

FORO

Septiembre 2006

DE SEGURIDAD SOCIAL

Nº 15/16

EDITORIAL **ANÁLISIS** EL PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL: UNA VISIÓN GENERAL Y PROBLEMÁTICA ● SOBRE EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y SU TRAMITACIÓN, AUDIENCIA DE LOS INTERESADOS Y PRUEBA ● LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA EN LOS PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL ● LA DEMANDA EN EL PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL ● PROCESO Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL ● PLURALIDAD DE PARTES EN EL PROCESO: SITUACIONES LITISCONSORCIALES, UNA NUEVA VISIÓN ● HECHOS NUEVOS Y PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL ● REVISIÓN DE SUS PROPIOS ACTOS POR LA SEGURIDAD SOCIAL, SUS LÍMITES EN LA ACTUACIÓN REVISORA ● LOS PLAZOS Y SU CÓMPUTO EN EL PROCEDIMIENTO DE SEGURIDAD SOCIAL, PARTICULAR REFERENCIA AL ART. 16.2 DE LA O. M. DE 18-1-1996 ● EL PROCEDIMIENTO PARA LA RECLAMACIÓN DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE SEGURIDAD SOCIAL ● EL RECARGO DE PRESTACIONES: CUESTIONES PROCEDIMENTALES ● PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE UNA INCAPACIDAD PERMANENTE. ESPECIAL REFERENCIA AL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y A LA PRUEBA ● DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER Y POSIBILIDADES INTERPRETATIVAS QUE OFRECE AL ART. 95 DE LA L.P.L., EXTENSIÓN DE LAS FACULTADES RECONOCIDAS A LOS JUECES, TANTO EN INSTANCIA COMO EN VÍA DE RECURSO ● LA SENTENCIA: SU FORMA Y CONTENIDO, CUALIDADES, VICIOS, REMEDIOS Y PARTICULAR CONSIDERACIÓN DE NULIDAD ● LOS RECURSOS DE SUPPLICACIÓN Y CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN LOS PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL ● LA PRUEBA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SEGURIDAD SOCIAL ● NULIDAD DE ACTUACIONES EN EL PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL ● LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CUESTIONES PREJUDICIALES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

DEBATE COMPETENCIA JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y CONTROL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA UNIFICACIÓN O SEPARACIÓN DE LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y SOCIAL ● LA JURISDICCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y EL ORDEN SOCIAL. ESTADO DE LA CUESTIÓN, REFLEXIÓN CRÍTICA Y PROPUESTA DE REFORMA ● LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD EN EL PROCESO CONCURSAL. ANÁLISIS DE LA DISPOSICIÓN FINAL DECIMOSEXTA DE LA LEY REGULADORA DEL CONCURSO (LEY 22/2003) (I), (II) Y (III)

INFORMACIÓN ACTUALIDAD LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL ● INTERNACIONAL ● AGENDA ● NOTICIAS BREVES ● RESÚMENES



FORO DE SEGURIDAD SOCIAL

La revista del **CUERPO SUPERIOR TÉCNICO DE SEGURIDAD SOCIAL**

www.foross.org

Casi cien mil visitas a la web en la que están colgados los diferentes números de FORO DE SEGURIDAD SOCIAL.

Los artículos, los Índices de Autores y de Materias y los Documentos son los principales atractivos de esta iniciativa en pro de la universalización del debate y del estudio científico de importantes aspectos de la Protección Social.

www.atass.org

Esta web de neto contenido asociativo pretende ser un vehículo de informaciones y datos que puedan tener interés no sólo para nuestro Cuerpo, sino en relación con el mismo.

Más de treinta mil visitas avalan nuestra intención de incrementar sus vertientes informativas e interactivas.

Edita:

Asociación Profesional
del Cuerpo Superior de
Técnicos de la Administración
de la Seguridad Social

Apartado de Correos n.º 4.048
28080 MADRID.

www.foross.org

Director:

Domingo A. Sánchez Navarro

Subdirector:

Juan José Sanjuán Marín

Jefes de Área:

Política Asistencial de la Seguridad
Social:

Antonio Villegas Villegas

Política Organizativa y de Gestión de la
Seguridad Social:

Carlos Manuel Abad Ruiz

Economía de la Seguridad Social:

Emilio Miralles Crespo

Política de Garantía de los Derechos de
la Seguridad Social:

Pedro Gete Castrillo

Asistencia Sanitaria:

Fernando de Benito Anguita

Protección por Desempleo:

Bernardo Díez Rodríguez

Administración:

Alejandro Slocker Torres

**Documentación y Secretariado
de Redacción:**

Rosario Cabezueto Jiménez

Edición en Internet:

José Eduardo Pérez Madrid

Consejo Editorial:

Domingo A. Sánchez Navarro
(Presidente),

Bernardo Gonzalo González

(Presidente de Honor),

Luis Enrique de la Villa Gil,

Aurelio Desdentado Bonete,

José Vida Soria,

José Eduardo Pérez Madrid

(Presidente de ATASS),

Juan Chozas Pedrero,

Danny Pieters,

Alberto Palomar Olmeda,

Antonio Ojeda Avilés,

Manuel Aznar López,

José Montalvo Correa,

Jesús María Galiana Moreno,

Faustino Cavas Martínez

Imprime: Artegraf, S.A.

Depósito Legal: M. 12.287 - 2000

ISSN: 1578-4193

Tfno.: 91 475 42 12. Fax: 91 476 85 47

Esta publicación no se hace necesariamente solidaria
con las opiniones expresadas en las colaboraciones
firmadas.

Prohibido reproducir los contenidos de esta revista a no
ser que se citen las fuentes o se pida permiso expreso
de los responsables de la publicación.

ANÁLISIS

4

EL PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL: UNA
VISIÓN GENERAL Y PROBLEMÁTICA

Antonio Márquez Prieto

14

SOBRE EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO
Y SU TRAMITACIÓN, AUDIENCIA DE LOS
INTERESADOS Y PRUEBA

José Plana Plana y Carmen Ruiz Llamas

30

LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA EN
LOS PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Nuria De Nieves Nieto

42

LA DEMANDA EN EL PROCESO DE
SEGURIDAD SOCIAL

José Manuel Bermejo Medina

55

PROCESO Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL
ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Herminio Losada González

65

PLURALIDAD DE PARTES EN EL PROCESO:
SITUACIONES LITISCONSORCIALES,
UNA NUEVA VISIÓN

José Ramón Fernández Otero

69

HECHOS NUEVOS Y PROCESO DE SEGURIDAD
SOCIAL

Nuria Victoria Font Almagro

75

REVISIÓN DE SUS PROPIOS ACTOS POR LA
SEGURIDAD SOCIAL, SUS LÍMITES EN LA
ACTUACIÓN REVISORA

Javier Delgado Sainz

84

LOS PLAZOS Y SU CÓMPUTO EN EL
PROCEDIMIENTO DE SEGURIDAD SOCIAL,
PARTICULAR REFERENCIA AL ART. 16.2 DE LA
O. M. DE 18-1-1996

Ana M.ª Sanz Salmoral

90

EL PROCEDIMIENTO PARA LA RECLAMACIÓN
DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE
SEGURIDAD SOCIAL

Juan José Fernández Domínguez

99

EL RECARGO DE PRESTACIONES: CUESTIONES
PROCEDIMENTALES

**Rodrigo Martín Jiménez y Juan Ignacio
del Valle de Joz**

110

PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE
UNA INCAPACIDAD PERMANENTE. ESPECIAL
REFERENCIA AL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO
Y A LA PRUEBA

Miguel Azagra Solano

ANÁLISIS

121

DILIGENCIAS PARA PROVEER Y POSIBILIDADES INTERPRETATIVAS QUE OFRECE AL ART. 95 DE LA LPL, EXTENSIÓN DE LAS FACULTADES RECONOCIDAS A LOS JUECES, TANTO EN INSTANCIA COMO EN VÍA DE RECURSO

Belén Segura García

130

LA SENTENCIA: SU FORMA Y CONTENIDO, CUALIDADES, VICIOS, REMEDIOS Y PARTICULAR CONSIDERACIÓN DE NULIDAD

José Luis Alonso Saura

145

LOS RECURSOS DE SUPPLICACIÓN Y CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN LOS PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Faustino Cavas Martínez

157

LA PRUEBA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Magdalena del Álamo Triana

173

NULIDAD DE ACTUACIONES EN EL PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL

Josu Garay Montero

180

LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

**Alberto Llorente Álvarez y
Andrés Ramón Trillo García**

DEBATE

193

COMPETENCIA JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y CONTROL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA UNIFICACIÓN O SEPARACIÓN DE LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y SOCIAL

Rafael Fernández Montalvo

206

LA JURISDICCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL ENTRE EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y EL ORDEN SOCIAL. ESTADO DE LA CUESTIÓN, REFLEXIÓN CRÍTICA Y PROPUESTA DE REFORMA

Aurelio Desdentado Bonete

DEBATE

217

LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL PROCESO CONCURSAL. ANÁLISIS DE LA DISPOSICIÓN FINAL DECIMOSEXTA DE LA LEY REGULADORA DEL CONCURSO (LEY 22/2003) (I)

Emilio García Fernández

224

LOS CRÉDITOS POR PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PROCESO CONCURSAL. ANÁLISIS DE LA DISPOSICIÓN FINAL DECIMOSEXTA DE LA LEY REGULADORA DEL CONCURSO (LEY 22/2003) (II)

Juan Antonio Martínez Lucas

233

LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PROCESO CONCURSAL. ANÁLISIS DE LA DISPOSICIÓN FINAL DECIMOSEXTA DE LA LEY REGULADORA DEL CONCURSO (LEY 22/2003) (III)

Pedro Zarco Colón

INFORMACIÓN

241

ACTUALIDAD LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

INTERNACIONAL

AGENDA

NOTICIAS BREVES

RESÚMENES

SEGURIDAD SOCIAL Y JURISDICCIÓN

El sistema de Seguridad Social, en sentido amplio, se manifiesta y concreta en una extensa y compleja serie de relaciones jurídicas. Lo ideal sería conseguir que su desarrollo diario fuese normal y pacífico. Es decir, hacer las cosas a la primera y hacerlas legal y procedimentalmente bien, consiguiendo las finalidades perseguidas al menor coste posible. Sin embargo la realidad es bien distinta pues, por unas u otras razones, el conflicto no está excluido. Cabe entonces el acudimiento a un juez, que en nuestro derecho es, básicamente, el de lo social, o el de lo contencioso-administrativo. Más raramente, de lo civil; o de lo penal si los hechos contemplados constituyen delito.

Esta división jurisdiccional básica ha tratado de explicarse desde distintos puntos de vista. Así, el preámbulo del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre (RCL), al decir “que tanto los actos recaudatorios como los actos liquidatorios se presentan como actos derivados o producidos por una Administración pública, que actúa en uso de potestades directamente derivadas de la soberanía estatal y aplicando normas pertenecientes al llamado Derecho Público Laboral y Social, puesto que de dichas potestades deriva lo mismo la facultad de liquidar las deudas públicas como la de llevar a efecto su recaudación”, poseen naturaleza administrativa y se sujetan a normas de esta clase; lo que determina que “se revisen, en su caso y en último término, ante el mismo orden jurisdiccional, el contencioso-administrativo”. Este argumento fue evocado en su día por la jurisprudencia conflictual

(STS/Confl. 23 noviembre 1987, RJ 1987, 8720 y 8721) y social (STS 21 septiembre 1987, RJ 1987, 8720). Pero como ha señalado certeramente Ríos Salmerón, el argumento es equivocado, pues idéntica naturaleza administrativa tienen los actos de encuadramiento (cuestión ignorada por la exposición de motivos de la Ley 52/2003), o los prestacionales (INSS o INEM, hoy SPEE), no siendo habitual que ello se utilice como argumento para sostener la incompetencia del orden social.

Cabe afirmar, pues, que la división de la competencia jurisdiccional sobre la misma materia entre dos órdenes jurisdiccionales es siempre inconveniente. Y en el caso concreto de la Seguridad Social, es además una división confusa, artificiosa y contraria al principio de especialización de los órdenes jurisdiccionales. Como ha puesto de manifiesto la doctrina más relevante en la materia, la confusión multiplica los litigios y los alarga desproporcionadamente; la dualidad fomenta las contradicciones, porque entre las materias cuya decisión se atribuye a los dos órdenes jurisdiccionales hay una conexión evidente y normalmente requieren una misma respuesta (Desdentado Bonete), produciéndose además una división artificial de la controversia y el riesgo del llamado peregrinaje jurisdiccional sin que tales indeseables consecuencias encuentren una solución satisfactoria en la vía prejudicial (Fernández Montalvo). Probablemente la solución no pueda ser otra que unificar todas las materias de Seguridad Social, atribuyéndola de forma progresiva a un solo orden, el social.

PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL Y FUNCIONES TÉCNICAS

La representación y defensa en juicio de las Entidades Gestoras o Servicios Comunes de la Seguridad Social corresponde al Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, función que vienen desempeñando con una excelente solvencia y un alto grado de profesionalidad que redunda en la buena imagen de esta Administración.

Ahora bien, no se debe olvidar que la fase impugnatoria se encuentra al final de un trayecto en el que previamente se ha ido pasando por sucesivas etapas, las que integran el procedimiento administrativo, de cuya bondad en la tramitación va a depender en gran medida el contenido de los fallos judiciales.

No es necesario resaltar aquí la importancia del procedimiento administrativo al que la propia Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común califica como pieza fundamental en el proceso de modernización de nuestra sociedad y de su Administración.

Desde otra perspectiva, ilustres tratadistas destacan cómo “las garantías fundamentales que consagra el artículo 24 de la Constitución despliegan ya su virtualidad protectora de los derechos e intereses legítimos en el momento anterior a la adopción por la Administración de la decisión correspondiente”, y que “el Procedimiento Administrativo tiende a convertirse, tanto por razones de legitimidad, como por razones de eficacia, en una institución central del Derecho Público de nuestros días”.

Pues bien, en las fases previas y posteriores a lo judicial, la responsabilidad última

del buen funcionamiento de todos los mecanismos procedimentales corresponde a los funcionarios que integran el Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social, que han de atender a que los distintos factores de la información general, informes previos, reclamaciones previas, ejecución de actos y sentencias, etc., se desarrollen con la calidad y exigencias debidas.

Por todo ello, en la selección de los integrantes de ambos Cuerpos Superiores de la Administración de la Seguridad Social, Letrados y Técnicos, deben exigirse con rigor los criterios de mérito y capacidad y atribuirles, a su vez, el estatus a que por la importancia de sus funciones resultan acreedores. ●

■ La revista **Foro de Seguridad Social** dedica el presente número a un estudio monográfico de los procesos de Seguridad Social, en el que han colaborado (y habría que decir que de manera ilusionante) destacados juristas: magistrados, catedráticos y profesores de Universidad, letrados, etc., a partir de un sumario en el que se recogen los aspectos más singulares del procedimiento.

A todos ellos, nuestro reconocimiento y afecto por su inestimable colaboración, y agradecer la colaboración y apoyo técnico de Ibermutuamur a las iniciativas de nuestra publicación, de forma que enriquecemos nuestros contenidos con las aportaciones y las cuestiones de mayor actualidad que desde el ámbito de la colaboración, se identifican como asuntos de interés común en los planos gestores, jurídicos y procesales de la Seguridad Social.

EL PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL: UNA VISIÓN GENERAL Y PROBLEMÁTICA

Antonio MÁRQUEZ PRIETO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga.

4

1. Introducción: visión problemática general

La alusión a “una visión general y problemática” del proceso de Seguridad Social, contenida en el título de este trabajo, pretende centrar la cuestión en la realidad contradictoria de esta determinada labor de enjuiciamiento, debido a distintas razones que se irán desgranando, sin perjuicio de ser anticipadas en este apartado. Concretamente este estudio querría adentrarse por el camino que va de la visión problemática a la problemática general. Es decir, entendiendo la visión problemática como una mirada profunda a la configuración de esta modalidad procesal –que expresa una continua *contradictio in terminis*⁽¹⁾–, para analizar el grado de adecuación de cada una de sus reglas a los problemas que la práctica plantea, lo que, a su vez, puede hacerse de manera exhaustiva y detallada o de forma más global. Es precisamente en este segundo sentido –aprovechando que lo particular encuentra cumplida respuesta en cada uno de los valiosos enfoques de este trabajo colectivo– como se pretende orientar el estudio: abordando la generalidad de esta problemática modalidad procesal, tratando de ofrecer alguna que otra consideración sobre su verdadero sentido e indagando si puede sostenerse al respecto una visión integradora⁽²⁾.

En efecto, el sentido problemático –o contradictorio– está presente de forma profunda en el planteamiento del proceso de Seguridad Social, como lo sugieren algunos datos de importancia, entre los que se hallan los siguientes:

- El enjuiciamiento en materia de Seguridad Social obliga a un difícil equilibrio entre la necesaria tutela de dos bienes jurídicos diversos: el interés general que ha de caracterizar la actuación de los entes gestores de la Seguridad Social y el interés particular del beneficiario, entendido como parte débil, a favor del cual el ordenamiento jurídico-social –incluida su vertiente procesal– debe desplegar su protección⁽³⁾.

- La distribución de la competencia judicial objetiva entre los distintos órdenes jurisdiccionales comienza siendo problemática desde la propia Ley Orgánica del Poder Judicial. En efecto, con independencia de que otros órdenes jurisdiccionales posean competencias marginales para el enjuiciamiento en materia de Seguridad Social, los artículos 9.4 y 9.5 de la mencionada Ley atribuyen el conocimiento de los asuntos judiciales, respectivamente, a los órdenes contencioso-administrativo y social, utilizando para ello, en el primer caso, una referencia objetiva –la rama social del Derecho, incluyendo expresamente en ella la materia de Seguridad Social– y en el segundo, una referencia

subjetiva –los actos de la Administración Pública–, resultando ambas referencias aplicables, de forma acumulativa, a los asuntos sobre Seguridad Social⁽⁴⁾.

● A ello se añade que la “materia de Seguridad Social” no constituye precisamente un referente fuerte a efectos de atribución de competencia judicial. No sólo por la ambigüedad de dicha noción en el plano jurídico sustantivo, sino porque, en la vertiente procesal, la alusión a esta materia no permite identificar una parcela jurídica, sino más bien un verdadero cruce de caminos. En efecto, tradicionalmente se han venido distinguiendo cuatro principales bloques de litigios dentro de la materia de Seguridad Social –prestaciones, actos de encuadramiento, cuotas y sanciones–, los cuales, lejos de estar residenciados de forma pacífica en su orden jurisdiccional correspondiente, han estado sometidos a cambios continuos⁽⁵⁾.

● Es igualmente problemática la determinación del objeto litigioso del proceso de Seguridad Social, puesto que no todos los asuntos atribuidos al orden jurisdiccional social en esta materia –tal como se establece en los artículos 2 y 3 LPL, que aluden, de forma objetiva, a una materia litigiosa concreta– han de ser ventilados a través de la modalidad procesal configurada en los artículos 139 y ss. LPL –que atienden al

LA DISTRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL OBJETIVA ENTRE LOS DISTINTOS ÓRDENES JURISDICCIONALES COMIENZA SIENDO PROBLEMÁTICA DESDE LA PROPIA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

criterio subjetivo de la presencia de Entidades Gestoras como demandadas o como demandantes⁽⁶⁾.

● De problemática puede, finalmente, calificarse la propia configuración del proceso de Seguridad Social, integrado en su mayor parte por un conjunto de prerrogativas a favor de la Administración de la Seguridad Social –un tanto limitadas debido a las características del orden jurisdiccional social–; reglas procedimentales cuya redacción,

no siempre satisfactoria, contribuye a aumentar la excesiva litigiosidad en esta materia; agrupadas, además, con una suerte de yuxtaposición que deja traslucir la existencia en realidad de tres modalidades –contingencias comunes, contingencias profesionales y revisión de actos declarativos de derechos⁽⁷⁾–, a las que se añade una nueva, con la

⁽¹⁾ Vid., en este sentido, García Ninet, J.I., “Los procesos en materia de Seguridad Social. Algunas cuestiones problemáticas”, en AA.VV., *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Valladolid, 2001; Blasco Pellicer, A., “El procedimiento especial en materia de Seguridad Social: puntos críticos”, en Dueñas Herrero, L.J. (dir.), *I Congreso de Castilla y León sobre Relaciones Laborales*, Valladolid, 1999; Márquez Prieto, A., *El proceso de Seguridad Social y la reducción de los privilegios administrativos (LPL de 1995 versus LJCA de 1998)*, Granada, 1999.

⁽²⁾ Sobre una visión general del proceso de Seguridad Social, vid. también: Delgado Saiz, F.J., “La modalidad procesal de Seguridad Social”, A.L., núm. 33, 1992; Montoya Melgar, A. y Otros, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, concretamente el comentario a los artículos 139 a 145*, Pamplona, 2000; Gómez Abelleira, F.J., *El proceso especial de Seguridad Social*, Madrid, 2000; Rivas Vallejo, P. y Carratalá Teruel, *Proceso de Seguridad Social Práctico*, Pamplona, 2004; Leonés Salido, J.M., *La revisión judicial de los actos de la Seguridad Social*, Granada, 1995; Oliet Pala, B., “El proceso de Seguridad Social”, en Borrajo Dacruz, E. (dir.), *La nueva Ley de Procedimiento Laboral*, Madrid, 1990; Márquez Prieto, A., “Capítulo VI. De la Seguridad Social”, en Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N. y Gallego Morales, A.J. (dir.), *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Granada, 2001.

⁽³⁾ Márquez Prieto, A., *El proceso de Seguridad Social...*, op. cit., p. 10.

⁽⁴⁾ Vid., al respecto: Sempere Navarro, A.V. y Cavas Martínez, F., *Competencia de la Jurisdicción Social en la Doctrina de Unificación (1991-1997)*, Pamplona, 1998; Mercader Uguina, J., *Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*, Valencia, 1996; González Ortega, S., “La extensión de la Jurisdicción Social en materia de Seguridad Social y otras afines”, R.L., 1990-II; Cruz Villalón, J., “El reparto de conocimiento jurisdiccional en materia de Seguridad Social”, en AA.VV., *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público*, Madrid, 1993; en esta misma obra, Conde Martín de Hijas, V., “La problemática delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de la Jurisdicción: criterios de delimitación”; Márquez Prieto, A., *La materia contenciosa de Seguridad Social*, Valencia, 1997.

⁽⁵⁾ Márquez Prieto, A., “Historia del proceso de Seguridad Social”, REDT, núm. 104, 2001, pp. 247 y ss.

⁽⁶⁾ Vid. Rivas Vallejo, P. y Carratalá Teruel, J.L., *Proceso de Seguridad Social Práctico*, op. cit., pp. 132 y ss.; igualmente Alonso Olea, M., Miñambres Puig, C. y Alonso García, R.M., *Derecho Procesal del Trabajo*, Madrid, 2004, pp. 62 y ss.

⁽⁷⁾ Alonso Olea, M., Miñambres Puig, C. y Alonso García, R.M., op. cit., pp. 261 y ss.; Albiol Montesinos, I. y Otros, *Derecho Procesal Laboral*, Valencia, 2004, pp. 331 y ss.; Montoya Melgar, A. y Otros, *Curso de Procedimiento Laboral*, Madrid, 2005, pp. 181 y ss.

incorporación reciente del artículo 145.bis LPL, lo que ha contribuido a distorsionar y fragmentar más aún el conjunto⁽⁸⁾.

A pesar de todo ello, y como elemento compensador de esta contradicción, el proceso de Seguridad Social constituye un importante patrimonio jurídico que se ha ido labrando a lo largo de muchos años, como se indica en el apartado siguiente.

2. El proceso de Seguridad Social como resultado de la confluencia de dos tradiciones distintas

Sin ánimo de abordar con exhaustividad los antecedentes históricos⁽⁹⁾, interesa resaltar que el proceso de Seguridad Social es fruto de la refundición de reglas procedimentales pertenecientes a dos tradiciones: la judicial y la administrativa. Ya desde un principio el enjuiciamiento de la materia de Previsión Social estuvo marcada por el mismo cariz protector inspirador de la materia sustantiva, originándose por dicha razón una jurisdicción específica, caracterizada por una función tuitiva de la parte más débil. Pero al mismo tiempo, la presencia de entes administrativos gestores en la relación jurídica generaba –como aún hoy sucede– posiciones de privilegio a favor de los mismos, siendo uno de dichos primeros privilegios la existencia de una jurisdicción retenida por la propia Administración gestora. Así, durante muchos años, la competencia para enjuiciar los asuntos de Previsión Social estuvo repartida entre la vía judicial y la vía administrativa, desarrollándose a la vez un proceso judicial y otro parajudicial o administrativo. Cuando se configura verdaderamente el proceso de Seguridad Social con su actual aspecto, ello se produce como resultado de la refundición de reglas procesales pertenecientes a ambas tradiciones, lo cual se produce de forma paulatina, siendo de resaltar, principalmente, los siguientes momentos:

Conviene, en primer lugar, reconocer importancia al hecho de que ya la propia Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 apostaba por una vía judicial para el conocimiento de los litigios que dicha norma generara, designándose al respecto un órgano jurisdiccional diferenciado y alguna particularidad procesal singular –en concreto, el conocimiento quedaba asignado al Juez de Primera Instancia, pero, curiosamente, por los trámites del juicio verbal⁽¹⁰⁾–. Poco después se aplicó idéntica medida para los asuntos sobre el retiro obrero, constituyendo así estas incipientes especificidades procesales, adoptadas al principio exclusivamente en atención a la materia de Previsión Social, el primer antecedente de lo que luego ha llegado a ser la jurisdicción laboral.

Muy pronto el enjuiciamiento de la materia contenciosa de Previsión Social fue dividido entre dos órganos diferentes. Esta *fase de dualidad jurisdiccional* tuvo a su vez dos momentos históricos distintos, dándose la nota común de participar siempre en este reparto un órgano judicial y un órgano administrativo. Al principio, la competencia se repartía entre los Tribunales Industriales –órganos judiciales– y las Comisiones Revisoras Paritarias –órganos administrativos–. En un segundo momento las Magistraturas de Trabajo asumieron las funciones de los Tribunales Industriales y parte de las funciones de las Comisiones Revisoras Paritarias, en tanto que el Servicio Nacional de Prevención heredó las competencias restantes. No obstante este Servicio, por efecto de la legislación inmediata posterior, asumió la competencia prácticamente de toda la materia contenciosa de Previsión Social, prolongándose así el sistema de Justicia administrativa retenida. Por lo que se refiere al proceso, debe indicarse que ya la Ley de Tribunales Industriales de 1912 contenía una regulación, recogida posteriormente sin modificaciones sustanciales en el Código de Trabajo de 1926, cuyas notas características anticipaban con enorme semejanza los rasgos definitorios del proceso actualmente aplicable ante el orden jurisdiccional social (principios de gratuidad, oralidad, in-

⁽⁸⁾ Esta nueva submodalidad es calificada como “anómalo reintegro a cargo del empleador”, en voto particular la STSJ Comunidad Valenciana de 6-5-2005 (Ar. 2102/2005).

⁽⁹⁾ Vid. sobre ello Montero Aroca, J., “Los Tribunales de Trabajo entre el pasado y el porvenir (Especial referencia a la materia de Seguridad Social)”, *Revista de Seguridad Social*, 1984, pp. 9 y ss.; Alonso Olea, M., “Sobre la historia de los procesos de Trabajo”, *Revista de Trabajo*, 1966, II, pp. 3 y ss. Márquez Prieto, A., “Historia del proceso de Seguridad Social”, op. cit., pp. 247 y ss.

⁽¹⁰⁾ En lo relativo al procedimiento se escogió el juicio verbal, por su mayor sencillez y rapidez, conforme al cual conocían, no los Jueces de Primera Instancia, sino los Jueces Municipales. Sin embargo, estos últimos, caracterizados por su politización y su actuación al servicio del caciquismo local, fueron rechazados en cuanto a la atribución del conocimiento de estos asuntos, que quedaron asignados a los Jueces de Primera Instancia. Otra particularidad importante ya añadida al principio fue la consideración como litigante pobre del trabajador, según establecía, para su mayor protección, el art. 35 del Reglamento de Accidentes de Trabajo (Montero Aroca, J., “Los tribunales de Trabajo entre el pasado y el porvenir”, op. cit., p. 15; Márquez Prieto, A., “Historia del proceso de Seguridad Social”, op. cit., p. 248).

mediación, concentración, celeridad, tratamiento minucioso de la declaración fáctica, antiformalismo y carácter tuitivo⁽¹¹⁾. Posteriormente las Magistraturas de Trabajo siguieron utilizando, en un principio, las mismas reglas procedimentales establecidas en el Código de Trabajo, introduciéndose modificaciones concretas para el enjuiciamiento en materia de seguros sociales, como la reclamación administrativa previa o una primera manifestación de litisconsorcio pasivo, aunque de carácter voluntario⁽¹²⁾. En cambio, en cuanto al enjuiciamiento de tradición administrativa, el procedimiento ante la Comisión Revisora Paritaria, órgano administrativo jerárquicamente dependiente del Instituto Nacional de Previsión, que incluía, de forma paritaria, vocales obreros y patronos, incluía en realidad dos modalidades procedimentales: la denominada “recurso”, dedicada a liquidaciones de cuotas y sanciones en materia de seguros sociales, y la llamada “de orden contencioso”, es decir, las “reclamaciones en el régimen de libertad subsidiada y en el seguro de maternidad”. Esta segunda modalidad se atenía parcialmente al principio de contradicción, aunque sólo hasta el momento de práctica de pruebas, configurándose, en general, una situación de gran privilegio en beneficio del Instituto Nacional de Previsión⁽¹³⁾. Más tarde el procedimiento ante el Servicio Nacional de Previsión –que, como se ha dicho, logró reunir prácticamente la totalidad de la materia contenciosa de Previsión Social– aumentó considerablemente la posición de supremacía del indicado Instituto, si tenemos en cuenta que, por ejemplo, se abandonó totalmente el principio de contradicción, desapareció la posibilidad de posterior recurso ante un órgano superior –como era la Comisión Revisora Paritaria Superior–, así como la composición paritaria del órgano juzgador⁽¹⁴⁾.

A partir de la Ley de Procedimiento Laboral de 1958 se inició la *fase de unificación ante un solo orden jurisdiccional* de toda la materia de Previsión Social. No obstante, se mantenía la dualidad en cuanto al pro-

EL PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL ES FRUTO DE LA REFUNDICIÓN DE REGLAS PROCEDIMENTALES PERTENECIENTES A DOS TRADICIONES: LA JUDICIAL Y LA ADMINISTRATIVA

ceso, puesto que, junto al proceso ordinario, se establecía una modalidad procesal para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y otra distinta para el enjuiciamiento de los asuntos sobre seguros sociales y mutualismo laboral. En esta fase comenzaron a entrar en contacto las tradicio-

nes judicial y administrativa. A la primera correspondía sobre todo la tramitación del proceso ordinario –que surgía por vez primera, recogiendo en general los principios ya presentes en el Código de Trabajo–, aunque también la modalidad sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, al haber correspondido tradicionalmente estos asuntos a la competencia de órganos estrictamente judiciales; en tanto que la modalidad sobre seguros sociales y mutualismo laboral recogía la tradición administrativa, esta vez entronizada en la jurisdicción laboral, estableciendo privilegios procesales a favor de la Administración, como la necesidad de reclamación previa, la consideración de prueba obligatoria para el expediente administrativo y la división de las funciones judiciales entre dos órganos, pues, una vez celebrada la vista con la práctica de pruebas, se asignaba a otro órgano –Magistratura Especial de Previsión Social– la decisión del litigio, con total ruptura del principio de inmediación propio del proceso laboral⁽¹⁵⁾.

Con la promulgación de la Ley de Procedimiento Laboral de 1966 fueron agrupados los dos procesos especiales sobre Previsión Social, dando lugar a *un único proceso en materia de Seguridad Social*. Este proceso mantenía las peculiaridades principales de los

⁽¹¹⁾ Hernáiz Márquez, M., “La jurisdicción contenciosa de Seguridad Social”, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 6, 1965, pp. 1111 y ss.

⁽¹²⁾ Arts. 451 y ss. del Código de Trabajo de 1926.

⁽¹³⁾ Arts. 41 y ss. del Reglamento General de los Patronatos de Previsión Social, aprobado por Orden de 29 de enero de 1927.

⁽¹⁴⁾ Arts. 38 y ss. del Procedimiento Administrativo del Ministerio de Trabajo (Decreto de 2 de abril de 1954). Pueden consultarse, además de las obras ya indicadas en notas anteriores, Montero Montero, I., “El procedimiento especial para los seguros sociales y el mutualismo laboral”, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 2, 1959, pp. 637 y ss.; Sánchez Monís, F., “Jurisdicción competente en cuestiones contenciosas en materia de seguros sociales obligatorios”, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 5, 1955, pp. 1032 y ss.; Muga López, F., “Recursos en los seguros sociales”, *Boletín de Divulgación Social*, mayo 1954, pp. 737 y ss.

⁽¹⁵⁾ Vid. Alonso Olea, M., “El contencioso de la Seguridad Social”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, núm. 28, 1967, pp. 51 y ss.; del mismo autor, *La materia contenciosa laboral*, Sevilla, 1967, pp. 10 y ss.

dos antiguos procesos especiales, que hacían relación a las pruebas (con el establecimiento de determinados tipos de prueba obligatorios), a las partes (existencia de listisconsorcio pasivo necesario en el procedimiento de accidentes de trabajo) y a la necesidad de reclamación previa. Sin embargo fue en esta nueva ordenación procesal cuando dichas particularidades se manifestaron claramente como medidas instrumentales en beneficio de una mayor protección de la parte procesal representada por la Administración de la Seguridad Social, lo que significó la consolidación de la tradición administrativa, insertada ahora en el interior de la tradición judicial⁽¹⁶⁾.

3. Proceso publicado y a la vez matizador de prerrogativas administrativas

El proceso de Seguridad Social, como resultado de la confluencia de las dos tradiciones mencionadas, adquiere un relieve distinto desde el momento en que la revisión de la actuación administrativa en general aparece residenciada ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo⁽¹⁷⁾. Desde ese punto de vista resulta inevitable la comparación entre el proceso administrativo y el proceso de Seguridad Social, surgiendo, como consecuencia de dicha comparación, dos importantes constataciones.

La primera constatación es que el ordenamiento jurídico español ha optado por seguir el modelo de diferenciación jurisdiccional, es decir, la asignación del conocimiento de los litigios sobre Seguridad Social a órganos distintos de los que tienen atribuida con carácter general la competencia para enjuiciar la actuación de la Administración Pública. Así sucede también en ordenamientos jurídicos como los de Italia y Francia, a diferencia de la solución adoptada, por ejemplo, en Gran Bretaña y Alemania –aunque por razones bien distintas–, donde se mantiene el mismo sistema de enjuiciamiento de la Administración, tanto si la relación litigiosa pertenece al Derecho Administrativo en general, como si está concretamente relacionada con la materia de Seguridad Social⁽¹⁸⁾.

La segunda constatación consiste en que el pro-

ceso de Seguridad Social intenta constantemente el equilibrio entre dos bienes jurídicos protegidos. Como se ha dicho, cuando ante la jurisdicción social, cuyo principal elemento definidor es el carácter tuitivo de la parte más débil de la relación jurídica, comparece como parte procesal la Administración Pública en relaciones jurídicas en que hace valer su *imperium*, el interés general que el órgano público representa –y que justifica el conjunto de privilegios procesales tradicionalmente propios de la jurisdicción contenciosa–, ha de competir con el objetivo igualador y compensador que persiguen los órganos jurisdiccionales laborales. Puede, en este sentido, decirse que la tensión de estos dos bienes jurídicos constituye la razón de ser del proceso de Seguridad Social, convirtiéndolo en un proceso publicado –por la protección del interés general– y a la vez matizador de los privilegios administrativos –por la protección del interés del beneficiario–. Expresándose dicho carácter contradictorio en un conjunto de reglas correspondientes tanto a la fase administrativa preprocesal, como a la fase judicial declarativa y a la de ejecución⁽¹⁹⁾.

La fase administrativa contiene, en primer lugar, el privilegio de la reclamación previa, establecido de forma especialmente reiterativa en los artículos 71 y 139 LPL, en atención al carácter público de la parte demandada. Tras su interposición, supone una dificultad añadida para el actor la presentación de la demanda en el plazo de treinta días desde la denegación –expresa o presunta–, puesto que si transcurre dicho plazo pierde eficacia la reclamación, siendo necesario interponerla de nuevo, si es que el derecho no ha prescrito. La rigidez de esta carga para el demandante –de la que se beneficia la Entidad Gestora demandada– llega incluso al establecimiento de un exiguo plazo de cuatro días para subsanar el defecto de no acreditación de interposición de la reclamación previa. Por ello, si no se ha interpuesto en realidad, y se pretende hacer aprovechando ese breve plazo, sólo le queda al actor la improbable esperanza de que la denegación de la reclamación se produzca antes de la celebración del juicio⁽²⁰⁾. También el expediente administrativo en su conjunto adquiere una gran relevancia en el proceso, puesto que debe ser remitido al Juzgado previamente a la celebración del juicio (art. 142.1 LPL). No obstante, el juicio se podrá celebrar

⁽¹⁶⁾ Márquez Prieto, A., "Historia del proceso de Seguridad Social", *op. cit.*, pp. 267 y ss.

⁽¹⁷⁾ Vid. Garrido Falla, F., "La evolución del recurso contencioso-administrativo en España", *RAP*, núm. 55/1968, pp. 9 y ss.; Santamaría Pastor, J.A., "Veintiocho años de aplicación de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: balance y perspectivas", *RAP*, núm. 95/1981, pp. 125 y ss.; Martín-Retortillo Baquer, L., "Evolución reciente del contencioso-administrativo", *RAP*, núm. 95/1981, pp. 7 y ss.

⁽¹⁸⁾ Márquez Prieto, A., *El proceso de Seguridad Social y la reducción de los privilegios administrativos*, *op. cit.*, pp. 12 a 16.

⁽¹⁹⁾ Argumento desarrollado extensamente en la obra mencionada en nota anterior, pp. 45 y ss.

aun no constando en autos el expediente (art. 143.1 LPL), aunque puede el demandante solicitar la suspensión por convenirle la incorporación del mismo (art. 143.2) e incluso, si no es atendido un nuevo requerimiento de aportación del expediente, “podrán tenerse por probados aquellos hechos alegados por el demandante cuya prueba fuera imposible o de difícil demostración por medios distintos de aquél” (art. 143.3)⁽²¹⁾. De esta forma la posible inversión de la carga de la prueba juega como elemento reductor de la posición preponderante de las Entidades Gestoras, que poseen el control de un instrumento de tanta trascendencia en el proceso⁽²²⁾.

