

Jurisprudencia social

PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD; RECLAMACION PREVIA; «LITIS CONSORCIO»

(COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 3 DE MARZO DE 1971)

Si la labor jurisprudencial es de indubitada importancia en nuestro ordenamiento, pues es «guía y modelo en la difícil tarea de la interpretación» (1), esa importancia deviene en necesidad cuando versa sobre parcelas del derecho donde las instituciones jurídicas no están resueltas en los textos legales con una técnica correcta, precisa o clara.

Este es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1971, en cuyo supuesto de hecho se formuló por la actora una reclamación previa ante la Mutualidad de Transportes en demanda de prestaciones de viudedad y orfandad. El acuerdo denegatorio de la Mutualidad fue base del proceso ante la Magistratura, en cuya sentencia se estima la demanda de la actora y se condena a la Empresa patronal por falta de afiliación del causante.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por infracción de ley, siendo éste desestimado, y debiendo entrar a considerar el T. S. acerca de tres interesantes problemas:

- I. Prescripción y caducidad.
- II. Reclamación previa.
- III. Litis consorcio pasivo necesario.

I. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

Entre los motivos del recurso se aduce que la acción ejercitada ha caducado por haberse rebasado los plazos previstos en los artículos 59 y 60, L. P. L., para interponer demanda ante la Magistratura de Trabajo. El Tribunal, antes de entrar a considerar la

(1) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1970, página 113.

naturaleza jurídica del plazo, afirma, sin ningún género de dudas, que no se trata de un plazo de prescripción del derecho, y así dice: «... lo que evidentemente está claro es que no se trata de un plazo de prescripción del derecho, y por ello, queda inhabilitado el ejercicio de la concreta acción procesal utilizada..., el derecho subjetivo permanece vivo en el tráfico jurídico mientras no transcurra el plazo legalmente señalado para su extinción por prescripción», con lo que a primera vista parece que se hace una distinción entre prescripción y caducidad; así, podría pensarse que los derechos son objeto de prescripción y las acciones de caducidad, y de ser esto correcto, tendríamos un buen criterio para distinguir entre prescripción y caducidad atendiendo al objeto de una y otra: prescribirían los derechos y caducarían las acciones. ¿Es válida esta interpretación?

Para responder a esta cuestión hemos de dirigir nuestro camino hacia lo que podríamos llamar doctrina general, que no es otra que la elaborada en el campo del Derecho civil donde estas instituciones han sido elaboradas con más o menos detalle.

Veamos, en primer lugar, los artículos del Código civil relativos al tema de la prescripción (2), y así tenemos que el artículo 1.930 dice: «... se extinguen... por la prescripción los derechos y las acciones.» Estos mismos términos se repiten en el 1.932 cuando leemos que: «Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción»; por otra parte, el artículo 1.961 se refiere sólo a la prescripción de acciones («las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley»).

Correlativamente, ¿es conocida por el Código civil la caducidad? Parece que sí, y podemos encontrar ejemplos en los artículos 102 («caduca la acción...»), 118 («la acción dura... cinco años»), 137 («acciones para el reconocimiento de hijos naturales»), 287 («las acciones... se extinguirán...»), 411 («el derecho al aprovechamiento de aguas públicas se extingue por caducidad...») y en algunos más.

Es decir, ambas instituciones son conocidas por el Código civil, pero la distinción entre ambas dista mucho de ser clara, y, en concreto, no nos aporta demasiado al tema del objeto de una y otra pues están sometidos a prescripción, según hemos visto, tanto los derechos como las acciones. Si bien este pequeño rastreo legal nos ha sido útil en el sentido de que parece suficiente para rechazar la tesis planteada al principio: la acción puede extinguirse por prescripción (lo que no quiere decir que en este caso concreto no esté sometida a caducidad).

No es así como ha de interpretarse la sentencia.

Fijemos ahora nuestra atención en la prescripción con mayor detenimiento por ser una institución más antigua y, por tanto, más decantada por la doctrina y jurisprudencia; por contraposición intentaremos ir viendo los problemas que nos plantea en relación con la caducidad en este punto concreto del objeto de una y otra.

