

PROCESO LABORAL
Universidad de Jaén

**LA SUBSANACIÓN DE OFICIO ANTE LA FALTA
DE LITISCONSORTE PASIVO NECESARIO: UNA
SENSIBILIDAD CONSOLIDADA A LA LUZ DEL
ARTÍCULO 420 DE LA NUEVA LEY DE
ENJUICIAMIENTO CIVIL
Comentario de la S.T.S. de 17.02.2000 (Ar. 2050)**

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO Y FALLO DE LA SENTENCIA: La modificación del sistema de la retribución variable, originó la interposición de un conflicto colectivo por la representación de Sindicat Autònom de Treballador d'Estalvi, contra Bancaja.

La sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dejó imprejuzgada la acción ejercitada por la actora, sobre la base de la existencia de una excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada por la empresa demandada (Bancaja, entidad resultante de la fusión de la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante). Ello por entender que entre las partes media un pacto colectivo extraestatutario sobre el sistema de revisión variable por objetivos concertado como acuerdo, en 1989, entre la entonces Caja de Ahorros de Valencia y las secciones sindicales SITC, UGT y CCOO, que sirvió de base a la propuesta empresarial de 1999. Por tanto, al traer a juicio a los trabajadores que habían sido representados por las secciones sindicales presentes en el acuerdo y toda vez que el sindicato actuante no había estado presente en la negociación, consideró la Sala necesario oírles en juicio, aceptando por tanto el defecto de litisconsorcio pasivo necesario, como excepción propuesta por la entidad demandada.

Presentado recurso de casación, se resuelve por el alto Tribunal aceptando como correcta la decisión del Tribunal de instancia considerando que no existe en nuestro derecho una norma que imponga el mecanismo de la subsanación de demanda respecto a la correcta composición del elemento subjetivo en el proceso.

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

ÍNDICE

1. Pluralidad de partes impuesta por la Ley y su tratamiento jurisprudencial
2. La subsanación: ¿poder o deber judicial? Un abanico de soluciones y el mandato de la nueva ley de Procedimiento laboral
3. Valoración final

1. PLURALIDAD DE PARTES IMPUESTA POR LA LEY Y SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

Excedería a los límites del presente comentario hacer un recorrido exhaustivo por las diferentes apreciaciones jurisprudenciales del litisconsorcio pasivo necesario en el proceso laboral lo que nos conduciría a los procesos de seguridad social, aquellos que afecten al Fondo de Garantía Salarial, o los de impugnación de puesto en el escalafón o relativos al derecho de sobre una plaza. Debemos ceñirnos por tanto a la vertiente que el mismo adquiere cuando a conflicto colectivo se refiere, es decir cuando existe obligación de demandar a todas aquellas personas a quienes pudieran directamente afectar los pronunciamientos resolutorios sobre la pretensión que se deduce, con los efectos de cosa juzgada. El conflicto colectivo presenta con frecuencia perfiles de pluralidad de partes, pluralidad que la LPL soluciona adjudicando la legitimación activa a las representaciones de los trabajadores y empresarios que habrán de ejercer las acciones en los conflictos colectivos, dependiendo de su ámbito, precisando traer al proceso para alcanzar la solución del conflicto a todas las partes que adoptaron el acuerdo, por lo que es de generales consecuencias para todos los trabajadores a los que afecta. Tal y como señala la sentencia de TS de 17 de Noviembre de 1.999 (9502), en la que no se reconoce la legitimación a los trabajadores individuales, considerando que los mismos están debidamente representados en el proceso a través de las organizaciones sindicales u órganos unitarios de representación¹.

La ausencia o la presencia de toda la colectividad a la que afecta al conflicto, ha tenido un tratamiento procesal que nos permite distinguir la actitud de los tribunales ante la falta de litisconsorcio pasivo necesario sintetizándola de la siguiente forma:

¹ "... porque la pretensión deducida en estas actuaciones es una pretensión propia del proceso colectivo y en este, de acuerdo con los artículos 152 y 153 de la Ley de Procedimiento Laboral, sólo pueden ser parte los sujetos colectivos, no los trabajadores individualmente considerados, aunque sobre ellos puedan proyectarse los efectos de la Sentencia colectiva de conformidad con el artículo 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral. La cuestión consiste en determinar si el proceso es colectivo o no, pero si es colectivo no hay, por definición litisconsorcio pasivo necesario de los trabajadores individuales, cuyos intereses la ley considera debidamente representados en el proceso a través de las organizaciones sindicales u órganos unitarios o de representación."

a) en la mayoría de los casos, pudiendo hablar de una doctrina consolidada, la Sala del Tribunal Supremo, ha optado por anular las actuaciones para que sea el órgano judicial de instancia quien evidencie al demandante los defectos en que ha incurrido, permitiéndole, por tanto, la subsanación de cuestiones procesales, dado el respaldo que esta figura tiene en la ley rituarial laboral².

b) Solo en concretos supuestos la Sala 3ª del Tribunal Supremo resolvió el conflicto estimando el litisconsorcio pasivo necesario, dejando imprejuizado el fondo del asunto³, como ha ocurrido en el caso que nos ocupa.