La posición de privilegio de la Administración en la fase declarativa del proceso responde principalmente a tres tipos de razones: la limitación que comporta la fase prejudicial respecto a las alegaciones que puedan efectuar las partes, la posible desigualdad en materia probatoria y la facultad que asiste a la Administración de revocar en general sus propios actos sin sometimiento a la actuación judicial. Y es precisamente en esta fase donde la matización de privilegios administrativos en el proceso de Seguridad Social puede considerarse más lograda, por comparación con lo que sucede en el proceso administrativo. En primer lugar, el principio de congruencia entre lo planteado por las partes en las fases administrativa y judicial, con la consiguiente prohibición de introducir en el proceso variaciones sustanciales, confiere en realidad mayor eficacia a la reclamación previa, evitando que sea considerada exclusivamente como privilegio adminis-

LA RAZÓN DE SER DEL PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL ESTÁ EN LA TENSIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL QUE REPRESENTAN LAS ENTIDADES GESTORAS Y LA FINALIDAD TUTITIVA RESPECTO A LA PARTE MÁS DÉBIL, REPRESENTADA POR EL BENEFICIARIO

trativo de carácter dilatorio⁽²³⁾. En segundo lugar, a diferencia de lo que ocurre en el proceso administrativo, en el proceso de Seguridad Social no está limitado el derecho a la prueba, ni existen prerrogativas en la práctica respecto a medios probatorios concretos, así como tampoco presunciones legales favorecedoras de la Administración⁽²⁴⁾.

Y en tercer lugar, el artículo 145 LPL deroga para las Entidades Gestoras –aunque con alguna excepción⁽²⁵⁾– el privilegio administrativo de anulación de los propios actos, debiendo las mismas acudir a la jurisdicción laboral para solicitar la revisión de sus actos declarativos de derechos en perjuicio de los beneficiarios⁽²⁶⁾.

Interesa por último añadir que la Ley de Procedimiento Laboral, desde el año 1990, incorpora, en relación a la ejecución de sentencias dictadas en los procesos de Seguridad Social, una regulación específica

⁽²⁰⁾ Sobre la constitucionalidad de la reclamación previa, su aplicación flexible y la posibilidad de subsanar la ausencia de este requisito incluso tras la presentación de la demanda, vid. SSTC 21/1986, 60/1989, 162/1989, 217/1991, 122/1993, 144/1993, 12/2003 y SSTs de 1-4-2003 (Ar. 2630/2003), de 24-3-2004 (Ar. 2046/2004) y de 1-12-2004 (Ar. 3971/2004).

⁽²¹⁾ En relación a los arts. 142 y 143 LPL, la STSJ Galicia de 6-10-1997 (Ar. 3346/1997) se refiere a la posible indefensión cuando, por aportación incompleta del expediente, se priva a la otra parte de la prueba a que tiene derecho; la STSJ La Rioja de 24-7-2001 (Ar. 1897/2001) se centra en el carácter imprescindible de las pruebas a efectos de aceptar la suspensión del juicio con el fin de que puedan ser practicadas.

⁽²²⁾ Ferreras Alonso, F., “Los expedientes administrativos incorporados al proceso de Seguridad Social”, R.L., núm. 5, 1992, p. 10. Vid., igualmente, Blasco Pellicer, A., “La reclamación administrativa previa en la modalidad procesal de Seguridad Social”, REDT, núm. 95, 1999, y De Nieves Nieto, N., *Reclamación administrativa previa en los procesos de trabajo*, Valencia, 2002.

⁽²³⁾ Márquez Prieto, A., *El proceso de Seguridad Social y la reducción de los privilegios administrativos*, op. cit., pp. 68 y ss.

⁽²⁴⁾ Vid. García-Perrote Escarpín, I., *La prueba en el Proceso de Trabajo*, Madrid, 1994, pp. 117 y ss.; Bodas Martín, R., “El juicio oral”, en AA.VV., *El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1996, pp. 301 y ss.; vid. también Blasco Segura, B., “La prueba en los procesos de Seguridad Social según la nueva Ley Procesal Laboral”, A.L., núm. 15, 1991.

⁽²⁵⁾ Art. 145.2 LPL: “Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior la rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario”. En este sentido, SSTs de 3-10-2001 (Ar. 399/2002) y de 10-12-2002 (Ar. 1950/2003).

⁽²⁶⁾ Vid. Toscani Jiménez, D., *Los procedimientos administrativos de reconocimiento y revisión de las prestaciones de la Seguridad Social*, Granada, 2001, pp. 253 y ss.; Leonés Salido, J.M., *La revisión de los actos de la Seguridad Social*, Granada, 1995, pp. 21 y ss.; Álvarez de la Rosa, M., “Un nuevo proceso de lesividad: el art. 144 de la Ley de Procedimiento Laboral”, R.L., núm. 20, 190, pp. 16 y ss.

dedicada a la ejecución definitiva de sentencias frente a Entes Públicos (art. 285) así como a la ejecución provisional de sentencias condenatorias en materia de Seguridad Social (arts. 292 a 294)⁽²⁷⁾. Lo que contribuye a mitigar, en comparación con los períodos anteriores y con el propio proceso administrativo, los privilegios de los Organismos Públicos en fase de ejecución, a pesar de que la LJCA de 1998 ha avanzado mucho al respecto, e incluso incorpora alguna medida interesante y ausente de momento en la LPL⁽²⁸⁾, como la imposición de multas coercitivas⁽²⁹⁾.

4. Reflexiones sobre las últimas reformas procesales en materia de Seguridad Social

En referencia global a las modificaciones legales que, a partir de la promulgación de la LPL vigente de 1995, han incidido de forma directa en el enjuiciamiento en materia de Seguridad Social, sólo se ofrecen aquí unas reflexiones generales –teniendo en cuenta, de nuevo, la inclusión en esta obra colectiva de estudios más específicos– sobre la influencia de dichas modificaciones en la determinación de la competencia judicial (mediante la reforma del art. 3 LPL) y

QUIZÁ SE DEBA RECONOCER COMO ACERTADO EL DESEO DE RACIONALIZAR LA COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL EN BASE AL CRITERIO ÚNICO DE LA ACCIÓN PROTECTORA

en la configuración de la modalidad procesal (debido a la introducción del art. 145.bis LPL).

En cuanto a la competencia judicial, las reformas introducidas por la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social y, en tercer lugar, por la Ley

52/2003, de 10 de diciembre, sobre Disposiciones Específicas en Materia de Seguridad Social –incidiendo las tres en el mismo art. 3 LPL–, vuelven a poner de manifiesto cómo lo relativo a la asignación de las cuestiones contenciosas de Seguridad Social a los distintos órdenes jurisdiccionales –especialmente el reparto entre los órdenes social y contencioso-administrativo– no constituye precisamente una cuestión resuelta. Quizá se deba reconocer como acertado el

⁽²⁷⁾ Vid., al respecto, López Balaguer, M., *La ejecución de sentencias frente a entes públicos en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, especialmente pp. 55 y ss.; Márquez Prieto, A., *El proceso de Seguridad Social...*, op. cit., pp. 162 y ss.; interesa igualmente consultar la obra colectiva CGPJ, *La ejecución Laboral (Manuales de Formación Continuada, núm. 23)*, Madrid, 2005, en la que se recogen, entre otros, los siguientes artículos: Montoya Melgar, A., “Cuestiones generales de la ejecución definitiva de sentencias (art. 235 a 245 LPL)”, pp. 13 y ss., Desdentado Bonete, A., “Las partes en la ejecución social tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, pp. 63 y ss., De la Villa Gil, L.E., “Ejecución de sentencias de despido, frente a entes públicos y en materia de Seguridad Social”, pp. 159 y ss., Martín Valverde, A., “La ejecución de las sentencias de la jurisdicción social en la jurisprudencia: una primera aproximación”, pp. 413 y ss.

⁽²⁸⁾ De hecho el art. 285.2.d) LPL excluye los apremios pecuniarios del art. 239 LPL para el caso de los Entes Públicos. Esta excepción constituye un privilegio para éstos. Ciertamente esta excepción no se contenía en el Anteproyecto del Texto Articulado de 1990, pero el texto definitivo de la LPL recoge los apremios pecuniarios en todas las ejecuciones salvo ésta. Vid. Escribano Mora, F., “La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral. Supuestos especiales de ejecución”, en AA.VV., *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, Madrid, 1991, p. 541; también Andino Axpe, L., *Ejecución en el orden jurisdiccional laboral*, Madrid, 1991, p. 541.

⁽²⁹⁾ Art. 112 LJCA.

⁽³⁰⁾ Efectivamente, tras un período en que la mención a la “materia de Seguridad Social”, contenida en el art. 2.b) LPL, ejercía una suerte de vis atractiva a favor de los asuntos relacionados de alguna manera con las prestaciones, que producía la atribución de la competencia de los mismos a los tribunales laborales (Márquez Prieto, A., *La materia contenciosa de Seguridad Social*, op. cit., p. 55), ahora esa vis atractiva comienza a jugar a favor de los asuntos sobre gestión recaudatoria, tras la reforma del art. 3.1.b) LPL, introducida por la Ley 52/2003. Por su parte el Tribunal Supremo desde hace años ha optado por entender la actividad recaudatoria en un sentido amplio, en base al principio de unidad del ámbito de la jurisdicción. Así, p.e., SS de 11-7-1996 (Ar. 6029/1996), 29-4-2002 (Ar. 5683/2002), 10-2-2005 (Ar. 2794/2005). Téngase en cuenta también en este sentido que, como ha puesto de manifiesto Fernández-Mejías Campos, M.T. (“Novedades en el ámbito procesal de la Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, núm. 14/2004, BIB 2004/1731, p. 2), la misma Ley parece haber querido clarificar la noción de materia de Seguridad Social, al identificar, en el art. 2 LGSS, la Seguridad Social con su acción protectora. Así pues, como consecuencia del efecto, tanto de este precepto como de los arts. 2.b) y 3.1.b) LPL, la competencia del orden jurisdiccional social en materia de Seguridad Social queda ceñida, de forma estricta, a las cuestiones litigiosas sobre prestaciones –salvo que se ponga en marcha la previsión del art. 3.2 LPL.

deseo de racionalizar la competencia del orden jurisdiccional social en base al criterio único de la acción protectora –a lo que parece obedecer la intención del actual art. 3.1.b) LPL⁽³⁰⁾–, aunque el intento de trasvase a la jurisdicción social de las impugnaciones sobre sanciones puede deberse tanto a la oportunidad de aliviar la saturación de los tribunales de lo contencioso-administrativo⁽³¹⁾, como al intento serio de acabar con un sistema de “doble jurisdicción” que viene presentando múltiples “inconvenientes prácticos”⁽³²⁾. Independientemente de ello debe criticarse el estado de congelación de esta atribución competencial –demorada *sine die*⁽³³⁾–, así como la deficiente redacción del artículo 3.3 LPL. Si se añade a todo ello la gran dificultad de clarificar definitivamente la competencia de determinados litigios, conectados a la vez con la acción protectora y con la gestión recaudatoria⁽³⁴⁾, se llega fácilmente a la conclusión de que la determinación de la competencia objetiva continuará siendo, al menos durante cierto tiempo, un asunto enormemente problemático.

Por otro lado, las mencionadas reformas legales producen un efecto distorsionador y fragmentador en la idea de un proceso único de Seguridad Social. En efecto, si, por un lado, tras la reforma del artículo 3.1.b) LPL operada por la Ley 52/2003, parece reforzarse la idea de unidad del proceso de Seguridad Social, desde el entendimiento de que permite únicamente el enjuiciamiento de prestaciones⁽³⁵⁾, ya sea para su reclamación contra las Entidades Gestoras –arts. 139 y ss. LPL–, ya sea para su revocación en perjuicio de los beneficiarios –art. 145–, por otro lado existen también, de forma incoherente, serios ataques contra la configuración unitaria de dicha modalidad procesal. Esto es lo que sucede, en primer lugar, con la amenaza –aplazada por el momento– de incorporación de “nuevas modalidades y especialidades procesales”, contenida en el artículo 3.3 LPL, en referencia al enjuiciamiento de las cuestiones a que alude el artículo 3.2, como los litigios por sanciones, a que ya se ha aludido. Y es también, en segundo lugar, lo que se ha producido, efectivamente, con la incorporación del artículo 145.bis LPL, llevada a cabo mediante

⁽³¹⁾ Así lo han sugerido Montoya Melgar, A. y otros, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Pamplona, 2000, p. 43.

⁽³²⁾ Las frases entrecomilladas corresponden a la doctrina de unificación del Tribunal Supremo, en SS. de 11-10-2001 (Ar. 1497/2001) y de 25-2-2002 (Ar. 4546/2002), recogida con posterioridad en muchas SS. de Tribunales Superiores de Justicia. Así, p.e., STSJ País Vasco de 24-9-2002 (Ar. 1651/2003), STSJ Cataluña de 3-5-2004 (Ar. 2156/2004), STSJ Cataluña de 8-3-2005 (Ar. 1271/2005), STSJ Andalucía/Málaga de 26-5-2005 (Ar. 3481/2005), STSJ Castilla y León/Valladolid de 17-10-2005 (Ar. 3022/2005). Dicha doctrina distingue entre la impugnación de la sanción administrativa (competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo) y el acto de requerimiento del reintegro de lo indebidamente percibido (competencia del orden jurisdiccional social), considerando que la sanción administrativa tiene una eficacia “ex nunc”, que no comprende la anulación de los efectos ya consumados, mientras que la reclamación de lo indebidamente percibido constituye un acto de gestión de Seguridad Social.

⁽³³⁾ Según la STS de 11-10-2001 (Ar. 1497/2002), «(...) la asunción de esta nueva competencia por el orden jurisdiccional social quedó diferida, primero y de acuerdo con la disposición adicional tercera de la Ley 29/1998, al año de entrada en vigor de esta norma, y, posteriormente y de conformidad con el apartado 3 de la modificada disposición adicional quinta por la disposición adicional 24ª.2 de la Ley 50/1998, demorada “sine die”, ya que debe determinarse por la Ley que incorpore a la de Procedimiento Laboral las modalidades y especialidades procesales correspondientes a los supuestos del número 2 (...)».

⁽³⁴⁾ Así, la STS de 30-9-2004 (Ar. 6997/2004), aun partiendo de la noción amplia de gestión recaudatoria, conforme al art. 18 LGSS, avalada posteriormente por la modificación del art. 3.1.b) LPL –si bien aclara que la reforma de la Ley 52/2003 no es aplicable al caso por razones temporales de vigencia–, declara la competencia del orden jurisdiccional social sobre una reclamación respecto a la continuidad en la situación de alta del trabajador, considerando competente, paralelamente, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en relación a la obligación de pago de las cotizaciones pasadas. En el mismo sentido, STS de 10-3-2005 (Ar. 4575/2005). En otro asunto relativo también a la pretensión de mantenimiento ininterrumpido del alta –durante todo el tiempo de nombramiento del trabajador como médico de refuerzo–, declara la STS de 21-12-2004 (Ar. 1235/2005) que se trata de una controversia en materia de Seguridad Social, por aplicación de los arts. 9.5 LOPJ y 2.b) LPL, añadiendo que, al no ser de aplicación al caso, por razones temporales, la modificación operada en el art. 3.1.b) LPL por parte de la Ley 52/2003, “no tiene que entrar la Sala en los problemas que pudiera suscitar esa modificación en relación con el art. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y con el artículo 35 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”. Interesa añadir la opinión doctrinal de Fernández-Mejías Campos, M.T. (“Novedades en el ámbito procesal de la Seguridad Social”, op. cit., p. 8) cuando, tras analizar el efecto de la Ley 52/2003 en la asignación competencial al orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos de encuadramiento (art. 3.1.b) LPL), concluye que en realidad los problemas no han desaparecido, “como ocurre en los casos en que el acto de encuadramiento vaya conectado a un acto que incide en el ámbito protector o de cobertura” (añadiendo que tal vez el mecanismo procesal de las cuestiones procesales podría contribuir a salvar el posible desgajamiento de actos y de órdenes jurisdiccionales competentes).

la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad. Ese nuevo precepto, que crea un verdadero procedimiento de oficio⁽³⁶⁾, al margen del establecido en los artículos 146 y siguientes de la LPL, pues se incluye precisamente dentro de la modalidad procesal de Seguridad Social, que tiene además específicamente como objeto la posible declaración de responsabilidad por prestaciones por desempleo y cotizaciones ante supuestos de contrataciones fraudulentas o abusivas, introduce en definitiva un fuerte y forzado elemento de heterogeneidad en la configuración del proceso de Seguridad Social⁽³⁷⁾.

5. El proceso de Seguridad Social como labor de los tribunales de lo social: hacia una visión unitaria

Como ya se ha dicho, el proceso de Seguridad Social es, efectivamente, un patrimonio labrado durante muchos años a través de una continua actuación –tan viva como inacabada– de elementos, no sólo legales, sino también, señaladamente, jurisprudenciales. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las distintas fases de sus líneas doctrinales –así como las resoluciones de otros tribunales de Justicia–, ha ido continuamente interactuando, fundamentalmente con los datos normativos, en una progresión dialéctica, en la que también han tenido intervención otros factores, como la doctrina científica, e incluso las soluciones adoptadas por ordenamientos jurídicos extranjeros⁽³⁸⁾. Es ahora momento de girar la vista a la labor jurisprudencial,

LA VISIÓN FRAGMENTADA DEL PROCESO EXISTE EN MAYOR MEDIDA EN LA LEY QUE EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, QUE PARTE, TRADICIONALMENTE, DE UNA IDEA UNITARIA DEL MISMO Y ES EN BASE A DICHA VISIÓN PROPIA COMO ACOMETE CONTINUAMENTE LA LABOR DE APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS PROCESALES

cuando la configuración del proceso de Seguridad Social vuelve a estar sometida a una crisis de definición. En efecto, más allá de las particularidades de tramitación que la ley recoge como conjunto de reglas que componen el proceso, el trabajo de los tribunales de Justicia, que se plasma en un continuo y reiterado pronunciamiento, después de una enésima reflexión acerca de problemas sustancialmente similares, expresa una determinada visión sobre este tipo de enjuiciamiento. Antes se ha apuntado que la razón de ser del proceso de Seguridad Social está en la tensión entre la protección del interés general que representan las Entidades Gestoras y la finalidad tuitiva respecto a la parte más

débil, representada por el beneficiario. Ahora interesa añadir que dicha tensión, o, más bien, el intento de equilibrar adecuadamente esos dos bienes protegidos, constituye una actitud, fundamentalmente judicial, capaz de otorgar estabilidad y unidad al proceso de Seguridad Social. De hecho la visión fragmentada del proceso existe en mayor medida en la Ley que en la

⁽³⁵⁾ Rivas Vallejo, P. y Carratalá Teruel, J.L., en *Proceso de Seguridad Social Práctico*, op. cit., p. 25, afirma que, tras la Ley 52/2003, que reforma el art. 3.1.b) LPL, “el proceso de Seguridad Social es un proceso reservado a los pleitos sobre reclamación de prestaciones de la Seguridad Social, o, en su caso, a la modificación por las entidades gestoras de resoluciones administrativas de reconocimiento de prestaciones o la exigencia de reintegro e las abonadas”.

⁽³⁶⁾ Así lo han entendido Montoya Melgar, A. y Otros, *Curso de Procedimiento Laboral*, Madrid, 2005, p. 189; también Alonso Olea, M. y Otros, *Derecho Procesal del Trabajo*, Madrid, 2004, p. 278.

⁽³⁷⁾ A título de ejemplo, la STSJ Comunidad Valenciana de 6-5-2005 (Ar. 2102/2005), ya mencionada, incluye un voto particular que se expresa en términos muy críticos con la introducción en la LPL de este art. 145.bis, considerando que impone un “anómalo reintegro a cargo del empleador [como se ha apuntado], que no es ente gestor del desempleo, ni ha recibido la prestación ni el subsidio”; añadiendo con anterioridad que en la redacción de dicho precepto “debió cuidarse la terminología, evitando introducir oscuridad y confusión”. Vid., como buen comentario a esta sentencia, Perán Quesada, S., “El reintegro de las prestaciones asistenciales por desempleo causadas por el abuso o fraude en la reiterada contratación temporal en la Ley 45/2002”, *Aranzadi Social*, núm. 14/2005, BIB 2005/2241. También sobre este tema, Aguilera Izquierdo, R., “El fraude en el acceso a las prestaciones por desempleo: la sucesión de contratos. Comentario a la Sentencia del TSJ del País Vasco de 25 de enero de 2005”, *Aranzadi Social*, núm. 6/2005, BIB 2005/1253. E igualmente, Kahale Carrillo, D., “Prestaciones por desempleo en contratación temporal fraudulenta: reclamación de oficio por parte del INEM”, *Boletín Aranzadi Laboral*, núm. 44/2003, BIB 2003/1013.

⁽³⁸⁾ Vid. Márquez Prieto, A., *El proceso de Seguridad Social...*, op. cit., pp. 2 y 3.

⁽³⁹⁾ Vid., al respecto, Sempere Navarro, A.V. y Cavas Martínez, F., *Competencia de la Jurisdicción Social en la doctrina de unificación (1991-1997)*, Pamplona, 1998; Aparicio Tovar, J. y Rentero Jover, J., “El juez laboral, imparcial pero no neutral”, *Revista de Derecho Social*, núm. 4, 1998.

doctrina jurisprudencial, que parte, tradicionalmente, de una idea unitaria del mismo y es en base a dicha visión propia como acomete continuamente la labor de aplicación e interpretación de las reglas procesales⁽³⁹⁾.

Analizando, concretamente, las sentencias del Tribunal Supremo, recaídas en litigios sobre Seguridad Social, desde la entrada en vigor de la LPL vigente de 1995, se puede constatar la existencia de tres principales frentes abiertos⁽⁴⁰⁾, referidos, por un lado, a dos aspectos introducidos muy recientemente en la LPL –en los textos de 1990 y 1995–, cuales son los relativos a la ejecución de sentencias y a la revisión de los actos de las Entidades Gestoras en perjuicio de los beneficiarios –art. 145 LPL–; a lo que se añade, en tercer lugar –como viene siendo usual desde hace tantos años–, un número muy importante de resoluciones relativas a la distribución de la competencia judicial entre los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo –asunto sobre el que, como se ha dicho, se han seguido sucediendo cambios legales–.

El Tribunal Supremo casi no ha tenido ocasión aún de pronunciarse sobre el art. 145.bis LPL, precepto que constituye quizá actualmente el mayor desafío a la configuración unitaria del proceso⁽⁴¹⁾. Y está aún sin abrir –si es que alguna vez se abre– la brecha del artículo 3.3 LPL, cuya puesta en funcionamiento podría establecer nuevas modalidades procesales.

Queda, por tanto, esperar que la labor de los tribunales de Justicia contribuya, como en tantas ocasiones anteriores, a aportar un mayor grado de razonabilidad, coherencia y adaptación a las reales necesidades del enjuiciamiento, regulado por normas jurídicas problemáticas –por su ambigüedad, su discordancia⁽⁴²⁾...–, e incluso pueda influir en las próximas modificaciones legislativas, a fin de aportar al proceso de Seguridad Social una dosis suficiente de definición y, en definitiva, una visión unitaria, de la que en la actualidad la ley adolece. ●

⁽⁴⁰⁾ Es curioso constatar que en el período que va desde 1995 hasta 2005 existe un número importantísimo de sentencias, tanto relativas a la precisión del art. 145 LPL como a asuntos sobre competencia judicial objetiva. Sumando los dos grupos de sentencias se llega aproximadamente a un 90% del conjunto y, presentando uno y otro grupo de sentencias un número total de sentencias comparables, lo cierto es que las referidas al art. 145 LPL van reduciéndose ostensiblemente a medida que avanzan los años, lo que permite afirmar que la labor jurisprudencial de estos últimos diez años ha conseguido de forma útil despejar dudas sobre el contenido del indicado precepto. En cambio, las sentencias dictadas en materia de competencia han aumentado con el paso de los años, lo que debe quizá conectarse con las modificaciones legales al respecto. Por su parte, las sentencias sobre ejecución, que apenas llegan al 10% del total, mantienen un número constante con el paso de los años.

⁽⁴¹⁾ Existen algunas SS., aunque no del Tribunal Supremo, que, a semejanza de lo sucedido con la interpretación del art. 145 LPL, comienzan a ocuparse de los supuestos incluidos, en atención a los requisitos que establece el art. 145.bis. Así la STSJ Comunidad Valenciana de 23-9-2004 (Ar. 9059/2005) entiende que la pretensión en cuestión no puede incluirse en la modalidad procesal recién establecida, al no cumplirse el requisito de ser la misma empresa el sujeto contratante en los sucesivos contratos; otra STSJ también de la Comunidad Valenciana de 6-5-2005 (Ar. 2102/2005) considera que el art. 145.bis.1, al mencionar las “prestaciones por desempleo”, se refiere tanto al nivel contributivo como al no contributivo. Interesa también mencionar la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid de 22 de abril de 2005 (Ar. 1181/2005) que, ante la pretensión de la actora de que se declare su derecho a las prestaciones por desempleo en determinados períodos, y que se deje sin efecto la resolución administrativa por la que se le requiere para que devuelva las prestaciones, considera que el Servicio Público de Empleo Estatal debería haber iniciado el procedimiento del art. 145.bis, pero no para pedir el reintegro de las prestaciones al beneficiario, sino para exigir la responsabilidad empresarial en relación a las mismas. Lo interesante de esta sentencia, aun siendo de un Juzgado, es la puesta en relación del art. 145.bis con el art. 145 –lo que constituye un intento de explicar el nuevo precepto con un mínimo de coherencia dentro del conjunto del proceso de Seguridad Social–, afirmando que ambos preceptos se refieren a la prohibición para las Entidades Gestoras de revocar sus propios actos, pero con la diferencia de que el art. 145.bis, en lugar de permitir la solicitud del reintegro de prestaciones, está contemplado para exigir la responsabilidad empresarial, dejando incólumes las prestaciones recibidas por el beneficiario.

⁽⁴²⁾ Valga, como ejemplo de esta importante actuación jurisprudencial, la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la revisión de los actos de las Entidades Gestoras en perjuicio de sus beneficiarios. Como más arriba se ha expuesto, el origen del art. 145 LPL está precisamente en una línea jurisprudencial que negaba a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social la facultad de revisar por sí mismas sus propios actos declarativos de derechos. Pero una vez introducido dicho precepto en la modalidad procesal de Seguridad Social, ha sido preciso concretar los supuestos incluidos en dicha prohibición, establecida como regla general. Y en este sentido, ante la existencia de otras normas legales –aunque no procesales– en base a las cuales se podían entender facultadas las Entidades Gestoras para la revocación de oficio, la jurisprudencia ha ido más allá de las excepciones establecidas en el art. 145.2, pudiendo entenderse que ha ampliado el conjunto de excepciones establecidas en dicho precepto, recurriendo para ello a otras previsiones legales. Así, p.e., la STS de 3-5-2005 (Ar. 5059) considera al art. 145 LPL “norma básica del sistema de revisión”, entendiendo igualmente aceptable la revocación directa por parte de la Entidad Gestora siempre que exista previa autorización legal. En el mismo sentido SSTs de 23-5-2005 (Ar. 9657/005), de 13-10-2005 (Ar. 2777/2005) y todas las que en ellas se citan.

SOBRE EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y SU TRAMITACIÓN, AUDIENCIA DE LOS INTERESADOS Y PRUEBA *

José PLANA PLANA

Letrado de la Universidad de Murcia

Carmen RUIZ LLAMAS

Letrada de la Universidad de Murcia

14

1. Planteamiento

Partiendo del acto administrativo como declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria^(*), tal declaración se produce siguiendo un iter concreto y a través de determinadas formas de manifestación.

Varios efectos derivan en nuestro Derecho del concepto examinado.

La consideración del *iter* de producción del acto administrativo como procedimiento administrativo exige, por imperativo constitucional, el sometimiento de la actuación administrativa a un determinado procedimiento. La Constitución española establece: "La Ley regulará... c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado" [art. 105 c) CE].

La declaración en que consiste el acto de la Administración, compuesta por órganos servidos por personas físicas, necesita manifestarse externamente, lo que, unido a la exigencia constitucional, nos lleva a la forma para entrar en el mundo del Derecho.

A diferencia de la actividad privada basada en el principio de libertad propia del negocio privado, la actuación administrativa se realiza mediante formas generalmente tasadas, que tendrán, con carácter general, dos características: la escritura y la motivación.

La primera de estas características nos llevará a los conceptos de documento y de expediente; la segunda, la motivación, que no es sino la obligación impuesta por la Ley a la Administración de hacer públicas las razones de hecho y de derecho en que se apoyan sus decisiones. A este respecto, debemos recordar cómo la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone:

^(*) Apartados 1, 2 y 4 del artículo elaborados por José Plana Plana; apartado 3 por Carmen Ruiz Llamas.

"1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:

a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.

b) Los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.

c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.

d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en los artículos 72 y 136 de esta Ley.

e) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos.

f) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa" (artículo 54.1).

A partir del concepto de acto administrativo nos enfrentamos, pues, al procedimiento administrativo y sus características y elementos: clases de procedimientos, iniciación, instrucción, prueba, audiencia, terminación...

2. Procedimiento y expediente

La forma escrita del procedimiento, característica general del mismo, exige actos de constancia en los que aquél se materializa; ello da lugar al expediente. Aunque la doctrina suele utilizar como sinónimos los términos procedimiento y expediente, podemos afirmar la existencia de notables diferencias entre ambos conceptos. Aquél, el procedimiento, como ya hemos visto, es la forma de materializarse la expresión de la actividad de la Administración, es decir, los trámites y actuaciones realizados por los interesados y la Administración, al desarrollar su actividad; el expediente es la materialización documental del procedimiento, su reflejo documental formado por una agregación o incorporación sucesiva y ordenada de documentos.

El Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre

A DIFERENCIA DE LA
ACTIVIDAD PRIVADA
BASADA EN EL PRINCIPIO
DE LIBERTAD PROPIA DEL
NEGOCIO PRIVADO, LA
ACTUACIÓN
ADMINISTRATIVA SE
REALIZA MEDIANTE
FORMAS GENERALMENTE
TASADAS, QUE TENDRÁN,
CON CARÁCTER
GENERAL, DOS
CARACTERÍSTICAS: LA
ESCRITURA Y LA
MOTIVACIÓN

(ROF), nos da, en su artículo 164, una precisa definición del expediente:

"1. Constituye expediente el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.

2. Los expedientes se formarán mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, y sus hojas útiles serán rubricadas y foliadas por los funcionarios encargados de su tramitación".

Reproduce este precepto el artículo 278 del derogado Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 1952. A este último se refiere la STS de 18 de octubre de 1979 (Arz. 3893/1979): "El procedimiento administrativo está integrado por una serie de actos trámite que conducen al acto final o definitivo con el que se contiene la voluntad de la Administración, y estos actos trámite que, por una parte, son una garantía de eficacia administrativa, y por otra, constituyen una garantía de los administrados, se materializan en un expediente que es definido por el art. 278 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Corporaciones locales como el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, y que se forma mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlas, deduciéndose de lo dicho que el acto final del procedimiento presupone el conocimiento de los anteriores actos trámite". La STS de 4 de julio de 1988 (Arz. 5859/1988) no entra a definir el procedimiento o el expediente administrativos, pero sí recoge como necesarias algunas de las características que hemos apuntado con anterioridad: "... propia-

⁽¹⁾ García de Enterría, E. y Fernández, TR: *Curso de Derecho Administrativo, tomo I, 9.ª edición, Civitas, Madrid, 1999, págs. 534 y siguientes.*

mente no existía procedimiento administrativo iniciado con anterioridad al Decreto de 3 de abril de 1984 (por el que se ordena requerir al interesado para reponer el uso primitivo del desván, etc.), ya que las actuaciones inconexas y dispersas en el tiempo anterior no responden a ninguna actuación procedimental”.

La consideración del expediente como materialización documental del procedimiento nos conduce al concepto de documento. La Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio histórico español, recoge en su artículo 49.1 una definición de documento:

“Se entiende por documento, a los efectos de la presente Ley, toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos. Se excluyen los ejemplares no originales de ediciones”.

El ROF citado destaca otro aspecto relevante del expediente: su archivo; el artículo 179 dispone que “Los expedientes tramitados pasarán periódicamente al archivo y tendrán índice alfabético duplicado en que se exprese el asunto, número de folios y cuantos detalles se estimen convenientes”.

16

Los conjuntos orgánicos de documentos, o la reunión de varios de ellos, reunidos por las personas jurídicas, públicas o privadas, en el ejercicio de sus actividades, al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa, son los archivos. Asimismo, se entienden por archivos las instituciones culturales donde se reúnen, conservan, ordenan y difunden para los fines anteriormente mencionados dichos conjuntos orgánicos (artículo 59.1 Ley 16/85).

Fundamental hoy es la consideración como documento de la expresión recogida en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos.

Más adelante haremos alguna referencia a las previsiones de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común (LPAC) en estas materias.

Parece que el expediente será la documentación del procedimiento o su expresión documental. Desde este punto de vista podría considerarse el binomio procedimiento-expediente como dos aspectos de un mismo concepto.

Quizá también pueda afirmarse que en la doctrina y en las leyes sustantivas se habla preferentemente de procedimiento y en las leyes procesales se habla de expediente. Así, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, artículos 48, 49, 50, 51..., se plantea la reclamación del expediente a la Administración; ésta acordará su remisión; cuando se haya reci-

bido...; el emplazamiento se entiende realizado por la reclamación del expediente...

En la Ley de Procedimiento laboral, entre otros preceptos, en los artículos 142, 143, 144..., que regulan la reclamación del expediente, efectos de la no recepción, congruencia entre las alegaciones en sede jurisdiccional y el contenido del expediente...

Esta referencia a las leyes procesales debe hacernos recordar la importancia del procedimiento-expediente como elemento probatorio en los procesos en los que se revisa la actuación de la Administración, principalmente, en lo que ahora nos interesa, recurso contencioso-administrativo, procedimiento en materia de Seguridad Social y otros análogos. La importancia del expediente es grande, por un lado porque es el soporte de la relación jurídico-administrativa que ha producido el acto recurrido, pero además, por otro, porque en un gran número de casos será casi la única prueba que se aporte o practique en el proceso.

La Administración está sometida a la ley y al derecho, al propio tiempo que sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo, entre otros, con el principio de eficacia (artículo 103.1 CE).

El procedimiento es garantía de los ciudadanos, expresión de la voluntad de la Administración, también actividad administrativa eficaz. El expediente administrativo debe servir todos esos fines, también ser una buena prueba en juicio; un expediente bien tramitado facilita el conocimiento de los fundamentos del acto recurrido y su valoración.

3. El procedimiento

Los actos de instrucción suponen, como ya decía la propia exposición de motivos de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, “los más importantes del procedimiento, por cuanto que tienden a proporcionar al órgano decisorio los elementos de juicio necesarios para una adecuada resolución”. Ello no implica que en todo el procedimiento se den todos los actos de instrucción regulados en la ley, pues en muchos casos bastarían las alegaciones aducidas por el interesado en su escrito inicial para que la Administración, sin más trámites, dicte la resolución procedente.

La actividad instructora dará lugar a la aportación de documentos y actuaciones que sirven de antecedentes y fundamento a la resolución administrativa. Antes de adentrarnos en su análisis, nos referiremos a algunos aspectos de la modernización de la Administración mediante el uso de las tecnologías de la información, como apuntábamos más atrás.

3.1 MEDIOS INFORMÁTICOS Y TELEMÁTICOS

El artículo 45 de la Ley 30/92 constituye el punto de partida normativo. Esta temprana apuesta por la modernización tecnológica de la actividad administrativa ha supuesto un importante estímulo para que se lleve a cabo esta tarea. Los siguientes años a la Ley se ha incidido más en el desarrollo normativo⁽²⁾.

Los interrogantes que plantea el uso de estos medios, ciertamente, requieren un estudio monográfico cuyo objeto excede del presente artículo.

No obstante, cabría afirmar, como hace Valero Torrijos⁽³⁾, que los preceptos reguladores del procedimiento administrativo que recoge la Ley 30/92, de 26 de noviembre, no están reformados o adaptados a los medios tecnológicos y nuevos soportes materiales, por ello no están preparados para la realidad que nos ofrece la informática, y especialmente internet.

Lo cierto es que la Ley 30/1992 responde a las exigencias de un **procedimiento administrativo tramitado sustancialmente en soporte papel**. Como señala el citado profesor, "Resulta imprescindible la aparición de reglas jurídicas específicas para hacer frente a las particularidades que plantea el procedimiento administrativo digital, pues de lo contrario se corre el riesgo de forzar hasta límites inadmisibles la interpretación de normas emanadas para regular supuestos de hecho distintos".

Ciertamente, "las ventajas que ofrece la utilización de medios informáticos y telemáticos en las fases de **ordenación e instrucción** son relevantes. Al margen de la mayor celeridad en la tramitación derivada de la reducción de los plazos como consecuencia de la inmediata recepción de las comunicaciones, existen determinadas actuaciones cuya efectividad se ve reforzada si se practican a través de medios telemáticos: es el caso, singularmente, de la presentación de alegaciones por los interesados (art. 79) y, sobre todo, de las formuladas a raíz de un procedimiento de información pública. Dado que la finalidad principal de este instrumento es poner en conocimiento de los ciudadanos la tramitación de un procedimiento, la utilización de internet garantiza la amplia difusión de la misma a un coste reducido, facilitando en última ins-

EL PROCEDIMIENTO ES
GARANTÍA DE LOS
CIUDADANOS, EXPRESIÓN
DE LA VOLUNTAD DE LA
ADMINISTRACIÓN,
TAMBIÉN ACTIVIDAD
ADMINISTRATIVA EFICAZ. EL
EXPEDIENTE
ADMINISTRATIVO DEBE
SERVIR TODOS ESOS FINES,
TAMBIÉN SER UNA BUENA
PRUEBA EN JUICIO; UN
EXPEDIENTE BIEN
TRAMITADO FACILITA EL
CONOCIMIENTO DE LOS
FUNDAMENTOS DEL ACTO
RECURRIDO Y SU
VALORACIÓN

tancia que los eventuales interesados planteen las alegaciones que estimen procedentes. Asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 86.4 de la Ley 30/92, los medios telemáticos pueden convertirse en una fórmula que potencia la efectividad de la participación directa de los ciudadanos en los procedimientos administrativos más allá del reconocimiento formal de su condición de interesados, rebajando de este modo el papel de las asociaciones y organizaciones al de simple interlocutor cualificado en detrimento del monopolio que la Administración les concede en muchas ocasiones por las dificultades técnicas de articular la participación masiva de colectivos amplios".