Del análisis de los artículos 1.930 y 1.932 y, en cierto modo, de la propia sentencia comentada, parece que hemos de aceptar la tesis de que pueden ser objeto de prescripción tanto los derechos como las acciones. Recordemos que la sentencia habla de «... pla-

(2) Cuando hablamos de prescripción nos estamos refiriendo siempre a la prescripción extintiva. Aceptamos así la tesis de F. SUÁREZ GONZÁLEZ mantenida en su trabajo «Prescripción y caducidad en el contrato de trabajos», en R. P. S., núm. 85, pág. 74.

zo legalmente señalado para su extinción por prescripción...» (del derecho). Con lo cual el objeto de la prescripción, como se ha visto, no nos serviría como criterio orientador para distinguirla de la caducidad (3). Ahora bien, esta tesis, aunque en principio clara, no deja de tener serias objeciones y, aunque dominante en la doctrina, no parece enteramente satisfactoria. Es obvio que las primeras objeciones surgen en cuanto se planteen y se resuelvan de forma diferente lo que se entienda por derecho y lo que se entienda por acción.

En concreto, sabemos que el C. C. español difiere en esta materia notablemente de los Códigos extranjeros. Así, en el Derecho alemán la articulación del tema se hace a partir de una distinción, no clara en el Derecho español, entre la acción como *ius persequendi in iudicio* y la *Anspruch*, traducida por los anotadores de Ennecerus, Pérez-González y Alguer, como pretensión en sentido iusprivatista. Sería la pretensión —para Díez Picazo mejor facultad (4)—, «el derecho a un acto o a una omisión dirigido contra una persona determinada» (5). Entendiendo la acción como derivada del derecho privado pero que «... no es en sí un derecho privado, sino un derecho público, pues se dirige contra el Estado» (6).

Así, tenemos entonces «que la prescripción sólo se refiere a la pretensión (o facultad), nunca a los derechos que no son pretensiones» (o facultades) (7).

Es decir, se exige la existencia de un sujeto pasivo, resultando entonces que los derechos potestativos no estarían sujetos a prescripción sino a caducidad. En este caso el derecho se había otorgado sólo por un plazo determinado, desapareciendo al término de él.

¿Es posible admitir esta tesis en nuestro ordenamiento? En el año 1935 los anotadores de Ennecerus antes citados estimaban que «nuestro C. C., aún conociendo ambas figuras» (prescripción y caducidad) dada su deficiente técnica, era muy difícil distinguir entre ambas, y se remitían a los casos concretos para distinguirlas, precisando que para la formación de una doctrina sobre la caducidad «hay base en el C. C. pero su técnica si no estorba tampoco ayuda» (8).

Partiendo del concepto de derecho subjetivo como «cada situación de poder concreto concedida sobre cierta realidad social a una persona (como miembro activo de la comunidad jurídica) a cuyo arbitrio se entrega su ejercicio y defensa» (9), argumenta Díez Picazo (10) que «lo inmediatamente afectado por la prescripción no es necesaria-

(3) Así opina F. DE CASTRO Y BRAVO en *Apuntes a "ciclostyl"*, Facultad de Derecho, Madrid: «... La extensión (de la prescripción) comprende tanto acciones como derechos.»

(4) DÍEZ PICAZO: *La prescripción en el Código civil*, Boch, Barcelona, 1964, páginas 35 y sigs.

(5) ENNECERUS: *Derecho civil*, Parte general. Boch. Barcelona, 1935, págs. 457 y siguientes.

(6) ENNECERUS, Obra citada, pág. 466.

(7) ENNECERUS, Obra citada, pág. 491.

(8) ENNECERUS, Obra citada, pág. 499.

(9) F. DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, Parte general, tomo I, I. E. P., Madrid, 1955.

(10) DÍEZ PICAZO, Op. cit., págs. 37 y sigs.

mente el derecho subjetivo considerado como unidad, sino solamente alguna de las facultades que lo componen» y a modo clasificador pone el ejemplo de que «si un arrendador se retrasa en reclamar la merced arrendaticia, es claro que sólo perderá aquellas sumas determinadamente antiguas, pero no las más recientes, ni... su entero derecho de crédito». Sin embargo, reconoce que «cuando la facultad que prescribe es la facultad central del derecho subjetivo —reclamar la deuda en el derecho de crédito— la pérdida de la facultad coincide necesariamente con la pérdida del derecho». De esta forma se llegaría al resultado de que el derecho no prescribiría. ¿Cómo salvar el obstáculo de los artículos 1.930, 1.932 y 1.961 del C. C.? Este problema es resuelto por esta doctrina entendiendo que cuando el Código dice «acción» no se refiere al *ius persecuendi in iudicio*, sino a las facultades o *Auspruche*, en definitiva, a los «poderes concretos que forman parte de un derecho subjetivo» (11). La acción en sentido público estaría así muy cerca del derecho de que habla Guasp «de acudir a los Tribunales, ya sea concreto o abstracto, frente al particular o frente al Estado, [que] no es, evidentemente, un derecho de naturaleza procesal, sino un supuesto del proceso, que permanece fuera de él, y que se acantona bien en el terreno civil, bien en el terreno político...» (12).