2. LA SUBSANACIÓN: ¿PODER O DEBER JUDICIAL? UN ABANICO DE SOLUCIONES Y EL MANDATO DE LA NUEVA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL

El proceso laboral, como proceso de partes en el que se dilucidan intereses principalmente privados y cuya regulación no puede apartarse de los principios constitucionalmente garantes de la tutela judicial efectiva, tiene como limitación la sujeción a un principio de legalidad en la regulación del modo y orden con arreglo al que deben realizarse las actuaciones procesales. Esta consagración formal debe, sin embargo adaptarse a la función instrumental que el procedimiento ha de cumplir al servicio de la efectividad de los derechos de las partes, motivo por el cual sentencias como las del TC de 21/1989, de 31 de Enero y 157/1989, de 5 de octubre, nos recuerdan que las exigencias formales deben interpretarse desde la aplicación del principio "pro actione"⁴.

Desde esta óptica, el proceso laboral tiene reconocido de una forma expresa la voluntad del legislador de hacer posible el principio "pro actione", consagrando en el artículo 81 un mandato judicial encaminado a la subsanación. El mandato va dirigido a quien tiene la facultad de garantizar la correcta tramitación del procedimiento para después dirimir el litigio. Debe, por ello, el juez,

² Algunas de las sentencias del Tribunal Supremo que recogen esta opción son 20 de noviembre de 1996 (Ar. 8667); 14 de octubre de 1988 (Ar. 7812); 22 de diciembre de 1988 (Ar. 9892) y 27 de diciembre de 1988 (Ar. 9921).

³ En este sentido sentencias como las de 15 de diciembre de 1987 (Ar. 8942) y de 21 de noviembre de 1988 (Ar. 8828), o la más reciente de 5 de mayo de 2000 (Ar. 2772) y la de 2 de mayo de 2.000 (recurso 253/2000) de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia del País Vasco.

⁴ Indudablemente es la subsanación una de los principales mecanismos de ponderación del rigor formal, como reconoce el artículo 11.3 de la LOPJ y sentencias como las del TC 130/1989 de 17 de julio: "el incumplimiento de requisitos formales subsanables no debe dar lugar, dentro de una correcta interpretación del artículo 24 de la Constitución, a consecuencias sancionatorias conducentes a la pérdida del acceso al proceso. El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, reiterado en el plano legislativo por el artículo 11, párrafo 3º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, solo permite desestimar o rechazar por motivos formales las pretensiones de las partes cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanase".

tan pronto aprecie la defectuosa constitución de la relación procesal, proceder por la vía de la advertencia a instar la pertinente subsanación. A la vista, por tanto, del contenido del artículo 81, es fácil afirmar que la advertencia judicial sobre los defectos, omisiones o imprecisiones no es una simple facultad judicial, sino más bien un deber que han consagrado la doctrina proclamada por el Tribunal Constitucional y que necesariamente habrá de quedar subordinadas a la propia capacidad judicial para advertirlas⁵.

Ciertamente que el deber sea del juez no es óbice para recordar que la apreciación del defecto podrá venir tanto de oficio como por la vía de la alegación como excepción procesal por el demandado. Situación que nos amplía el momento de la advertencia judicial tanto en trámite de admisión de la demanda como en la vista del juicio, momento en el que el Juez podrá apreciarla también de oficio.

No es por tanto, materia de debate entre la doctrina que el litisconsorcio pasivo necesario es defecto, omisión o imprecisión que pueda conducir a la nulidad de actuaciones si no se advirtió en el momento inicial del proceso⁶. No impide esta circunstancia el hecho de que la propia doctrina señale, como una

⁵ En este sentido y entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de diciembre de 1988, reconoce que "no se trata de una mera facultad sino de una auténtica obligación legal. El magistrado está obligado, por imperativo legal, a examinar la demanda y advertir a la parte los defectos u omisiones que observe, y ello con la evidente finalidad de que la litis pueda quedar constituida de modo adecuado y eficaz".