Sin embargo, como advierten F. Galindo en "Gobierno electrónico, algunas precisiones", y otros autores como Jesús Punzón Moraleta y Francisco Sánchez Rodríguez, insistimos, la Administración electrónica sólo será posible en la medida que el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos satisfaga las exigencias procedimentales que el artículo 45 pone de relieve: en primer lugar, **ha de quedar garantizada la autenticidad del documento**, requisito de validez referido a la **identidad de quien lo emitió**, en este caso el órgano o Administración pública competente, y la **vinculación de su autoría con**

⁽²⁾ RD 263/96, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado; RD Ley 14/99, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica; RD 1290/99, de 23-7-99, que desarrolla el artículo 81 de la Ley 66/1997, de 30-12-1997, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en materia de prestación de servicios de seguridad por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, en las comunicaciones a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, con las Administraciones Públicas; y el artículo 38 de la Ley 30/92, en redacción dada por la Ley 24/2001.

⁽³⁾ Régimen jurídico de la e-Administración. El uso de los medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo, Comares, 2004, págs. 79 y siguientes.

el contenido del acto dictado⁽⁴⁾; en segundo lugar, el artículo 45.2 de la Ley 30/92 demanda que **se asegure la integridad del documento**. La ausencia de las garantías de autenticidad o integridad referidas conlleva la invalidez de los documentos administrativos en soporte informático del mismo modo que sucede con los escritos. En definitiva, que se satisfagan las exigencias procedimentales con, al menos, **las mismas garantías que cuando la relación tiene lugar de forma presencial**.

3.2. ACTIVIDADES DE INSTRUCCIÓN

Así pues, volviendo al análisis de la actividad de instrucción propiamente dicha, se observa que la misma comprende varios tipos de actividades:

a) La primera de ellas a considerar supone la de aportación de datos, pudiendo llevarse a cabo tanto por los propios órganos administrativos como por los interesados.

● En cuanto a los órganos administrativos, debido al principio inquisitivo que informa el procedimiento administrativo, es incuestionable que el propio órgano administrativo con competencia para dictar la resolución deberá realizar los actos de instrucción adecuados, así como aquellos otros órganos que deban intervenir en el procedimiento (emisión de informes, arts. 82 y 83).

● En lo referente a las actividades de instrucción de aportación de datos a realizar por los interesados, podemos afirmar que todos los que ostentan en un procedimiento la condición de interesados (art. 31) podrán formular alegaciones (arts. 79, 84 y 86, información pública) y aportar documentos que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente.

El artículo 85 de la Ley 30/92 prevé que los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados “habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales y profesionales”. Aunque de la simple lectura del precepto transcrito se pudiera extraer la idea de la existencia de un derecho del interesado a la elección del medio técnico y soporte material que puede ser empleado para que pueda realizar las actividades de instrucción, lo cierto es que no se puede llegar a afirmar esa consecuencia si hacemos debidamente la interpretación sistemática del citado artículo. Esto se pone de relieve mucho más si analizamos la naturaleza de la actuación a realizar en cada caso.

Aunque la expresión “forma que resulte más cómoda” para el interesado parece conferirle una ilimitada posibilidad de elección, **lo cierto es que sólo le otorga un derecho a optar entre las que se encuentren disponibles para el órgano administrativo encargado de la tramitación del procedimiento**; de lo contrario, habría que entender que la Administración pública tiene la obligación para con el administrado de realizar las inversiones necesarias para satisfacer la petición que aquél haga al ejercer ese derecho ilimitable de opción; cuestión que obviamente no es posible.

Por otra parte, el reconocimiento a favor del interesado de la elección de la forma que resulte más cómoda para llevar a cabo los actos de instrucción que requieran su intervención, se encuentra limitado por la naturaleza de las actuaciones a realizar.

Pudiera darse el caso de que la Administración dispusiera de modernos medios técnicos, propios del avance de las tecnologías y de la sociedad de la información, y, sin embargo, las características de la actividad no permitan la utilización de los medios técnicos propuestos, por lo que únicamente cabría atender su petición en el supuesto que se diera la adecuación del medio existente en el órgano administrativo competente con la propia naturaleza de la actividad a realizar.

Asimismo, por la misma razón, la exigencia de que los actos de instrucción sean compatibles con las obligaciones laborales o profesionales de los interesados en modo alguno puede interpretarse con carácter absoluto, ya que deben tenerse en cuenta las circunstancias temporales en que se desarrolla habitualmente la actividad administrativa, por lo que no cabe plantearse la realización de actuaciones instructoras fuera de los horarios habituales de trabajo del órgano o unidad encargada de la tramitación del procedimiento, con el fin de satisfacer la petición del interesado motivada en las referidas circunstancias profesionales.

b) La segunda actividad instructora (arts. 80 y 81) sería la prueba (medios y procedimiento de prueba, práctica de prueba), actividad encaminada a demostrar la veracidad.

c) En tercer lugar, la Ley admite otra actividad instructora (art. 78.2): los sondeos y encuestas de opinión. Se trata de técnicas que son instrumentos habituales de la ciencia sociológica y de la estadística y que deben tomarse con todo el relativismo propio o inherente a estas ciencias sociales.

⁽⁴⁾ El artículo 4.2 del RD 263/96 clarifica este requisito al exigir que se garantice tanto la identidad del autor como la autenticidad de su voluntad.

La propia Ley se limita a prever la posibilidad; señala que, para que los resultados obtenidos a través de dichas técnicas puedan incorporarse a la instrucción de un procedimiento, “deberán reunir las garantías legalmente establecidas para estas técnicas de información, así como la identificación técnica del procedimiento seguido para la obtención de estos resultados”.

No obstante, consideramos oportuno poner de relieve la reflexión en torno a la cuestión que realiza Antonio Fanlo Loras⁽⁵⁾:

“La finalidad que pretende esta modalidad la cumple el trámite de información pública prevista por el artículo 86. Tal vez el legislador español, al dar cabida a aquellas técnicas, se ha dejado llevar por la denominación literal con la que se designan en el derecho comparado algunos trámites específicos de información pública y a la existencia de órganos encuestadores *ad hoc*”.

“El carácter abierto y genérico del trámite de información pública que, por ello mismo, puede malograr la finalidad perseguida (si la Administración no tiene el celo debido en conocer a los posibles afectados) y el más concreto y dirigido (también manipulable) de los sondeos y encuestas de opinión quizás haya inducido a que el legislador español considere de modo más concreto esta actividad de instrucción”.

No obstante, será el legislador sectorial (ya que, como indica el profesor Fanlo Loras, se trata de una garantía legal, excluida de la disponibilidad de los interesados) el que determine el valor de estas técnicas de aportación de datos.

De todo lo que llevamos expuesto, y a modo de conclusión, se observa que en todo el procedimiento administrativo existe la necesidad de realizar una actividad, especialmente en la fase de instrucción, que podríamos denominar de acreditación y constancia, entendida ésta en sentido amplio.

Dicha actividad está dirigida a hacer posible la constatación de los actos del procedimiento administrativo y permitir conocer los datos y aportación de documentos al procedimiento administrativo en un momento posterior cualquiera. La actividad de acreditación y constatación actúa en consideración a una situación pasada.

En definitiva, se trata de una manifestación concreta en el procedimiento administrativo del principio

de garantía del administrado, al ser una actividad ésta que da respuesta a la necesidad de la existencia de un soporte material (el expediente administrativo) que permite conocer la realización de las actuaciones procedimentales en un **momento posterior cualquiera**; por tanto, permitirá el ejercicio de los derechos y deberes de los interesados, así como la satisfacción de intereses públicos y privados a cuya protección se orienta el procedimiento administrativo (art. 35 Ley 30/92).

3.2.A. Trámite de audiencia del interesado

Importa destacar que el artículo 84 (trámite de audiencia del interesado) no supone en absoluto una duplicación del artículo 79 (alegaciones), permitiendo a los interesados aducir alegaciones en cualquier momento del procedimiento.

- La **funcionalidad** del trámite de audiencia del interesado es diferente y su contenido no se limita a asegurar la mera posibilidad de formular alegaciones, sino que va más allá, en la medida en que pretende facilitar al interesado el **conocimiento del expediente**, aun cuando expresamente no se diga en el contenido del artículo; de este modo permite realizar al interesado una defensa eficaz y completa de sus intereses sobre la base de lo actuado en el procedimiento. La exposición de motivos (Capítulo VI de la Ley 30/1992) literalmente establece lo siguiente: “Recoge también este capítulo el trámite de audiencia, que se efectuará **poniendo de manifiesto a los interesados la totalidad del expediente**, salvo en lo que afecte a los supuestos de excepción del derecho de acceso a archivos y registros administrativos” (art. 37 Ley 30/92), que necesariamente supone la puesta en relación con la Ley 15/99, de Protección de Datos.

- **Realización del trámite de audiencia:** La literalidad del referido artículo dice “Instruidos los procedimientos e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución...”.

Si el procedimiento se encuentra instruido, la Ley, en cumplimiento del principio que preside el procedimiento (garantía de los interesados), nuevamente, y antes de dictar resolución (que da respuesta a las cuestiones iniciales que suscitaron u originaron el procedimiento correspondiente), da oportunidad de intervención a los interesados. *El trámite de audiencia se sitúa en la fase final del procedimiento.* Cuestión ésta importante la del momento en el que se debe producir el citado trámite, puesto que el carácter garantiza-

⁽⁵⁾ Fanlo Loras, A., *Disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos: Iniciación, ordenación e instrucción en La nueva Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Directores: Leguina Villa J. y Sánchez Morón M., Tecnos, 1993.*

dor del mismo quedaría menoscabado si por el contrario tuviera lugar en un momento en el que todavía quedaran trámites por cumplir, lo que supondría sustraer la documentación que generasen los trámites posteriores, en cuyo caso obviamente no se estaría dando cumplimiento al principio de garantía del administrado ya tantas veces referenciado. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 37 de la Ley 30/1992.

Aquí se pone de manifiesto la necesidad de formación del expediente administrativo y, por tanto, de la actividad que denominábamos de acreditación y constancia, entendida como, según aludíamos antes, aquella que permitiría el conocimiento de todo lo actuado, aportado o alegado en el procedimiento en un momento posterior cualquiera.

● **Vista del expediente:** En cumplimiento del artículo 85 de la Ley 30/92, los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados “habrán que practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales y profesionales”.

Teniendo presente lo expresado con anterioridad referente al artículo 85, de la interpretación sistemática de dicho precepto, la **vista del expediente** se hará en los departamentos del órgano ante el que se tramite el procedimiento, donde los interesados puedan evacuar el trámite con las más elementales comodidades, en horario compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales.

“Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses” (art. 85.2).

Esto explica también por qué el artículo 84.3 excluye el trámite de “audiencia y vista del expediente” en aquellos casos en que en éste no figuren más datos y documentos que los aportados por el propio interesado, que, conociéndolos ya, puede perfectamente hacer valer sus derechos sin necesidad de nuevas dilaciones por la vía más simple del artículo 79 (alegaciones).

Asimismo, esto supone una de las medidas que la Ley adopta **para agilizar** el procedimiento con relación al cumplimiento del trámite de audiencia. Esta medida ya existía en la Ley de Procedimiento de 1958. Sin embargo, la segunda posibilidad regulada en el citado artículo 84.3 es aportada de nuevo por la

Ley 30/1992, de 26 de noviembre: “El trámite de audiencia puede tenerse por realizado si antes del vencimiento del plazo el interesado manifiesta su decisión de no efectuar alegaciones, ni aportar nuevos documentos o justificaciones” (art. 84.3).

● **Soporte material del trámite de audiencia al interesado:** De conformidad con lo expuesto respecto a la necesidad de adecuación, dentro de los medios técnicos existentes en la Administración (órgano competente), con la naturaleza de la actividad instructora a realizar por el interesado para ejercer por éste la elección del medio utilizado, es la forma escrita y el soporte el papel el medio más utilizado. Además, según la Ley 30/92, de 26 de noviembre, en vigor, todavía es el medio que cumple, de un modo más indubitado, el principio de seguridad jurídica (art. 9 CE). El artículo 84.2 literalmente dice: “Los interesados, en un plazo..., podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes”.

“Los interesados, a la vista de las actuaciones que obran en el expediente administrativo, podrán formular alegaciones”. Las alegaciones, como pone de manifiesto Ramón Parada⁽⁶⁾, son declaraciones de ciencia o conocimiento, y no de voluntad, que formulan los interesados.

Así, los interesados podrán, visto el expediente administrativo, deducir escrito de alegaciones. En el supuesto de que dicho escrito se presentase fuera de plazo, pero antes de haberse redactado la propuesta de resolución, el órgano administrativo deberá tener en cuenta las alegaciones que en él se contienen.

Igualmente, y por razones de seguridad jurídica, las manifestaciones, bien de no aportación de datos, o bien de no realización de alegaciones (art. 84.3), deberán hacerse también por escrito. Puede sostenerse con fundamento que, incluso antes de que se le dé formalmente audiencia, puede el interesado renunciar por escrito a dicho trámite.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no hace mención a la posibilidad de la oralidad. La Ley de Procedimiento de 1958 admitía **alegaciones orales**, una suerte de vista oral para el supuesto de que existiesen varios interesados y al objeto de reducir al mínimo las discrepancias sobre cuestiones de hecho o de derecho. Así, se permiten las alegaciones simultáneas de todos los interesados en una reunión convocada al efecto, de cuyo resultado era necesaria su constan-

⁽⁶⁾ Parada, R., *Derecho Administrativo, I Parte general*, 5.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 239.

⁽⁷⁾ Parada, R., *ibidem*.

cia, **levantándose en consecuencia acta sucinta de ello, firmada por todos los comparecientes** (acto de constancia).

Aunque el dato ha pasado inadvertido en la Ley actual de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de la regulación prevista, y como pone de manifiesto Ramón Parada⁽⁷⁾, nada impide al órgano administrativo instructor del expediente configurar aquella “reunión” al modo judicial, incluso permitiendo en el mismo acto la práctica o el examen y discusión sobre las pruebas cuya naturaleza lo permita. Al margen de esta regulación general, la vista oral está contemplada en otros procedimientos administrativos especiales (reclamaciones económico-administrativas).

● **Plazo para evacuar el trámite y vista del expediente:** El plazo, de conformidad con el artículo 84.2, no será inferior a diez días ni superior a quince.

Al hablar de días, según lo establecido en el artículo 48 de la Ley 30/92, serán hábiles.

Asimismo, según el artículo 92, la inactividad del administrado interesado no tendrá otro efecto que la pérdida del derecho al referido trámite, por lo que la naturaleza del plazo es de caducidad.

● **Efectos de la presentación del escrito de alegaciones correspondiente al trámite de audiencia al interesado:**

a) La presentación del escrito de alegaciones producirá los efectos que supone la aportación de un dato al expediente y, por tanto, el cumplimiento del trámite de audiencia al interesado. Este dato que se incorpora al expediente por las alegaciones será tenido en cuenta por el órgano competente a la hora de resolver y, en su caso, por el órgano jurisdiccional si se incoara un proceso cuyo objeto fuese una pretensión deducida con relación al acto dictado en aquel procedimiento.

Si el órgano administrativo, al resolver, no se pronunciara sobre alguna de las cuestiones planteadas por los interesados en los escritos de alegaciones, la resolución sería incongruente (art. 89 Ley 30/92).

b) No obstante, la verdadera naturaleza y alcance del trámite de audiencia al interesado dentro del procedimiento se pone de manifiesto cuando del análisis jurisprudencial se observan las repercusiones que la omisión del mismo produce, constituyendo una doctrina general y necesaria a tener presente en los procedimientos administrativos correspondientes.

En este sentido, merece, a nuestro juicio, poner de relieve la sentencia del TS, Sala Tercera, Sección 7ª, de 29 de septiembre de 2005 (Rec. 7668/99, Ponente

EL RECONOCIMIENTO A FAVOR DEL INTERESADO DE LA ELECCIÓN DE LA FORMA QUE RESULTE MÁS CÓMODA PARA LLEVAR A CABO LOS ACTOS DE INSTRUCCIÓN QUE REQUIERAN SU INTERVENCIÓN, SE ENCUENTRA LIMITADO POR LA NATURALEZA DE LAS ACTUACIONES A REALIZAR

José Díaz Delgado). En resumen: se trata de determinar si la ausencia de trámites como el pliego de cargos, la audiencia del interesado siguiente al mismo, la práctica, en su caso, de pruebas, el trámite de audiencia tras la realización de la prueba, la notificación de la propuesta de resolución al imputado y la concesión de un plazo de diez días para alegaciones escritas sobre dicha propuesta antes de dictar la resolución definitiva, son esenciales, equiparables, en su caso, a la ausencia total de procedimiento, constituyendo un supuesto de nulidad de pleno derecho [art. 62.1.e)], y, en cualquier caso, si la infracción de estos trámites previstos

causan indefensión al recurrente y da lugar, en su caso, a la anulación del acto por aplicación de lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

1.º El fundamento jurídico cuarto de la citada sentencia dice: Para la jurisprudencia (TS desde 13-7-1987 a 12-11-2001) la **ausencia de determinados trámites esenciales** se equipara al supuesto previsto por el artículo 62.1.e) de la Ley 30/92.

La sentencia de 28 de noviembre de 2003 (en el mismo sentido que la de 30 de marzo de 2001, entre otras), con relación a la clausura de actividades, sostiene que “es claro, en consecuencia, que la clausura se puede acordar bastando para ello el único requisito de acreditar la inexistencia de licencia, aunque con el trámite previo e inexcusable de la audiencia del interesado. Dicho trámite, garantizado en el artículo 105. c) de la Constitución y previsto por el artículo 84, apartados 1 y 4 de la Ley 30/92, es exigible puesto que se va a alterar una situación de hecho existente, salvo en los casos de existencia de peligro o riesgo que exijan una decisión administrativa urgente (sentencias de 11 de octubre de 2000, de 10 de julio de 1992, etc.).

● La existencia de falta de audiencia conduce ya a declarar la nulidad de los actos impugnados.

● La STS de 21 de mayo de 2002 establece que **“la falta del trámite de audiencia no es subsanable**

por la posibilidad de interposición de recursos jurisdiccionales. Sólo se admite como excepción que el interesado abandone la causa de nulidad durante el recurso jurisdiccional centrándose en el fondo del asunto. La solución es coherente con la legislación vigente, pues el artículo 110.3 de la Ley 30/92 dispone que los vicios de forma sólo pueden alegarlos quienes los hayan padecido, no quien los provoca”.

2.º El fundamento jurídico sexto dice: **Sentencia de 20 de octubre de 2004, recaída en materia de extranjería, relativiza este efecto radical y descarta que la falta de audiencia conlleve ineludiblemente la anulación del acto impugnado, sino que precisa en cualquier caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Ley 30/92, la existencia de indefensión.**

Sostiene que la falta de audiencia vicia el acto recurrido, aun no siendo el procedimiento de renovación del permiso de residencia un procedimiento de naturaleza sancionadora, donde la audiencia del interesado alcanza el valor de trámite esencial.

“El trámite de audiencia mira a la completa y eficaz defensa del interesado (art. 24 CE), **lo que exige que cuando se invoque la falta de audiencia se examine y pondere el contenido del expediente en función de los preceptos constitucionales citados y el también citado art. 84 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común**, a los fines de que no se sustraiga al interesado ningún dato que deba conocer”.

Merece destacar del fundamento jurídico sexto lo siguiente:

En el mismo sentido la sentencia de 12 de diciembre de 2001 sostiene que el incumplimiento del trámite de audiencia no puede producir de modo automático la anulación del procedimiento en que la omisión ha tenido lugar. En este sentido, ni el artículo 105 CE contempla la “audiencia del interesado” como un trámite inexorable, sino sólo “cuando proceda”, ni el artículo 84 de la ley 30/92 lo preceptúa como forzoso; contrariamente, dicho precepto expresamente admite la posibilidad de prescindir de él.

Asimismo, destacamos la conclusión del fundamento jurídico séptimo:

“... las garantías omitidas no hacen sólo referencia a la audiencia del interesado..., sino a la omisión de todo procedimiento y, dentro del mismo, del trámite de audiencia que no puede entenderse suplido en modo alguno por la advertencia hecha por el Jefe...”.

Al no omitirse sólo el trámite de audiencia, sino otros trámites esenciales, la omisión de los mismos infringe manifiestamente lo establecido en

los artículos 24 y 25 CE, por lo que ha lugar a estimar el recurso de casación.

Por otro lado, la STS de 16 de marzo de 2005, Sala Tercera, Sección 6.ª (Rec. 2796, Ponente: Agustín Puente Prieto), tomada como ejemplo de la omisión del trámite de audiencia del interesado en un procedimiento no sancionador dice:

“La Sentencia de esta Sala de 11 de julio de 2003 resume en lo sustancial la doctrina de este Tribunal en materia de actos administrativos derivada de la falta de cumplimiento del trámite de audiencia en un procedimiento no sancionador. En dicha sentencia se afirma que tal falta de audiencia no es, por sí propia, causa de nulidad de pleno derecho, sino que sólo puede conducir a la anulación del acto en aquellos casos en los que tal omisión haya producido la indefensión material y efectiva del afectado por la actuación administrativa.

Así, ninguna de las causas de nulidad contempladas en el artículo 62 de la Ley 30/92 resulta aplicable a la simple falta del trámite de audiencia. No lo es la prevista en la letra a), según la cual son nulos de pleno derecho aquellos actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, porque el derecho a la defensa sólo constituye un derecho susceptible de dicho remedio constitucional en el marco de un procedimiento sancionador, por la aplicación al mismo, aun con cierta flexibilidad, de las garantías propias del proceso penal, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo; fuera de ese ámbito sancionador, la falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo e incluso la misma indefensión, si se produce, podrán originar las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero no afectan a un derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo constitucional.

Por otra parte, la falta de un trámite como el de audiencia, por esencial que pueda reputarse, no supone por sí misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, que puede subsistir aun faltando la sin duda decisiva audiencia del interesado, por lo que tampoco le afecta, en principio, la causa de nulidad de pleno derecho prevista en la letra e) del art. 62 LRJAP-PAC. Por otra parte, es claro que a la ausencia del trámite de audiencia le es de aplicación de manera muy directa la previsión del apartado 2 del art. 63 de la Ley 30/92, que establece la anulabilidad de un acto administrativo por defecto de forma cuando éste dé lugar a la indefensión del interesado. Y, precisamente, si es esencial el trámite de audiencia es porque su falta podría determinar que se produjese la efectiva indefensión del afectado. Ahora bien, esa indefensión no equivale a la propia falta del trámite, sino que ha de

ser real y efectiva, esto es, para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho puedan considerarse pertinentes para ello”.

Un ejemplo de la omisión del importante trámite de audiencia a los interesados, en un procedimiento que no es sancionador, pero que se le considera con tal carácter sancionador, es la STS de 29 de junio de 2005, de la Sala Tercera, Sección 4.ª (Rec. 5347/2003, Ponente: Celsa Pico Lorenzo), que establece en su fundamento jurídico sexto lo que sigue:

“Invirtiendo el orden de las sentencia aducidas como infringidas principiámos por la de 14 de mayo de 1991 que justamente sirve para desechar el motivo del recurso al igual que fue acogida por la Sala de instancia para apoyar su razonamiento. Rechaza el Tribunal Supremo el razonamiento de la sentencia de instancia, y, por ende, estima el recurso de apelación, cuando el Tribunal *a quo* afirmaba que la parte que invocaba la nulidad o, en su caso, anulabilidad, pudo alegar los motivos de defensa que estimara oportunos tanto en el recurso de reposición como en vía jurisdiccional. No admite tal razonamiento, si bien une a la falta del trámite de audiencia el hecho de que reputaba esencial el citado trámite por hallarse ante una sanción.

Aquí no nos encontramos ante una sanción en los estrictos términos del art. 25 CE pero no cabe negar que la extinción de un contrato de trabajo lleva aparejado para los interesados unos efectos de gran intensidad como es la pérdida del empleo. No debe olvidarse que el derecho al trabajo se encuentra ornado en nuestro ordenamiento de un importante sistema de garantías. Recordemos que el despido disciplinario exige notificación escrita al trabajador haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos (art. 55.1 Estatuto de los Trabajadores, RD Leg. 1/1995, de 24 de marzo). Por su parte la extinción por causas objetivas [art. 53.1.a) ET] exige comunicación escrita al trabajador expresando la causa, es decir, facilitándole la suficiente información para que pueda defenderse en juicio por referirse a elementos ajenos a su quehacer diario. Y si bien es cierto que este Tribunal reiteradamente (23 de junio de 2003, 8 de marzo de 2002) ha venido reputando la fuerza mayor como un acontecimiento que se origina fuera de la empresa de carácter imprevisible, insuperable e irresistible, en línea con la definición del art. 1105 del Código Civil, no tiene por qué conllevar la ausencia de audiencia de los trabajadores concernidos cuando éstos no han tenido un conocimiento adecuado del procedimiento que les concernía ni en la fase inicial ni tras emitir el pertinente informe la Inspección de Trabajo.

Se constata que la antedicha doctrina debe ser examinada con las circunstancias concretas concurrentes en los distintos supuestos que no resultan extrapolables al caso aquí concernido en que como hemos dejado expuesto en el fundamento anterior hubo indefensión material ante la imposibilidad de efectuar alegaciones en el seno del procedimiento. **Por ello la retroacción del expediente para que se cumpla el trámite de audiencia** establecido en el art. 19 del RD 43/1996”.

Por último, la STS de 29 de septiembre de 2005, Sala Tercera, Sección 7.ª (Rec. 7668/99. Ponente: José Díaz Delgado), como ejemplo de un procedimiento sancionador, la podríamos resumir del modo siguiente: El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ que confirmó la sanción impuesta al recurrente de separación definitiva del servicio, como funcionario del Cuerpo de Policía local, por la comisión de una falta muy grave al haber sido condenado por sentencia firme como autor responsable de un delito de agresión sexual. La Sala concluye que en el caso se han omitido trámites esenciales para el procedimiento, los que no son subsanables por la mera existencia de recursos jurisdiccionales, ya que al haberse omitido los trámites de audiencia y de formulación de pliegos de cargos, se le ha vedado al interesado la posibilidad de hacer valer las defensas que estimase pertinentes, habiéndole causado indefensión.

Conclusión: En un intento de evidenciar el efecto que produce la omisión del trámite de audiencia, tras observar la jurisprudencia, podemos concluir que lo que realmente se pone de manifiesto es la necesidad del expediente administrativo, como garantía del administrado.

Asimismo, la flexibilidad del procedimiento administrativo que habrá que analizar caso por caso para determinar la repercusión de la omisión del trámite de audiencia.

3.2.B. Medios, período y práctica de prueba

La segunda de las actividades instructoras enunciadas es aquella encaminada a demostrar la exactitud de los hechos alegados y que sirven de fundamento a la resolución final (arts. 80 y 81 de la Ley 30/92, medios y período de prueba y práctica de la prueba).

Pese a la importancia que tiene esta actividad probatoria, destaca, sin embargo, lo esquemático de la regulación legal. Como pone de manifiesto el profesor Fanlo Loras “prácticamente se reproduce en el citado texto legal los preceptos de la Ley de Procedimiento administrativo”. “Algunas de las exigencias derivadas de la jurisprudencia constitucional con relación a la actividad probatoria (el derecho de defensa, la presunción de inocencia, etc.) **que obligan a considerar el**

valor probatorio del expediente administrativo no fueron recogidas". No obstante, esta doctrina sí ha sido contemplada en procedimientos administrativos **más sensibles a estas exigencias, como por ejemplo el procedimiento sancionador. Así se observa de la lectura de los artículos 135, 137 y 138.3 de la Ley 30/92.**

a) A tenor de la regulación prevista por la Ley 30/92, el interrogante que se plantea es el siguiente: ¿Sobre qué hechos versa la Ley de 26 de noviembre de 1992, 30/92?

La actividad probatoria ha de referirse a los hechos en los que concurren la circunstancias siguientes: el artículo 80 indica sobre aquéllos: a) que sean relevantes para la decisión del procedimiento, y b) que exista disconformidad acerca de la certeza de los hechos.

b) Período de prueba

¿Es obligatoria la apertura de un período de prueba?

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común únicamente establece la obligatoriedad de la apertura de un período probatorio cuando: a) la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados, o b) la naturaleza del procedimiento lo exija (art. 80.2).

Sin embargo, deja sin resolver a quién corresponde, dentro del período probatorio, la carga de la prueba. Esta fundamental cuestión debe resolverse considerando que las reglas de la carga de la prueba no pueden ser las mismas para todos los procedimientos administrativos.

En el procedimiento administrativo, en general, se produce la incidencia del principio dispositivo (que hace referencia a la disponibilidad del derecho sustantivo debatido) y del principio de investigación desde el punto de vista de oficialidad, en cuanto que el órgano responsable del procedimiento está obligado a desarrollar, aun en el caso de que no lo pidan los interesados, la actividad probatoria adecuada "cuando no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, practicando cuantas juzgue pertinentes" (art. 80.2).

Hasta tal punto es así que el principio de investigación "modula de forma importante la carga de la prueba, que no se reparte del mismo modo que en el proceso judicial común, sino que pesa esencialmente sobre la Administración". En efecto, la actividad instructora cuya dirección corresponde a la Administración en el procedimiento no le excusa de las reglas de distribución de la carga de la prueba.

Así, en los procedimientos sancionadores (al igual que ocurre en los procesos penales) la regla de la presunción de inocencia que consagra el artículo 24 CE y el principio *in dubio pro reo* implican que la carga de la prueba pesa exclusivamente sobre quien acusa, de manera que es el acusador quien tiene que probar los hechos y la culpabilidad del acusado y no es éste quien ha de probar la inocencia (STC 21-5-86). Esta regla debe aplicarse, por razón de analogía, a todos aquellos procedimientos que abocan a una privación o limitación de derechos.

Sin embargo, en los procedimientos arbitrales, en que la Administración asume una posición de neutralidad entre las dos partes enfrentadas, la carga de la prueba debe repartirse en términos análogos al proceso civil.

Aun así, en los procedimientos administrativos, la posición preponderante de la Administración con relación a la actividad probatoria queda puesta de manifiesto en cuanto que a ella le corresponde la "admisión y práctica de las pruebas que propongan los interesados o las que de oficio acuerde" (principio inquisitivo). **Así pues, en todo caso, en los procedimientos administrativos los interesados no asumen posiciones formalmente diferenciadas, debiéndose matizar estas reglas de reparto de carga de la prueba en función de las circunstancias del caso.** Un ejemplo de ello lo podemos ver en la STS, Sala Tercera, Sección 4.ª, de 22 de mayo de 2001 (Rec. 7062/95, Ponente Antonio Martí García) y que se puede resumir así:

El TS declara no haber lugar al recurso de casación planteado contra la STSJ, sobre procedimiento de auditoría practicado a una mutua de accidentes de trabajo y seguridad social. El recurrente aduce la vulneración del artículo 47 LPA y de los artículos 105 y 24 CE, porque en síntesis, dice, **que no se ha seguido el procedimiento adecuado y se le ha ocasionado indefensión.** El TS rechaza tales motivos porque la fiscalización de las entidades gestoras y de las entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social no se rigen directa y primariamente por la LPA, **sino que deben atenerse al procedimiento especial aplicable, el establecido por el artículo 6 RD 1373/79,** que es el que la Administración siguió, y porque la audiencia del auditado prevista es suficiente, **sin que pueda estimarse que exista indefensión ni infracción de las garantías reconocidas en los artículos que se invocan, por el hecho de que la recurrente sólo haya formulado alegaciones y mostrado discrepancia tras el informe provisional,** máxime cuando, como declara la Sala *a quo*, el procedimiento del artículo 6 citado se ha respetado en el presente caso. Por otra parte, **la sentencia declara, en síntesis, que corresponde a la actora probar la inco-**

rección del resultado de la auditoría y la recurrente se limita a señalar como infringido el artículo 1214 CC sin la precisión, y no cabe apreciar infracción alguna, no tanto porque el recurrente no concreta en qué modo y forma se ha producido la infracción que denuncia, sino además porque siendo la auditoría el resultado entre otras actuaciones contables realizadas por técnicos competentes en la materia, es claro que si **el recurrente no está conforme con algunas conclusiones, ha de acreditar, por medio de la oportuna prueba pericial, como así lo ha declarado esta sala en ocasiones similares, el error que denuncia, sin que sea suficiente para desvirtuar el resultado de la auditoría el mero criterio o estimación de la parte afectada, aparte incluso de que conforme al artículo 1214 citado es el recurrente el que tiene que acreditar la tesis que propone.**

Podemos llegar a la conclusión de que, incluso para determinar la carga de la prueba, es importante saber quién quedará perjudicado por la falta de la prueba.

c) Trámites del período de prueba

Los trámites del período de prueba consisten en el escrito de presentación, otros escritos adicionales al amparo del artículo 79 de la Ley 30/92, y el período probatorio propio, con los diferentes medios de prueba: confesión, testifical, documental, pericial y reconocimiento.

No se establece en el procedimiento administrativo el momento en que el período probatorio debe tener lugar. Dada la escasa aplicación del principio preclusivo, podrá tener lugar en cualquier momento. Ahora bien, lo que sí queda claro, a tenor del artículo 84.1 de la Ley 30/92, es que siempre ha de ser antes del trámite de audiencia del interesado y vista el expediente, de lo contrario estaríamos, como ya apuntábamos anteriormente, menoscabando el principio de garantía del administrado.

En los procedimientos iniciados a instancia de parte, el interesado debe probar los hechos que sirven de fundamento a la resolución. Por tanto, en el escrito de iniciación puede indicar y acompañarse de cuantos medios de prueba el interesado tenga a su disposición, cuando alguno de ellos se encuentra en la propia dependencia a la que se dirige el escrito así se ha de hacer constar, así como la solicitud de un certificado testimonial de los mismos, pues si no es posible la aportación de las pruebas por causas de la propia Administración el certificado podrá utilizarse en recurso posterior o en vía judicial (art. 80.1 Ley 30/92).

Otros escritos: En los escritos por los que se puedan formular alegaciones también se puede presentar o proponer pruebas (art. 79.1 “Los interesados po-

EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, EN GENERAL, SE PRODUCE LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO ... Y DEL PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE OFICIALIDAD, EN CUANTO QUE EL ÓRGANO RESPONSABLE DEL PROCEDIMIENTO ESTÁ OBLIGADO A DESARROLLAR, AUN EN EL CASO DE QUE NO LO PIDAN LOS INTERESADOS, LA ACTIVIDAD PROBATORIA ADECUADA

drán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio”).

Por lo tanto, los interesados podrán presentar pruebas que se vayan consiguiendo a lo largo del procedimiento. Por ello, es incluso interesante desde el punto de vista estratégico, en los procedimientos triangulares, retrasar la práctica de la prueba hasta la presentación del escrito de alegaciones del trámite de audiencia del interesado.

d) Medios de prueba

El artículo 81.1 pone de manifiesto la flexibilidad del procedimiento administrativo en cuanto a esta actividad instructora al “admitir cualquier medio admisible en Derecho”.

Únicamente será el instructor del procedimiento quien de forma motivada pueda limitar los medios propuestos. Por tanto, la remisión es a los medios establecidos en el Código Civil, artículos 1214 a 1253, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 578 a 666. De igual modo ocurre respecto a los medios de prueba utilizados en el proceso judicial contencioso-administrativo.

No obstante, sí podríamos destacar la necesidad de acudir a lo dispuesto en el artículo 81 cuando sea preciso que el instructor examine por sí mismo un objeto que no admita la posibilidad de traslado sin que haya detrimento de su valor, pudiendo decidir, de oficio o a instancia de parte, la práctica conforme a dichas normas.

Asimismo, el artículo 78.2, referente a los actos de instrucción en general, establece la posibilidad de utilizar lo que podríamos considerar medio de prueba: “los resultados de los sondeos y encuestas de opinión”.

e) Práctica de prueba

El artículo 80.2 establece el plazo para proponer pruebas. “Los interesados, dentro del plazo concedido por la Administración (no ser superior a treinta días ni inferior a diez), podrán proponer cuantos medios de prueba estimen idóneos para demostrar la exactitud o inexactitud de los hechos”. Sin embargo, ningún plazo fija respecto a cuándo la Administración deberá emitir su acuerdo de admisión o denegación de medios de prueba, como tampoco establece ninguno para comunicar a los interesados esta decisión, ni para poder practicar aquella admitida.

Todo ello es una prueba más de la escasa aplicación del principio de preclusión en el procedimiento administrativo.

Por último, se estima necesario destacar que el principio de valoración de las pruebas que preside el procedimiento administrativo es el de “prueba libre”, lo que ha dado origen a lo que la jurisprudencia denomina “apreciación conjunta de la prueba con arreglo a los criterios de la ‘sana crítica’”.

Existen casos de prueba tasada o legal pero por más que el “expediente administrativo tenga naturaleza de documento público y la prueba se haya practicado con las debidas garantías, no vincula a los tribunales desde el punto de vista de la función revisora de la actividad jurisdiccional (contencioso-administrativo)”.

Como pone de manifiesto el profesor Fanlo Loras, “existe la corriente jurisprudencial que otorga una fuerza probatoria especial a la apreciación de los hechos que figuran en el expediente administrativo”. El origen de esta interpretación quizás venga de la consideración de prueba legal que el Código Civil, en su artículo 1218, otorga a los documentos públicos, calidad que puede atribuirse al “expediente administrativo en cuanto autorizado por funcionarios públicos. Sin embargo, si tenemos en cuenta el artículo 1984 LEC, se ha suprimido ese valor probatorio privilegiado del documento *in genere*. Las pruebas practicadas por la Administración obedecen a la actividad de investigación propia y derivada de la actividad instructora que se debe llevar a cabo para fundamentar la resolución administrativa”.

Ahora bien, que esta actividad probatoria derivada del expediente administrativo no vincule a los tribunales no debe llevarnos a desdeñar el valor del expediente administrativo, antes al contrario, hemos de tener presente que es el fundamento de la resolución administrativa; ese acto administrativo, basado y motivado en la actividad instructora realizada y reflejada en el expediente administrativo, es, por tanto, plenamente ejecutivo, no quedando suspendido por la interposición de los recursos (salvo excepción).

f) Efectos de la omisión del trámite de prueba

Consideramos conveniente resaltar que, a diferencia de los efectos que pudiera producir la omisión del trámite de audiencia, la prueba, y con ello su práctica, tiene un punto de partida con un matiz diferente.