¿Cuál sería la diferencia, desde el punto de vista del objeto, de la caducidad y la prescripción? Prescribirían las facultades de exigir una conducta de otro, sin embargo, las facultades de modificación jurídica serían objeto de caducidad.

¿Podríamos ahora decir que esta construcción es válida dentro del contexto del ordenamiento español? No cabe duda que hay cierta base para ello, pero no parece que sea posible admitirla, y esto aunque se desease por su superior técnica, porque se choca con la clara afirmación de los artículos 1.930 y 1.932, aunque es cierto que podrían aducirse ciertas sentencias de la Sala 6.^a, T. S., donde se afirma que los derechos no se extinguen por prescripción (13), si bien hay que reconocer que esta tesis no está admitida claramente, pero no cabe duda que se abre un camino interesante para el futuro.

Además, se puede objetar contra la construcción anterior que en nuestro ordenamiento (C. C.) existen facultades que no son objeto de prescripción; así tenemos el ejemplo del artículo 1.965, C. C., según el cual la acción para pedir el deslinde o la partición de herencia no prescribe para los condueños o coherederos. F. de Castro estima que «la condición necesaria para la prescripción es constituir un derecho: sólo los derechos son prescriptibles, no las facultades. La prescripción puede darse respecto a un derecho, no respecto a una de sus partes o facultades» (14).

Es decir, parece que hoy en día lo que podríamos llamar tesis tradicional es la dominante, no siendo posible mantener otra distinta, y en esa dirección se pronuncia la

(11) Díez PICAZO, Op. cit., pág. 36.

(12) GUASP: *Derecho procesal civil*, tomo I, I. E. P., Madrid, 1968, pág. 215.

(13) S. T. S. (Sala 6.^a) 25-9-51, Ar. 1992. «La prescripción no extingue el derecho sino que constituye una excepción útil que enerva la acción.» S. T. S. (Sala 6.^a) 8-7-53, Ar. 1945. «La prescripción no extingue el derecho sino que enerva la acción.» S. T. S. (Sala 6.^a) 16-12-58, Ar. 3981.

(14) F. DE CASTRO: *Apuntes a "ciclostyl"*, Facultad de Derecho, Madrid.

sentencia comentada al admitir claramente que los derechos son objeto de prescripción en el mismo sentido que los artículos 1.930 y 1.932 del C. C.

¿Cómo entiende el T. S. en este caso concreto el problema del objeto de la caducidad? En los términos en que se pronuncia está referida (la caducidad) al derecho de la acción, pero existiendo una independencia entre ésta y la pretensión material base del proceso, así se desprende de la afirmación: «... aunque al transcurrir el plazo procesal o de caducidad queda inhabilitado el ejercicio de la concreta acción procesal utilizada o la misma se considere caducada en el proceso, el derecho subjetivo permanece vivo en el tráfico jurídico...» De donde se desprende que nuestro Alto Tribunal reconoce que puede producirse la hipótesis de que el legislador haya entregado a la actora el derecho a la acción frente a un sujeto determinado (más adelante veremos frente a qué sujeto), pero sólo por un plazo determinado, que una vez transcurrido produce automáticamente la desaparición de la acción pero que no lleva consigo la pérdida de la pretensión material que es base del proceso iniciado, es decir, hay una independencia de la concreta acción que pueda utilizarse y el derecho subjetivo reclamado.

