciones lo fue en el expediente seguido ante las Comisiones Técnicas Calificadoras, no puede considerarse ni aún como una falta de litisconsorcio pasivo necesario, que ha de referirse al proceso judicial, y no a las actuaciones de índole administrativa previa de las Comisiones Calificadoras» (133).

14. Los deberes de vigilancia y apreciación de oficio de la falta de litisconsorcio pasivo necesario, de que venimos tratando, no se agotan en la instancia, sino que, como afirma la jurisprudencia, perduran «a lo largo... del recurso» (134). El examen en casación (135) del posible defecto de legitimación pasiva puede derivarse del hecho de que aquella cuestión hubiera sido ya considerada por el Magistrado de Trabajo en la instancia, apreciando su existencia o no (136). Sin embargo, en otros casos el tema se suscita *ex novo* en casación, bien porque lo proponga el Ministerio Fiscal «en su preceptivo informe» (137), bien porque lo proponga el recurrente, o, sin más, porque lo considere de oficio la Sala. En esta hipótesis la apreciación de oficio impide que el tema pueda ser considerado como «cuestión nueva» (138).

(133) STS de 30 de octubre de 1978 [cit.]. En idéntico sentido, la STCT de 15 de febrero de 1973 (Ar. 714) afirma: «la sentencia de la Magistratura Provincial de Trabajo... estima, de oficio, la excepción de litisconsorcio necesario decretando la nulidad de todo lo actuado al momento de iniciación del expediente administrativo... [y] ello implica el acierto del Magistrado 'a quo' al estimar la excepción de litisconsorcio necesario, aunque en la declaración de nulidad rebasa el límite de la demanda inicial de las actuaciones, que es al momento a que ha de contraerse, dejando a salvo la vía administrativa previa, en cuya nulidad no penetra el órgano jurisdiccional, aunque sí en el planteamiento procesal ante la Mag. Trab. en legal forma». Cfr. también, *infra*, nota 147.

(134) STS de 13 de marzo de 1978 (cit.). «En cualquier estado de la causa», afirman otras sentencias; cfr. SSTS de 1 de julio de 1969 (cit.) y 16 de marzo de 1970 (cit.).

(135) Sobre suplicación, cfr. *supra*, nota 74.

(136) Para el primer supuesto, véase STS de 14 de mayo de 1973 (cit.) y STS de 28 de febrero de 1976 (Ar. 775); para el segundo, STS de 10 de mayo de 1976 (cit.). La STS de 11 de marzo de 1980 (cit.) afirma que siendo «cuestión que, resuelta de oficio por el Juzgador de Instancia, de oficio ha de ser tratada por esta Sala».

(137) «El Ministerio Fiscal, al informar sobre el motivo segundo del recurso formalizado... y considerarle precedente, suscita la cuestión de 'litisconsorcio pasivo necesario'; cfr. SSTS de 23 de noviembre de 1977 (cit.) y 7 de junio de 1978 (cit.). A dicho informe («dictamen sobre la procedencia o improcedencia del recurso») se refiere el artículo 173, párrafo segundo TRPL.

(138) «Lo que obliga a declarar de oficio —pues aunque postulada tal declaración a través del tercero de los motivos del recurso puede entenderse que se trata de cuestión nueva, no alegable en casación por la parte que no lo había hecho en la instancia— la existencia de una situación de litisconsorcio pasivo necesario» (STS de 17 de noviembre de 1979 [cit.]); «cuestión que aunque nueva en este pleito por no haberse planteado en instancia, puede y debe ser obligadamente examinada» (STS de

Según la jurisprudencia la falta de litisconsorcio pasivo necesario debe ser apreciada en casación «de modo previo» (139). Sin embargo, la preferencia en el examen de ese tema no es absoluta, pues se subordina, por ejemplo, a la consideración del motivo sobre «falta de competencia orgánica de la Magistratura Provincial de Trabajo que dictó la sentencia recurrida» (140), al examen de la «cuestión procesal» de «falta de reclamación previa en vía gubernativa» (141), o, incluso, en ocasiones comienza por examinarse «el motivo cuarto de este recurso que, por acusar un error de derecho en la apreciación de la prueba... goza de prioridad para que sea permitido quedar claramente establecida la base fáctica de la resolución» (142). Esto último se explica porque la falta de litisconsorcio pasivo necesario, para poder ser apreciada de oficio en casación, «ha de surgir con manifiesta claridad de las alegaciones de las partes, de la prueba aportada al juicio o de las alegaciones fácticas y jurídicas del Juzgador en su sentencia» (143). Esa preferencia o prioridad —no absoluta— a que antes aludíamos se comprende en atención a los pronunciamientos que debe contener la sentencia del Tribunal Supremo que aprecie la falta de litisconsorcio pasivo necesario. En efecto, si el Tribunal Supremo aprecia *ex officio* dicha excepción, «sin necesidad de dictar segunda sentencia» (144) —a pesar de tratarse de un recurso de casación por infracción de ley (145)— y «sin entrar en el fondo del recurso» (146), decreta «la nulidad de todo lo actuado, con reposición de las actuaciones al estado que tenían en el momento de la presentación de la de-