El hecho de que la Administración pública con base a lo establecido en el artículo 80.3 de la Ley 30/92 **no admita pruebas propuestas por los interesados, no determina la nulidad de actuaciones, es propiamente una facultad que la Ley otorga a la Administración**. Así lo pone de manifiesto la jurisprudencia. No obstante, esta facultad se ejerce por la Administración siempre de forma motivada (art. 80.3).

Numerosos ejemplos jurisprudenciales se encuentran, entre los que ponemos de relieve:

● STS de 5 de noviembre de 1996, de la Sala Tercera, Sección 4.ª (Ponente. Martí García, Antonio), cuyo fundamento jurídico tercero dice:

“Respecto al análisis de la pretendida falta de prueba, cuyo carácter obligatorio demanda el apelante, considerando que la ausencia de su práctica le ha producido indefensión, debe señalarse que, como dice la sentencia apelada, en su fundamento jurídico cuarto, lo que viene a pedir es que se reconozca la obligatoriedad del trámite de prueba, con independencia del grado de conocimiento que se tenga sobre el acaecimiento que se enjuicia y procede rechazar tal alegación, de una parte, porque, como ha valorado la sentencia apelada adecuadamente, la prueba no es un trámite preceptivo para el Órgano Instructor, que se haya necesariamente de adoptar cualquiera que sea su contenido y el estado de las actuaciones, y de otra, porque ha tenido la vía jurisdiccional, en la que se ha practicada parte de la prueba interesada y se ha denegado otra, sin que tal resolución se haya impugnado, debiéndose en fin, señalar que esa posición y tesis es conforme con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que en Sentencias 149/1987 y 212/1990, de 20 diciembre, reitera que no se produce indefensión de relevancia constitucional cuando la inadmisión de una prueba se ha producido en aplicación estricta de una norma legal ni cuando las irregularidades que se hayan podido producir en la inadmisión de alguna prueba no han llegado a causar un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.”

● STSJ de Asturias 799/98, Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de diciembre de 1998, que dispone lo siguiente en el primer antecedente de hecho:

“1.º Que son nulas, o en todo caso anulables por contrarias a derecho, las resoluciones de 22 de febrero de 1995, dictada por la Dirección Provincial de

Trabajo y Seguridad Social y 9 de enero de 1996, dictada por la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades colaboradoras de la Seguridad Social, por la que se desestima el recurso ordinario interpuesto por esta parte contra la primera, debiendo retrotraerse el procedimiento a la apertura del período de prueba previsto en la Ley. 2.º Con carácter subsidiario de lo anterior, se declare nula o, en todo caso, anulable por ser contraria a derecho, la resolución de la Dirección General de Ordenación jurídica y Entidades colaboradoras de la Seguridad Social de 9 de enero de 1996, por la que se desestima el recurso ordinario interpuesto por mi mandante, contra la de 22 de febrero de 1995, dictada por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, dejándola sin efecto en todo su contenido. 3.º Con expresa imposición de costas a quien se opusiere al presente recurso.”

El fundamento jurídico segundo de la misma sentencia dice así:

“1.º Nulidad de las resoluciones administrativas por no haber permitido la práctica de la prueba propuesta, inmotivadamente. 2.º Anulabilidad de las resoluciones. 3.º Anulación de la liquidación por no ser el recurrente el cabeza de familia para el que trabajaba la empleada, sino su madre, quien abonaba los salarios a la empleada”.

Y la misma resolución judicial de 18 de diciembre de 1998 en su fundamento jurídico tercero declara:

“Ha de rechazarse la alegada nulidad y anulabilidad de la resolución impugnada, con base en la indefensión denunciada, ya que tal circunstancia no se ha producido, en tanto en cuanto los documentos de prueba han sido aportados en la vía administrativa; y también, en esta sede jurisprudencial, y lo que ocurrió es que no fueron estimados en aquella vía administrativa como relevantes a los efectos de desvirtuar la legalidad de la sanción impuesta.”

● STS de 18 de julio de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, en el recurso de casación 11701/98.

El fundamento jurídico segundo de la STS de 11 de febrero de 1989, Sala de lo Contencioso-Administrativo, dice lo siguiente:

“Efectivamente, para que exista la nulidad de actuaciones que alegó y vuelve a alegar dicha parte no basta con que la Administración hubiera omitido un solo trámite procedimental, sino que, como exige el precepto legal que aquélla invoca, de lo que se ha de prescindir es de la totalidad de ese procedimiento legalmente establecido al efecto, con mayor razón cuando exclusivamente se alega la denegación de una prueba y sin que de ello se haya podido originar otra indefensión que la que cabe atribuir a la propia actora,

porque hay que destacar el acierto con que en este sentido se produce la Sala sentenciadora al hacer ver que, además de que la práctica de prueba resultaba potestativa para la Administración actuante...”

● Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de mayo de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de la cual pasamos a transcribir los fundamentos jurídicos primero, segundo y cuarto:

“Primero.- La entidad Ibérico del Moncayo, S.A.U., interpone recurso de apelación contra la Sentencia de fecha 15 de diciembre de 2004, dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo n.º 10, que desestima el recurso interpuesto por la misma contra la resolución del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de fecha 10 de febrero de 2004, por la que se desestima el recurso de alzada formulado contra la resolución de la Presidenta del FEGA de 24 de octubre de 2003, por la que se declara que no ha quedado acreditada la efectiva importación a Rusia de 1.187.265 kg de carnes de porcino, por lo que la recurrente deberá reintegrar las restituciones indebidamente percibidas, en la cantidad de 953.155,68 euros más los intereses de 96,77 euros por día hasta el momento del ingreso efectivo.

Segundo.- El recurso de apelación reproduce los mismos motivos de impugnación invocados en la instancia, y que se concretan en: 1) Caducidad del procedimiento en el que se adoptó la resolución recurrida. 2) Defectos procedimentales determinantes de la invalidez de la resolución de la Presidenta del FEGA de 24 de octubre de 2003. 3) Nulidad de pleno derecho por revisión de oficio de actos declarativos de derechos prescindiendo del procedimiento legalmente establecido para ello. 4) Ilegalidad material de la decisión contenida en el acuerdo recurrido [...].

Cuarto.- La siguiente cuestión que se plantea es la existencia de defectos procedimentales que determinarían la invalidez de la resolución de la Presidenta del FEGA de 24 de octubre de 2003, y en concreto, la denegación de los medios de prueba propuestos en su escrito de alegaciones y la omisión del trámite de audiencia previo al dictado de la resolución y a la elaboración de la oportuna propuesta.

Al respecto, la Sentencia de instancia manifiesta que “En el presente caso no se puede alegar que las pruebas inadmitidas eran de necesaria práctica para defender la pretensión de la parte actora, ni tampoco se puede alegar ningún tipo de indefensión desde el momento que, en el presente recurso contencioso-administrativo no se ha interesado la práctica de prueba alguna, lo que viene a confirmar que la denegación de las pruebas interesadas era correcta dada la innecesariedad de las mismas.

En relación a la omisión del trámite de audiencia, el expediente administrativo cuya resolución se impugna se tramita de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 2225/93, que en su artículo 8 establece que el control del cumplimiento del objeto, condiciones y finalidad de la subvención se efectuará de conformidad con lo previsto en el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria y demás normas reguladoras de la subvención, añadiéndose que en la tramitación del procedimiento se garantizará, en todo caso, el derecho del interesado a la audiencia, la cual se deberá practicar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.2.º del mismo Texto Legal que establece que el trámite de audiencia se efectuará de conformidad con lo previsto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, y que la iniciación del trámite se notificará a los interesados, concediéndoles un plazo de 15 días para que formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificantes pertinentes.

En el presente caso, y de acuerdo con la regulación reseñada, se procedió a dar traslado del expediente a los efectos de que pudiese formular las alegaciones que estimasen convenientes (folio 595 del expediente) concediendo al efecto un plazo de 15 días, por lo que procede, al quedar acreditado el cumplimiento de dicho trámite, desestimar el presente motivo de impugnación.”

Tales argumentos, ajustados a derecho, no han sido desvirtuados por las alegaciones realizadas por la parte apelante que reproduce sustancialmente las de la instancia. A ello cabe añadir que el artículo 80.3.º de la Ley 30/1992, permite que el instructor del procedimiento rechace las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada. Y en el supuesto de autos, el Instructor dictó resolución denegando los medios de prueba propuestos por la interesada por considerarlos improcedentes, argumentando las razones de dicha denegación.”

4. Algunas especialidades del procedimiento en materia de Seguridad Social

A. NORMAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La configuración histórica de la Seguridad Social ligada al contrato de trabajo y su revisión por la jurisprudencia social, así como el específico régimen jurídico de su organización y funcionamiento, ha determinado algunas particularidades en los procedimientos.

LAS ENTIDADES GESTORAS O LOS SERVICIOS COMUNES NO PODRÁN REVISAR POR SÍ MISMOS SUS ACTOS DECLARATIVOS DE DERECHOS EN PERJUICIO DE SUS BENEFICIARIOS, DEBIENDO, EN SU CASO, SOLICITAR LA REVISIÓN ANTE EL JUZGADO SOCIAL COMPETENTE, MEDIANTE LA OPORTUNA DEMANDA QUE SE DIRIGIRÁ CONTRA EL BENEFICIARIO DEL DERECHO RECONOCIDO

En principio, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), su ámbito de aplicación incluye los organismos de la Seguridad Social. No obstante, esta normativa común del procedimiento administrativo ha sido precisada por la Disposición adicional sexta de esta Ley y por la Disposición adicional vigésima quinta del Real Decreto Legislativo 1/94, de 20 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley general de Seguridad Social, según la redacción dada por el artículo 34.11 de la Ley 24/04, de 27 de diciembre.

La Disposición adicional vigésima quinta establece que “la tramitación de las prestaciones y demás actos en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, que no tengan carácter recaudatorio o sancionador se ajustará a lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especialidades en ella previstas para tales actos en cuanto a la impugnación y revisión de oficio, así como las establecidas en la presente Disposición adicional o en otras disposiciones que resulten de aplicación...”.

También dispone el sentido negativo como regla general del silencio en los procedimientos iniciados a instancia de los interesados y la excepción para los supuestos referidos a inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de los datos de los trabajadores, así como de la suscripción de convenios especiales.

La Disposición adicional sexta de la LPAC dispone: “1. La impugnación de los actos de la Seguridad Social y desempleo, en los términos previstos en el art. 2 de la Ley de Procedimiento laboral... así como su revisión de oficio, se regirán por lo dispuesto en dicha Ley...”

B. REVISIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Desde esta perspectiva podemos por tanto fijar como de aplicación general la LPAC a los procedimientos de la Seguridad Social, con las excepciones o especialidades que sucintamente hemos visto ⁽⁸⁾.

La más importante de estas especialidades es la recogida en el artículo 145 del Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (LPL).

Este precepto dispone que las entidades gestoras o los servicios comunes no podrán revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido. Dicha revisión prescribirá a los cinco años.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior la rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario.

Estamos en presencia de una importante excepción al principio de revisión de oficio del acto administra-

tivo, regulado en los artículos 102 a 106 de la LPAC, debida quizá, como decíamos al principio de este apartado, a la especial configuración histórica de la Seguridad Social ligada al contrato de trabajo y su revisión por la Jurisdicción Social.

C. OTRAS ESPECIALIDADES

Otra especialidad o excepción a la regulación del procedimiento es el principio de limitación a las alegaciones, en vía jurisdiccional, por el contenido del expediente administrativo.

El artículo 142.2 de la LPL dispone que en el proceso no podrá aducirse por ninguna de las partes hechos distintos de los alegados en el expediente administrativo.

Este precepto está a caballo entre lo administrativo y lo procesal y, aunque es en esta vía donde tiene su más importante virtualidad, no es irrelevante que al expediente administrativo se le dé por el administrado o por la Administración un contenido u otro, pues después tendrá relevancia en vía jurisdiccional.

También exige la LPL, en los supuestos en que procede la reclamación previa a la vía judicial, cierta congruencia entre reclamación y su contestación y el posterior debate procesal, en los términos establecidos en el artículo 72. ●

⁽⁸⁾ Sobre las normas aplicables a los diferentes supuestos puede verse, entre otros, Palomar Olmeda, A., *Gestión y Procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social, Manual de Formación*, número 20, 2002.

LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA EN LOS PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

30

Nuria DE NIEVES NIETO

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

1. Introducción: La especificidad de la reclamación administrativa previa

La reclamación administrativa previa constituye un privilegio para la Administración que le permite, antes de enfrentarse a un proceso judicial, o bien reconsiderar su actuación accediendo a lo que el interesado solicita y evitando así el posterior proceso o, en caso contrario, conocer con anterioridad el objeto de la pretensión, pudiendo preparar con mayor eficacia su defensa en el juicio⁽¹⁾.

Lejos de establecer un procedimiento único para las reclamaciones administrativas previas al acceso a la Jurisdicción Social, el legislador procesal prevé regulaciones específicas para supuestos distintos de aquellos en los que la Administración es demandada como parte de una relación laboral, siendo el más significativo el que ha de seguirse en materia de Seguridad Social. En efecto, cuando la Jurisdicción compe-

tente en materia de Seguridad Social es la Social, el particular está obligado a interponer previamente reclamación administrativa, con el objeto de que la Entidad correspondiente reconsidere su postura evitando el futuro juicio; en cambio, si aun en materia de Seguridad Social, la competencia para el conocimiento de los asuntos se encuentra atribuida a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, decae la exigencia de presentar reclamación previa siendo procedente interponer recurso administrativo.

La impugnación de actos administrativos en materia de Seguridad Social cuyo conocimiento es atribuido a la Jurisdicción Social, queda excluida de la regulación de la LRJAP, cuya disposición adicional sexta remite a lo establecido en la LPL⁽²⁾.

Si lo dispuesto en los artículos 69 y 70 de la LPL hace referencia a la reclamación administrativa previa considerada ordinaria, el artículo 71 contiene una regulación específica para la reclamación previa relativa a la materia de Seguridad Social⁽³⁾. En consecuencia,

el régimen jurídico de la reclamación previa que se exige frente a las Administraciones en general cuando actúan como empleadoras⁽⁴⁾ es diferente a aquel relativo a la reclamación administrativa que debe interponerse en los procesos de Seguridad Social; en este caso, los entes administrativos, los de la Seguridad Social, actúan como gestores de los servicios públicos de su competencia. La reclamación previa en esta materia constituye, por comparación con la ordinaria prevista en el artículo 69 de la LPL, un privilegio mayor para los entes gestores de la Seguridad Social; sobre todo porque no se establecen expresamente excepciones para supuestos concretos, lo que lleva a un sector doctrinal a considerar que esta figura otorga una excesiva protección a dichos entes y a su actuación⁽⁵⁾.

A su vez, la especialidad en la regulación de la reclamación previa ha llevado al extremo de convertirla en un verdadero presupuesto procesal; "la reclamación previa como privilegio de una de las partes en el proceso no puede elevarse por la jurisprudencia a la condición de presupuesto procesal, con su consecuencia básica de ser controlable de oficio por el órgano jurisdiccional, pero sí puede hacerlo el legislador"⁽⁶⁾, como efectivamente ha hecho en esta materia, como veremos, a través del trámite de subsanación previsto en el artículo 139 de la LPL. A diferencia de la reclamación previa exigida cuando la Administración actúa en Derecho privado, en el supuesto específico del trámite administrativo previo en materia de Seguridad Social, al igual que sucede con los recursos administrativos, la reclamación previa asume la naturaleza de estricto presupuesto procesal irrenunciable por la Ad-

LA IMPUGNACIÓN DE
ACTOS ADMINISTRATI-
VOS EN MATERIA DE SE-
GURIDAD SOCIAL CUYO
CONOCIMIENTO ES ATRI-
BUIDO A LA
JURISDICCIÓN SOCIAL,
QUEDA EXCLUIDA DE LA
REGULACIÓN DE LA
LRJAP, CUYA DISPOSICIÓN
ADICIONAL SEXTA REMITE
A LO ESTABLECIDO
EN LA LPL

ministración y, por ello, directamente controlable por el juez.

Se trata, en definitiva, de una exigencia legal que atiende al carácter público de la parte demandada y que tiene su paralelismo en el recurso del artículo 46 de la LJCA, Ley 29/1998, de 13 de julio⁽⁷⁾.

2. Los sujetos pasivos de la reclamación previa

Ya dice el propio artículo 71 de la LPL, en su apartado primero, que para demandar en materia de Seguridad Social debe interponerse recla-

mación administrativa previa ante la Entidad gestora o la Tesorería General de la Seguridad Social. En efecto, el carácter de Administraciones Públicas que es atribuible a las Entidades gestoras de la Seguridad Social justifica el singular privilegio que el Ordenamiento les concede⁽⁸⁾.

Las Entidades gestoras de la Seguridad Social son caracterizadas por el artículo 59 de la LGSS como las

31

⁽¹⁾ Reiteradamente por SSTS, desde la de 9 de junio de 1988 (A. 5259) hasta la de 27 de diciembre de 2004 (A. 56006).

⁽²⁾ Disposición adicional sexta de la Ley 30/1992: "La impugnación de los actos de la Seguridad Social y Desempleo, en los términos previstos en el artículo 2.º del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo [2/1995, de 7 de abril], así como su revisión de oficio, se regirán por lo dispuesto en dicha Ley".

⁽³⁾ En cualquier caso, resulta indudable que la regulación establecida en aquellos artículos se aplica supletoriamente a las reclamaciones previas que ahora tratamos.

⁽⁴⁾ Vid. N. de Nieves, *La reclamación administrativa previa en los procesos de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, pp.63 y ss.

⁽⁵⁾ A. Baylos Grau, J. Cruz Villalón y M.F. Fernández López, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Valladolid, Trotta, 1995, p. 109.

⁽⁶⁾ J. Montero Aroca, M. Iglesias Cabero, J.M. Marín Correa y M. Sampedro Corral, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Madrid, Civitas, 1993, T-I, p. 477.

⁽⁷⁾ A. Márquez Prieto, *El proceso de Seguridad Social y la reducción de los privilegios administrativos*, Granada, Comares, 1999, pp.60 y ss.

⁽⁸⁾ Por no tratarse de Entidades Gestoras, es obvio que no se exige reclamación administrativa previa en caso de demandar a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, asociaciones, fundaciones...; así lo ha confirmado la jurisprudencia, por ejemplo frente a la Institución Telefónica de Previsión en STS de 4 de junio de 1990 (A. 5007) o la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en SSTSJ Castilla-La Mancha, de 14 de octubre de 1994 (A. 4167), Galicia, de 1 de febrero de 1996 (A. 235), Extremadura, de 30 de junio de 1997 (A. 2651) o Cataluña, de 7 de diciembre de 1999 (A. 7443)...

que "tienen la naturaleza de entidades de derecho público y capacidad jurídica para el cumplimiento de los fines que les están encomendados"⁽⁹⁾. Concretamente, el artículo 57 de la misma Ley enumera como Entidades gestoras las siguientes:

- El Instituto Nacional de la Seguridad Social, para la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, con excepción de las que se mencionan en el apartado c) del mismo artículo.

- El Instituto Nacional de la Salud, para la administración y gestión de los servicios sanitarios.

- El Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, para la gestión de las pensiones de invalidez y de jubilación, en sus modalidades no contributivas, así como los servicios complementarios de las prestaciones de los sistemas de la Seguridad Social, la asistencia a las migraciones interiores y la promoción e integración de los migrantes...

No obstante, el artículo 57 de LGSS no agota la enumeración de Entidades gestoras, ya que existen otras mencionadas en otros preceptos; así, el Instituto Social de la Marina, previsto en la disposición adicional decimonovena y, en el artículo 226 de la misma Ley, el Instituto Nacional de Empleo.

El proceso autonómico tuvo como resultado que algunas de las competencias en materia de Seguridad Social fueran transferidas a las Comunidades Autónomas; así, debe considerarse a los organismos autonómicos herederos de las competencias descentralizadas, como Entidades gestoras de Seguridad Social, si bien dependientes administrativamente de la Administración autonómica a la que corresponden.

La Tesorería General de la Seguridad Social es, se-

gún el artículo 63 de la LGSS, "un Servicio común con personalidad jurídica propia, en el que, por aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única se unifican todos los recursos financieros, tanto por operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias. Tendrá a su cargo la custodia de los fondos, valores y créditos y las atenciones generales y de los servicios de recaudación de derechos y pagos de las obligaciones del sistema de la Seguridad Social".

La naturaleza jurídica de estos entes viene especificada en la disposición adicional sexta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado al precisar que a las Entidades gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social les es de aplicación la citada Ley en cuanto que organismos autónomos; no obstante, en lo referido al régimen de personal, económico-financiero, patrimonial y contable así como en lo relativo a la impugnación y revisión de sus actos y resoluciones, ha de estarse a lo dispuesto en la legislación específica, en la LGP y, sólo, supletoriamente, a lo establecido en la Ley 6/1997⁽¹⁰⁾.

Por último, en el supuesto de que hubiera que demandar a dos entes, la reclamación previa debe presentarse ante los dos⁽¹¹⁾, pero si en el caso concreto comparecen en el juicio un ente gestor y la Tesorería General efectuando posición conjunta, debe tenerse por realizada la reclamación previa en relación con la segunda, habida cuenta de la realizada ante el primero⁽¹²⁾.

De la acotación que acaba de hacerse del ámbito subjetivo pasivo de la reclamación previa, se infiere que no cabe esta vía frente a los actos de Entidades colaboradoras de la Administración de la Seguridad Social por ser éstas privadas; es el caso de las Mutuas de Accidentes de Trabajo. Cuestión distinta es si cabe

⁽⁹⁾ Vid. I. Duréndez Sáez, "Gestión de la Seguridad Social" en *Curso de Seguridad Social* (coord. A. Montoya Melgar), Madrid, S.P. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, 2.ª ed., p.88 y sig.

⁽¹⁰⁾ I. Duréndez Sáez, op. cit., p. 87.

⁽¹¹⁾ En STS de 14 de febrero de 1985 (A. 648), se considera que debió agotarse la vía administrativa en cumplimiento de lo establecido en la Ley de Procedimiento Laboral.-frente al Ministerio de Educación y Ciencia-, no pudiendo estimarse que bastaba hacerlo contra el otro demandado, el Instituto Nacional de Empleo, puesto que siendo los dos demandados se exigía el agotamiento de dicha vía previa respecto de ambos.

⁽¹²⁾ STS de 5 de julio de 1985 (A. 3689) o la STSJ de Castilla-La Mancha, de 17 de octubre de 1995 (A. 4033) en la que se dice que si bien el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social tienen entidad jurídica propia e independiente, no cabe desconocer la interrelación entre los mismos, como lo acredita el hecho de que su representación letrada es única, de manera que el ejercicio de la reclamación previa ante la Tesorería cumplió con la finalidad propia de la misma no sólo ante el indicado servicio común, sino también ante la Entidad Gestora, de manera que antes de la iniciación del procedimiento y durante el transcurso del mismo existía perfecto conocimiento de la pretensión ejercitada por el actor, pudiéndose haber evitado, en su caso, el acceso a la vía judicial. Vid. J.B. Lorenzo de Membiela, *La reclamación previa en el procedimiento ante la Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 248.

la reclamación previa, no ya ante las Mutuas sino frente a sus actos. También esto se entendía excluido en el anterior marco legal [STSJ Cataluña, de 9 de enero de 1998 (A. 158)] ante lo que reacciona la reforma introducida por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, en el artículo 71 de la LPL estableciendo que *"si la resolución, expresa o presunta, hubiera sido dictada por una entidad colaboradora, la reclamación previa se interpondrá... ante el órgano correspondiente de la Entidad gestora o Servicio común..."*. Dicha reforma, como se observa, antepone el carácter colaborador de la Administración de estas Entidades a su forma privada de personificación, pues equipara a las Mutuas con las propias entidades gestoras en lo que a la reclamación administrativa previa se refiere: no sólo porque quepa reclamación previa frente a sus actos sino también porque el precepto codifica dichos actos de la Entidad colaboradora como *"resolución expresa o presunta"*. Su administrativización o publificación resulta, pues, manifiesta.

3. El ámbito de aplicación de la reclamación previa

El artículo 71 de la LPL dispone la necesidad de interponer reclamación administrativa previa ante la Entidad Gestora o la Tesorería General de la Seguridad Social para formular demanda en materia de Seguridad Social. Se encuentran obligados a plantear reclamación administrativa previa los particulares que demanden a la Administración con relación a cuestiones referidas al reconocimiento y disfrute de las prestaciones de la Seguridad Social, incluidas, como dice el artículo 2.b) de la LPL, las de desempleo; del mismo modo, se encuentran obligados con relación a materias directamente vinculadas a la acción protectora tanto para el Régimen General como para los Especiales, así como las pretensiones deducidas sobre materias de asistencia social siempre que el organismo encargado de la gestión aparezca integrado en la estructura orgánica del sistema público de Seguridad Social⁽¹³⁾.

En todo caso, quedan exceptuados los siguientes supuestos:

1.º Aunque se trate de materia de Seguridad Social, obviamente, las cuestiones que no son competencia de la Jurisdicción Social como por ejemplo los actos

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RECLAMACIÓN PREVIA QUE SE EXIGE FRENTE A LAS ADMINISTRACIONES EN GENERAL CUANDO ACTÚAN COMO EMPLEADORAS, ES DIFERENTE A AQUÉL RELATIVO A LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA QUE DEBE INTERPONERSE EN LOS PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

de gestión recaudatoria a cargo de la Tesorería [artículo 3b) de la LPL] o las reclamaciones de funcionarios sobre el régimen especial de Seguridad Social [artículo 3a) de la LPL].

2.º Ciertas manifestaciones de la Seguridad Social complementarias como los sistemas de mejora de la acción protectora, incluidos los contratos de seguro y los planes de pensiones cuya causa derive de un contrato de trabajo o de un convenio colectivo [artículo 2.c) de la LPL]; así como también los supuestos en que se decide acerca de las relaciones entre asociados y

las Mutualidades o entre las fundaciones laborales o entre éstas y sus beneficiarios sobre cumplimiento, existencia o declaración de sus específicos derechos y obligaciones, relacionados con los fines propios de esas Entidades [artículo 2.d) de la citada Ley]. Estos asuntos, si bien están sometidos al Orden Jurisdiccional Social, no se encuadran en el sistema público de Seguridad Social, al que hace referencia la exigencia de reclamación administrativa previa⁽¹⁴⁾.

3.º Las demandas dirigidas contra Entidades gestoras o contra la Tesorería de la Seguridad Social en materias laborales derivadas de la condición de empleadoras de aquéllas. En estas materias el supuesto que se aplica es el correspondiente a la pretensión de que se trate y la reclamación previa que exige es la ordinaria prevista en el artículo 69 de la LPL⁽¹⁵⁾.

4.º Las pretensiones que, aunque tramitadas a través de la modalidad procesal de Seguridad Social, se dirijan contra sus beneficiarios; tratándose en estos casos de la revisión de los actos declarativos de derechos en perjuicio de los beneficiarios, en los términos previstos en el artículo 145 de la LPL.

5.º Las demandas dirigidas contra las Entidades

⁽¹³⁾ J.J. Fernández Domínguez, "Reclamación administrativa previa", en *Diccionario Procesal Social* (G. Barreiro, P. Cachón, F. Cavas, A. Desdentado y J.J. Fernández Domínguez), Madrid, Civitas, 1996, p. 655.

⁽¹⁴⁾ M.A. Narváez Bermejo, "La reclamación previa al ejercicio de la acción judicial", en *AL*, 1994-I, p. 136 y 137.

⁽¹⁵⁾ Vid. STSJ de Murcia, de 11 de mayo de 1992 (A. 2407) o STSJ del País Vasco, de 3 de mayo de 1994 (A. 2272).

Gestoras o la Tesorería en las que se invoque, como prevé el artículo 139 de la LPL, la lesión de un derecho fundamental, en las que el interesado opta por acogerse al procedimiento específico de tutela de los derechos de libertad sindical –artículos 175 y siguientes– en cuyo caso se está ante un proceso que, por urgente y preferente, queda excluido de la exigencia de la reclamación administrativa previa-⁽¹⁶⁾.

Al margen de lo apuntado hasta ahora, es conveniente detenerse en una cuestión que puede plantear algún problema, cual es la referida a la materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en la que la responsabilidad de las Entidades gestoras o Servicios comunes no es principal sino subsidiaria⁽¹⁷⁾. En la actualidad, tales supuestos no se exceptúan de la exigencia de la reclamación previa, al contrario de lo que ocurría antes de la vigente LPL y de su antecesora de 1990⁽¹⁸⁾; no obstante, aun siendo cierta la afirmación de que es necesaria la reclamación administrativa previa en la mayoría de pretensiones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, no lo es en todas. Así, en aquellas en las que la Entidad gestora o el Servicio común no tienen atribuido el reconocimiento de la prestación discutida, sin perjuicio de la necesidad de demandarlos por la responsabilidad subsidiaria que se les atribuye. Y, al respecto, si bien, de un lado, la doctrina judicial se ha inclinado por entender que la reclamación previa resulta innecesaria debido a que la Entidad gestora carece de facultades para decidir sobre la pretensión⁽¹⁹⁾, de otro, alegándose la literalidad de la norma, se ha exigido tal requisito⁽²⁰⁾. El TS ha unificado doctrina al respecto, en su sentencia de 18 de marzo de 1997 (A. 2569), diciendo que resulta innecesaria la reclamación previa ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería en la materia de Seguridad Social rela-

tiva a accidentes de trabajo cuando frente a la Administración de la Seguridad Social no se pretenda la responsabilidad directa en el reconocimiento de los derechos o abono de las prestaciones reclamadas sino sólo el cumplimiento de responsabilidades subsidiarias⁽²¹⁾.

4. Las especialidades del procedimiento de reclamación previa en materia de Seguridad Social

A. LA DIFERENTE TRAMITACIÓN DE RECLAMACIÓN EN FUNCIÓN DE LA EXISTENCIA O NO DE RESOLUCIÓN EXPRESA

El artículo 71 de la LPL, en su nueva redacción tras la reforma introducida por el artículo 42 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, distingue entre la tramitación prevista en caso de que la Entidad gestora o Servicio común haya dictado acuerdo o resolución frente al que se pretenda reclamar, aquella otra que determina el procedimiento a seguir si, no existiendo resolución expresa, ha transcurrido el plazo en el que deba entenderse producido el silencio administrativo y, en fin, el trámite correspondiente en el supuesto en el que la Entidad esté obligada a proceder de oficio y no se produzca resolución o acuerdo.

a) Reclamación previa frente a resolución expresa.

El apartado segundo del artículo 71 de la LPL señala que si la Entidad correspondiente hubiera dictado una resolución o un acuerdo⁽²²⁾ contra el que el interesado

⁽¹⁶⁾ El particular puede también optar por acudir a la modalidad procesal especial de Seguridad Social, en cuyo caso sí debe agotarse la vía administrativa previa. A primera vista parece que se está ante un supuesto que contradice lo previsto en los artículos 70 y 182 de la Ley de Procedimiento Laboral; pero la jurisprudencia señala que lo que hace dicha Ley es ofrecer al sujeto que sufre una vulneración de sus derechos fundamentales en materia de Seguridad Social, la posibilidad de acudir a uno u otro proceso. Vid. STC 81/1992, de 28 de mayo, con relación a la conciliación ante el IMAC.

⁽¹⁷⁾ A. Blasco Pellicer, "La reclamación administrativa previa en la modalidad procesal de Seguridad Social" en REDT, n.º 95, 1999, pp.352 a 354.

⁽¹⁸⁾ "Probablemente, se trata de una laguna del legislador delegado, pues quizás la Ley de Bases estaba pensando en dichos procesos al indicar que en las demandas formuladas contra las Entidades gestoras o los Servicios Comunes de la Seguridad Social, se acreditará haber interpuesto la reclamación previa, «salvo las excepciones que se determinen»; excepciones que luego no contempló el Texto Articulado de 1990, ni contempla el vigente TRLPL". A. Montoya Melgar, J.M. Galiana Moreno, A.V. Sempere Navarro y B. Ríos Salmerón, Curso de Procedimiento Laboral, 7.ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 185.

⁽¹⁹⁾ Vid. SSTSJ del País Vasco, de 14 de junio de 1994 (A. 2670), y de Canarias (T.), de 23 de mayo de 1996 (A. 2152).

⁽²⁰⁾ Vid. SSTSJ de Canarias (L.P.), de 28 de marzo de 1995 (A. 1011) y de Castilla y León (B.), de 10 de julio de 1996 (A. 3221).

⁽²¹⁾ STS de 18 de marzo de 1997 (A. 2569). En el mismo sentido vid. A. Baylos, J. Cruz Villalón, M.F. Fernández, Instituciones de Derecho Procesal Laboral, p. 379.

se propusiera demandar, la reclamación administrativa previa debería interponerse frente al órgano que lo dictó. En este caso existe resolución expresa con la que el particular no está conforme y para impugnarla ante la Jurisdicción, previamente, debe presentar reclamación administrativa. El plazo que se le concede para que lleve a cabo tal trámite es, según el artículo apuntado, el de los treinta días siguientes a la fecha en la que se le notificó la resolución. Dicho plazo de treinta días debe ser contado en días hábiles, de los que se excluye el día de la presentación de la reclamación previa.

b) Reclamación previa frente a resolución tácita

Si no se produce resolución expresa de la Entidad Gestora o Servicio común, dice el apartado segundo del artículo 71 de la LPL que *"la reclamación previa deberá interponerse... en el plazo de treinta días... desde la fecha en que, conforme a la normativa reguladora del procedimiento de que se trate, deba entenderse producido el silencio administrativo"*.

Nada pacífica había sido la doctrina con relación al sentido que debía atribuirse al texto, poco explícito entonces, del artículo 71.3 de la LPL de 1995. Algún autor había propuesto que la interpretación de tal artículo pasaba por exigir al particular un triple escrito de solicitud: la petición inicial, la denuncia de la mora y, en fin, la reclamación administrativa previa; trámites éstos a todas luces excesivos al complicar injustificadamente su labor de defensa ⁽²³⁾.

Más generalizada fue la opinión de un sector de la doctrina judicial que venía exigiendo en su interpretación del artículo 71.3 de la LPL de 1995, un procedimiento cuyos trámites consistían en: petición inicial, vencimiento del plazo para resolver, denuncia de la mora, denegación (expresa o presunta) y demanda. Dicha doctrina se pronunciaba diciendo que, en caso de que no hubiera respuesta expresa a una petición

A DIFERENCIA DE LA
RECLAMACIÓN PREVIA
EXIGIDA CUANDO LA
ADMINISTRACIÓN ACTÚA
EN DERECHO PRIVADO,
EN EL SUPUESTO
ESPECÍFICO DEL TRÁMITE
ADMINISTRATIVO PREVIO
EN MATERIA DE
SEGURIDAD SOCIAL, AL
IGUAL QUE SUCEDERÍA CON
LOS RECURSOS
ADMINISTRATIVOS, LA
RECLAMACIÓN PREVIA
ASUME LA NATURALEZA
DE ESTRICTO
PRESUPUESTO PROCESAL
IRRENUNCIABLE POR LA
ADMINISTRACIÓN Y, POR
ELLO, DIRECTAMENTE
CONTROLABLE POR EL
JUEZ

inicial, debía remitirse una solicitud para que se dictara, es decir, debía denunciarse la mora ⁽²⁴⁾; de modo que, según esto, no debía considerarse reclamación previa la solicitud inicial de una prestación ⁽²⁵⁾. El TSJ de la Comunidad Valenciana, en su sentencia de 13 de enero de 1997 (A. 53), recordaba asimismo que "la petición inicial de una prestación no es ni puede ser entendida como reclamación previa, ya que ello supondría la desaparición de la misma, cosa en absoluto pretendida por la LPL cuando afirma su necesidad en el mismo artículo 71.1... la solicitud inicial no es jamás reclamación previa sino petición inicial. Si se responde expresamente, hay que hacer reclamación previa. Si no se responde, el interesado puede solicitar que se dicte la resolución expresa (71.3), y esto equivaldrá a reclamación previa, esta llamada denuncia de la mora, este escrito que no pide

nada en orden al derecho material, sino únicamente pide que se resuelva"; o, en igual sentido, en la sen-

⁽²²⁾ "La reclamación previa... sólo cabe frente... al acto que pone fin a la vía administrativa... en este caso, la conjunción disyuntiva "o" que utiliza al precepto hay que entenderla en su sentido de equivalencia o equiparación de los términos "resolución" y "acuerdo" como actos de conclusión administrativa". SSTs de 9 de julio de 2003 (A. 6394), de 14 de julio de 2003 (A. 8933), de 5 de noviembre de 2003 (A. 7603), de 19 de enero de 2005 (A. 1998).

⁽²³⁾ "En definitiva, ahora igual que en la situación normada por la Ley de 1980 son necesarios dos escritos, el de solicitud y el de denuncia, a los que habrá que añadir un tercero, el de la reclamación previa si hay resolución expresa después de la denuncia". F.J. Delgado, "La modalidad procesal de Seguridad Social" en AL, n.º 28, 1992, p.519. Para Juanes Fraga, en cambio, "no parece que exista base legal para esta interpretación, que además de pecar de excesivo formalismo ofrece la dificultad de que no existe precisión legal sobre cuánto tiempo ha de transcurrir para que el interesado pueda denunciar la mora", en "Vías previas en materia de Seguridad Social" en Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social, Madrid, MTSS, 1993, p. 234.

⁽²⁴⁾ STSJ de Valencia, de 18 de abril de 1996 (A. 1297), de 17 de octubre de 1996 (A. 3001) y de 13 de enero de 1997 (A. 53).

⁽²⁵⁾ En este sentido vid. A.M. Lorca Navarrete, R. Ruiz Jiménez y I. Álvarez Sacristán, Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral con formularios y jurisprudencia, Madrid, Dykinson, 1993, p. 331.

tencia de 12 de diciembre de 1996 (A. 4114), insistía en que "la jurisprudencia ha venido interpretando desde antiguo esta norma (ya en los textos procesales anteriores) en el sentido de exigir, tras la petición inicial sin respuesta, que el interesado solicite que se dicte esa resolución expresa: lo que se denominaba "denuncia de la mora", y este escrito segundo es el que equivale a reclamación previa". En todo caso, la denuncia de la mora desapareció de la legislación sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común⁽²⁶⁾ lo que, sin embargo, en nada afectó a la conclusión extraída sobre la necesidad de deducir un segundo escrito que cumpliera la función de reclamación administrativa previa.