Todo lo expuesto está dentro de lo que podríamos llamar el anclaje normativo y doctrinal del problema, pero ahora hemos de interrogarnos acerca de cómo se engarzan las tesis anteriormente propuestas y cómo encaja la propia sentencia comentada dentro del planteamiento y resolución del problema (15) en el campo del Derecho del trabajo. que como se ha dicho recibe del Derecho civil las instituciones tanto de la prescripción como de la caducidad; pero dado que la construcción civilista, como se ha visto, no es demasiado clara, y que, exigiendo la realidad social que trata de ordenar la legislación laboral una seguridad y rapidez en las relaciones jurídicas que le son propias, estos problemas revisten una trascendencia mayor.

Es interesante ir viendo en la legislación actual cómo van siendo tratadas estas instituciones a lo largo del tiempo, observándose la progresiva importancia que va tomando la caducidad frente a la prescripción, según veremos más adelante.

Es sabido que la famosa sentencia del T. S. de 7 de enero de 1941 fue la primera que distinguió entre prescripción y caducidad en el Derecho del trabajo en los siguientes términos: «Con lo que el plazo establecido en el artículo 47 de la ley de 27-11-31 no es de prescripción, sino de caducidad o decadencia del derecho que en él se regula, modalidad extintiva que tiene carácter propio y que se distingue sustancialmente de la primera, porque esta forma extintiva nace *exclusivamente de la voluntad del legislador*, que, sin atender a la del sujeto del derecho, condicionó objetivamente la existencia de éste por la idea "tiempo de ejercicio".» Con lo que tenemos que la primera distinción jurisprudencial entre prescripción y caducidad en el Derecho del trabajo no se hace en razón del objeto de una u otra. Veamos, cronológicamente, el derrotero que siguen ambas instituciones en la legislación posterior.

En la L. C. T. de 1944 aparece la prescripción como modo extintivo general de los derechos derivados del contrato de trabajo, mientras que, por el contrario, la caducidad

(15) Téngase en cuenta que estamos limitando nuestro comentario al concreto problema del objeto de la prescripción y caducidad.

es un plazo especialísimo (16); así tenemos que el artículo 83 de esta ley señala un plazo general de tres años para las acciones derivadas del contrato de trabajo, mientras que, por otra parte, la acción de despido injustificado caduca a los quince o dieciocho días según el artículo 82 de la L. C. T. (existe otro ejemplo de caducidad en el artículo 74 de la L. C. T. sobre prohibición de la concurrencia). Pero, como vemos, no se diferencia prescripción y caducidad por el objeto de una y otra, pues la acción tanto prescribe como caduca.

Es en la L. S. S. de 1963 donde se hace un uso bastante frecuente de estas instituciones, no pudiendo ya afirmarse que se considere a la prescripción como modo general de extinción de acciones o derechos, pues encontramos que si bien se refieren a ella los artículos 54.1 de la L. S. S., relativo al derecho de reconocimiento de prestaciones, el 57 de la L. S. S. (17), relativo al derecho de la Administración a cobrar las cuotas de la S. S., y el 96.5 de la L. S. S., relativo a la acción para reclamar frente al empresario responsable; en cambio, por otra parte, tenemos que son de caducidad los plazos contenidos en los artículos 55.1 de la L. S. S. referentes al derecho reconocido a prestaciones de tanto alzado; el 55.2 de la L. S. S. referido al derecho a la devolución de cuotas ingresadas indebidamente, y el artículo 69.2 de la O. M. de 8 de mayo de 1969, relativa al procedimiento de las Comisiones Técnicas Calificadoras, donde se establece que la acción para reclamar contra lo decidido definitivamente por las C. T. C. está sometida a plazo de caducidad, aunque se planteen dudas sobre su virtualidad (18). (Es interesante señalar incidentalmente que tanto en caso de caducidad como de prescripción los plazos señalados en cada caso concreto son bastante dispares, existiendo plazos de caducidad más prolongados que de prescripción, verbigracia, el caso de los artículos 59.2 y 96.5 de la L. S. S.)

De este breve recorrido podemos sacar la conclusión de que en principio la caducidad, como decíamos antes, va tomando en las últimas leyes más importancia que en las antiguas, y, por otra parte (y este es el motivo central de nuestro comentario), que tampoco en el Derecho del trabajo se distinguen prescripción y caducidad por el objeto a que puedan referirse una u otra, pues, como hemos visto, ambas se refieren tanto a derechos como acciones, con lo que puede afirmarse que no está admitida dentro de las leyes actuales de nuestro ordenamiento una doctrina general sobre prescripción y caducidad, pues se recurre a una u otra según los objetivos de política legislativa perseguidos en cada caso concreto (19) (recuérdese que la caducidad no admite plazos de interrupción y muy contados de suspensión, y que la prescripción admite tanto unos como otros).