Igualmente sentencias como las de 19 de diciembre de 1994 (Ar. 335) y de 22 de febrero de 1999 (Ar. 16), consolidan dicho criterio diciendo textualmente la primera: "se trata no de una mera facultad sino de una auténtica obligación legal del órgano judicial dirigida a garantizar que los importantes derechos de fondo deducidos en una demanda laboral no resulten ineficaces por le juego riguroso y formalista de la falta o defecto de los requisitos formales que pudiera imputarse a aquella".

La STS de fecha 26 de febrero de 1985 (Ar. 701), acuerda la nulidad de actuaciones por no advertir de los defectos de la demanda y ello por considerar que dicha obligación es de orden público, al no traer a juicio a la Tesorería General de la Seguridad Social. Con esta solución adoptada también en sentencias como la de 25 de mayo de 1982 (Ar. 3243), se opta por una solución que garantiza el principio "pro actione" evitando en todo caso que se consolide una sentencia que alberga pronunciamientos sólo sobre la forma.

⁶ En este sentido la doctrina distingue entre la subsanación de los requisitos del artículo 80 de la LPL, y la concurrencia de los presupuestos procesales considerando que estos últimos no pueden ser examinados de oficio por el juzgador, ni su falta ser advertida a la parte, tal es el caso de la capacidad procesal o la legitimación originaria. En este sentido ALONSO OLEA y MIÑAMBRES PUIG, *Derecho Procesal del Trabajo*, Madrid, 1999 pág 99. Nos recuerdan, apoyándose en la STCo 101/1993, que también en el proceso de trabajo rigen los principios dispositivo y de aportación de parte, razón por la cual la designación del demandado corresponde al demandante, al que el juez no puede en esto suplir, concluyendo que la apreciación de oficio del litisconsorcio sólo debe tener lugar cuando éste sea necesario, entendiéndose por tal aquel que, si no apreciado, pueda implicar la condena de alguien no traído ni oído en juicio.

carga del demandante, la necesidad de señalar las personas que deben ser demandadas⁷.

Bajo la óptica expuesta, menos encaja aún la argumentación de la sentencia que comentamos, cuando nos recuerda que "no existe en nuestro derecho una norma que imponga el mecanismo alternativo de la subsanación de la demanda, cuando de la adecuada composición del contradictorio en su aspecto subjetivo se trate". Considerándolo ya insostenible desde la óptica del artículo 81.1 de la LPL, menos sostenible resultará aún si analizamos la regulación que del litisconsorcio pasivo necesario hace la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Dentro del Título II dedicado al juicio ordinario y más concretamente en el Capítulo II dedicado a la audiencia previa al juicio, como intento transaccional y momento de estudio de las cuestiones procesales que pudieran impedir la obtención de una sentencia sobre el fondo, nos encontramos el examen y resolución de cuestiones procesales tales como la falta del debido litisconsorcio (art. 416).

Más concretamente el artículo 420 incluye una regulación precisa sobre los mecanismos de resolución de los casos controvertidos de litisconsorcio necesario dando la posibilidad de subsanar la falta de litisconsorcio necesario siempre que el tribunal lo estime procedente. Esta novedosa regulación del litisconsorcio en el artículo 420, prevé la posibilidad de que se acuerde su constitución aun en contra del criterio del actor, quien deberá atender la estimación motivada del tribunal, con el apercibimiento de que no verificarlo se procederá al archivo definitivo de las actuaciones.

La apuesta del nuevo texto procesal es, ciertamente decidida, en evitar que se produzcan resoluciones que no afecten internamente al fondo del asunto. De este modo nos encontramos con una clara consolidación de los criterios de subsanación previstos en el artículo 81 de la LPL, que necesariamente deberán interpretarse de forma amplia y generosa, aún en contra de las aparentes limitaciones que parece contener. Vuelve a ser el juez quien debe ejercer una función directora del procedimiento y anticiparse en su valoración a la necesidad de la presencia de otros litisconsortes, que en caso contrario se verían afectados por la resolución de no ser traídos a juicio con las debidas garantías. Esta participación judicial no excluye en modo alguno que pueda ser el demandado quien alerte sobre la deficiente constitución de la relación jurídico procesal por la falta del debido litisconsorcio.

3. VALORACIÓN FINAL

Si los distintos tribunales que han conocido del conflicto colectivo que subyace en la sentencia de la que nos ocupamos no encontraron norma que impon-

⁷ Así ALONSO OLEA y MIÑAMBRES PUIG, *Derecho Procesal del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1999, así como ALFONSO MELLADO, *Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.000.

ga la subsanación del elemento subjetivo cuando de la necesaria presencia del litisconsorte se trata, quizás no debió eludirse una interpretación de las normas procesales a la luz del derecho fundamental que proclama el artículo 24 de la CE, subsanando la falta de presupuestos procesales por razones de economía procesal y ello siendo evidente el litisconsorcio pasivo necesario, no afecta a la validez intrínseca de la relación jurídica, no siendo más que una defectuosa constitución de la relación procesal, en cuyo caso la solución lógica sería su subsanación, como de hecho ocurre diariamente en múltiples ocasiones.