Frente a tal interpretación que exigía la presentación de dos escritos, el de petición inicial y el de denuncia de la mora o reclamación administrativa previa, se sostuvo otra postura, más acorde con la pura literalidad de la anterior redacción del artículo 71.3 de la Ley Procesal, basada en que la falta de contestación en plazo de los órganos correspondientes hacía que la mera solicitud inicial tuviera el valor de reclamación previa⁽²⁷⁾. Tampoco faltó doctrina judicial que se pronunciara en este sentido al considerar que la Ley atribuía, en los supuestos en los que la petición inicial no iba seguida de contestación en plazo, a dicha solicitud el valor de reclamación administrativa previa quedando, por tanto, expedita la vía judicial por el mero transcurso del tiempo fijado reglamentariamente para dictar resolución⁽²⁸⁾. Otro tanto ocurría, según esta posición, en los casos en los que existía contestación

expresa del órgano correspondiente. También entonces la solicitud inicial tendría valor de reclamación previa, de manera que, tras dicha solicitud, podía automáticamente acudir a la vía judicial –considerándose inaceptable la exigencia de presentación de reclamación administrativa previa frente a la resolución expresa de la petición inicial⁽²⁹⁾–.

El TC, por último, tendió hacia esta última interpretación flexibilizadora en su sentencia 355/1993, de 29 de noviembre, al considerar que el artículo 71.3 de la LPL no exigía el agotamiento del doble trámite de solicitud inicial y posterior reclamación previa antes de formalizar la demanda ya que otorgaba a aquélla el valor de reclamación previa, que abría la posibilidad de acudir a la jurisdicción una vez que expresa o tácitamente se había denegado. En efecto, en la citada sentencia se decía que "frente a la ambigua dicción del art. 61 de la LPL de 1980, que propició que los Tribunales laborales estimaran imprescindible formular una atípica denuncia de mora tras la primera petición, ahora el vigente texto articulado –teniendo en cuenta quizá la doctrina sentada en la STC 60/1989– elimina la exigencia de agotar un doble trámite antes de formalizar la demanda, otorga a la solicitud inicial el valor de reclamación previa, que deja expedito el acceso a la jurisdicción una vez denegada expresamente o por silencio administrativo. El órgano judicial, sin embargo, olvidando que la *ratio legis* de la reclamación previa queda plenamente cumplida con una sola petición, exigió una duplicidad de trámites que, además de no desprenderse de la normativa aplicable, era innecesaria porque la Administración ya había conocido

⁽²⁶⁾ Ha de tenerse presente, con relación a las disposiciones generales de los procedimientos administrativos, que el artículo 43.5 de la Ley 30/1992, modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y relativo al silencio de la Administración, dispone que: "los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho...". La nueva redacción de este artículo ha eliminado, como decimos, la exigencia de la denuncia de la mora frente a la falta de pronunciamiento de la Administración.

⁽²⁷⁾ J. Montero Aroca, M. Iglesias Cabero, J.M. Marín Correa y M. Sampedro Corral, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, T-I, p. 480, A. Baylos Grau, J. Cruz Villalón y M.F. Fernández López, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, p.111 y A. Blasco Pellicer, "La reclamación administrativa previa en la modalidad procesal de Seguridad Social" en REDT, n.º 95, 1999, p.357.

⁽²⁸⁾ SSTSJ de Cataluña, de 20 de mayo de 1993 (A. 2524), de Madrid, de 1 de febrero de 1994 (A. 817), de Andalucía, de 12 de enero de 1996 (A. 68) y de Castilla la Mancha, de 3 de marzo de 2004 (A. 163720) –aplicando la redacción anterior a la Ley 24/2001–.

⁽²⁹⁾ P. Cachón, "Otras reformas en el proceso social" en *Reforma y crisis del proceso social*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 217.

⁽³⁰⁾ Vid. A.V. Sempere Navarro, "Comentario a la sentencia 355/1993" en *Jurisprudencia Constitucional sobre de Trabajo y Seguridad Social T-XI*, Madrid, Civitas, 1993, ref. 802, p. 846 y sig. y J.M. García Alfonso, "A propósito de la reclamación administrativa previa", REDT, n.º 73, 1995, p. 853 y ss.

⁽³¹⁾ En el mismo sentido SSTSJ de Castilla La Mancha, de 12 de enero de 2001 (A. 771) y de 3 de marzo de 2004 (A. 163720) –aplicando la anterior redacción del apartado 3–.

⁽³²⁾ Vid. A. Montoya Melgar, "Comentario a la sentencia 194/1997" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T-XV, 1997, ref. 1003, pp. 220 y ss.

y desestimado expresamente la pretensión del interesado"⁽³⁰⁾. En el mismo sentido se pronunció la STC 194/1997, de 11 de noviembre⁽³¹⁾, al declarar que el TSJ de la Comunidad Valenciana había exigido incorrectamente la duplicidad de solicitudes cuando la finalidad de la reclamación administrativa había quedado ya materialmente satisfecha al haber conocido y desestimado expresamente la Administración la pretensión del demandante⁽³²⁾.

En definitiva, como se ha visto, tanto el tenor literal de la anterior redacción del artículo 71.3 de la LPL como la jurisprudencia dictada sobre el mismo por el TC abocaban a entender que, en este caso, no se requería al interesado instar un segundo procedimiento para que la Administración reconsiderara su postura, lo que ciertamente redundaba en beneficio de dicho interesado y del ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva, pero también desnaturalizaba la institución –ya que su fundamento es dar opción para la reconsideración de un asunto– y manifestaba la incongruencia con el régimen establecido por el legislador en otros supuestos de reclamación administrativa previa.

En acertada opinión de Montoya Melgar –acorde con el sentido del nuevo texto– no parece que la redacción de 1995 del artículo 71.3 de la LPL equiparara la petición administrativa inicial a la reclamación administrativa previa ya que "la voluntad del legislador, al exigir el cumplimiento de la reclamación administrativa previa, es la de añadir a la resolución administrativa inicial un nuevo trámite que permita a la Administración decisora la posibilidad de una reconsideración de la cuestión antes de ser demandada judicialmente"; así, considerar que la anterior redacción de la Ley procedimental "quiso eliminar el "doble trámite" es contradictorio con la regulación contenida en el artículo 71.2 y lleva demasiado lejos los afanes antiformalistas del TC. Pues decir que la finalidad de la reclamación administrativa previa "había quedado materialmente satisfecha al haber ya conocido y desestimado expresamente la Administración la pretensión de la demandante" es tanto como suprimir la exigencia legal de tal trámite e ignorar el precepto de la LPL en el que se sustenta"⁽³³⁾.

En la actualidad, no queda duda, tras la reforma de 2001, de que la voluntad del legislador es la formalización por el particular de una doble solicitud: en primer lugar, la petición inicial de resolución y, en caso de

LA VOLUNTAD DEL
LEGISLADOR ES LA
FORMALIZACIÓN POR EL
PARTICULAR DE UNA
DOBLE SOLICITUD: EN
PRIMER LUGAR, LA
PETICIÓN INICIAL DE
RESOLUCIÓN Y, EN
CASO DE QUE TAL
RESOLUCIÓN DEBA
ENTENDERSE
DENEGADA POR
SILENCIO
ADMINISTRATIVO SE LE
EXIGE, EN SEGUNDO
LUGAR, LA
INTERPOSICIÓN DE LA
RECLAMACIÓN PREVIA

que tal resolución deba entenderse denegada por silencio administrativo se le exige, en segundo lugar, la interposición de la reclamación previa⁽³⁴⁾.

c) Reclamación previa frente a la omisión de resolución en procedimientos iniciados de oficio.

Cuando en el reconocimiento inicial o la modificación de un acto o derecho en materia de Seguridad Social la Entidad correspondiente esté obligada a proceder de oficio y no se produzca resolución o acuerdo, el interesado puede solicitar que se dicte; solicitud a la que el apartado tercero del nuevo artículo 71 de la LPL atribuye, inequívocamente en su nueva redacción, valor de reclamación previa.

De nuevo la interpretación de este trámite ha sido tradicionalmente problemática y supuso, hace algún tiempo, que las diversas tendencias doctrinales y jurisprudenciales se enfrentaran. El problema que se planteaba consistía en determinar si la solicitud dirigida a la Entidad u organismo correspondiente para que se pronunciara asumía el valor de reclamación administrativa previa. En efecto, la dicción del artículo 61 de la LPL de 1980 era imprecisa al establecer que "en el caso de no existir resolución o acuerdo iniciales, el interesado podrá solicitar que se dicte por la Entidad gestora. Si transcurridos cuarenta y cinco días desde la presentación de la solicitud no recae resolución o acuerdo de la Entidad gestora, quedará expedita la acción para ante la Magistratura de Trabajo, la que deberá ejercitarse en el plazo de treinta días siguientes. Esta solicitud se dirigirá genéricamente a la Entidad gestora o al Centro u órgano que se entienda compe-

⁽³³⁾ A. Montoya Melgar, "Comentario a la sentencia 194/1997" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T-XV, ref. 1003, pp. 222 y 223.

⁽³⁴⁾ Confirmado por SSTSJ del País Vasco, de 13 de mayo de 2003 (A. 1411) y de 1 de octubre de 2003 (A. 41510).

tente para resolver por razón de la materia⁽³⁵⁾. Conforme a reiterada doctrina del TCT, el plazo de cuarenta y cinco días no debía ser computado desde el siguiente al de la presentación del escrito solicitando acuerdo o resolución expreso, sino desde el siguiente al de la presentación del escrito que denunciaba la mora. Si bien dicho escrito de denuncia de mora no aparecía expresamente mencionado en el artículo 61 de la LPL de 1980, sí era exigido por la jurisprudencia del citado Tribunal⁽³⁶⁾.

Tras esta primera postura adoptada con relación a los trámites exigidos al particular que pretendía demandar a la Administración en materia de Seguridad Social la interpretación que se atribuyó, siguiendo su literalidad, al artículo 71.3 de la LPL de 1990⁽³⁷⁾ fue que, ante la falta de pronunciamiento de la Entidad correspondiente, podía dirigirse al correspondiente órgano solicitud de pronunciamiento con valor de reclamación administrativa previa, simplificándose así la exigencia del doble trámite. En palabras de Alonso Olea, Miñambres y Alonso García, "con ello se elimina la llamada "doble reclamación": una primera pidiendo que se dicte el acto y una segunda reclamando, en su caso, contra el acto dictado; la primera sirve a ambos efectos"⁽³⁸⁾.

La aportación de la nueva redacción del artículo 71.3 de la LPL puede ser valorada en un sentido positivo. La Ley 24/2001 hace una distinción a todas luces necesaria a la vista de la anterior redacción del citado artículo que llevaba casi inevitablemente a la confusión de dos trámites bien distintos en función de los supuestos de hecho que generaban su aplicación; tal era el caso, anteriormente expuesto, de la falta de pronunciamiento de la Entidad previa petición del interesado y, de otro lado, de oficio con relación al reconocimiento inicial de un derecho⁽³⁹⁾. Afortunadamente, la distinción ha sido introducida en el nuevo texto; así, en casos como el reconocimiento del derecho de un sujeto al recargo de las prestaciones por accidente de trabajo por infracción de medidas de seguridad en el

trabajo⁽⁴⁰⁾, si la Administración no emite resolución o acuerdo, el afectado habrá de solicitar a la Administración que se pronuncie teniendo dicha solicitud valor de reclamación previa.

De otro lado, en la primera lectura de la nueva redacción del precepto citado, podría echarse en falta –al igual que en el caso de la resolución tácita– la referencia a los plazos en los que deba entenderse denegado el reconocimiento inicial o la modificación de un derecho en materia de Seguridad Social, considerándose que la Ley deja una laguna normativa nada deseable para el interesado, sin embargo no debe perderse de vista que nos estamos refiriendo a un procedimiento administrativo y, por ende, que a falta de una regulación específica sobre el plazo máximo para resolver, puede estarse al plazo máximo (de tres meses) supletorio establecido en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992.

B. LA ESPECIALIDAD EN LOS PLAZOS DE TRAMITACIÓN

La presentación del escrito de reclamación previa debe efectuarse ante la propia Entidad que emite la resolución y, en concreto, en la delegación, sucursal o agencia de la misma o a través del Servicio de Correos⁽⁴¹⁾; asimismo, se permite, por el artículo 38.4 de la LGJAP, la presentación de los escritos en las dependencias de la Administración estatal, autonómica o local con la que se hubiera suscrito el oportuno convenio.

a) La contestación de la reclamación previa

La redacción del apartado cuarto del artículo 71 de la LPL de 1990 imponía a la Entidad a la que se dirigía la reclamación que debía "*contestar expresamente en el plazo de cuarenta y cinco días*" entendiéndose denegada la petición por silencio administrativo, en caso contrario. La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, atribuyó al citado apartado una nueva redacción que re-

⁽³⁵⁾ Vid. R. Martínez Emperador, "El proceso de Seguridad Social" en *Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983, p. 123.

⁽³⁶⁾ SSTCT de 22 de octubre de 1974 (A. 4215) y de 25 de marzo de 1982 (A. 1844).

⁽³⁷⁾ "En el caso de no existir acuerdo o resolución inicial, el interesado podrá solicitar que se dicte por la Entidad correspondiente, teniendo esta solicitud valor de reclamación previa".

⁽³⁸⁾ M. Alonso Olea, C. Miñambres y R.M. Alonso García, *Derecho Procesal del Trabajo*, 12.ª ed., Madrid, Civitas, 2004, p. 262.

⁽³⁹⁾ STSJ de Madrid, de 27 de diciembre de 2004 (A. Prov. 56006).

⁽⁴⁰⁾ Artículo 123 LGSS.

⁽⁴¹⁾ STS de 2 de enero de 1997 (A. 23).

⁽⁴²⁾ Vid., sobre la evolución reciente de la redacción de este apartado en A. Montoya, J.M. Galiana, A.V. Sempere, J. Luján, B. Ríos, F. Cavas y A. Cámara, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Cizur, Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 236 y 237.

zaba: "en los dos supuestos anteriores, la entidad deberá contestar expresamente en los plazos reglamentariamente establecidos. En caso contrario, se entenderá denegada la petición por silencio administrativo". Así, si antes se establecía un plazo común de cuarenta y cinco días para todas las materias relativas a Seguridad Social, después la Ley remitió a plazos distintos en función de las diferentes regulaciones de rango reglamentario que se aplicaran a cada una de las materias concretas⁽⁴²⁾.

De nuevo este trámite ha sido modificado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, cuyo artículo 42 da una nueva redacción al apartado 4.º del artículo 71 de la LPL: "formulada reclamación previa en cualquiera de los supuestos mencionados en el presente artículo, la Entidad deberá contestar expresamente en el plazo de cuarenta y cinco días. En caso contrario se entenderá denegada la reclamación por silencio administrativo"; volviéndose así al plazo establecido en la LPL de 1990 que ha sido considerado más adecuado para evitar la inseguridad creada en el administrado con relación a la anterior diversificación de los plazos para la resolución de la reclamación.

b) La interposición de la demanda

El apartado quinto del artículo 71 de la LPL dispone que la demanda debe formularse en el plazo de treinta días a contar desde la fecha en que se notifique la denegación de la reclamación previa o, en su caso, desde el día en que se entienda denegada la petición por silencio administrativo⁽⁴³⁾. Así, si la denegación es tácita, esto es, si a la solicitud inicial no siguiese contestación expresa o si existiendo reclamación administrativa previa ésta no se resuelve, la demanda deberá presentarse en el plazo de treinta días que

empiezan a contar desde el siguiente a aquel en el que deba entenderse desestimada la solicitud inicial o la reclamación previa por silencio administrativo.

Varias son las cuestiones sobre las que la jurisprudencia se ha pronunciado, interpretando las palabras del artículo 71 de la LPL; entre ellas, brevemente, recordamos:

- Es considerada válida la demanda presentada antes de la finalización del plazo previsto para la desestimación tácita de la reclamación previa, siempre que el juicio se celebre con posterioridad al transcurso de dicho plazo⁽⁴⁴⁾.

- Resulta igualmente válida la demanda interpuesta una vez transcurrido el plazo de treinta días siguientes a aquel en que debió entenderse desestimada la reclamación por silencio administrativo, pero dentro de los treinta siguientes a la resolución extemporánea expresamente denegatoria de la reclamación. De modo que se entiende que la contestación de la Administración fuera del plazo establecido al efecto por la Ley, reabre un nuevo período de treinta días para la interposición de la demanda ante el órgano judicial. Para Alonso Olea, Miñambres y Alonso García, ésta es una atrevida doctrina del TS "en cuanto interpretación desmesurada del artículo 71.5, y en cuanto apoyada en normas de procedimiento administrativo (y en jurisprudencia de la Sala 3.ª)⁽⁴⁵⁾ no aplicables a la Seguridad Social, como ha confirmado la LRJyPA, disposición adicional 6.ª"⁽⁴⁶⁾.

- Se declaran inhábiles los días del mes de agosto en el cómputo del plazo de 30 días para interponer la demanda en materia de Seguridad Social⁽⁴⁷⁾. En estos supuestos se considera de aplicación el artículo 43.4 de la LPL ya que se entiende que el plazo del artículo

⁽⁴³⁾ Vid. STSJ de Cataluña, de 12 de enero de 2005 (A. 64707).

⁽⁴⁴⁾ Con relación a esto dice la STS de 17 de diciembre de 1996 (A. 9718) que la finalidad de la reclamación previa "es evitar el proceso, dando ocasión al Ente Gestor para acoger la pretensión que merezca serlo, al tiempo de eludir una reclamación que pueda sorprender al órgano público. De ahí que, cuando la reclamación previa se produce con el lapso preciso para que tales propósitos sean alcanzados no puede negarse su eficacia preprocesal. En este supuesto sucede, además, que la resolución impugnada lo fue, mediante la presentación de la demanda, dentro del plazo de treinta días (hábiles) establecido por el invocado artículo 71 de la Ley Procesal, lo que evidenciaba que el interesado no se aquietaba con la decisión de la Entidad Gestora, y manifestaba su disconformidad, dentro del plazo legal. Si a ello se une que los avatares procesales han dado lugar a que se produzca la reclamación previa y la resolución desestimatoria de la misma, ambos actos con anterioridad a la celebración del juicio, se concluye que la naturaleza del requisito ha sido respetada (por anterior al juicio), y su finalidad satisfecha". En igual sentido vid. las SSTSJ de Cataluña, de 26 de noviembre de 2003 (A. 30) o de Castilla y León (V.), de 30 de septiembre de 2005 (A. 241996).

⁽⁴⁵⁾ En palabras de la citada STS de 30 de octubre de 1995 (A. 7934): "Con esta nueva redacción del precepto [art.71.5] parece claro que se ha sintonizado con la jurisprudencia antes aludida [administrativa] que, sobre la base de la obligación que a la Administración se impone resolver expresamente y la ficción legal que el silencio administrativo constituye, precisamente en beneficio del litigante, autoriza a quien solicita una prestación de la Seguridad Social a contar el plazo de treinta días para formular su demanda, bien desde que se entienda denegada la petición por silencio administrativo, bien desde la fecha en que se notifique la denegación de la reclamación previa, en el supuesto de haber esperado a conocer dicha resolución expresa y su concreta fundamentación".

71.5 de la misma Ley –sin ser procesal ni judicial– es de naturaleza preprocesal, por situarse entre un acto administrativo y su impugnación en vía procesal⁽⁴⁶⁾.

C. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA INTERPOSICIÓN DE LA RECLAMACIÓN PREVIA

Como ocurre con la reclamación previa ordinaria, y establecen los artículos 73 de la LPL y 121.2 de la LR y JAP, la presentación de la reclamación previa interrumpe los plazos de prescripción, debiendo reanudarse el cómputo al día siguiente de la resolución expresa o del transcurso del plazo previsto en caso de falta de contestación. De igual manera, la reclamación previa suspende la caducidad, reanudándose al día siguiente de la resolución expresa o tácita de la misma.

En materia de prescripción de prestaciones de la Seguridad Social, debe tenerse presente que, según el artículo 43 de la LGSS, *"el derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en el que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente Ley..."*. Las excepciones al plazo general de prescripción de cinco años vienen recogidas en los artículos 164 del mismo texto, con relación a la pensión de jubilación, y 178, referido al reconocimiento de las prestaciones de muerte y supervivencia –salvo el auxilio por defunción– que, en ambos casos, son imprescriptibles.

A la caducidad se le atribuyen plazos distintos, según dispone el artículo 44 de la LGSS, en función de la naturaleza de las prestaciones. Así, con relación a las prestaciones a tanto alzado y por una sola vez, el derecho a su percibo caducará al año, a contar desde el día siguiente a aquel en que ha sido notificada su concesión al interesado. En caso de tratarse de prestaciones periódicas, el derecho de percibo de cada mensualidad caduca al año de su respectivo vencimiento.

D. LA FALTA DE RECLAMACIÓN PREVIA EN LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

Las Entidades gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social, como señala el apartado sexto del artículo 71 de la LPL, deben expedir recibo de presentación o sellar, con indicación de la fecha, las copias de las solicitudes y recursos que se dirijan en cumpli-

EN LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL TIENE CARÁCTER PRIORITARIO LA NATURALEZA DE PRESUPUESTO PROCESAL FRENTE A LA DE PRIVILEGIO; EN EFECTO, SI LA LEY DICE ALGO DISTINTO ANTE DOS SITUACIONES SIMILARES, PERO NO IDÉNTICAS, ES PORQUE PRETENDE SUJETARLAS A RÉGIMENES DISTINTOS

miento de la Ley; debiendo tal recibo o copia sellada acompañar inexcusablemente a la demanda.

Coherente con tal previsión, el artículo 139 de la Ley adjetiva exige que *"en las demandas formuladas en materia de Seguridad Social contra las entidades gestoras o servicios comunes, incluidas aquellas en las que se invoque la lesión de un derecho fundamental, se acreditará haber cumplido el trámite de la reclamación previa regulado en el artículo 71 de esta Ley. En caso de omitirse, el juez dispondrá que se subsane el defecto en el plazo de cuatro días y transcurrido éste sin hacerlo, ordenará el archivo de la*

demanda sin más trámite". Norma ésta, ciertamente ambigua, que parece hacer referencia no sólo a la falta de acreditación de la reclamación previa, sino también a la inexistencia de la misma –si bien, la admisión de la subsanabilidad del trámite de la reclamación previa debería llevar a omitir la palabra "previa" de este tipo de reclamaciones administrativas–. La jurisprudencia del TC no ha sido uniforme en esta problemática, manteniendo, en algunos casos, la posibilidad de subsanación de la ausencia del trámite previo⁽⁴⁹⁾ y, en otros, exclusivamente la subsanabilidad de su acreditación documental⁽⁵⁰⁾.

De un lado, si la reclamación administrativa previa en materia de Seguridad Social se equiparara a la reclamación previa ordinaria, prevista en el artículo 69 de la LPL, habría que aplicar la regla de que la inexistencia de vía administrativa previa debe conducir a la desestimación de la demanda, sin entrar en el fondo del asunto por falta de un requisito preprocesal nece-

⁽⁴⁶⁾ M. Alonso Olea, C. Miñambres y R.M. Alonso García, *Derecho Procesal del Trabajo*, p. 263.

⁽⁴⁷⁾ *El mes de agosto se considera inhábil como respaldo –salvo en alguna ocasión (STSJ de Galicia de 15 de febrero de 1993 (A. 752)– la jurisprudencia; además de establecerlo el artículo 138 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al disponer la inhabilitación del mes de agosto para todas las actuaciones judiciales, excepto las que se declaren urgentes por las leyes procesales, entre las que no se encuentra el proceso especial de Seguridad Social –SSTS de 7 de abril de 1989 (A. 2945) o, más recientemente, de 21 de mayo de 1997 (A. 4109) o de 28 de noviembre de 1997 (A. 8920).*

⁽⁴⁸⁾ STS de 19 de octubre de 1996 (A. 7777); A. Blasco Pellicer, *"La reclamación administrativa previa en la modalidad procesal de Seguridad Social"* en REDT, n.º 95, 1999, p. 362.

sario; de modo que debería concluirse que es subsanable en el plazo de cuatro días únicamente la falta de acreditación de la reclamación previa, en cuyo caso es suficiente para salvar el defecto de la aportación del justificante de su interposición⁽⁵¹⁾; si bien la jurisprudencia constitucional ha inducido a otra interpretación del artículo 69, en el sentido de entender subsanable la omisión misma del requisito preprocesal, y no sólo la omisión de su acreditación. De otro lado, no puede ignorarse que la comparación entre los artículos 69 y 71 de la LPL revela que la reclamación previa en materia de Seguridad Social es distinta de la que debe preceder a las demandas que se interpongan frente a la Administración, en materia de Derecho laboral. Con relación a esta última se ha de aplicar la posibilidad de subsanación de los defectos formales prevista en el artículo 81 de la Ley procesal⁽⁵²⁾; en tanto que el artículo 139 se refiere exclusivamente a la subsanación relativa a la reclamación específica prevista en materia de Seguridad Social. Así pues, este artículo 139 debe transmitir un plus, con relación a la regla general de la subsanación de la falta de aportación de documento acreditativo de la presentación de la vía previa, de manera que la previsión establecida en dicho artículo parece que ha de articular, específicamente, la subsanación de la omisión de la reclamación previa⁽⁵³⁾. En

apoyo de tal interpretación, ha de alegarse que la jurisprudencia en sucesivas ocasiones ha admitido la reclamación previa, una vez presentada la demanda, siempre que entre la fecha de presentación y la señalada para la celebración del juicio haya transcurrido el tiempo que tiene la Entidad gestora para resolver⁽⁵⁴⁾.

Con relación a la apreciación de la falta de reclamación previa, se plantea aquí si corresponde a la Entidad demandada o al propio juez de oficio. Claramente, en materia de Seguridad Social, el artículo 139 de la LPL establece que, en caso de omitirse el trámite de reclamación previa en la demanda, "el juez dispondrá que se subsane el defecto", se entiende que mediante la aportación de los documentos requeridos o la interposición previa de la reclamación⁽⁵⁵⁾. Lo que procede en caso de que se observe defecto u omisión en la preceptiva reclamación previa es que el juez ha de advertir al demandante de su defecto para que lo subsane, ordenando el archivo de la demanda si no lo hace. Como vemos, en la reclamación administrativa previa en materia de Seguridad Social tiene carácter prioritario la naturaleza de presupuesto procesal frente a la de privilegio; en efecto, si la Ley dice algo distinto ante dos situaciones similares, pero no idénticas, es porque pretende sujetarlas a regímenes distintos.●

⁽⁴⁹⁾ La STC 120/1993 de 19 de abril o la STS de 3 de febrero de 1997 –según la cual el artículo 139 de la Ley Procesal reitera la exigencia de acreditar haber cumplido el trámite de la reclamación previa en las demandas formuladas en materia de Seguridad Social, pero añade que, en caso de omitirse, el juez dispondrá que se subsane el defecto en el plazo de cuatro días y transcurrido éste sin hacerlo, ordenará el archivo de la demanda sin más trámite–.

⁽⁵⁰⁾ STC 70/1992, de 11 de mayo, para la cual la concesión del plazo previsto legalmente no permite eliminar el vicio detectado que depende de actuaciones previas al proceso por parte del recurrente, el agotamiento de la vía administrativa, que sólo puede realizarse agotándola antes de volver a demandar, por lo que mal puede corregirse la falta de agotamiento de esa vía administrativa una vez abierta la subsiguiente vía judicial.

⁽⁵¹⁾ Vid. F. Sánchez Pego y C. Tolosa, "Los procesos de Seguridad Social", en *Derecho de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 697.

⁽⁵²⁾ N. de Nieves, *La reclamación administrativa previa en los procesos de trabajo*, p. 125 y ss.

⁽⁵³⁾ A. Montoya Melgar, "Comentario a la sentencia 194/1997", en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XV, 1997, ref. 1003, p. 224.

⁽⁵⁴⁾ Entre otras la STS de 18 de marzo de 1997 (A. 2569) dispone que "En consecuencia, si bien el requisito cuestionado es jurídicamente exigible mientras no se modifique el texto procesal para excluir, en su caso, su necesidad en la materia ahora tratada, debe proclamarse, sin embargo, la flexibilidad en la interpretación de los preceptos en los que se contiene tal exigencia para tenerla efectivamente por cumplida en todos aquellos supuestos en los que la finalidad a la que responde su exigencia se haya alcanzado aun cuando no se hubiere formalmente interpuesto la reclamación previa; y así, entre otros supuestos, podrá tenerse cumplida la exigencia en esta materia mediante el traslado de la demanda a la Administración de la Seguridad Social demandada acordado en la providencia judicial de admisión (art. 82.1 LPL), mediante la que se le hace saber la existencia y contenido del conflicto, con sólo un retraso breve respecto del momento en que la formal reclamación previa hubiera podido darle noticia del propósito de formular demanda, y de haberse celebrado el juicio tras un período temporal más dilatado que el que la Administración habría tenido para resolver, en su caso, la reclamación previa de haberse interpuesto formalmente". En un sentido parecido, SSTSJ de Cataluña, de 4 de diciembre de 2001 (A. 734) y de Canarias (L.P.), de 23 de abril de 2002 (A. 3937).

⁽⁵⁵⁾ STS de 24 de marzo de 2004 (A. 2046).

LA DEMANDA EN EL PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL

42

José Manuel BERMEJO MEDINA

Magistrado del Juzgado de lo Social nº 7 de Murcia

I. La demanda

A las demandas formuladas en materia de Seguridad Social se refiere el art. 139 LPL simplemente para disponer que en ellas "se acreditará haber cumplido el trámite de la reclamación previa regulado en el art. 71" de la Ley, cuya omisión determinará una resolución judicial que disponga la subsanación del defecto en el plazo de cuatro días y ulterior archivo si transcurrido dicho término el demandante no lo hiciera.

No existe, por tanto, en el proceso de Seguridad Social ninguna especialidad en el régimen jurídico de la demanda, razón por la cual debe tener tal acto de iniciación del procedimiento, por efecto de la remisión a que hace mérito el art. 102 LPL, el contenido mínimo de acuerdo con las disposiciones del art. 80.1 LPL, regulador de toda demanda en el proceso laboral ordinario.

En esto contrasta el proceso de Seguridad Social con, por ejemplo, el proceso especial por despido dis-

ciplinario, cuya demanda iniciadora, además de los requisitos generales, debe contener los que, con cierta prolijidad, enumera el art. 104 LPL.

Se aparta así la vigente LPL, y también la LPL de 1990, del precedente normativo representado por el Texto Refundido de la LPL de 1980, en cuyo art. 71 se establecía que en las demandas por accidente de trabajo o por invalidez permanente, cualquiera que fuera su causa, se haría constar asimismo: 1. Trabajo habitual. 2. Fecha del accidente. 3. Salario y bases de cotización. 4. Fecha de alta e incapacidad resultante, en su caso. 5. Lugar y fecha de nacimiento del o de los beneficiarios. Añadía el precepto que en las demandas por enfermedades profesionales también debía consignarse detalladamente: 1. Salario y bases de cotización. 2. Grado de enfermedad. 3. Indemnización pedida.

La variante procedimental que, respecto del proceso laboral ordinario, representa la materia de Seguridad Social ya no tiene, por tanto, ninguna especiali-

dad en su demanda iniciadora, razón por la cual deben aplicarse los requisitos generales del art. 80.1 LPL, el cual debe ser interpretado, siguiendo el criterio hermenéutico del art. 3.1 CC, sin perder de vista el señalado antecedente legislativo. En todo caso, el juez debe velar porque la demanda de prestaciones contenga y consigne todos los elementos de hecho que resulten imprescindibles para que pueda emitir un adecuado pronunciamiento.

El demandante debe fijar en su demanda los hechos constitutivos de su pretensión existentes y conocidos en el momento de la interposición, hechos que activen las normas legales que se pretende hacer valer. Para delimitar el objeto litigioso en dicho escrito inicial no parece que deban ser aplicados los criterios del art. 399 LEC sobre la exposición numerada y separada de los hechos y los fundamentos de derecho, fijando con claridad y precisión lo que se pida. Esto es así porque, salvo en los supuestos en los que la expresa fundamentación jurídica es una exigencia de la LPL, como sucede con las modalidades procesales de tutela de derechos fundamentales (art. 181), conflictos colectivos (art. 155.1) e impugnación de convenios colectivos (arts. 162.1 a y b y 163.3), las demandas laborales en general, y las de Seguridad Social en particular, no precisan de tal requisito, por lo que el contenido de las mismas es suficiente con “la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas” (art. 80.1 c LPL). El proceso laboral se parece más al juicio verbal civil, que tan solo precisa de una “demanda sucinta” en la que “se fijará con claridad y precisión lo que se pida” (art. 437 LEC). Significativamente la LEC de 1881 llamaba a la demanda del juicio verbal “papeleta” por su carencia de todo formalismo.

Llama la atención que no sea presupuesto de admisibilidad de la demanda de Seguridad Social la cita de los razonamientos jurídicos y de los motivos legales que sustentan la acción ejercitada, y en cambio el recurso de reposición, para cuya sustanciación debe seguirse la regulación de la LEC (art. 186 LPL), exija como requisito imprescindible expresar en el escrito de interposición la infracción alegada, sea ésta de norma procesal o sustantiva (art. 452 LEC).

Si el proceso laboral ordinario se asemeja al juicio verbal civil, como ya se ha dicho, el proceso especial de Seguridad Social se acerca más al recurso contencioso-administrativo dada la índole de la materia en él tratada, al menos en el aspecto revisorio de la actuación de la Administración. Es por esto por lo que no hubiera estado de más que también en esta modalidad especial la LPL obligara a hacer en la demanda una referencia, aunque fuera somera, a los funda-

LA VARIANTE
PROCEDIMENTAL QUE,
RESPECTO DEL PROCESO
LABORAL ORDINARIO,
REPRESENTA LA MATERIA
DE SEGURIDAD SOCIAL
YA NO TIENE, POR
TANTO, NINGUNA
ESPECIALIDAD EN SU
DEMANDA INICIADORA,
RAZÓN POR LA CUAL
DEBEN APLICARSE LOS
REQUISITOS GENERALES
DEL ART. 80.1 LPL, EL
CUAL DEBE SER
INTERPRETADO,
SIGUIENDO EL CRITERIO
HERMENÉUTICO DEL
ART. 3.1 CC.

mentos jurídicos de la pretensión formulada, la cual normalmente se dirige a impugnar una resolución administrativa dictada por la entidad gestora que se estima contraria a Derecho, lo que, claramente, obliga a utilizar los argumentos jurídicos de la impugnación. Así, el art. 45 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa determina que en el escrito de interposición del recurso debe citarse la disposición, acto, inactividad o actuación que se impugna, pues no otra cosa es la pretensión del demandante que la declaración de no ser conformes a Derecho, según el art. 31.1 de la misma Ley.

La demanda sucinta en el orden social debe tener su límite en la indefensión que la parquedad de datos fácticos pueda causar al demandado, y, en cualquier caso, la solución para remediar situaciones de desamparo debe venir dada, de una parte, por el trámite de subsanación previsto en el art. 81 LPL y, de otro, por la prohibición de alegar en la demanda hechos distintos de los aducidos en conciliación o en reclamación previa, salvo que se hubieran producido con posterioridad a la interposición de aquélla [art. 80.1.c LPL], así como de variarla sustancialmente en juicio (art. 85.1 LPL).

II. Preclusión de la alegación de hechos en la demanda

Los defectos en la confección de la demanda laboral no causan sólo situaciones de indefensión en el demandado, pues una omisión en la redacción de la causa de pedir puede originar en el demandante los perjuicios irreparables que derivan del efecto preclusivo en la alegación de hechos y fundamentos de derecho que establece el art. 400 LEC.

El apartado 2 de este precepto determina que a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los he-

chos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste, lo cual debe ser determinante de una mínima disciplina en la composición de las demandas laborales, pues, como advierte el apartado 1 del mismo artículo, cuando lo que se pida en éstos pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ellas cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerlas, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

Tal régimen normativo tiene innegables consecuencias en el proceso de Seguridad Social, singularmente en dos concretos extremos de ineludible concreción en el escrito de demanda, a saber: la base reguladora y la contingencia.

Por lo que a la primera se refiere, resulta paradigmático el litigio sustanciado en el Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia. El caso es el siguiente. Se trata de un trabajador que permanece en situación protegida de incapacidad temporal por la contingencia de accidente de trabajo desde el 5 de octubre del 2000 hasta el 16 de noviembre del 2001, en que recibe de la mutua parte médico de alta por curación. El 12 de diciembre del 2001 el asalariado interpone demanda en la que impugna el anterior parte médico de alta. La demanda corresponde por turno de reparto al Juzgado de lo Social núm. 2 de Murcia, el que en fecha 11 de marzo del 2002 dicta sentencia por la que, estimando la pretensión, deja sin efecto el alta impugnada y condena a la mutua a reponer al demandante a la situación protegida de incapacidad temporal, con abono del subsidio económico correspondiente. En esta sentencia se declara probado que la base reguladora diaria asciende a 33,51 euros. Se da la circunstancia de que en la nómina del mes de noviembre del 2000, es decir, antes de la iniciación de este pleito, el obrero percibe una serie de atrasos por importe de 306,52 euros correspondientes al salario de septiembre del mismo año, mes anterior a la baja médica, quedando así conformada la base de cotización por contingencias profesionales en 46,28 euros diarios. Por resolución del INSS de 11 de noviembre del 2002 se declara al trabajador afecto de lesiones permanentes no invalidantes indemnizables conforme a baremo. Disconforme con ello interpone demanda en solicitud de que se le declare en situación de incapacidad permanente total y subsidiariamente parcial, demanda que en esta ocasión se turna al Juzgado de lo social núm. 3 de Murcia, el que en fecha 30 de abril de 2003 dicta sentencia que declara al demandante afecto de incapacidad permanente parcial y condena a la mutua a abonar una cantidad equivalente a 24 mensualidades de la base reguladora de 33,51 euros diarias. Finalmente el trabajador interpone nueva demanda, turnada al Juz-

gado de lo Social núm. 7 de Murcia, en la que postula que se declare que la base reguladora del subsidio correspondiente al proceso de incapacidad temporal iniciado el 5 de octubre del 2000 asciende a 1.388,33 euros mensuales y a 46,28 euros diarios, y que se condene a la mutua al pago de las diferencias existentes de base reguladora desde la referida fecha hasta la extinción de dicha situación protegida, que tuvo lugar el 17 de octubre del 2002, en que se emitió por el Equipo de Valoración de Incapacidades dictamen a la propuesta.