En esta línea hemos de situar la sentencia comentada al estimar una pretensión aunque hipotéticamente hubiese caducado la acción utilizada en base a la vigencia del

(16) ALONSO OLEA: *Derecho del trabajo*, Facultad de Derecho, Madrid, 1971, página 254.

(17) La ley habla de obligación del particular del pago de cotizaciones por lo que entendemos a *sensu contrario*, que existe un derecho por parte de la Administración.

(18) ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*, I. E. P., Madrid, 1970, pág. 272.

(19) Esta opinión coincide con la mantenida por ANTONIO OJEDA AVILÉS en su trabajo sobre caducidad, de próxima publicación.

derecho subjetivo, pronunciándose en el sentido de que la caducidad no puede admitirse en casación cuando no fue propuesta en la instancia e inclinándose porque no es posible tampoco apreciarla de oficio en la propia casación.

II. RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA

El segundo punto en que nos detenemos es el que dedica la sentencia comentada al requisito de una vía administrativa previa a la demanda ante la Magistratura de Trabajo, tal y como se establece en el artículo 58 de la L. P. L.

Veamos, en concreto, la argumentación de nuestro Alto Tribunal que le lleva a no admitir el recurso como indicamos al principio. Siguiendo la argumentación anterior, veamos que entre las hipótesis que se planteaban estaba la de que el legislador hubiese entregado la acción a la actora frente a un sujeto determinado en un plazo determinado pasado el cual la acción desaparecía, jugando por otra parte el Tribunal con la tesis de la apreciación de oficio de este plazo que sería, en este caso, de caducidad.

Tenemos, pues, dos problemas planteados en esta hipótesis, en primer lugar, la apreciación de oficio de la caducidad en casación, y en segundo lugar, frente a qué sujeto procesal se da la necesidad de la reclamación previa contenida en el artículo 58 de la L. P. L. y como consecuencia de ésta, el eventual plazo de caducidad de treinta días.

El T. S. no entra, como se ha dicho, a fondo en la resolución del primer problema, y en este momento de su razonamiento parte de la base teórica de que, en efecto, la caducidad sea apreciable de oficio, es decir, se parte de esta afirmación como mera hipótesis de trabajo (20), con lo que el problema fundamental planteado se refiere frente a qué sujeto se da la necesidad de la reclamación administrativa previa.

En principio, la ley es en este asunto terminante y clara: sólo contra lo decidido por las Entidades Gestoras de la Seguridad Social será necesario formular reclamación previa antes de interponer demanda, así viene formulada en el artículo 58 de la L. P. L. (21) y así lo entiende la sentencia comentada («el artículo 58 de la L. P. L. limita claramente la necesidad de reclamación previa a las demandas que se formulen contra Entidades Gestoras de la Seguridad Social»). Ahora bien, no es la del artículo 58 la única referencia que encontramos en el texto procesal, pues en el artículo 50, que como sabemos, se refiere a la conciliación sindical, encontramos que se exceptúan de la conciliación procedimientos en los que se exige una vía administrativa previa, ¿quiere decir esto que la reclamación administrativa es una especie de conciliación? Evidentemente no, entre otras cosas porque el acto de conciliación tiene un marcado carácter procesal del que carece la reclamación previa, pero es obvio que existe cierta similitud,

(20) Así se desprende de la frase: «Porque aunque se admitiera que el problema de la caducidad de la acción es de orden público y alegable en casación...»

(21) Artículo 58, L. P. L.: «Será requisito necesario para formular demandas contra las Entidades Gestoras de la S. S., que los interesados interpongan reclamación previa ante la Entidad, dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se les hubiese notificado el acuerdo o resolución contra el que demanden.»