1 de julio de 1969 [cit.]). La doctrina general sobre la llamada «cuestión nueva» aparece resumida en la STS de 3 de julio de 1974 (Ar. 3.327): «es principio esencial en casación la no posibilidad de admitir la consideración de cuestiones no propuestas ni discutidas en la instancia, conocidas con el nombre de 'cuestiones nuevas', su fundamento legal, aplicable a la legislación laboral, se encuentra en el núm. 5.º del art. 1.729 de la L. E. Civ., que rechaza el recurso cuando la ley o doctrinas citadas se refieren a cuestiones no debatidas en el pleito».

(139) STS de 19 de abril de 1972 (cit.); «ha de merecer preferente examen y decisión» (STS de 7 de junio de 1978 [cit.]); es obligado pronunciarse sobre ella «con prioridad al examen y decisión de la cuestión de fondo» (STS de 15 de febrero de 1979 [cit.]).

(140) STS de 30 de marzo de 1968 (cit.).

(141) STS de 30 de junio de 1977 (cit.).

(142) STS de 1 de julio de 1969 (cit.).

(143) STS de 11 de marzo de 1980 (cit.).

(144) SSTS de 27 de octubre de 1959 (cit.), 20 de enero de 1966 (cit.) y 3 de febrero de 1976 (cit.). Cfr. también ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, cit., páginas 681-682.

(145) Véase *supra*, núm. 10.

(146) STS de 29 de noviembre de 1968 (cit.); es decir, «sin entrar en el examen de los motivos del recurso» (SSTS de 3 de junio de 1966 [Ar. 3.827], 11 de marzo de 1975 [cit.] y 4 de octubre de 1976 [cit.]).

manda para que de conformidad con el art. 72 del Texto Procesal Laboral, pueda subsanarse la omisión causa de la nulidad» (147); todo ello, «sin prejuzgar en forma alguna la decisión judicial que sobre el fondo haya de dictarse por la Magistratura de Trabajo» (148).

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN
(Universidad de Santiago)

(147) STS de 14 de octubre de 1976 (cit.); también, SSTs de 3 de junio de 1966 (cit.), 29 de noviembre de 1968 (cit.), 23 de abril de 1971 (cit.), 19 de abril de 1972 (cit.), 22 de abril de 1975 (Ar. 2.111), 6 de mayo de 1977 (cit.), 17 de abril de 1978 (cit.), 13 de diciembre de 1979 (cit.) y de 20 de marzo de 1980 (cit.), entre otras; en STS de 3 de junio de 1966 se aclara que se ordena la reposición de los autos al momento de presentación de la demanda «para que el actor acompañe la copia de la misma para [el litisconsorte no-demandado]». Cfr. sin embargo, MONTERO AROCA, *op. cit.*, págs. 127-128. Excepcionalmente las actuaciones se anulan «a partir del momento de citación de las partes» (STS de 23 de noviembre de 1977 [cit.]). Importa destacar, por último, que si el litisconsorcio pasivo necesario fue «ignorado tanto en la vía administrativa... como en el recurso jurisdiccional» (STS de 10 de noviembre de 1979 [cit.]), la reposición al momento de presentación de la demanda se entiende sin perjuicio del debido cumplimiento de los correspondientes «presupuestos preprocesales», como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo (cfr. SSTCT de 19 de junio de 1978 [Ar. 3.821], 10 de noviembre de 1977 [Ar. 5.463] y 21 de mayo de 1976 [Ar. 2.748], entre otras); afirma, sin embargo, la STS de 30 de octubre de 1978 (cit.) que la omisión del llamamiento al litisconsorte necesario en vía previa «ha de entenderse subsanada, porque, de los interesados a quienes no se comunicó la iniciación del expediente ante las Comisiones, la empresa no existía y la aseguradora responsable de la parte de la prestación correspondiente a tal empresa fue citada y compareció en el juicio, limitándose a manifestar que la Comisión Técnica Calificadora no dio a la misma traslado de las actuaciones, pero sin llegar a formular ninguna petición sobre la posible nulidad de aquéllas».

(148) STS de 20 de marzo de 1980 (cit.).