En este tercer litigio de mutua y el INSS oponen la excepción de cosa juzgada al haber quedado fijada la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal en la cantidad de 33,51 euros, en virtud de dos sentencias firmes, las que pusieron fin a los dos procesos judiciales precedentes, uno de impugnación de alta médica y otro de incapacidad permanente parcial, situación protegida esta última en la que la prestación económica tiene una base reguladora que se calcula, como sabemos, de la misma forma que la que corresponde al subsidio de incapacidad temporal.

El juez acoge la excepción opuesta con el argumento de que los hechos delimitadores de la petición del trabajador, tanto en las dos primeras demandas como en la que da lugar al tercer pleito, en torno a la base reguladora han sido los mismos (art. 400 LEC), por lo que resulta evidente que se da la identidad de razón o causa de pedir, pues el fundamento de la última demanda no ha sido un cambio de hechos toda vez que desde el mes de noviembre del 2000, en que al obrero se le abonan unos atrasos por importe de 306,52 euros correspondientes al salario de septiembre del 2000, mes anterior a la baja médica, ya tiene conocimiento de la cuantía de su base de cotización.

Desde entonces el trabajador sabe los datos de su cotización, datos que en el tercer litigio se pretenden discutir alegándose que no se ha computado esa cotización complementaria, cuando tal alegación pudo hacer y no hizo en el primer pleito.

Resulta oportuno traer a colación el precedente que representan las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1992, 9 de diciembre de 1993 y 27 de enero de 1997, cuya doctrina unificada puede sintetizarse así: "estando fijada la base reguladora en el pleito anterior en la parte dispositiva de la sentencia, la que era plenamente congruente con la base de acción ejercitada, que es la de obtener una declaración de invalidez permanente para lucrar los beneficios que a dicha situación corresponde, constituyendo un elemento de la pretensión, que no puede escindirse de la misma sin desvirtuarla, siendo intrascendente que esa fijación deriva de la prueba practicada en el pleito, o como consecuencia de otra causa, no podía sostenerse que dicha cuestión

no haya sido debatida ni juzgada, pues al ser elemento determinante de la condena se incorporó necesariamente a la sentencia, coincidiendo por tanto las tres identidades del art. 1252 del CC, para apreciar la cosa juzgada, en este caso en sentido negativo impidiendo un nuevo fallo sobre la ya juzgada; el éxito de la excepción, se añadía, no podía ser enervado mediante la invocación de un error evidente en la sentencia, pues aun de existir, el instituto de la cosa juzgada impone por razones de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) la eficacia de la resolución judicial; por último, se terminaba diciendo que no podía sostenerse que las pretensiones eran distintas, en el primero el reconocimiento de la invalidez, en el segundo la base reguladora, cuando la determinación de ésta fue también objeto del primer pleito”.

En suma, pues, no desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante un segundo pleito, se quieren suplir o subsanar los errores alegatorios cometidos en el primero, pues no cabe procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron los pedimentos. Otra cosa quiebra las garantías jurídicas y requiere el rechazo de los tribunales al constituir un paladino fraude procesal (art. 11 LOPJ).

Idénticos criterios son aplicables a la contingencia. Así, la cuestión relativa a si el efecto positivo de la cosa Juzgada es o no aplicable para determinar la contingencia de una incapacidad permanente, cuando media una resolución judicial que establece que la incapacidad temporal que la precede deriva de enfermedad común, ha sido resuelta en sentido afirmativo por la STS de 14 de abril del 2005, dictada en Recurso de Casación para la unificación de doctrina, en la que se argumenta que el proceso de incapacidad temporal (objeto del primero de los procedimientos judiciales) y la declaración de incapacidad permanente (la determinación de cuya contingencia es el objeto del segundo) son consecutivos y se sustentan sobre los mismos hechos y lesiones, añadiendo que ambos procesos tienen por objeto establecer cuál sea la contingencia (enfermedad común o accidente laboral) determinante de las lesiones que motivaron inicialmente la incapacidad transitoria y luego la declaración de incapacidad permanente, de suerte que el objeto de uno y otro es el mismo en cuanto a determinación de contingencia, aun cuando difieran en lo relativo a las prestaciones y a las situaciones de incapacidad.

III. Subsanación de la demanda defectuosa

El juez, conforme al principio de tutela efectiva consagrado en el art. 24 CE, debe siempre resolver sobre las pretensiones que se le formulen, y sólo puede de-

EL JUEZ, CONFORME AL PRINCIPIO DE TUTELA EFECTIVA CONSAGRADO EN EL ART. 24 CE, DEBE SIEMPRE RESOLVER SOBRE LAS PRETENSIONES QUE SE LE FORMULEN, Y SÓLO PUEDE DESESTIMARLAS POR MOTIVOS DE FORMA CUANDO EL DEFECTO FUESE INSUBSANABLE O NO SE CORRIGIESE POR EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LAS LEYES

sestimarlas por motivos de forma cuando el defecto fuese insubsanable o no se corrigiese por el procedimiento establecido en las leyes. Así lo dispone el art. 11.3 LOPJ, precepto que recoge el principio de subsanabilidad de los actos procesales, presente también en otros artículos de la misma Ley Orgánica (arts. 240.2 y 243.4).

La LEC contiene preceptos que responden a este principio en lo que concierne a los requisitos de la demanda y a los “casos excepcionales de inadmisión” (arts. 403, 404, 418, 419, 420, 424 y 425).

La LPL dedica a esta materia un artículo, el 81.1, que prescribe que

si no se cumplen los requisitos generales de redacción de la demanda exigidos por el artículo anterior, el juez lo advertirá a la parte a fin de que subsane los defectos, omisiones o imprecisiones en que haya podido incurrir dentro del plazo de cuatro días, con apercibimiento de que, si no lo hiciese, se acordará el archivo de las actuaciones.

La doctrina del Tribunal Constitucional relativa a esta función de advertencia, elaborada no sólo con respecto al precepto citado sino también en torno a su precedente inmediato, párrafo 1.º del art. 72 LPL de 1980, redactado en parecidos términos, es, sintéticamente, la que sigue:

- Es constitucionalmente inobjetable puesto que responde a una finalidad razonable y necesaria, incluso respecto de la brevedad del plazo de subsanación establecido, acorde con el principio de celeridad que preside los procesos laborales (STC 154/1992).

- Se propone garantizar que los importantes derechos de fondo deducidos en una demanda laboral no resulten ineficaces por el juego riguroso y formalista de la falta o defecto de los requisitos formales (STC 118/1987).

- Si, tras la solicitud del juez social con fundamento en el art. 81 LPL, no se procede a la subsanación en plazo, incumpléndose de esta manera el requeri-

miento judicial, se producirá fatalmente el archivo de las actuaciones, con lo que excluye así la ley una reiteración o cadena de subsanaciones sucesivas que amplíe *ad infinitum* las posibilidades de subsanación de la demanda (STC 130/1998).

- El art. 24 CE no deja los plazos legales al arbitrio de las partes, ni somete a la libre disposición de éstas su prórroga ni el tiempo en que han de ser cumplidas, sin que sea posible subsanar la extemporaneidad o el incumplimiento del plazo, el cual se agota una vez llega su término (STC 210/1992).

- Es necesario elegir una interpretación que favorezca el principio *pro actione*, pero siempre que el interesado actúe con diligencia, no se lesionen bienes o derechos constitucionales, no se grave injustificada-mente la posición de la parte contraria, ni se dañe la integridad objetiva del procedimiento; es decir, no ha de optarse forzosamente por la solución más favorable a la admisibilidad de entre todas las posibles, sino que únicamente ha de ponerse freno a aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican (STC 63/1999).

- Aun cuando el trámite de subsanación debe seguirse en la fase de admisión de la demanda, la inadvertencia inicial no precluye la obligación del órgano judicial de poner de manifiesto en momento procesal posterior el defecto observado (STC 25/1991).

- Consecuencia de todo lo anterior es que la decisión de archivar el procedimiento si el demandante incumple el mandato judicial no viola el art. 24.1 CE, porque se basa en la concurrencia de una causa legalmente prevista para la inadmisión de la demanda (SSTC 118/1987, 11/1988 y 232/1988).

En el proceso laboral viene considerándose como inaceptable la vieja excepción de “defecto legal en el modo de proponer la demanda” a que hacía referencia el art. 533.6 de la LEC de 1881, y que hoy regula el art. 416.1-5.^a de la vigente LEC, precisamente por la exigencia legal del art. 81.1 LPL. Es por ello por lo que existe una abundante doctrina de suplicación en que se acuerda la nulidad de actuaciones por defectos de la demanda no advertidos por el juez de instancia en el trámite de subsanación a que hace mérito el último precepto procesal citado. Los supuestos son muy variados y por lo que hace al proceso especial de Seguridad Social destacaremos algunos.

A) OMISIÓN DE LA BASE REGULADORA

De la STS 21 de julio del 2000, relativa a una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, se extrae la siguiente conclusión aplicable a todas las pres-

taciones del Sistema de Seguridad Social: cuando se pretende una pensión, el objeto litigioso es único, aunque contiene normalmente dos pronunciamientos íntimamente relacionados; uno se contrae a la determinación de la situación protegida (incapacidad temporal, incapacidad permanente, vejez, viudedad y orfandad, desempleo, etc.) y el otro al cálculo del contenido económico de la prestación. Ambos, según esta sentencia, no son objetos diversos que puedan ventilarse en procesos judiciales distintos, iniciados mediante diferentes demandas, sino que necesariamente han de discutirse en un solo proceso e introducirse en éste a través de una sola demanda (recuérdese lo antes dicho acerca de la preclusión de la alegación de hechos en la demanda conforme al art. 400 LEC). En definitiva, no puede sostenerse que sean distintas las pretensiones sobre el reconocimiento de un grado de invalidez permanente y sobre la base reguladora de la prestación correspondiente a tal situación protegida, sino que ambas cosas constituyen una sola acción cuyo objeto es el de la declaración judicial de una determinada situación protegida con la prestación económica inherente.

En las demandas de prestaciones de la Seguridad Social, al menos las del nivel contributivo, debe, pues, figurar la base reguladora correspondiente, la cual no es un elemento accidental de la pretensión ejercitada, ya que si se litiga por una prestación la base reguladora rige el importe de la pensión. En otro caso se pleitearía por nada, lo cual es una pretensión no tutelable.

Así, la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, en sentencia de 23 de octubre del 2000 (núm. 1374/2000) decreta la nulidad de actuaciones por entender, de un lado, que la resolución recurrida había incurrido en incongruencia omisiva al no pronunciarse sobre el régimen de la Seguridad Social en el que se concedía la pensión, y, de otro, por defecto en la demanda, al no fijar el importe de la base reguladora. El Tribunal Superior razona lo siguiente: “es claro que existen en derecho procesal principios básicos, entre los que se encuentra que es a la parte a quien corresponde presentar demandas que cumplan con el mínimo de aceptabilidad procesal requerido y ello se manifiesta legalmente, en este ámbito, en el art. 80 Ley de Procedimiento Laboral, previniéndose la posibilidad de subsanación de la demanda. A su vez, la petición formulada en la demanda debe ser tal que precise los términos de la congruencia, ya que no es el juzgador *a quo* el que debe precisar su alcance, en la medida que no es postulador ni parte. Además, sobre el juzgador *a quo* pesan obligaciones procesales y, concretamente, porque así lo ha querido el legislador, la de requerir la subsanación de demandas imperfectas (art. 81 Ley de Procedimiento Laboral), ya que no se contempla en el derecho procesal laboral la existencia de la excepción

de defecto en el modo de proponer la demanda (sentencia de esta Sala 15 julio 1996)".

Es práctica frecuente presentar en los juzgados de lo Social demandas en las que, sin cuantificar base reguladora alguna, se alegue que se admite la fijada por la entidad gestora. También es cosa corriente que el asentimiento a la cifrada por la Administración pública tenga lugar en el acto de juicio. En tales casos el no hacer constar en la demanda inicial tal elemento económico de la pensión que se postula no es vicio o defecto que merezca ser advertido por el juez de instancia con vistas a un ulterior archivo de las actuaciones. Al menos así se pronuncia la doctrina constitucional (STC 112/97), al considerar excesivamente riguroso archivar un procedimiento judicial por omitir el demandante la base reguladora, ya que no determinarla numéricamente de forma expresa no autoriza a tenerla por no aportada, al haber manifestado el actor que aceptaba la aplicada por el INSS, pues en tal caso no había merma del derecho de defensa de éste si se hubiera admitido la demanda.

Cosa bien diferente es discrepar de la base reguladora establecida por el ente gestor y, ante el requerimiento judicial para que concrete las bases de cotización determinantes del cálculo, el demandante alegue que se trata de datos que obran en poder de la Administración demandada. La solución en este caso debe ser el cierre y archivo del procedimiento pues, como es natural, corresponde al actor centrar los términos del debate y, por lo tanto, especificar con detalle los elementos que sirven de presupuesto a su petición. Solo a él incumbe conocer qué bases de cotización devengadas durante determinado período le han llevado a postular una concreta base reguladora. La falta de especificación de tales elementos, esenciales para conocer dónde se encuentra la controversia suscitada, puede comportar la indefensión de la parte que soporta la acción y, lo que es más, una muy probable nulidad de actuaciones por insuficiencia de hechos de la demanda.

B) OMISIÓN DE LA RECLAMACION PREVIA

La única previsión normativa que el art. 139 LPL dedica a las demandas en materia de Seguridad Social es, precisamente, que en ellas se acreditará, como requisito de admisibilidad, haber cumplido el trámite de la reclamación previa que regula el art. 71 de la misma ley. La demostración del cumplimiento de tal trámite se hará bien mediante la aportación de copia de la resolución bien en la forma que indica el apartado 6 del art. 71 citado, esto es, acompañando a la demanda el recibo o la copia sellada "de las solicitudes y recursos que se dirijan en cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley".

A la naturaleza jurídica de esta institución se ha re-

EN LAS DEMANDAS DE
PRESTACIONES DE LA
SEGURIDAD SOCIAL, AL
MENOS LAS DEL NIVEL
CONTRIBUTIVO, DEBE,
PUES, FIGURAR LA BASE
REGULADORA
CORRESPONDIENTE, LA
CUAL NO ES UN
ELEMENTO ACCIDENTAL
DE LA PRETENSIÓN
EJERCITADA, YA QUE SI SE
LITIGA POR UNA
PRESTACIÓN LA BASE
REGULADORA RIGE EL
IMPORTE DE LA PENSIÓN.
EN OTRO CASO SE
PLEITEARÍA POR NADA,
LO CUAL ES UNA
PRETENSIÓN NO
TUTELABLE

ferido la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27-01-1990 diciendo que "la reclamación previa no constituye ningún tipo de recurso o medio de impugnación, sino que es un presupuesto del proceso, con el que se tiende a evitar el debate judicial, facilitando a la Administración el conocimiento de los hechos y de las peticiones de parte con el fin de posibilitar la obtención de fórmulas de solución pacíficas".

Sobre la exigencia de la reclamación administrativa previa a la vía judicial en el ámbito laboral, el Tribunal Constitucional ha declarado que tal requisito, carga procesal del demandante, es compatible con el art. 24.1 CE pues, aunque dificulte el acceso a la jurisdicción, que además en ningún caso se ve impedida, se justifica merced a las especiales funciones y tareas que la Administración Pública tiene encomendadas por el ordenamiento jurídico. Poner en

conocimiento de ésta el contenido y fundamento de la pretensión es la razón de dicho presupuesto, de suerte tal que se le ofrece la oportunidad de resolver directamente el litigio, evitando así la vía judicial (SSTC 21/1986, 60/1989, 217/1991, 65/1993, 120/1993).

Tal finalidad ha sido resaltada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el que la ha declarado equivalente o común con la perseguida con la conciliación preprocesal (SSTC 120/1993, 16/1999 y 108/2000) al afirmar que en cierto modo viene a sustituir a la reclamación previa, sin perjuicio de que la fórmula utilizada en uno y en otro caso sea diferente, fundamentalmente por la imposibilidad legal de que las entidades públicas transijan, que es el objeto principal de la conciliación (STC 60/1989) pues, desde la perspectiva del significado del requisito previo, éste no es otro que el de la posibilidad de evitar, por acuerdo de las partes (conciliación) o por estimación

por parte del órgano administrativo de la pretensión (reclamación previa), la prosecución del litigio con todos sus inconvenientes (STC 11/1988).

En ambos casos el Tribunal Constitucional se ha decantado por una flexible aplicación del requisito procesal en cuestión y ha optado por el criterio de favorecer la subsanabilidad del mismo a lo largo del proceso, para evitar la ausencia de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, es decir, acerca de la procedencia o improcedencia de la pretensión ejercitada ante los órganos jurisdiccionales (STC 108/2000). Subsanación que en el proceso laboral, en relación con el art. 81 LPL, se ha considerado por el referido Tribunal, con carácter general como ya se dijo antes, como un deber legal del órgano judicial, esto es, como un mandato dirigido al juzgador para advertir de oficio los defectos en que pueda haber incurrido la demanda y que puedan ser subsanados, criterio éste mantenido concretamente para la falta de acreditación de la reclamación previa, siempre que la finalidad de ésta se hubiera satisfecho y que la actitud de la parte no hubiera sido incompatible con la petición de subsanación (SSTC 11/1988, 60/1989, 81/1992, 65/1993, 120/1993, 122/1993, 355/1993, 335/1994, 69/1997 y 112/1997).

Así, la STC 70/1992, interpretando desde una perspectiva constitucional el art. 62 LPL de 1980, que obligaba a acompañar con la demanda el recibo o copia sellada del documento acreditativo del agotamiento de la vía administrativa, redactado en parecidos términos que los arts. 69.2 y 71.6 LPL vigente, señala que el precepto legal prevé el defecto subsanable de la falta de acreditación de tal agotamiento en el momento de la presentación de la demanda, agotamiento que sólo puede realizarse antes de accionar. También el ATC 132/1994 estimó constitucionalmente irreprochable el proceder del juez social al detectar inicialmente el defecto de agotamiento de la vía administrativa, al no poder estimarse desestimada la reclamación previa ante la prematura interposición de la demanda, pues de lo contrario se produciría la eliminación del presupuesto previo.

La STSJ Valencia de 16-4-2002 (núm. 2357/2002) ha considerado como un requisito necesario para formular demanda en materia de Seguridad Social, conforme al art. 71.1 LPL, la reclamación previa y su omisión debe determinar la absolución en la instancia de la parte demandada.

Por contra, la STS de 24-3-2004 (Rec. 3350/2002) declara que la consecuencia jurídica que en el proceso laboral debe tener aparejada la falta del requisito preprocesal de reclamación previa a la vía judicial ante la entidad gestora debe ser la prevista en el art. 139 LPL, es decir, anular la sentencia dictada en la instancia y las actuaciones procesales realizadas con posteriori-

dad a la presentación de la demanda, retrotrayendo los autos a tal fase procesal de presentación al objeto de que por el Juzgado de lo Social conceda al demandante un plazo de cuatro días para subsanar la omisión de la reclamación previa.

Razona el Alto Tribunal que el art. 139 LPL constituye un complemento, aplicable a la variante procesal de Seguridad Social, del requisito preprocesal de carácter general que establece el art. 71 LPL; que por aplicación mecánica de la norma, la falta de reclamación previa lleva pareja la apertura de un trámite en el que se concede al interesado un plazo de cuatro días con vistas a subsanar la omisión; que el incumplimiento del precepto por el juez o tribunal determina, dada la claridad y rigidez de la exigencia legal, la nulidad de las actuaciones seguidas desde la presentación de la demanda con reposición del procedimiento a tal momento procesal; y que todo ello es consecuencia ineludible de la importancia que la LPL otorga a la reclamación previa en el proceso de Seguridad Social, en el que constituye un verdadero presupuesto procesal pues, dados los términos del art. 139 LPL, con la demanda habrá de acreditarse el cumplimiento del trámite preprocesal cuyo defecto determinará el requerimiento judicial de subsanación en el mencionado plazo de cuatro días, ordenándose, en caso de no ser atendido, el archivo de la demanda sin más trámite.

Termina argumentando el Tribunal Supremo que la conclusión alcanzada es coherente con la doctrina general del Tribunal Constitucional sobre esta materia contenida en las SSTC 11/1988, 60/1989, 217/1991, 70/1992 y 355/1993.

En aquellos casos en los que, interpuesta la demanda sin acreditar el requisito preprocesal, y concedido un plazo de cuatro días para enmendar tal omisión, el demandante aporta copia sellada de una reclamación previa formulada en fecha posterior al requerimiento judicial de subsanación, estimo que la solución debe ser la de dictar una sentencia absolutoria en la instancia.

Tal fue el supuesto resuelto por la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia el 4 de marzo del 2003. Se trataba de lo siguiente. El trabajador recibió el 30 de abril del 2002 del Servicio Murciano de Salud parte médica de alta, que impugnó directamente mediante demanda interpuesta el 30 de agosto de 2002. El 11 de noviembre del mismo año el Juzgado de lo Social requirió al demandante para que acreditara haber interpuesto ante dicho organismo administrativo la reclamación previa contra el alta médica combatida en la demanda. El actor atendió al requerimiento aportando copia de una reclamación previa interpuesta ante el Servicio Murciano de Salud el día 12 de noviembre del 2002. El Organismo de-

mandado alegó la caducidad de la instancia al amparo del art. 71.2 LPL. La sentencia resolvió el debate con los siguientes argumentos: "Las peculiaridades que presenta el caso de autos determinan que más que de caducidad de la instancia debe hablarse de falta de agotamiento de la vía previa administrativa, lo que, en aplicación del art. 71.1 LPL, impide resolver la cuestión de fondo.

En efecto, en el supuesto enjuiciado no hay una mera omisión formal del documento acreditativo de la reclamación ni la presentación extemporánea, anticipada e indebida de aquélla respecto de la demanda judicial, sino el incumplimiento efectivo del trámite preprocesal que, en evitación del proceso, se exige legalmente por parte del art. 71.1 LPL al disponer de forma imperativa que "Será requisito necesario para formular demanda en materia de Seguridad Social que los interesados interpongan reclamación previa ante la entidad gestora". El actor no ha cumplido este requisito. Antes de presentar la demanda impugnatoria del alta médica no hay constancia de reclamación previa. Con el escrito de demanda se aporta una resolución del INSS en la que se desestima una reclamación previa contra la denegación de la prestación de invalidez permanente. Advertida esta omisión en el acto del juicio señalado por primera vez, se requirió al demandante para que acreditara haber cumplido el referido requisito previo al proceso. En cumplimiento de este requerimiento se aportó una reclamación previa presentada ante el Servicio Murciano de Salud el mismo día en que tal requerimiento judicial fue formalmente atendido por el actor.

Desde las anteriores premisas, procede apreciar de oficio la falta de agotamiento de la vía previa administrativa, lo que impide un pronunciamiento sobre el fondo, solución ésta que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva de acuerdo con la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 16/1999, de 22 de febrero, aplicada al presente caso *a sensu contrario*, toda vez que, como ya se ha dicho, se requirió al demandante una subsanación que permitió aclarar que la reclamación previa no se había producido antes de la interposición de la demanda".

C) ACUMULACIÓN INDEBIDA DE ACCIONES

En una sola demanda, también en materia de Seguridad Social, pueden ejercitarse al mismo tiempo varias acciones. Así lo dispone el art. 27 LPL al consagrar el principio general de acumulación de acciones en el primero de sus apartados, enumerando en los siguientes una relación de pretensiones no acumulables. El apartado tercero señala que "Tampoco serán acumulables entre sí las reclamaciones en materia de Seguridad Social, salvo cuando tengan la misma causa de pedir".

EN AQUELLOS CASOS EN
LOS QUE, INTERPUESTA LA
DEMANDA SIN ACREDITAR
EL REQUISITO
PREPROCESAL, Y
CONCEDIDO UN PLAZO
DE CUATRO DÍAS PARA
ENMENDAR TAL
OMISIÓN, EL
DEMANDANTE APORTA
COPIA SELLADA DE UNA
RECLAMACIÓN PREVIA
FORMULADA EN FECHA
POSTERIOR AL
REQUERIMIENTO JUDICIAL
DE SUBSANACIÓN,
ESTIMO QUE LA
SOLUCIÓN DEBE SER LA
DE DICTAR UNA
SENTENCIA ABSOLUTORIA
EN LA INSTANCIA

La aplicación de este precepto determina que para que dos o más pretensiones de Seguridad Social puedan acumularse en una misma demanda es preciso que todas ellas deriven de una misma causa de pedir. Lo que se plantea a continuación es qué debe entenderse por causa de pedir, pregunta ésta que no ha recibido una sola respuesta, pues el asunto no ha sido tratado de una manera uniforme.

Los procesalistas se han referido a la *causa petendi* como "el fundamento histórico o de hecho de la acción" (Gómez Orbaneja), y también como "el fundamento o la razón, que el Derecho objetivo aprueba, en la que el demandante apoya su petición de tutela. Así expresado resulta indudable que título o causa de pedir es, siempre, un conjunto de hechos que,

calificados (es decir, puestos en relación con una determinada norma jurídica), otorgan al actor el derecho subjetivo en el que basa su petición de tutela" (De la Oliva).

El TS (S 12-02-1988), proporcionando un concepto de causa de pedir en los casos de acumulación inicial de acciones de Seguridad Social en una misma demanda, ha declarado que "en ningún caso puede entenderse que dicha causa de pedir sea la petición de la declaración de una incapacidad permanente, pues esto constituye el *petitum* de la demanda pero no la *causa petendi*, que, sin necesidad de decantarse entre las teorías de la individualización o de la sustanciación que tratan de explicar su naturaleza, no cabe duda que, como fundamento del primero, está constituida por el conjunto de hechos, actos y calificaciones jurídicas que desembocan en el suplico de la demanda".

La vigente LEC emplea tales términos al referirse a esta cuestión en el párrafo segundo del art. 72 cuando dice que “se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos”.

El anterior precepto ha sido literalmente reproducido en el nuevo apartado 3 del art. 27 introducido por el borrador de la LPL, en trance de reforma para adaptarla a las funciones que asumirá el Secretario Judicial en la nueva Oficina Judicial.

Dicho lo anterior, los mismos hechos, los acontecimientos históricos en que se apoya la pretensión y que configuran la identidad de la causa de pedir, ¿se vinculan a la contingencia determinante de la prestación o a las circunstancias que integran la situación protegida?

Para unos, todos, absolutamente todos, los efectos de una misma contingencia pueden ser reunidos en una sola demanda sin que puedan acumularse las reclamaciones cuando las contingencias son diferentes; para otros no se trata de acumular pretensiones relativas a una misma contingencia, sino de admitir la suma de acciones referentes a unos mismos hechos, por ser éstos y no aquélla los que conforman la causa de pedir. Si lo primero, es dable acumular una reclamación de un subsidio de incapacidad temporal a otra de una pensión de incapacidad permanente, con tal de que sea una misma contingencia. Si lo segundo, es factible que ante una misma situación protegida pretendida en una demanda, sea ésta una incapacidad temporal sea una incapacidad permanente, se solicite que se declare que deriva de accidente de trabajo y, de forma subsidiaria, de enfermedad común.

La STS de 18-05-1990 ha admitido que es posible acumular en una misma demanda la declaración de invalidez por accidente de trabajo o alternativamente por enfermedad común, “porque ambas peticiones se fundamentan en idénticos déficits y disminuciones, única causa de pedir, siendo a estos efectos indiferente la contingencia porque resulte protegido el actor”. También la STS de 6-5-1994 ha admitido la excepción del art. 27.3 LPL en un supuesto en que se solicitó una incapacidad permanente total por accidente de trabajo y, de forma alternativa, por enfermedad común por parte de quien tenía reconocida una prestación de incapacidad permanente parcial por accidente laboral, razonándose a este respecto que la acción ejercitada no puede escindirse en dos distintas dado que el nuevo grado puede tener su origen en contingencia común o en contingencia profesional o en ambas conjuntamente.

De lo anterior parece deducirse que el TS ha interpretado que el origen común o profesional de la situación protegida no es determinante para impedir la acu-

mulación de acciones en una misma demanda de Seguridad Social.

Dice la STS 14-07-1997 que no son acumulables una acción relativa a la pensión de incapacidad permanente absoluta de la Seguridad Social y otra solicitando una indemnización a tanto alzado pactada en un convenio colectivo, pero no porque ambas no tengan una misma causa de pedir, que sí la tienen, una dolencia cardíaca padecida por un asalariado cuyos primeros síntomas se manifiestan durante el trabajo y a la que, por ello, se califica de accidente laboral, sino porque deben ventilarse y decidirse en juicios de diferente naturaleza, la primera en el proceso especial de Seguridad Social y la segunda en el proceso ordinario, utilizando para ello como argumento dogmático el art. 154.3 de la LEC de 1881 (art. 73.2 de la vigente LEC) y como tesis jurisprudencial (STS 29-09-1992 y las que en ella se citan) aquélla conforme a la cual el procedimiento adecuado para resolver las reclamaciones de mejoras voluntarias del sistema prestacional de la Seguridad Social es el proceso ordinario.

Tesis discutible, pues se ha venido admitiendo desde hace tiempo el ejercicio simultáneo de la acción de clasificación profesional en razón a la realización de funciones de superior categoría y de reclamación de diferencias salariales, pese a que se trata de pretensiones que deben sustanciarse en juicios de diferente tipo, la primera en la modalidad procesal de clasificación profesional (art. 137 LPL) y la segunda en el procedimiento ordinario, y ello con el argumento de que ésta está subordinada a aquélla, de forma tal que la suerte de la acción declarativa de la categoría profesional determina la del abono de las correspondientes diferencias retributivas.

Siguiendo con el ejemplo de la citada STS de 14-07-1997, el fundamento de las dos acciones ejercitadas por el trabajador se basa en unos mismos hechos, una cardiopatía isquémica que se estima que deriva de contingencia profesional. El éxito de la acción principal, que tal alteración cardíaca produce unas limitaciones funcionales que dan lugar a una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, va a determinar el de la subordinada, una indemnización a tanto alzado que el convenio colectivo prevé cuando concurre tal situación protegida.

De interés es el caso juzgado por la STS de 29-06-1999. Se trata de un trabajador autónomo del transporte que solicita de forma simultánea en la vía administrativa, antes de cumplir los 65 años de edad, la jubilación y la invalidez permanente. El INSS resuelve con celeridad la primera en sentido estimatorio. No ocurre lo mismo con la segunda, de suerte que, pese a que el Equipo de Valoración de Incapacidades propone la incapacidad permanente absoluta, la entidad gestora rechaza el dictamen propuesta por haberse

reconocido ya al solicitante la pensión de jubilación. El Alto Tribunal admite el recurso del trabajador por considerar que las secuelas incapacitantes quedaron plenamente consolidadas en un momento anterior al dictámen del Tribunal médico calificador, e incluso a la misma solicitud de jubilación, de manera que aquél tiene derecho a una y a otra pensión, si bien con la obligación de optar por la que estimara más favorable.

La STSJ Cataluña de 24-10-2002 (Rec. núm. 831/2002) declara que la acción tendente al reconocimiento de grado de incapacidad permanente derivada de accidente laboral no puede acumularse a la pretensión dirigida a imponer a la empresa el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, aunque en ambas los demandados sean los mismos, pues se basan en distinta causa de pedir: en una se impugna la resolución administrativa sobre declaración de incapacidad permanente y en otra se combate la resolución administrativa que impone el recargo por falta de medidas de seguridad, pero que el demandante estima que la responsabilidad debe extenderse a otras empresas. En el mismo sentido la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 9-12-2003 (Rec. 2100/2003) declara indebida la acumulación de acciones en un supuesto en el que el demandante pretendía que se le declarara en incapacidad permanente absoluta o alternativamente total derivada de accidente de trabajo, con la prestación económica correspondiente, y, por otra parte, que se condenara a la empresa al abono del recargo del 50 por 100 de la prestación. Se razona al respecto que no hay identidad de causa de pedir, pues mientras que la primera trae su causa en el factor desencadenante del accidente, es decir, si puede encuadrarse en alguno de los supuestos del art. 115 LGSS, el pedimento relativo al recargo tiene como causa de pedir el hecho de que la patronal no atendió las medidas generales y particulares de seguridad y de adecuación personal a cada trabajo, necesarias para evitar dicha contingencia, pretensión esta última que encuentra su fundamento normativo en el art. 123 LGSS.

Se ve fácilmente que en estos dos casos *causa petendi* no se identifica con contingencia.

En contraste, el mismo TSJ Cataluña en sentencia de 17-2-2004 (Rec. 83/2002) justifica el ejercicio simultáneo, en una misma demanda, de la reclamación de incapacidad permanente con origen en accidente laboral y la pretensión de recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo, argumentando que ambas deben acumularse puesto que derivan de una misma contingencia, por lo que, en consecuencia, se produce una identidad de la *causa petendi*.

Los Tribunales Laborales han declarado indebida la acumulación a una acción de Seguridad Social otra de

NO CONTIENE LA LPL
UNA REGULACIÓN
ESPECÍFICA ACERCA DE
QUIÉNES DEBEN SER
DEMANDADOS EN LOS
PROCESOS DE
SEGURIDAD SOCIAL. TAN
SÓLO DEDICA UN
ARTÍCULO, EL 140, A
DECIR QUE LAS
ENTIDADES GESTORAS Y
LA TESORERÍA GENERAL
DE LA SEGURIDAD SOCIAL
PUEDEN PERSONARSE Y
SER TENIDAS POR PARTE
EN LOS PLEITOS EN ESTA
MATERIA EN LOS QUE
TENGAN INTERÉS, SIN
QUE ESTA INTERVENCIÓN
HAGA RETROCEDER O
DETENER EL CURSO DE
LAS ACTUACIONES

diferente naturaleza en distintos supuestos:

- Un médico ya jubilado que prestaba servicios para el Insalud, que pide que se condene a éste a abonarle las cantidades correspondientes por los trienios completados antes de alcanzar la plaza en propiedad y que, además, demanda al INSS para que revise la base reguladora de la pensión de jubilación en función de esos trienios. Se argumenta que esta acumulación, en una sola demanda, de ambas acciones infringe tanto lo dispuesto en el art. 27.1 LPL, que sólo autoriza a acumular las acciones que competen al actor contra el mismo demandado, salvo los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario, que se da respecto de la pretensión de seguridad social pero no así en la retributiva, como en su núm. 3, que prohíbe acumular a las pretensiones de la Seguridad Social cualesquiera otras (STSJ Murcia 28-11-1995, Rec. 1241/1994).
- Demanda confusa que mezcla conceptos jurídico-laborales y en la que se solicita el abono de ciertas diferencias tanto salariales como derivadas de prestaciones de ILT (STSJ Cataluña 18-6-1996, Rec. 1004/1996).
- Demanda que reclama una cantidad global, correspondiendo una parte a salarios y otra a prestaciones devengadas en concepto de I.L.T. (STSJ Navarra 25-6-1996, Rec. 308/1996).
- Empresa que reclama al Estado por un exceso de salarios de tramitación y, al tiempo, por cuotas a la Seguridad Social (STSJ Andalucía-Sevilla 19-11-1999, Rec 606/1999).
- Demanda que hace una mixtura de reclamaciones al entrelazar cuestiones de derecho de trabajo y

de seguridad social, pues se pide que se declare la existencia de relación laboral con la demandada en la que el demandante tenía determinada categoría profesional, con abono de diferencias salariales, dándose traslado, en caso de estimación de la anterior pretensión, a la Seguridad Social de Murcia a los efectos de cotización y desempleo y a la Inspección de Trabajo de Valencia para la revocación de determinadas actas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social (STSJ Murcia 16-1-2001, Rec. 673/2000).

- Trabajador que demanda para que se declare que las bajas laborales que ha tenido lo son por accidente laboral y no por enfermedad común, lo que apoya en el art. 115.2.e) LGSS, así como para que se le indemnice en los daños sufridos a resultas de un incumplimiento de la obligación de preservación de su salud por parte de la empresa, lo que fundamenta en los arts. 1101 y 1102 CC (STSJ Canarias-SCr 30-1-2001, Rec. 908/2000).

- Demanda que mezcla salarios y subsidio de incapacidad temporal (STSJ Murcia 9-7-2002, Rec. 617/2002).

- Demanda que acumula prestación de IT y mejora de convenio colectivo (STSJ País Vasco 11-2-2003 Rec. 2889/2002).

Por supuesto que también se ha considerado indebido el acumular entre sí reclamaciones de Seguridad Social de distinta naturaleza, por estimar que en tales casos no hay identidad en la causa de pedir. Así, cuando se pide una incapacidad permanente total para la profesión habitual, con derecho a la correspondiente prestación económica, y, subsidiariamente que se reconozca el derecho a continuar el subsidio de incapacidad temporal, y ello con independencia de que la contingencia fuera la misma (STSJ Extremadura 2-5-2002, Rec. 191/2002), o cuando a consecuencia de una revisión de las bases reguladoras que sirvieron para el cálculo de la prestación por desempleo y para el pago de la ILT, se reclaman las diferencias existentes en el pago de ambas prestaciones en una misma demanda (STSJ Galicia 3-3-2000, Rec. 5936/1996).

Casos de pretensiones de Seguridad Social que se han considerado acumulables por tener la misma causa de pedir son los que siguen:

- Las pensiones de viudedad y de orfandad, pues derivan del hecho de la muerte del trabajador (STCT 29-4-1973).

- El subsidio de incapacidad temporal y la reclamación de los gastos de asistencia sanitaria, al tener su origen en la situación provocada por un accidente de trabajo (STSJ Cataluña 25-1-1995).

- Los gastos por asistencia sanitaria, incapacidad

temporal, invalidez provisional y por incapacidad permanente reclamados en una misma demanda por parte de una mutua patronal que los hubo de anticipar frente a una empresa que tenía constantes y reiterados descubiertos en sus cotizaciones a la Seguridad Social, y, subsidiariamente, frente al INSS y a la TGSS, y todo ello como consecuencia de un accidente de trabajo de un empleado de dicha empresa incumplidora, razonándose que todos estos gastos tienen una misma causa de pedir y que no se puede obligar a la mutua a plantear cuatro demandas diferentes para reintegrarse de las prestaciones anticipadas (STSJ Andalucía-Málaga 10-3-2000).

- El trabajador que pretende que se le declare en situación protegida de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y que, además, la contingencia determinante es accidente laboral y subsidiariamente enfermedad común. Se arguye que el estado de salud del demandante que menoscaba su capacidad para el trabajo es una situación unitaria que ha de ser valorada globalmente, pues en otro caso se rompería la unidad de la evaluación que permite conocer el alcance de su incapacidad (STSJ Extremadura 31-7-2001, Rec. 374/2001).