en primer lugar, por la misma sistemática de la ley que en el mismo artículo 50 de la L. P. L. parece concebir la reclamación administrativa como sustitutoria de la conciliación y, en segundo lugar, por una razón de fondo pues «es innegable la finalidad objetiva de eliminación del proceso básico o principal común a ambas instituciones; con distinto régimen, ambos son intentos del ordenamiento jurídico de evitar el planteamiento judicial de conflictos, si la composición de las partes puede lograrse» (22). Tenemos entonces que la reclamación administrativa no es un acto de conciliación y, sin embargo, el objetivo perseguido con ambas figuras es el mismo: eliminación de un proceso posterior. Hay que interrogarse entonces el motivo por el que el legislador, para demandar, en unos casos exige un acto de conciliación y en otros exige una reclamación previa; este motivo sólo puede encontrarse en la especial atención o privilegio que el propio legislador pone o da a unos entes y no a otros, ya que un mero repaso superficial de la ley nos muestra que los entes frente a los que es necesario reclamar previamente son entes públicos o cuasi públicos, que se supone actúan siguiendo un interés público, así tenemos que «el sometimiento previo del objeto de una pretensión al conocimiento y decisión de quien precisamente va a ser demandado en el proceso principal... es un singular privilegio del que disfrutaban determinados entes públicos» (23). Este privilegio es manifestación, en este caso concreto, de las facultades exorbitantes de que goza la A. P. (24). Como vemos, lo determinante para que se pueda afirmar la necesidad de una reclamación administrativa previa es que una de las partes sea un ente público; sólo en este caso puede darse una reclamación previa.

Ahora bien, si el ente público sustrae para sí toda la mecánica del acto de conciliación, precisamente por el carácter especial de que goza como tal ente, tendríamos que la decisión sobre una reclamación previa cristalizaría en un acto administrativo, y como tal acto administrativo estaría sujeto al control correspondiente en la jurisdicción contencioso-administrativa; sin embargo sabemos que no es así, que la jurisdicción para conocer de estos asuntos es la Jurisdicción del Trabajo, pues a tenor del artículo 1.º de la L. P. L. «la Jurisdicción del Trabajo es la única competente para conocer... 2.º, los pleitos sobre Seguridad Social», con lo cual tenemos que la Administración, a pesar de que se pronuncie a través de actos administrativos, tiene que someter el control de esos actos a una jurisdicción distinta de la que controla normalmente los actos administrativos en general, precisamente por razón de la «calidad del asunto», siendo este «el criterio específico determinante de la jurisdicción» (25). Esta técnica es muy similar a la que encontramos en el Derecho francés, donde de una manera clara después del

(22) ALONSO OLEA: *La reclamación administrativa previa*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1964, pág. 16.

(23) ALONSO OLEA: *Derecho del trabajo*, Facultad de Derecho, 1971, pág. 434.

(24) Es absolutamente clara la apreciación de ALONSO OLEA en la Reclamación administrativa previa cuando en la pág. 16 afirma: «La reclamación previa no es si no un intento de conciliación sometido a régimen especial por el especial carácter de una de sus partes; la Administración tiene abundantes privilegios procesales y como uno de tales podría ser configurado el que en su favor se desprocesalice la actividad conciliadora sustituyéndola por la reclamación administrativa previa.»

(25) ALONSO OLEA: *La materia contenciosa laboral*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1967, pág. 37. También ver pág. 126.

arrêt «El Hamidia» (26) se produce una excepción a la cláusula general de competencia de los Tribunales contenciosos a favor de los Tribunales ordinarios en las materias relacionadas con la gestión de los servicios públicos sociales (concretamente los de Seguridad Social), que aunque haya entes que estén constituidos bajo modelos del Derecho privado, gozan de prerrogativas de potestad pública en la ejecución del servicio, y esta excepción de la jurisdicción de los Tribunales contenciosos se hace precisamente en razón de su objeto: la gestión de la Seguridad Social, con lo que parece que se establece todo un «bloque de competencia» que se descarga a la jurisdicción contenciosa (27).

Vemos que la base teórica de toda recalificación previa está en que el ente contra el que se dirija la reclamación sea un ente público, pues «el fundamento de la reclamación previa sigue residiendo en el carácter público de la entidad a la que se pretende demandar... si la entidad aseguradora es privada... la exigencia de una vía previa ante la misma carece por completo de sentido y sería, además, abusiva haciendo partícipes a entes privados de privilegios que sólo están atribuidos a los públicos» (28). Así es también como lo entiende el T. S., cuando en la sentencia comentada se pronuncia en el segundo considerando que: «Los particulares que vengan obligados por la legislación social, pueden ser demandados directamente ante la Jurisdicción del Trabajo para el cumplimiento de sus obligaciones, y no pueden ampararse en la protección de un plazo preclusivo o de caducidad que la ley establece para un sujeto procesal distinto, y para un supuesto de previa reclamación que no es exigible frente a ellos».