Es cierto que la doctrina general que constitucionaliza el artículo 24 de la CE no es sino el derecho al acceso a la justicia y aun proceso con todas las garantías sin indefensión que permita al justiciable formular pretensiones y defenderse frente a las mismas, de acuerdo a las reglas establecidas por la Ley Procesal, instrumento del derecho. Que en esta interpretación vienen teniendo cabida interpretaciones como las de la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 1987⁸, en virtud de la cual el derecho a la tutela judicial se satisface también, con resoluciones que sin versar sobre le fondo de la pretensión deducida, proceden a inadmitir esta sobre la base de una causa legalmente prevista y fundada en Derecho, pero siempre, y este es el matiz más relevante, que se fundamente en una norma legal que no sea contraria al contenido esencial de ese derecho constitucional y que sea aplicada e interpretada de la forma más favorable a su efectividad.

Corresponde por tanto a los órganos de la jurisdicción ordinaria determinar cuándo y en qué condiciones existe legitimación para instar la acción de la justicia, o en su caso para responder de forma colegiada dada la vinculación de las partes demandadas a la acción que se ejercita. En el caso que nos ocupa entendemos que debió la Sala de lo Social de la AN y con posterioridad el TS por la vía del recurso interpuesto, subsanar la falta de legitimación pasiva que invirtiendo al actor a traer a juicio a las secciones sindicales presentes en la elaboración del acuerdo.

Tradicionalmente, la LPL, aun dependiendo de un principio de justicia rogada, como también ocurre en la justicia civil, siempre ha mostrado mayores márgenes de flexibilidad, teniendo el juez un papel más decidido en aras a evitar proceso que no conduzcan a la efectiva resolución de las pretensiones formuladas. Este mayor margen, junto a la arraigada línea jurisprudencial de la que se aparta la sentencia, debió pesar sobre el Tribunal determinando la necesidad de subsanar la pretensión retrotrayendo las actuaciones al trámite de admisión de la demanda para que pudiese subsanarse la constitución válida de la relación jurídico procesal, haciendo real la tutela judicial consagrada en nuestra carta magna, que una vez más ha quedado a medio camino en lo que a efectividad de los derechos fundamentales se trata. Sobre todo ahora que la norma ritual civil ha dado un paso decisivo y valiente en este campo con la redacción del artículo 420 de la LEC.

⁸ En el mismo sentido la sentencia del TC de 25 de febrero de 1987.

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
Universidad de Málaga

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LLAMADA "TEORÍA DEL PARÉNTESIS" A LA DETERMINACIÓN DE LAS BASES REGULADORAS DE LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE STS de 7 de febrero de 2000 (RAS 1619)

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS *

SUPUESTO DE HECHO: Se trata de una trabajadora que tras agotar la prestación de incapacidad laboral transitoria, tal y como se llamaba en 1993, entró en situación de invalidez provisional. Una vez agotado el período de dicho subsidio, en 1997 fue declarada afecta a una incapacidad permanente en grado de total. El problema jurídico reside en la determinación de la base reguladora de la prestación ya que durante el período de invalidez provisional se producía una situación de suspensión del contrato de trabajo pero sin obligación de cotizar ni por parte del empresario ni por parte del trabajador.

RESUMEN: El Tribunal Supremo resuelve que, en la determinación de la base reguladora para una prestación derivada de una enfermedad común, el período que el beneficiario se hubiera encontrado en situación de invalidez provisional no ha de tenerse en cuenta a efectos del período determinado en el cálculo de la citada base, esto es, el período desde el que ha de calcularse la base reguladora comenzará, hacia atrás, a partir desde el momento en que cesó la obligación de cotizar.

ÍNDICE

1. Introducción: algunas ideas sobre la temporalidad en la regulación de la invalidez o incapacidad
2. La aplicación de la doctrina del paréntesis en la determinación de las bases reguladoras de las prestaciones de incapacidad permanente: la división de opiniones: 2.1 Las argumentaciones de la mayoría de la Sala General; 2.2 Las argumentaciones expuesta en el voto particular
3. A modo de cierre: valoración personal y sobre la proyección de esta doctrina a las prestaciones vigentes

* Profesor T.E.U de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.