- En una misma demanda una empresa que impugna dos resoluciones administrativas dictadas por el INSS, una que declara en situación de incapacidad permanente absoluta por enfermedad profesional a un trabajador, cuyo posterior fallecimiento dio lugar a pensiones de viudedad y orfandad por enfermedad común, y otra que impuso a dicha empresa recargo por falta de medidas de seguridad del 50 por 100 de esas prestaciones de viudedad, orfandad e incapacidad causadas. Se argumenta que hay identidad entre el objeto de ambas impugnaciones, cual es instar la nulidad de tales resoluciones por ser contrarias al contenido de una sentencia firme anterior en la que se resuelve la cuestión relativa a la contingencia determinante del fallecimiento del causante (STSJ Cataluña 11-12-2003, Rec. 716/2001).

- Una incapacidad temporal que se sucede en el tiempo, que ha dado lugar a diversas declaraciones y procedimientos sobre las correspondientes altas y sobre la que se objeta el origen de la contingencia (STSJ Cataluña 3-9-2004, Rec. 4480/2003).

- El operario que interesa en su demanda el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta y subsidiariamente total, bien por la contingencia de accidente laboral o, de forma subsidiaria, por enfermedad común. Se explica que el objeto del proceso es una pretensión procesal única, el reconocimiento de una invalidez permanente que se basa en un único y determinado cuadro clínico, lo cual constituye la *causa petendi*, sin que resulte procedente la equiparación de contingencia con dicho concepto, afirmación

esta última que se apoya en la doctrina contenida en la STS 18-5-1990 (STSJ País Vasco 7-10-1997).

D) FALTA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO

El litisconsorcio es la pluralidad de sujetos en la posición procesal de actor o de demandado. Cuando varios demandantes pleitean contra un demandado se habla de litisconsorcio activo; si sólo un demandante acciona frente a varios demandados se habla entonces de litisconsorcio pasivo.

Al litisconsorcio voluntario se refiere el art. 72 de la LEC cuando dice que “podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir”, texto éste cuyo tenor ha sido reproducido por el nuevo apartado 3 del art. 27 incluido por el borrador de la reforma de la Ley de Procedimiento Laboral a que antes se hizo referencia.

En principio, pues, el actor puede dirigir su demanda contra quien tenga por conveniente. Como dijo la STC 101/1993, “constituye una carga procesal del demandante la de determinar la legitimación pasiva de la parte demandada, por lo que corresponde sólo al demandante la determinación de los sujetos frente a los que dirige su acción, y no es, desde luego, función del órgano judicial suplir la voluntad de aquél en cuanto a la configuración de la relación procesal, ya que también en el proceso de trabajo rigen los principios positivo y de aportación de parte”.

El problema que se suscitó en el pasado se planteaba en aquellos casos en los que una norma jurídica permitía que la sentencia dictada en un proceso entre determinadas partes tuviera efectos frente a terceros que no intervinieron en él. Léanse si no los párrafos segundo y tercero del ya derogado art. 1252 del Código Civil:

“En las actuaciones relativas al estado civil de las personas y en las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado.

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”.

Es por ello por lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo creó la figura del litisconsorcio pasivo necesario, respondiendo a la necesidad de traer al proceso a todas aquellas personas interesadas en la relación

EN TODOS LOS
PROCESOS DE
ACCIDENTE DE TRABAJO
O ENFERMEDAD
PROFESIONAL DEBE SER
DEMANDADA LA
EMPRESA PARA QUE LA
RELACIÓN JURÍDICO-
PROCESAL QUEDE
VÁLIDAMENTE
CONSTITUIDA,
POR EXISTIR UN
LITISCONSORCIO PASIVO
NECESARIO DE
ORIGEN LEGAL

jurídica controvertida, a quienes les pudiera perjudicar la resolución que se dicte (SSTS / Sala primera 22-5-1985 y 20-12-1996).

El artículo 12.2 de la LEC ha plasmado normativamente esta doctrina al disponer que “cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”.

La STC 335/1994, tras afirmar que el art. 81.1 LPL parece ceñir el ámbito de la subsanación a defectos de tipo formal (STC 210/92, F.J. 1.º), al incumplimiento de los requisitos generales y específicos de las distintas demandas, de suerte que el control judicial no se extiende al análisis de los presupuestos procesales, nos dice que, no obstante ello, “la jurisprudencia social viene sosteniendo en general que el juzgador, de oficio o a través de este cauce, debe velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en las situaciones de litisconsorcio pasivo, a fin de conseguir, salvaguardando el principio de audiencia bilateral, que la cosa juzgada material despliegue sus efectos y evitar así que se dicten eventuales fallos contradictorios sobre un mismo asunto (SSTS de 15 diciembre 1987; 14 marzo, 19 septiembre y 22 diciembre 1988; 24 febrero, 17 julio y 1 y 11 diciembre 1989; 19 mayo 1992)”.

En efecto, la Sala 4.ª del TS ha tenido ocasión de tratar este problema varias veces, aunque no de una manera uniforme dada la diversidad de situaciones planteadas. Se trataba de decidir, interpretando el art. 81 LPL, si en un proceso iniciado mediante una demanda defectuosa por no estar dirigida contra todos los que pudieran resultar afectados por la sentencia, debía apreciarse la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario o bien anular las actuaciones y requerir al demandante para que procediera a subsanar tal de-

En efecto, la Sala 4.ª del TS ha tenido ocasión de tratar este problema varias veces, aunque no de una manera uniforme dada la diversidad de situaciones planteadas. Se trataba de decidir, interpretando el art. 81 LPL, si en un proceso iniciado mediante una demanda defectuosa por no estar dirigida contra todos los que pudieran resultar afectados por la sentencia, debía apreciarse la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario o bien anular las actuaciones y requerir al demandante para que procediera a subsanar tal de-

fecto. En algunas ocasiones el Alto Tribunal se ha decidido por estimar la excepción (así en la sentencia de 21 de diciembre de 1988), pero en general parece que se ha consolidado la tesis de la nulidad de actuaciones (a modo de ejemplo la STS de 5 de mayo de 2000 y la más reciente STS de 16 de julio de 2004, ambas relativas a materia de Seguridad Social).

No contiene la LPL una regulación específica acerca de quiénes deben ser demandados en los procesos de Seguridad Social. Tan sólo dedica un artículo, el 140, a decir que las entidades gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social pueden personarse y ser tenidas por parte en los pleitos en esta materia en los que tengan interés, sin que esta intervención haga retroceder o detener el curso de las actuaciones.

En lo que a prestaciones se refiere, esto es, el ámbito de protección definido en el art. 38 LGSS (asistencia sanitaria, recuperación profesional y prestaciones económicas de incapacidad temporal, maternidad, invalidez, jubilación, desempleo, muerte y supervivencia y prestaciones familiares por hijo a cargo), tratándose de contingencias comunes la demanda habrá de entablarse contra la entidad que gestiona la prestación discutida, y también contra la empresa, como litisconsorte pasivo necesario, en el caso de que haya incumplido con sus obligaciones de cotización a la Seguridad Social, como así decidió la ya citada STS 5-5-2000.

En los procesos de impugnación de alta médica extendida por el Insalud o por el correspondiente Servicio Autónomo de Salud, además de éste también tiene legitimación pasiva el INSS por ser la entidad gestora obligada al pago del subsidio económico de incapacidad temporal (SSTS 31-1-1996, 16-7-1996 y 28-9-1996). Finalmente,

en estos casos de contingencia común, la TGSS no es litisconsorte pasivo necesario (STS 5-7-1985)

Si las prestaciones reclamadas por el interesado traen su causa en contingencias profesionales, el elemento subjetivo del proceso se amplía en el lado pasivo ya que la responsabilidad directa viene atribuida al empresario y, por subrogación, a la entidad aseguradora con la que éste tuviera concertado el riesgo (Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o, a opción del asegurado, el Instituto Nacional de la Seguridad Social), y la responsabilidad subsidiaria corresponde a este último organismo que tiene su origen en la desaparición, y consiguiente integración en él, del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, además de la responsabilidad legal de la Tesorería General de la Seguridad Social como continuadora de las funciones que tenía asignadas el Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo.

Por último, decir que, conforme a la STS 16-7-2004, en todos los procesos de accidente de trabajo o enfermedad profesional debe ser demandada la empresa para que la relación jurídico-procesal quede válidamente constituida, por existir un litisconsorcio pasivo necesario de origen legal, exigido por el art. 141 LPL, precepto que alude "al empresario demandado"; y aun cuando no hubiera tal exigencia legal la empresa, argumenta esta sentencia, debe ser demandada en su condición de sujeto de la relación jurídico-material de aseguramiento, no sólo si hubiera incumplido sus obligaciones para con la Seguridad Social, sino también si ha actuado de forma acorde al sistema, pues, en todo caso, se afirma, la sentencia que se dicte le afectará de forma directa. ●

PROCESO Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Herminio LOSADA GONZÁLEZ

*Letrado del Tribunal Constitucional y Letrado de la
Administración de la Seguridad Social*

55

1. El proceso en materia de seguridad social. Su delimitación conceptual

El proceso de seguridad social, tal como aparece configurado por el legislador⁽¹⁾, se refiere a las controversias litigiosas en materia de prestaciones del sistema público de seguridad social o, lo que es lo mismo, a la revisión en vía jurisdiccional social de los actos dictados por las entidades gestoras de la seguridad social en materia de reconocimiento o denegación de prestaciones de seguridad social. Estos actos, en cuanto dictados por una persona jurídica pública, son actos administrativos⁽²⁾, pero su enjuiciamiento ha sido excluido del orden contencioso-administrativo, para atribuirse desde siempre al orden social [art. 2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y art. 3.a) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa], sin duda por la conexión de la protección de seguridad social con el ordenamiento laboral, *lato sensu* considerado, amén de consideraciones prácticas en aras a la sensibilidad del interés tutelado (las prestaciones de seguridad social subvienen necesidades sociales básicas), como la mayor rapidez en la respuesta judicial del orden jurisdiccional

social. Por otro lado, no hay que olvidar que en el proceso de seguridad social se sustancian también actos emanados de entidades privadas, concretamente los emanados de esas peculiares entidades asociativas de naturaleza jurídico-privada colaboradoras en la gestión de la seguridad social que son las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social, con capacidad de dictar actos de reconocimiento y denegación de las prestaciones de seguridad social que gestionan como colaboradoras⁽³⁾, así como los supuestos de responsabilidad de las empresas en orden a las prestaciones causadas, tanto en el peculiar supuesto del autoaseguramiento o colaboración voluntaria, como en el caso de responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de alta o cotización, o en el caso del subsidio por incapacidad temporal hasta el decimoquinto día de la baja⁽⁴⁾.

Por el contrario, quedan fuera del proceso de seguridad social y por tanto del conocimiento de la jurisdicción social, los actos administrativos dictados por los organismos gestores de la seguridad social en materias distintas del reconocimiento o denegación de prestaciones, tales como los relativos a afiliación, altas y bajas, gestión recaudatoria, etc., cuyo enjuicia-

miento queda atribuido en la actualidad a la jurisdicción contencioso-administrativa [art. 3.1.b) LPL y art. 1 LJCA], superando el criterio de unidad jurisdiccional a favor del orden jurisdiccional social que existiera en su día.⁽⁵⁾

Ciertamente esta dualidad jurisdiccional existente en la actualidad no deja de plantear problemas, tales como la delimitación competencial entre jurisdicciones en algún tipo de asunto fronterizo⁽⁶⁾, con el consiguiente riesgo de someter al justiciable a un peregrinaje jurisdiccional no deseable, si bien debe precisarse en todo caso que la decisión de los Jueces y Tribunales sobre la propia jurisdicción y competencia es, en principio, una cuestión de estricta legalidad ordinaria, por lo que no existirá vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 de la Constitución salvo que la apreciación del ór-

gano judicial resulte arbitraria, irrazonable o patentemente errónea: Sentencias del Tribunal Constitucional 49/1983, de 1 de junio, 43/1984, de 26 de marzo, 112/1986, de 30 de septiembre, 17/1999, de 22 de febrero, 120/2001, de 4 de junio, y 177/2001, de 17 de septiembre, por todas. Más problemas puede suscitar la actual situación de dualidad jurisdiccional en relación con la cuestión del instituto de la prejudicialidad y la eventual contradicción entre sentencias del orden social y del orden contencioso-administrativo sobre unos mismos hechos, que, de producirse, determinará la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes⁽⁷⁾.

En otro orden de consideraciones, debe recordarse que cuando se habla de proceso en materia de seguridad social se piensa inmediatamente en el proceso

⁽¹⁾ Como un proceso especial, regulado en los arts. 139 a 145 bis de la Ley de Procedimiento de Laboral, sin perjuicio de otras reglas dispersas a lo largo del articulado de dicha Ley (arts. 22.2, 27.3, 71, etc.) y de la aplicación supletoria de las reglas del proceso ordinario, conforme dispone el art. 102, y a su vez de la Ley de Enjuiciamiento Civil, claro está (disposición adicional 1ª.1 LPL y art. 4 LEC).

Sobre el proceso de seguridad social, en general, vid. Oliet Palá, B., "El proceso de Seguridad Social", en AAVV (dir. E. Borrajo), Comentarios a las Leyes Laborales: La nueva Ley de Procedimiento Laboral, Tomo XIII, Vol. 2.º, Madrid, 1990. Delgado Sainz, F. J., "La modalidad procesal de Seguridad Social", Actualidad Laboral, n.º 28, 1992. Gómez Abelleira, F. J., "El proceso especial de Seguridad Social", Madrid, 2000. Alonso Olea, M., Miñambres Puig, C. y Alonso García, R.M.º, "Derecho Procesal del Trabajo", 12.ª ed., Madrid, 2002, pp. 243 y ss. Sánchez Pego, F. J. y Tolosa Tribiño, C., "Los procesos de Seguridad Social", en AAVV (dir. L. E. De la Villa), Derecho de la Seguridad Social, Valencia, 2002.

⁽²⁾ Vid. Garrido Falla, F., "La administrativización de la gestión de la Seguridad Social (con una alusión al Estado del Bienestar)", Revista de Administración Pública, mayo-agosto 1996, pp. 10 a 17. Vid. asimismo Palomar Olmeda, A., "Derecho Público de la Seguridad Social", Barcelona, 1993, pp. 83 a 85.

⁽³⁾ Como señaló el Tribunal Constitucional en la STC 114/1992, de 14 de septiembre, FJ 6, las mutuas son "entidades asociativas de naturaleza jurídico-privada", nítidamente diferenciadas en cuanto a naturaleza, finalidad y régimen jurídico, de las entidades gestoras de la seguridad social, entidades de Derecho público que configuran la denominada Administración de la Seguridad Social, por lo que no existe vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) por el hecho de que la ley reconozca el beneficio de justicia gratuita a las entidades gestoras, con la consiguiente exención de constituir depósitos o consignaciones para recurrir en suplicación, y que se las asimile a la Hacienda Pública en cuanto al régimen de abono de intereses en ejecución de sentencia y no reconozca estos mismos beneficios a las mutuas.

⁽⁴⁾ Como tuvo ocasión de señalar el Tribunal Constitucional en su STC 37/1994, de 10 de febrero, FJ 4, que declara la constitucionalidad de la regla que impone al empresario el pago del subsidio por incapacidad temporal hasta el decimoquinto día de la baja, "el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél. La experiencia comparada y la de nuestro país así lo ponen de manifiesto. Y habrá que concluir, en consonancia con lo dicho, que no es incompatible con la garantía institucional del sistema de Seguridad Social consagrada en el art. 41 CE, la reforma experimentada por el art. 129.1 LGSS [hoy art. 131.1], en cuanto afecta a un aspecto parcial de la protección de la incapacidad temporal para el trabajo, y no altera el papel predominante y el compromiso de los poderes públicos en su labor articuladora de la tutela frente a esta contingencia, descartándose toda prevalencia de la autonomía privada en el diseño de la acción protectora dispensada".

⁽⁵⁾ Por lo que se refiere a la gestión recaudatoria de las cotizaciones sociales, vid. Losada González, H. y Palomar Olmeda, A., "La jurisdicción competente para conocer de la impugnación de los actos en materia de recaudación de la Seguridad Social. Análisis de una controversia", Revista de Seguridad Social, n.º 32, 1986, pp. 65 y ss. En general, vid. Mercader Uguina, J., "Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo", Valencia, 1996.

⁽⁶⁾ Sobre esta cuestión vid. Blasco Pellicer, Á., "El procedimiento especial en materia de Seguridad Social: puntos críticos", en I Congreso de Castilla y León sobre Relaciones Laborales, Valladolid, 1999, pp. 517 y ss.

seguido a instancias del beneficiario contra la resolución dictada por la entidad gestora resolviendo un procedimiento de reconocimiento de prestaciones de seguridad social, pero también constituye proceso de seguridad social el proceso de lesividad especialísimo⁽⁸⁾ de anulación de actos declarativos de derechos en materia de prestaciones de seguridad social, regulado en los arts. 145 y 145 bis LPL, a los que se remite la disposición adicional 6ª.1 LPL de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (para excluir la revisión de actos declarativos de derechos en materia de seguridad social del régimen común de revisión de los actos administrativos declarativos de derechos, regulado en dicha Ley y en la LJCA en cuanto al proceso de lesividad), en el que la Administración pública asume la posición procesal de demandante⁽⁹⁾.

2. El derecho de acceso a la jurisdicción en el proceso de Seguridad Social. Las consecuencias del principio *pro actione* y la subsanabilidad de los defectos advertidos en el cumplimiento de los requisitos procesales

El Tribunal Constitucional señala en reiterada doctrina que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, proscrib

EL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL SEÑALA
EN REITERADA DOCTRINA
QUE EL DERECHO A LA
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
(...) PROSCRIBE
DECISIONES JUDICIALES DE
INADMISIÓN CUANDO LA
INTERPRETACIÓN
EFECTUADA POR EL
ÓRGANO JUDICIAL DE LA
NORMATIVA PROCESAL
SEA RIGORISTA,
EXCESIVAMENTE
FORMALISTA O
DESPROPORCIONADA EN
RELACIÓN CON LOS FINES
QUE PRESERVA Y LOS
INTERESES QUE SE
SACRIFICAN

procesal sea rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican. Ello es consecuencia de la mayor intensidad con que se proyecta el principio *pro actione* sobre los presupuestos procesales establecidos legalmente para el acceso a la justicia, impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del justiciable a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida, sin que ello suponga que deba necesariamente seleccionarse la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las po-

sibles (SSTC 36/1997, de 25 de febrero, 38/1998, de 18 de febrero, 207/1998, de 26 de octubre, 63/1999,

⁽⁷⁾ Un buen ejemplo de estos problemas lo constituyen las SSTC 190/1999, de 25 de octubre y 200/2003, de 10 de noviembre, que declaran la existencia de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva porque la sentencia dictada por la jurisdicción contencioso-administrativa que confirma la obligación de cotizar del demandante a un determinado régimen de seguridad social contradice un pronunciamiento previo de la jurisdicción social sobre el encuadramiento del demandante en un régimen de seguridad social distinto, un determinado régimen de seguridad social. Ciertamente, en la medida en que en la actualidad tanto las cuestiones relacionadas con el encuadramiento en los regímenes de seguridad social como las relativas a las cotizaciones sociales y su recaudación quedan atribuidas al orden contencioso-administrativo, estos problemas de contradicción de pronunciamientos jurisdiccionales que abordan las citadas SSTC 190/1999 y 200/2003 ya no se producirán.

⁽⁸⁾ Vid. Garrido Falla, F. (con la colaboración de Palomar Olmeda, A. y Losada González, H.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. III, *La Justicia Administrativa*, 2.ª ed., Madrid, 2006, pp. 314-318. Vid. también Álvarez de la Rosa, M., "Un nuevo proceso de lesividad: el artículo 144 de la Ley de Procedimiento Laboral", en *Relaciones Laborales*, tomo II, 1990.

⁽⁹⁾ En cuanto a la potestad revisora de oficio del INSS ex art. 145.2 LPL, la STC 3/2002, de 14 de enero, advierte que no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias firmes, la interpretación del citado precepto en el sentido de que la potestad administrativa de revisión de oficio de actos declarativos de derechos que dicho precepto regula es aplicable incluso cuando la prestación que se revisa ha sido previamente objeto de un pronunciamiento judicial.

⁽¹⁰⁾ Vid. Lorenzo de Membiela, J.B., *La reclamación previa en el procedimiento ante la Seguridad Social*, Pamplona, 1998. Blasco Pellicer, A., "La reclamación administrativa previa en la modalidad procesal de Seguridad Social", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 95, 1999.

de 26 de abril, 122/1999, de 28 de junio, 231/2001, de 26 de noviembre y 78/2002, de 8 de abril, entre otras muchas).

La proyección de la referida doctrina en el ámbito del proceso de seguridad social ofrece algunas manifestaciones significativas, entre las que cabe destacar la relativa al cumplimiento del requisito procesal de la reclamación previa (en rigor carga procesal del demandante), contemplado actualmente en el art. 71 LPL⁽¹⁰⁾. Al respecto debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha precisado que la reclamación previa resulta compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE, pues no impide el acceso a la jurisdicción y se justifica por la conveniencia de dar a la Administración la oportunidad de resolver directamente el litigio, evitando así la vía judicial, con todos sus inconvenientes (SSTC 11/1988, de 2 de febrero, 355/1993, de 29 de noviembre, 112/1997, de 3 de junio, 38/1998, de 17 de febrero, 16/1999, de 22 de febrero y 108/2000, de 5 de mayo).

Ahora bien, el Tribunal Constitucional se decanta por una flexible aplicación del requisito de la reclamación previa, expresada en el criterio de favorecer la subsanabilidad del mismo a lo largo del proceso, para evitar la ausencia de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, y ello no sólo cuando no se ha acreditado su realización, sino también en caso de ausencia de la misma, admitiendo su subsanación *a posteriori*, esto es, aunque la demanda planteada ante la jurisdicción social no hubiera sido precedida de la reclamación dirigida a la Administración pública demandada, permitiendo rectificar en el plazo de subsanación el requisito procesal incumplido o defectuosamente realizado, siempre y cuando no se trate de un incumplimiento absoluto que obedezca a una opuesta voluntad a su realización por el demandante (SSTC 69/1997, de 8 de abril, 11/1998, de 2 de febrero, 108/2000, de 5 de mayo, y 12/2003, de 28 de enero, entre otras). En consecuencia, la inadmisión de una demanda en materia de seguridad social sin dar al demandante la posibilidad de subsanar dicho defecto procesal constituiría una vulneración del derecho a la tutela judicial en su vertiente primordial de acceso a la justicia.

Un supuesto problemático es el de las demandas relativas a prestaciones en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en las que el reconocimiento de la prestación, en su caso, corresponda a una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social, toda vez que en el proceso deberá demandarse no sólo a la mutua (y a la empresa) sino también al INSS y a la TGSS. Un recto entendimiento de las normas procesales parece conducir a la conclusión de que la reclamación previa no es procedente respecto de la mutua

(pues es una entidad de naturaleza jurídica privada, y la reclamación previa en vía administrativa sólo procede respecto de las entidades públicas, por definición y como se encarga de recordar el art. 71.1 LPL para el proceso de seguridad social). Y tampoco parece que lo sea en este caso respecto del INSS y la TGSS, toda vez que la Administración de la Seguridad Social carece de facultades para el reconocimiento de la prestación cuando la cobertura del riesgo profesional ha sido concertada con una mutua. Así lo ha entendido la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de marzo de 1997 en unificación de doctrina, en la que, partiendo de la jurisprudencia flexibilizadora sentada por el Tribunal Constitucional, se señala que en los supuestos de accidente de trabajo en los que el reconocimiento de la prestación corresponda a la mutua, debe interpretarse que la exigencia de interponer reclamación previa ante el INSS y la TGSS ha de entenderse cumplida, cuando formalmente no haya sido interpuesta, "mediante el traslado de la demanda a la Administración de la Seguridad Social demandada acordado en la providencia judicial de admisión", pues de este modo "se hace saber efectivamente a la Administración de la Seguridad Social la existencia y contenido del conflicto, con sólo un retraso breve respecto del momento en que la formal reclamación previa hubiera podido dar noticia del propósito de formular demanda".

Por otra parte, conviene recordar que el art. 71.3 LPL contempla el supuesto de la solicitud del interesado para que se dicte la resolución que la Administración de la Seguridad Social debía dictar de oficio, en cuyo caso esa solicitud tiene valor de reclamación previa, de forma que contra su resolución expresa o contra la falta de respuesta en plazo cabe acudir directamente a la vía judicial, por lo que resultaría contraria al art. 24.1 CE una interpretación judicial que exigiera una reclamación previa en estos casos. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en sus SSTC 355/1993, de 29 de noviembre y 194/1997, de 11 de noviembre.

Otra manifestación peculiar del principio *pro actione* en el ámbito del proceso de seguridad social es la que se produce como consecuencia de los problemas litisconsorciales típicos de esta modalidad procesal, especialmente en el caso de litigios sobre prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

La eventual apreciación por el órgano judicial de la falta de litisconsorcio pasivo necesario en la fase de admisión de la demanda debe determinar la apertura del trámite previsto en el art. 81.1 LPL para que el demandante subsane el defecto, ampliando la demanda frente a la entidad que el órgano judicial considere que debe ser traída al proceso⁽¹¹⁾. El órgano judicial tiene la obligación de favorecer la corrección de la demanda

garantizando en lo posible su subsanación, por lo que el requerimiento al demandante a los efectos del art. 81.1 LPL debe ser todo suficientemente determinado. En tal sentido cabe traer a colación la STC 211/2002, de 11 de noviembre, en la que se declara lesionado el derecho de la empresa recurrente en amparo, que vio archivada por el Juzgado de lo Social la demanda que había entablado originariamente frente a una resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre recargo de prestaciones por accidente de trabajo derivado de falta de medidas de seguridad y que luego amplió contra el trabajador accidentado, en respuesta al requerimiento indeterminado del Juzgado por vía del art. 81.1 LPL para que subsanase la demanda “en el sentido de que constituya en debida forma la relación jurídico procesal”. El Juzgado decretó el archivo al entender que la ampliación de la demanda contra el trabajador no subsanaba los defectos de la demanda, decisión judicial que la STC 211/2002 declara lesiva del art. 24.1 CE. Se razona en la STC 211/2002, FJ 4, que “es evidente que no corresponde a este Tribunal determinar qué otras personas, entidades u organismos podían tener interés en el pleito, en tanto que constituye una cuestión de estricta legalidad ordinaria, pero sí nos compete... apreciar que las resoluciones judiciales nunca precisaron el objeto de la subsanación, al punto de no identificar en momento alguno quiénes podían ser aquellos otros interesados que debían ser demandados. Con esa actuación, lejos de cumplir el juzgador con su obligación de favorecer la subsanación de la demanda, dejó en manos de la empresa recurrente en amparo la necesidad de observar un requerimiento impreciso y vago. Teniendo en cuenta que la reiterada indeterminación del defecto no encuentra justificación en un previo comportamiento negligente de la parte demandante –que, muy al contrario, mostró voluntad de cumplimiento en todo momento, ampliando razonablemente la demanda contra quien sin duda poseía interés en el litigio (el trabajador accidentado)–, y que tampoco tiene soporte en una regulación legal clara (pues no existe norma que determine abiertamente a quién más debía demandarse en el procedimiento de autos), la restricción del acceso al proceso acordada por el juzgador, sin especificar el vicio procesal cometido y sin dar auténtica oportunidad de repararlo, no puede reputarse constitucionalmente admisible. Es razonable que la parte recurrente, ante el insistente silencio judicial, se pregunte quiénes eran los otros interesados que debían haber sido demandados, como igual-

UN SUPUESTO
PROBLEMÁTICO ES EL DE
LAS DEMANDAS RELATIVAS
A PRESTACIONES EN
MATERIA DE ACCIDENTES
DE TRABAJO Y
ENFERMEDADES
PROFESIONALES EN LAS
QUE EL RECONOCIMIENTO
DE LA PRESTACIÓN, EN SU
CASO, CORRESPONDA A
UNA MUTUA DE
ACCIDENTES DE TRABAJO
Y ENFERMEDADES
PROFESIONALES DE LA
SEGURIDAD SOCIAL, TODA
VEZ QUE EN EL PROCESO
DEBERÁ DEMANDARSE NO
SÓLO A LA MUTUA (Y A LA
EMPRESA) SINO TAMBIÉN
AL INSS Y A LA TGSS

mente se explica que la entidad gestora, en sus alegaciones ante este Tribunal, guarde silencio sobre el particular. En todo caso, si el Juzgado de lo Social entendía que era necesaria la presencia en el proceso de la Tesorería General de la Seguridad Social o de una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social para la adecuada constitución de la relación jurídico procesal, con independencia de su corrección legal, debió señalarlo expresamente al requerir la subsanación”.

La ampliación de la demanda puede también ser acordada por el órgano judicial a petición de parte. Un supuesto interesante al respecto es el resuelto en la STC 135/1999, de 15 de julio, en la que se otorga el amparo

por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al haber archivado el Juzgado de lo Social una demanda sobre petición de incremento del recargo de prestaciones por accidente de trabajo derivado de falta de medidas de seguridad por parte de la empresa, como consecuencia de no haber subsanado la demandante, a juicio del órgano judicial, el defecto consistente en no explicitar suficientemente las razones por las cuales la demanda, inicialmente dirigida contra la empresa y contra el INSS, fue ampliada, a instancias de la propia demandante, contra la TGSS y contra una mutua de accidentes de trabajo. El Auto de archivo rechaza la existencia de interés alguno en el procedimiento por parte de la TGSS o de la mutua respecto al recargo solicitado, que, por derivarse de la

⁽¹¹⁾ *En caso de demanda en reclamación de prestaciones derivadas de accidentes de trabajo es necesario para constituir adecuadamente la relación jurídico-procesal –además de demandar al INSS y a la TGSS, así como, en su caso, a la mutua que cubra el riesgo– que sea parte demandada la empresa, aun en el supuesto de que no se derive responsabilidad directa para la misma, según ha confirmado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en unificación de doctrina en su Sentencia de 16 de julio de 2004.*

falta de medidas de seguridad en la empresa, no es objeto de aseguramiento, sino responsabilidad exclusiva de la empresa, por lo que en el litigio sólo deben ser demandados la empresa y el INSS, en cuanto entidad pública que determina la procedencia y cuantía del recargo de las prestaciones, en su caso. La STC 135/1999 concluye que la decisión de archivo vulneró el art. 24.1 CE, pues los argumentos del órgano judicial hubieran fundado una eventual denegación de la ampliación solicitada, con el efecto procesal consiguiente de la prosecución de la demanda contra el INSS y la empresa originariamente demandados.

3. Tutela judicial efectiva sin indefensión y congruencia en el proceso de seguridad social. Las prohibiciones para el demandante de alegar cuestiones nuevas no planteadas en la reclamación previa y para la Administración de la Seguridad Social de fundar su oposición en hechos distintos a los aducidos en el expediente administrativo

Los arts. 72 y 142.2 LPL prohíben al demandante alegar en el proceso de seguridad social hechos y cuestiones distintas a las alegadas en la reclamación previa, y a la Administración de la Seguridad Social alegar cuestiones y hechos distintos a los aducidos en el expediente administrativo. Este elemental principio de congruencia entre la vía administrativa y la vía judicial, que sirve a la necesidad de garantizar el principio de igualdad de armas procesales, consustancial al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, no admite, sin embargo, una interpretación maximalista que convierta al proceso de seguridad social en una mera reproducción de la vía administrativa. Por ello, ya el propio Tribunal Constitucional en la STC 44/1989, de 16 de febrero, en un asunto en el que el INSS había fundamentado en la vía administrativa su denegación de la pensión de invalidez, solicitada por el beneficiario, en que las lesiones incapacitantes alegadas por éste eran anteriores a su afiliación a la Seguridad Social, para luego en la vía procesal alegar que, además, el beneficiario no reunía el período de cotización exigible –requisito éste que, a la postre, determinó que la jurisdicción social desestimase la pretensión del beneficiario–, declara que no se viola el principio de congruencia, porque aunque la resolución administrativa deniega la pensión solicitada por el beneficiario con base en la llamada “invalidez de origen” sin mencionar además la falta del período de cotiza-

ción exigible, es lo cierto que los hechos concernientes a la falta del período de carencia estaban presentes en el expediente administrativo, de forma que no se produce indefensión para el beneficiario por el hecho de que el Letrado de la Seguridad Social alegase en el proceso la falta del período de carencia, pues el beneficiario pudo contradecir los hechos que sobre el período de carencia figuraban en las actuaciones y oponer a los mismos lo que estimara procedente, aportando las pruebas o justificaciones que le conviniera, sin que para ello tuviera obstáculo alguno en el proceso, y si no lo hizo así, por elegir otra vía de defensa de sus intereses, reduciendo el debate exclusivamente a si las lesiones o secuelas producidas eran o no anteriores a su alta en la Seguridad Social, ello constituye una legítima estrategia de defensa, pero no justifica el sostenimiento de una queja por indefensión.

Esta doctrina constitucional ha sido recogida y reiterada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en unificación de doctrina (Sentencias de 28 de junio de 1994, 30 de octubre de 1995, 30 de enero de 1996, y 5 de diciembre de 1996, entre otras), en la que se recalca que la meritada interpretación del alcance de los arts. 72 y 142.2 LPL no produce indefensión alguna para el demandante, porque “quien afirma en un proceso la existencia de un derecho ha de estar en condiciones de alegar y probar en ese proceso la concurrencia de los requisitos que fundan su derecho y no puede invocar una situación de indefensión porque se alegue por la demandada o se aplique por el Juez una previsión legal en virtud de un hecho directamente relacionado con la pretensión ejercitada que se ha probado en el proceso y que además constaba ya en el expediente administrativo”. No obstante lo expuesto, es deseable que la Administración de la Seguridad Social extreme el cuidado en la motivación de sus resoluciones sobre reconocimiento o denegación de prestaciones, procurando la exhaustividad en la indicación de los requisitos cuyo incumplimiento obsta al reconocimiento de la prestación o determina la menor cuantía de la prestación reconocida, en su caso.

4. El derecho a la prueba en el proceso de seguridad social. Algunas cuestiones relevantes desde la perspectiva de los derechos fundamentales procesales

4.1. LA DENEGACIÓN DE PRUEBAS RELEVANTES PARA LA DEFENSA

Como en cualquier proceso, la denegación de pruebas en el proceso de seguridad social sólo constituye

vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) si el medio de prueba ha sido solicitado por el justiciable en la forma y momento legalmente establecidos y si, además, la denegación de su admisión o su práctica por el órgano judicial se ha traducido en una efectiva indefensión material para el justiciable, lo que sólo ocurrirá cuando la prueba no practicada fuera “decisiva en términos de defensa”, es decir, cuando la resolución final del proceso podría haber sido favorable a los intereses del justiciable de haberse admitido y practicado la prueba en cuestión (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, 50/1988, de 2 de marzo, 1/1996, de 15 de enero, 219/1998, de 17 de diciembre, 101/1999, de 31 de mayo, 45/2000, de 14 de febrero, 165/2001, de 16 de julio y 1/2004, de 14 de enero, por todas).

4.2. LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL

Como regla general, en el proceso de seguridad social rige, en materia de carga de la prueba, el clásico axioma según el cual al demandante la carga de probar los hechos en los que fundamente su pretensión y al demandado los hechos obstativos, extintivos o enervantes de la demanda (art. 217 LECiv). Mas, por otro lado, como tiene reiteradamente establecido el Tribunal Constitucional (SSTC 227/1991, de 28 de noviembre, 116/1995, de 17 de julio, 140/1994, de 16 de septiembre y 61/2002, de 11 de marzo), en el proceso de seguridad social “los órganos judiciales han de estar especialmente comprometidos en el descubrimiento de la totalidad de la relación jurídico-material debatida, a cuyo fin deben ser también exhaustivos en la introducción del material probatorio... a fin de obtener dicha plenitud del material probatorio sobre los hechos controvertidos en el proceso”. De ahí que, ante situaciones en las que las fuentes de prueba se encuentran en poder de la Administración de la Seguridad Social, la obligación constitucional de colaboración con los Jueces y Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) determine como lógica consecuencia que, en materia probatoria, “la parte emisora del informe esté especialmente obligada a aportar al proceso con fidelidad, exactitud y exhaustividad la totalidad de los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, pues en otro caso se vulneraría el principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de la prueba”, sin que las eventuales deficiencias y carencias en el funcionamiento del propio órgano administrativo puedan repercutir en perjuicio del beneficiario, “porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (*allegans propriam turpitudinem non liquet*)”.

Esta doctrina constitucional –sobre la que habrá de volverse luego al tratar del expediente administrativo

LOS ARTS. 72 Y 142.2 LPL
PROHÍBEN AL
DEMANDANTE ALEGAR
EN EL PROCESO DE
SEGURIDAD SOCIAL
HECHOS Y CUESTIONES
DISTINTAS A LAS
ALEGADAS EN LA
RECLAMACIÓN PREVIA, Y
A LA ADMINISTRACIÓN
DE LA SEGURIDAD SOCIAL
ALEGAR CUESTIONES Y
HECHOS DISTINTOS A
LOS ADUCIDOS EN EL
EXPEDIENTE
ADMINISTRATIVO

en el proceso de seguridad social– atiende a la finalidad de evitar la indefensión en que puede hallarse el justiciable cuando se le exige un comportamiento probatorio imposible o la prueba de hechos negativos *pro-batio diabólica* en los casos en que resulta más simple la del acto positivo contrario por parte del otro litigante, en este caso la Administración de la Seguridad Social. Con fundamento en la indicada doctrina, el Tribunal Constitucional ha apreciado la existencia de indefensión material que se produce cuando el INSS se prevale de su situación hegemónica en la fase

probatoria del proceso de seguridad social y niega la aportación de la certificación de cotizaciones reiteradamente solicitada (STC 116/1995, de 17 de julio), o cuando el certificado de cotizaciones que aporta el INSS es de carácter negativo, pero la ausencia de cotizaciones no está basada en una indubitada falta de cotización del beneficiario durante el período a tener en consideración para el reconocimiento y cálculo de la prestación solicitada, sino en la existencia de obstáculos y dificultades que a la sazón el INSS tenía para comprobar si las cotizaciones se habían o no efectuado (SSTC 227/1991, de 28 de noviembre y 61/2002, de 11 de marzo).