III. «LITIS CONSORCIO»

Por último, el T. S. entra a considerar acerca de los motivos 4.º y 5.º del recurso, en los cuales se pretende conseguir la apreciación de la existencia de un *litis consorcio* pasivo necesario que no fue apreciado en la instancia, pues, en efecto, la Magistratura no estimó presupuestos fácticos probados que fueran base de la existencia de un *litis consorcio*. Estamos ante un supuesto claro en que cabe casar la sentencia por la vía del número 5 del artículo 167 de la L. P. L., por error en la apreciación de las pruebas, de donde se deduce, además, la posibilidad de casar la sentencia por la vía del número 1 del artículo 167 de la L. P. L., al haber sido violado el número 6 del artículo 533 de la L. E. C., pues existiría un defecto en el modo de interponer la demanda.

(26) *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Long-Weil-Braibaut, 4.ª edición, Collection droit public, Sirey, 1965, pág. 403.

(27) J. M. AUBY y R. DRAGO: *Traité de Contentieux administratif*, tomo I, Librairie generale de droit et de jurisprudence, R. Pichon e R. Durand-Auzias, París, 1962: «Entre les services publics sociaux... il en est qui sont considérés comme des services a gestion privée relevant comme tels au principe de la competence judiciaire, en fonction de certains de leurs caractères et notamment de leur objet: ce sont les services publics de sécurité sociale». págs. 466 y sigs.

(28) ALONSO OLEA: *Reclamación administrativa previa*, págs. 99 y sigs.

Aquí se nos plantean algunos problemas; en principio, tenemos que la figura del *litis consorcio* puede tener como manifestaciones fundamentales, un *litis consorcio* voluntario donde se produce la unión de varios litigantes por su mero acuerdo, siendo este acuerdo optativo, y por otra parte, un *litis consorcio* necesario donde la unión de las partes no se produce ya por un mero acuerdo optativo, sino que para litigar se exige la unión de las partes siendo imposible el litigio si no se produce esa unión, adquiriendo entonces esta figura el carácter de una carga (Guasp). ¿Dónde encontrar la necesidad de la pluralidad de partes?. Esa necesidad se ha de derivar de un principio de imposibilidad de división de una situación jurídica dada, o bien, de la propia ley que la marque expresamente.

En el caso de la sentencia comentada, se ha dicho ya que se pretende la apreciación de un *litis consorcio* necesario que por referirse a la parte demandada sería pasivo; ahora bien, ¿dónde podemos encontrar la «necesidad» de la *litis*?. En caso de encontrar esa «necesidad» sabemos que el *litis consorcio* pasivo necesario puede ser apreciado de oficio, pero ¿hasta qué límites?.

Veamos si existe esa «necesidad» de la *litis consorcio*. Decíamos más arriba que la unión procesal tendría que venir determinada por una imposibilidad de división de la situación jurídica material o por voluntad expresa de la ley. No parece que el segundo supuesto se de en este caso concreto, y, aunque podría pensarse que en el número 2 del artículo 97 de la L. S. S., se contiene esta figura, no creemos que sea esta interpretación correcta pues se habla de responsabilidad solidaria, no de unión procesal, y, desde luego, no ha sido alegado en el recurso. Sí cabría hablar de una situación jurídica material indivisible, pero el T. S. cierra camino a esta posibilidad cuando dice: «... No se constata con la necesaria evidencia el error fáctico imputado por omisión, dado que el documento invocado en el folio 35 no permite llegar de plano y con absoluta certidumbre a la conclusión fáctica preconizada por el recurrente.» Tenemos que la «necesidad» del *litis consorcio* no ha sido probada por parte del recurrente; sin embargo, podría ser apreciada de oficio por el propio Tribunal, pero surge la cuestión del límite en la apreciación de oficio, y ese límite se marca en esta sentencia... «en los términos de la demanda y de la contestación que fijaron definitivamente la controversia, o en la patente y clara trascendencia del pronunciamiento a personas no llamadas al proceso, ni intervinientes en el mismo», y puesto que en la demanda y contestación no existen las referencias necesarias a terceras personas, no puede ser apreciado de oficio el *litis consorcio* necesario y pasivo en este caso.

JOAQUÍN APARICIO TOVAR