Por el contrario, no se produce indefensión cuando la respuesta judicial contraria a la pretensión del beneficiario se debe a la falta de prueba de un hecho positivo, lo que ocurre, v. gr., cuando el beneficiario en el proceso sólo se opone a la demanda del INSS de reintegro de prestaciones de vejez del SOVI indebidamente percibidas alegando en el proceso lo que a su derecho convino pero sin proponer prueba alguna para enervar la pretensión del INSS, pues “la existencia o no de la afiliación y cotización necesarias para tener derecho a las prestaciones de vejez SOVI y su antecedente, el haber trabajado en una o más empresas, constituyen hechos de carácter positivo y su acreditación, por tanto, no resultaba imposible *prima facie* para el beneficiario, a lo que se une que en el caso examinado la inexistencia de datos en los ficheros administrativos sobre afiliación y cotización del

beneficiario al SOVI no deriva de una deficiencia en el funcionamiento de la Administración de la Seguridad Social, sino que el expediente administrativo, el informe de cotización emitido en su día y la ficha del Retiro Obrero se extraviaron en el transcurso de un proceso penal seguido por presunto fraude en el reconocimiento de pensiones del Retiro Obrero y del SOVI (STC 140/1994, de 9 de mayo).

4.3. INFORMES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL

En los procesos de seguridad social relativos a accidentes de trabajo, el Juzgado de lo Social, antes de celebrar el juicio, debe interesar de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si no figurase ya en autos, la remisión de informe relativo a las circunstancias en que sobrevino el accidente, trabajo que realizaba el accidentado, salario que percibía y base de cotización (art. 141.2 LPL). Este informe es especialmente relevante en caso de recargo de prestaciones de accidente laboral por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo (art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social). Ahora bien, desde el punto de vista de su valor probatorio, es claro que estos informes (a diferencia de los supuestos de acta de infracción o de acta de liquidación de cuotas) carecen de presunción de certeza en cuanto a los hechos constatados en los mismos por el Inspector actuante, de suerte que el informe de la Inspección constituye una prueba más a valorar en el proceso por el Juzgador.⁽¹²⁾ De lo anterior se sigue la consecuencia, en nuestra opinión, de que no necesariamente la falta de incorporación del preceptivo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al proceso determina la nulidad de las actuaciones, pues ello sólo acontecerá si esa omisión ha provocado efectiva indefensión material al trabajador demandante, por no haber podido acreditar los presupuestos de su pretensión mediante otros elementos probatorios aportados al proceso.

Por otra parte, en los procesos de seguridad social en que se ventilan reclamaciones relativas a grados

de invalidez permanente o impugnaciones de altas médicas que ponen fin a la situación de incapacidad temporal es frecuente el recurso del Juzgador al informe del médico forense, de conformidad con el art. 93.2 LPL. Obviamente, al margen de la relevancia que dicho informe pueda tener, por la imparcialidad y cualificación profesional que se le suponen al funcionario público informante, es claro que tampoco dichos informes (en este caso nunca preceptivos) vinculan al Juzgador, constituyendo una prueba más a valorar en el proceso junto con el resto del acervo probatorio⁽¹³⁾.

4.4. LA FALTA DE INCORPORACIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO A LOS AUTOS

En todos los procesos de seguridad social es preceptiva la remisión del expediente administrativo por la entidad gestora (excepto en los casos en que la prestación reclamada corresponda a la gestión de una mutua). La regla es lógica, pues el proceso de seguridad social se configura como un proceso revisor en vía jurisdiccional de lo resuelto en la vía administrativa, lo que justifica la regla ya examinada relativa a la interdicción de aducir en el proceso hechos distintos a los alegados en el expediente administrativo. Ahora bien, la ausencia del expediente administrativo no impide la celebración del juicio, salvo que la entidad gestora justificara suficientemente, a criterio del Juzgador, la imposibilidad de remitir el expediente en plazo (art. 143.1 LPL), sino que la Ley faculta al demandante (art. 143.2 LPL) para elegir entre celebrar el juicio sin el expediente o solicitar que se suspenda para que se reitere por el Juzgador la orden de remisión del expediente, en cuyo caso, si llegada la fecha del nuevo señalamiento no se hubiera remitido el expediente, podrá el Juzgador tener por probados los hechos alegados por el demandante cuya prueba fuera imposible o de difícil demostración por medios distintos a aquél (art. 143.3 LPL).

Esta regla conecta directamente con la ya citada doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 227/1991, de 28 de noviembre, 116/1995, de 17 de julio y

⁽¹²⁾ En la práctica, la situación no difiere gran cosa en este punto de las actas de infracción y liquidación, a las que la disposición adicional 4.ª de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, otorga presunción de certeza en cuanto a los hechos constatados en las mismas, pues, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 76/1990, de 26 de abril y 14/1997, de 28 de enero), la intervención de funcionario público no significa que las actas gocen, en cuanto a tales hechos, de una absoluta preferencia probatoria que haga innecesaria la formación de la convicción judicial acerca de la verdad de los hechos empleando las reglas de la lógica y de la experiencia. En vía judicial las actas de la Inspección incorporadas al expediente no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el Juez forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas en el proceso.

⁽¹³⁾ Con mayor razón esto es predicable de los informes médicos obrantes en el expediente administrativo emitidos por los médicos evaluadores del Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS.

61/2002, de 11 de marzo) que aprecia la existencia de indefensión material que se produce cuando en el proceso de seguridad social se exige al demandante un comportamiento probatorio imposible o la prueba de hechos negativos en los casos en que resulta más simple la del acto positivo contrario por parte de la Administración de la Seguridad Social.

Por otra parte es notorio que esta regla es idónea para salvaguardar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) del demandante en un proceso como el de seguridad social que afecta a derechos e intereses sensibles, y asimismo es claro que la Administración de la Seguridad Social no podría invocar la existencia de indefensión en el supuesto de aplicación de la regla de *ficta confessio* del art. 143.3 LPL, pues tras haber tenido la oportunidad de remitir el expediente en el plazo fijado inicialmente (art. 143.1 LPL), habrá sido requerida de forma expresa para que en un plazo igual remita el expediente, conociendo las consecuencias que pueden derivarse de la no aportación, por lo que no puede escudarse en su falta de diligencia o en el defectuoso funcionamiento de sus servicios administrativos para eludir esas eventuales consecuencias legales.

4.5. LAS PRUEBAS OBTENIDAS POR MEDIOS MECÁNICOS DE REPRODUCCIÓN DE LA IMAGEN Y EL SONIDO

El art. 90.1 LPL admite (adelantándose a la actual LECiv, arts. 382 y 383), como medios de prueba las grabaciones y reproducciones de imagen y sonido, con la elemental cautela de que no hayan sido obtenidos mediante procedimientos que supongan la vulneración de derechos fundamentales. Dicha regla es, desde luego, aplicable al proceso de seguridad social, aunque en la práctica resulta excepcional que las partes en dicho proceso vayan a hacer uso de estos medios probatorios consistentes en la grabación y reproducción de sonidos e imágenes.

Con todo, cabe pensar en supuestos, v. gr., en los que la Administración de la Seguridad Social o, en su caso, la mutua que asume el pago de la prestación, pretendan acreditar que el beneficiario ha simulado una incapacidad para obtener de este modo fraudulento la correspondiente prestación⁽¹⁴⁾, recurriendo para ello a medios técnicos de grabación de imagen

NO NECESARIAMENTE LA
FALTA DE
INCORPORACIÓN DEL
PRECEPTIVO INFORME DE
LA INSPECCIÓN DE
TRABAJO Y SEGURIDAD
SOCIAL AL PROCESO
DETERMINA LA NULIDAD
DE LAS ACTUACIONES

que permitan evidenciar esa simulación. Pues bien, si la grabación se realiza en lugares públicos y cumple las exigencias del principio de proporcionalidad (por todas, STC 186/2000, de 10 de julio), no hay razón para pensar que esas grabaciones atenten contra el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), de modo que constituirá prueba lícitamente obtenida que puede ser aportada al proceso.

Para verificar la observancia del principio de proporcionalidad habrá que atender, conforme a la aludida doctrina constitucional, si la grabación es una medida justificada (lo será si existen razonables sospechas de que el beneficiario ha simulado su incapacidad); idónea para la finalidad pretendida por la mutua o la Administración de la Seguridad Social (verificar que el beneficiario ha cometido el fraude sospechado, pues la grabación evidencia que su comportamiento no se corresponde con la supuesta incapacidad padecida); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba del fraude); y equilibrada (si la grabación de imágenes tiene una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión).

5. El recurso de suplicación y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión

La calificación del recurso de suplicación como recurso de "carácter extraordinario y casi casacional" justifica la exigencia de estructurar el escrito de interposición en los motivos tasados de suplicación y de distinguir claramente las cuestiones de hecho de las Derecho (STC 294/1993, de 18 de octubre), pero lo relevante en último termino es su contenido, por lo que resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva

⁽¹⁴⁾ Para el caso de la incapacidad temporal, desde otra perspectiva, puede verse el esclarecedor estudio de Mercader Uguina, J., "El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)", en el volumen *El accidente de trabajo en la Seguridad Social*, VII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, 2003.

⁽¹⁵⁾ O como en el caso resuelto por la STC 18/1993, de 18 de enero, que considera lesivo del art. 24.1 CE el rechazo de la pretensión relativa a la modificación de la base reguladora de la pensión de invalidez por no haberse articulado de forma correcta, pese a que del escrito de interposición resultaba con claridad cuál era la base reguladora que se postulaba.

(art. 24.1 CE), v. gr., como señala la STC 136/1999, de 27 de septiembre, el rechazo de un recurso de suplicación por cita incorrecta del precepto sustantivo que se estima infringido (referido a la base reguladora de la pensión de jubilación), cuando del escrito de interposición resultaba claramente la pretensión ejercitada (reconocimiento de pensión a favor de familiares).⁽¹⁵⁾

Resolver el recurso de suplicación –estimándolo–⁽¹⁶⁾ del INSS sin haber tenido en cuenta el escrito de impugnación del beneficiario demandante, lesiona el principio de contradicción procesal y, en consecuencia, el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión (SSTC 49/1992, de 2 de abril, 231/1992, de 14 de diciembre, y 13/1999, de 22 de febrero).

Resulta igualmente lesivo de los principios de contradicción y congruencia, y por tanto del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, desestimar el recurso de suplicación del demandante frente a una sentencia que confirmó la denegación de la revisión de la invalidez por agravación, por un fundamento legal (el haber cumplido el beneficiario la edad de jubilación, art. 143.2 LGSS), pero que no fue invocado por el INSS en ningún momento, ni en la vía administrativa, ni en el acto del juicio ni en la

EL ART. 90.1 LPL ADMITE COMO MEDIOS DE PRUEBA LAS GRABACIONES Y REPRODUCCIONES DE IMAGEN Y SONIDO... SI LA GRABACIÓN SE REALIZA EN LUGARES PÚBLICOS Y CUMPLE LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

fase de suplicación –pues no formuló escrito de impugnación– ni fue tampoco considerado por el Juez *a quo*, habiéndose ceñido en todo momento el debate procesal a la existencia o inexistencia de agravación del estado invalidante del beneficiario. Esta actuación de la Sala de lo Social excede de la potestad que refleja el axioma *iura novit curia* porque supone una alteración esencial de la controversia, de forma que sólo cabe resolver por ese fundamento legal no considerado previamente en el proceso una vez que la Sala habilite un trámite de audiencia para que las partes puedan alegar al respecto (STC 53/2005, de 14 de marzo).

Desde otra perspectiva, pero igualmente relacionada con los principios de contradicción y congruencia que garantiza el art. 24.1 CE, la STC 218/2003, de 15 de diciembre, aborda la nada infrecuente situación procesal que se produce cuando obtenida sentencia favorable por el demandante en la instancia (el Juzgado le reconoció su pretensión principal, referida al derecho a la pensión de incapacidad permanente absoluta), se revoca la misma como consecuencia del recurso de suplicación del INSS, sin pronunciamiento sobre la petición subsidiaria de la demanda rectora del proceso (derecho a la pensión de incapacidad permanente total), pretensión que, aun de forma imprecisa, se incorpora al debate de suplicación a partir del escrito de impugnación del recurso de suplicación. La STC 218/2003 concluye que este modo de proceder de la Sala, al no pronunciarse sobre la pretensión subsidiaria del demandante al resolver el recurso de suplicación del INSS, incumple las exigencias de “razonabilidad de la motivación judicial” y lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión al prescindir de los perfiles del debate procesal, trasladados más o menos confusamente pero de manera suficientemente apreciable a la fase de suplicación⁽¹⁷⁾. ●

⁽¹⁶⁾ Obviamente, si el recurso de suplicación del INSS es desestimado, la falta de toma en consideración del escrito de impugnación del beneficiario carece de relevancia constitucional, pues pese a la falta de contradicción no habrá existido finalmente indefensión material, esto es, real y efectiva, para el beneficiario.

⁽¹⁷⁾ La lectura de la STC 218/2003 suscita la duda de si en este tipo de supuestos procesales estamos en realidad ante un problema de incongruencia, antes que de “razonabilidad de la motivación judicial”. De hecho, la STC 218/2003 llega a Esta última solución tras constatar que no puede abordar el problema desde la perspectiva de la incongruencia porque el demandante no acudió a la vía del incidente de nulidad para hacer valer este vicio ante la jurisdicción social antes de acudir al recurso de amparo. En la posterior STC 4/2006, de 16 de enero, que examina un supuesto en el que la sentencia de suplicación estimó el recurso del INSS revocando la sentencia de instancia (sobre reconocimiento de pensión de viudedad del Régimen Especial Agrario), por apreciar la existencia de descubierto de cotizaciones por período superior a seis meses, extremo que fue refutado por el demandante en su escrito de impugnación del recurso, el Tribunal Constitucional considera que la sentencia de suplicación incurrió en incongruencia, lesiva del art. 24.1 CE, considerando salvada la exigencia de invocación en la vía judicial porque el demandante planteó la cuestión ante la Sala de lo Social a través de un “recurso de aclaración”.

PLURALIDAD DE PARTES EN EL PROCESO: SITUACIONES LITISCONSORCIALES, UNA NUEVA VISIÓN

José Ramón FERNÁNDEZ OTERO

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Toda observación de un fenómeno de la realidad presupone una teoría sobre el mismo, por ello la perspectiva que se adopte para su estudio, determina con frecuencia su naturaleza. La física moderna comenzó cuando Galileo decidió estudiar el movimiento al margen de su causa, lo que pugnaba profundamente con la concepción tradicional que no lo concebía separado del impulso. El nuevo planteamiento permitió formular el principio de inercia equiparando a la situación inicial de reposo, la del movimiento rectilíneo, posibilitando así un saber nuevo sobre la velocidad y la aceleración.

Un enfoque intelectual similar esta detrás del “descubrimiento” del derecho procesal tradicionalmente identificado como un conjunto de ritos adjetivos al ejercicio de un derecho material. Era evidente sin embargo que el proceso se iniciaba con independencia de la realidad del derecho subjetivo invocado, que sólo podía determinarse al final, y que por ello la acción procesal debía estudiarse dejando entre paréntesis el motivo que la impulsaba.

Sin profundizar en la historia de la superación de la concepción tradicional, que arranca de la célebre polémica entre Winsheid y Muther y la distinción entre la *actio* romana –actividad del titular dirigida contra el obligado– y la *klage* germánica –derecho a obrar dirigido contra el Estado (*klagerecht*)– la actual autonomía científica del derecho procesal, basada en un con-

cepto de acción o pretensión que comprende indistintamente a la *actio* y a la *klage*, ha madurado hasta posibilitar la formulación de nuevos derechos subjetivos, como el que tipifica el art. 24.1 de nuestra Constitución.

La relación jurídica que se forma como consecuencia del ejercicio de la pretensión procesal tiene una estructura triangular integrada por una *actio* que vincula a demandante y demandado y la *klage* que los relaciona con el órgano jurisdiccional. Como el juez es por definición imparcial no lo menciona el art. 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al determinar quienes tienen capacidad para ser parte en los litigios (*legitimatio ad processum*). El principio de dualidad de partes expresa que la pretensión tiene dos lados, uno activo y otro pasivo, por lo que no veda la existencia de una pluralidad de partes en cualquiera de ellos. Cuando acaecen estos concursos hablamos de litisconsorcio, tecnicismo semánticamente impreciso pues su sentido etimológico hace referencia al hecho de correr la misma suerte en la litis, lo que no ocurre necesariamente entre los litisconsortes. Litisconsorcio equivale a colegitimación o legitimación plural y por lo tanto se trata de una noción integrada en la más amplia de *legitimatio ad causam* o capacidad para intervenir en un proceso concreto.

El art. 10 de la LEC identifica la legitimación con la titularidad de la relación jurídica u objeto litigioso, lo que es sólo una definición de la legitimación activa, mien-

tras que el art. 17.1 de la Ley de Procedimiento Laboral aunque también hace referencia a la cuestión de la titularidad, contiene una noción, la de "interés legítimo", que identifica la constante funcional de toda legitimación.

No resulta satisfactorio relacionar la legitimación activa con la titularidad de un derecho subjetivo, en cuanto con ello se tiende a confundir la finalidad de la acción procesal con la acción misma. El derecho subjetivo aparece invocado por la pretensión pero lógicamente la invocación no equivale a un derecho cuya realidad es sólo hipotética hasta que la sentencia ponga fin a la incertidumbre.

La pretensión procesal, en el aspecto parcial que hemos denominado *actio*, es siempre una relación de conflicto, determinándose la legitimación por la implicación en la misma y no indefectiblemente en la relación jurídico-material de la que dimana éste. Así en litisconsorcio pasivo disyuntivo –en el que se pide la responsabilidad de los demandados alternativamente– es evidente la afectación de todos los miembros de la parte demandada, pero necesariamente alguno de ellos es ajeno a la relación jurídico-material y deberá ser absuelto en la sentencia.

66

El interés activo o pasivo en una relación de conflicto es el elemento determinante de la legitimación. Y por interés –de *inter*, *entre*, y *sum*, *estar*– debemos entender la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio. Es por naturaleza graduable y esta circunstancia la utiliza el legislador como elemento ponderador. Cuando quiere restringir la legitimación adjetiva el interés exigiendo, como en el supuesto del art. 171 de la LPL, que sea "directo, personal y legítimo" y cuando, por el contrario, busca reconocerlo con amplitud ahorra las adjetivaciones (art. 140 de la LPL).

La fuerza o legitimidad de un interés es inversamente proporcional a la distancia que mantenga con su objeto, lo que nos permite distinguir un interés directo y otro indirecto o reflejo. En ambos casos podemos diferenciar además una afectación inmediata en el proceso y otra mediata siendo ésta la que se condiciona a un evento futuro como el caso de una responsabilidad subsidiaria "en caso de insolvencia".

En principio sólo el interés directo e inmediato justifica la intervención en el litigio al conformar la *actio*. Pero el contenido prestacional de la *klage*, en su presentación como tutela judicial efectiva, puede permitir la presencia de otros intereses. El interés indirecto mediato está demasiado alejado del conflicto, pero el indirecto inmediato tiene la distancia justa y la cuestión es si debe subordinarse o no como coadyuvante, a un interés directo. En función de su momento procesal se distinguen dos institutos rituarios de encauzamiento del fenómeno de la pluralidad litigiosa subje-

LA RELACIÓN JURÍDICA QUE SE FORMA COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DE LA PRETENSIÓN PROCESAL TIENE UNA ESTRUCTURA TRIANGULAR INTEGRADA POR UNA ACTIO QUE VINCULA A DEMANDANTE Y DEMANDADO Y LAS KLAGE QUE LOS RELACIONA CON EL ÓRGANO JURISDICCIONAL

tiva: el litisconsorcio (momento inicial) y la intervención (momento posterior). Pero lo importante es saber diferenciar entre la presencia procesal que viene exigida como condicionante de la correcta formación de la relación jurídico-procesal, legitimación necesaria que atañe a todos los miembros de la relación de conflicto, de aquella otra que tiene una naturaleza optativa y que por su carácter voluntario no afecta a la válida constitución de dicha relación jurídica. Y es que la institución del litisconsorcio tiene dos fundamentos. De un lado es tuitiva de la eficacia de la pretensión, favoreciendo

al demandante, ya que si la sentencia no condena a quienes, en definitiva, deben satisfacer la pretensión, el ámbito subjetivo de la cosa juzgada impedirá dirigirse contra ellos en fase ejecutoria; pero por otro lado permite al pasivamente legitimado defenderse de una pretensión que, de reconocerse en sentencia le perjudica directamente o puede crear un precedente que, aunque sea de modo prejudicial, comprometa un ulterior pleito.

La relación procesal se constituye por un acto unilateral y por ello sus dos lados son asimétricos. Cualquier actor puede, por sí mismo, efectuar el acto constitutivo de la relación procesal, con independencia de que lo hagan también quienes se atribuyen una pretensión similar. Por ello el denominado litisconsorcio activo constituye una mera acumulación subjetiva de acciones, en cuanto tal no imperativa, pese a que en el ámbito laboral puedan identificarse casos de cierta coercibilidad como el que contempla el art. 19 de la LPL.

Es en litisconsorcio pasivo donde adquiere relevancia práctica la contraposición entre lo voluntario y lo necesario. Y en este contraste de lo activo y lo pasivo se manifiesta también la autonomía de la pretensión procesal respecto al derecho en litigio hasta el extremo de que puede actuar como demandado quien es parte activa de la relación material, por ejemplo el segundo cónyuge en un litigio en el que se reclama por el primero una pensión de viudedad.

Como hemos anticipado, la doctrina procesalista suele separar la cuestión de quiénes deben ser de-

mandados inicialmente –y aquí la distinción modal entre poder y deber perfila la diferencia entre el litisconsorcio voluntario y el necesario– y de quiénes pueden constituirse en parte interviniendo con posterioridad. En la intervención a su vez, es lugar común diferenciar la principal –especie de tercería que tiene su cauce lógico en la formulación de demanda contra ambas partes solicitando luego su acumulación al pleito original– y la intervención adhesiva desglosada en litisconsorcio y simple. En la litisconsorcio el interviniente, por su relación con la *actio* tenía que haber sido demandado pero no lo fue en virtud de una opción legal del demandante. Así, en el supuesto de la responsabilidad solidaria (art. 1144 del CC) no es necesario demandar a todos los deudores pero cualquiera de ellos tiene un interés directo en el litigio que justifica su intervención. Distinto caso integran los supuestos de solidaridad basada en la indivisibilidad o difícil divisibilidad del título de reprochabilidad en los que existe un litisconsorcio pasivo necesario que obliga a traer al juicio, desde el inicio, al grupo entero de eventuales responsables. El litisconsorcio pasivo necesario es apreciable de oficio por el juzgador y subsanable a través del art. 81.1 de la LPL, y es que aunque algunos pronunciamientos –como la STC101-93– consideró una carga procesal del demandante la determinación de la legitimación activa en el proceso de trabajo, la línea más moderna y conforme con el principio *pro actione* la refleja la sentencia del mismo tribunal 84/97 que configura esta subsanación procesal como una auténtica obligación legal del órgano judicial.

En la intervención adhesiva simple el interés del interviniente es mediato o reflejo, dependiente por ello del de la parte principal a cuyo destino procesal se subordina, como en el supuesto previsto por el art. 175.2 de la LPL. La actual LEC, que contiene la primera regulación general sobre la pluralidad de partes en el proceso, ha preterido la figura del coadyuvante porque condiciona la intervención a la existencia de un interés directo en el pleito.

El art. 13 de la LEC unifica el régimen jurídico de la intervención al establecer en el número 3: “admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule si tuviera oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa”. Se trata de una norma de profundas implicaciones procesales al afectar sustancialmente al poder de disposición de las partes principales, pero que se explica por el exigente contenido de la *klage* que ha inferido la jurisprudencia constitucional del art. 24-1 de nuestra norma fundamental, y que tiene el valor añadido de despejar dudas respecto al alcance de ciertas

intervenciones reconocidas en la normativa laboral como la del art. 140 de la LPL al establecer que “las Entidades Gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social podrán personarse y ser tenidas por parte en los pleitos en materia de seguridad social en los que tengan interés, sin que tal intervención haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones”, intervención que tiene cierto “parentesco” con la del art. 14 de la LEC al no estar condicionada a la existencia de un interés directo bastando la autorización legal.

Pero el que la óptima defensa del interés del interviniente justifique la plena asimilación procesal a las partes originarias no puede ocultar que la eficacia de tal intervención dependerá del momento procesal en que se produzca. Y la puntualidad de la información sobre la existencia del litigio difícilmente puede garantizarse.

El art. 54 de la LPL, sin imponer el calificativo de directo al interés, establece un deber de notificación de las resoluciones a quienes “pueden parar perjuicio u ostentan interés legítimo en el asunto debatido” aunque condicionado a que “así se mande”, lo que no es distinto a la previsión del art. 150.2 de la LEC o del 270 de la LOPJ. Y ello quizás porque jurídicamente no pueda irse más allá, sin caer en la contradicción de convertir en necesario, lo que puede ser un litisconsorcio voluntario. En definitiva la eficacia de la intervención dependerá del celo que pongan o puedan poner el órgano judicial o los litigantes en informar a los interesados. Y habrá afectaciones procesalmente opacas que sólo pueden salir a la luz en virtud de la propia intervención.

Una distinción, que no refiere la ley, pero que surge mecánicamente al aplicar los principios lógicos a la comprensión de los fenómenos jurídicos, es la de discriminar entre el litisconsorcio disyuntivo y el conjuntivo. El primero lo identificamos en aquellos litigios en que se solicita de manera alternativa la condena de los demandados, así en procesos de seguridad social en que se discute sobre la contingencia siendo diversas las entidades aseguradoras de cada una o existiendo sucesión en su cobertura. El conjuntivo se manifiesta cuando se pretende la condena de todos los demandados bien de modo indistinto (responsabilidad principal) bien jerarquizado (responsabilidad subsidiaria), pudiendo concurrir ambos tipos litisconsorciales como suele ocurrir en los litigios por accidente de trabajo (AT).

Los procedimientos por accidente de trabajo constituyen un clásico en la temática litisconsorcio. Ya la ley de 10-1-22 de AT, en su art. 33 exigía que la demanda se dirigiera a la vez contra el patrono y la compañía aseguradora y la pluralidad de partes se fue incrementando a medida que lo hacía la relación material de aseguramiento, extendiéndose la obligación de citar al juicio a la Caja Nacional y al Servicio de Reaseguro, situación que ya contempló la pri-

mera Ley de Procedimiento Laboral de 1958 en su art. 67. La temática se complicó con la creación del Fondo Compensador del Seguro de AT y EP y el Fondo de Garantía, extinguidos por la disposición final primera del R.D-L 36/78 y cuyo sucesor legal y sustituto procesal es en la actualidad el INSS, así como por la aparición del Servicio de Reaseguro de AT, creado por la Ley de 8-5-42 y extinguido por mandato del R.D-L 13/80 asumiendo sus funciones la Tesorería General de la Seguridad Social. Así pues, en la actualidad, la demanda en estos litigios habrá que dirigirla contra la empresa y la entidad gestora o mutua de AT y EP con que aquélla tenga concertada la cobertura del riesgo (art. 141 de la LPL) así como contra el INSS y la TGSS, para colmar las exigencias del litisconsorcio pasivo necesario. Pero sin que ello excluya la intervención litisconsorcial de otros litigantes como una entidad gestora distinta al INSS, en uso de la facultad reconocida en el precitado art. 140 de la LPL o de otros interesados –respecto a los que el juez deberá decidir el alcance de su intervención– en acciones colaterales como las de recargo de prestaciones o de responsabilidad laboral de un empresario que puede ser distinto al empresario contractual, y a quienes afecta por ejemplo la fijación de la contingencia o la cuantía de la base reguladora.

La intervención del empresario en los litigios de seguridad social, fuera del supuesto referido del art. 141 LPL y aquellos otros en que se trate de activar su responsabilidad directa por falta de alta o defecto de cotización (art. 126 y 127 del TRLGSS) es jurisprudencialmente problemática.

El TC ha establecido la obligación de jueces y tribunales de utilizar criterios no restrictivos en la fijación de la legitimación y consecuentemente en la posibilidad de constitución del litisconsorcio voluntario, que supone ponderar intereses mediatos o indirectos, en coherencia con el art. 24.1 de la CE que habla sólo de interés legítimo sin necesidad pues de “titularidad” del derecho subjetivo (SSTC 24/87, 195/92, 285/93..., etc.); pero esta doctrina general resulta ambigua en la práctica atendiendo al propio uso que, en el caso que nos interesa, ha efectuado el referido tribunal al negar la legitimación al empresario en los procesos de invalidez por contingencia común, por no ser parte en la relación jurídica de seguridad social –aunque es cotizante en situación similar a la del riesgo de accidente de trabajo– y así lo declaró por ejemplo la STS 207/89.

Es manifiesto sin embargo que el empresario puede tener interés en el litigio no sólo en atención al efecto reflejo que en la relación laboral origine la sentencia sino también por la existencia de mejoras de seguridad social con las que esté comprometido. El diseño jurisprudencial de la *klage* ha roto los rigurosos mol-

NO RESULTA SATISFATORIO RELACIONAR LA LEGITIMACIÓN ACTIVA CON LA TITULARIDAD DE UN DERECHO SUBJETIVO, EN CUANTO CON ELLO SE TIENDE A CONFUNDIR LA FINALIDAD DE LA ACCIÓN PROCESAL CON LA ACCIÓN MISMA

des de la cosa juzgada. Así el principio de que un mismo hecho no puede declararse existente en un proceso e inexistente en otro –fijado por la STC 158/85 y que ha recogido, aunque asimétricamente, el art. 42.5 de la ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social– supone un condicionamiento material a la decisión de cualquier proceso colateral posterior.

La fijación de la dinámica de un accidente de trabajo o de la causa de una enfermedad

profesional funcionan de ordinario como elementos decisivos en reflejos procesos de responsabilidad empresarial.

No sólo el empresario, sino también la compañía aseguradora de una mejora voluntaria, o un plan de pensiones, pueden tener interés en que la contingencia de la invalidez sea enfermedad profesional y no accidente de trabajo, o enfermedad común y no accidente no laboral, en virtud del tenor del clausulado de la póliza o del convenio colectivo, y este interés no podemos calificarlo de ilegítimo cuando sólo puede defenderse con eficacia en el proceso que determina la contingencia. Por ello aunque no concorra el interés directo que justifique la apreciación del litisconsorcio pasivo necesario, como elemento condicionante de la admisión de la demanda, difícilmente puede justificarse la negativa a la admisión de su intervención en el proceso.

En definitiva los litigios en materia de seguridad social están abocados a la pluralidad de partes, no sólo por el carácter triangular que, como relación de seguro, tiene el vínculo material de seguridad social que es el que determina el interés litigioso directo sino porque el mismo, al menos en la modalidad del régimen general, tiene como relaciones reflejas una laboral donde la triangulación de interesados no es inusual (art. 42, 43 y 44 del ET) y con frecuencia otra de seguridad social complementaria que suele ser triateral. Y el contenido publicístico de la *klage*, como derecho fundamental a la tutela judicial de todos los intereses legítimos de los ciudadanos, debe buscar, dentro de lo posible, una efectividad procesal que sólo en la cobertura general puede satisfacer su designio igualitario. ●

HECHOS NUEVOS Y PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL

Nuria Victoria FONT ALMAGRO

*Letrada de la Administración de la Seguridad Social.
TGSS. Almería*

69

En este breve estudio, basado en el examen de los numerosos pronunciamientos judiciales existentes, se va a exponer la problemática que ha rodeado la aplicación e interpretación de un precepto concreto del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, el artículo 142.2 (antiguo art. 120 LPL), cuyo contenido se ha considerado complementario del de otra disposición normativa del referido texto legal, el artículo 72, objeto de análisis en el tema relativo a la reclamación previa.

I.- El artículo 142.2 TRLPL. La congruencia entre el expediente administrativo y el proceso de Seguridad Social

La exigencia de congruencia entre el expediente administrativo y el proceso es una de las notas características del proceso de Seguridad Social, de ahí que en el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en concreto en el Capítulo VI, “De la Seguridad Social” del Título II, “De las modalidades procesales” del Libro II, “Del proceso ordinario y las modalidades procesales”, se introdujera el artículo 142.2, pese a la inclusión en el Libro I, “Parte General” (al regular la reclamación previa), del artículo 72 que en términos más amplios contiene la exigencia de congruencia entre lo alegado en la reclamación previa y, en la contestación a la misma, el proceso.

Contiene el artículo 142.2 una regla de gran importancia que preside el proceso de Seguridad Social de principio a fin, “*en el proceso no podrán aducirse por ninguna de las partes hechos distintos de los alegados en el expediente administrativo*”, lo que, evidentemente, equivale a imponer un principio de congruencia entre éste y el proceso que a su vez habrá de tener su reflejo en la sentencia que ponga fin al mismo.

El citado precepto se corresponde con el antiguo artículo 120.2 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, que establecía que “*no podrán aducirse por el demandante hechos distintos de los alegados para resolver el expediente administrativo*” y que en aplicación del principio de igualdad procesal, se consideró, por la jurisprudencia, exigible también al demandado.

Los límites en la aplicación de este precepto han sido objeto de discusión doctrinal. Una interpretación restrictiva, más acorde con la redacción del artículo 120 anterior, que con la actual del 142, conduciría a considerar “nuevos”, hechos diferentes a los que hubiesen servido para fundamentar la solicitud de iniciación del expediente administrativo o, para dictar la resolución administrativa. Esta interpretación chocaría, con el principio de legalidad, con la aplicación del principio *iura novit curia* y, en general, con los principios que rigen la carga de la alegación y prueba de los hechos en el proceso. Por el contrario, otro sector de la doctrina defiende que una interpretación en exceso

flexible podría conllevar el causar indefensión a una de las partes al permitir alegar hechos que, aun constando en el expediente administrativo, fueran de tal trascendencia que al alterar la causa de pedir modificasen la pretensión deducida.

La prohibición que se establece en el artículo 142.2 TRLPL de aducir “hechos distintos” de los alegados en el expediente administrativo en los procesos de Seguridad Social, ha de ser examinado conjuntamente con el artículo 80.1.c) de la misma Ley Procesal Laboral, que prohíbe que en la demanda se aleguen “hechos distintos” de los aducidos en la reclamación administrativa previa, y con la también prohibición a las partes del artículo 72.1 de la misma Ley, de introducir variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los formulados en la reclamación previa y en la contestación a la misma; examen conjunto e integrador que pone de manifiesto que la limitación de alegaciones se refiere a cuestiones de hecho, pero no alcanza a la calificación jurídica de las que hubieran sido alegadas.

La delimitación del alcance del artículo 142.2 (antes 120) plantea problemas en su aplicación que se han resuelto atendiendo al caso concreto en el que se han presentado, lo que, si bien, en un primer momento, determinó que no se estableciesen criterios suficientemente uniformes, finalmente supuso que los referidos problemas aplicativos fueran dilucidados en unificación de doctrina por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Particularmente trascendente fue la sentencia dictada por la Sala General el 28 de junio de 1994, RJ 1994/6319 (tuvo un voto particular) al servir de referencia para resolver aquellos supuestos de hecho en los que se ha alegado la vulneración del artículo 142.2 TRLPL por alguna de las partes.

En el caso resuelto por la referida sentencia el demandante había solicitado una invalidez que le fue denegada en vía administrativa por no ser invalidantes las lesiones que presentaba y en el acto del juicio el INSS se opuso alegando que el actor no cumplía el requisito de alta por estar jubilado. La Sala entendió que la alegación de la falta del requisito de alta aun no habiendo servido de fundamento a la resolución administrativa que puso fin al expediente de invalidez tramitado, no constituía infracción del artículo 141.2 (actual 142.2).

Las razones que fundamentaron tal pronunciamiento se apoyaron en que el principio de legalidad (inspirador de la actuación jurisdiccional) y el carácter instrumental de la reclamación previa (que no debe limitar la función revisora por parte de los órganos jurisdiccionales) impiden el que pueda hacerse abstracción en juicio de aquellos hechos que constando en el

expediente administrativo, no han sido invocados como causa de la resolución denegatoria impugnada en juicio.

Señalaba la sentencia que en el proceso de Seguridad Social se pide normalmente el reconocimiento del derecho a una prestación mediante una acción declarativa de condena, que es el mismo que se ha solicitado en el procedimiento administrativo. El actor tiene que probar los hechos constitutivos de su derecho (la existencia de la situación protegida, la concurrencia de los restantes requisitos de acceso a la protección...) y la entidad gestora tiene la carga de probar los hechos impeditivos, los extintivos y los excluyentes.

No obstante este deber probatorio de las partes de los hechos en los que basan sus pretensiones, la sentencia de la Sala recuerda que la ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el Juez, si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada, toda vez que ello se incardina en la aplicación del principio *iura novit curia* y en general, de los principios que rigen la carga de la alegación y prueba de los hechos en el proceso y lo mismo sucede con los hechos impeditivos y extintivos. La razón está en que los órganos judiciales están vinculados por el principio de legalidad y, por ello, no pueden otorgar tutelas infundadas.

Esta solución, considera la Sala IV del Tribunal Supremo, no produce indefensión alguna para el demandante puesto que, en principio, quien afirma en un proceso la existencia de un derecho ha de estar en condiciones de alegar y probar en ese proceso la concurrencia de los requisitos que fundan su derecho, no puede invocar una situación de indefensión, porque se alegue por la demandada o se aplique por el Juez una previsión legal en virtud de un hecho directamente relacionado con la pretensión ejercitada, que se ha probado en el proceso y que además constaba ya en el expediente administrativo.

No ha sucedido lo mismo con los hechos excluyentes (V. gr. supuestos de alegación de la excepción de prescripción), en los casos en que han sido alegados por primera vez en el proceso, aunque resultasen del expediente administrativo, se ha considerado vulnerado el artículo 142.2 TRLPL. Recientemente el Tribunal Supremo, en sentencia de 18-7-2005 (RJ 2005/7043), ha considerado hecho nuevo la alegación en el acto de juicio, no de un hecho excluyente del reconocimiento de la prestación reclamada, sino de un hecho excluyente de la responsabilidad de la entidad gestora en el pago de la prestación, porque entiende que aun constando en el expediente administrativo los datos de los que resulta la responsabilidad de otro de los demandados a éste se le causa indefensión en el juicio al verse sorprendido con la posibilidad de que sea él y no la entidad gestora el responsable de pago. Con-

tiene esta sentencia un voto particular en el que, estimo acertadamente, se considera que quizá la única parte que ha sufrido finalmente indefensión es el INSS los Magistrados que formulan el voto particular señalan que *“El examen y consideración en la sentencia de instancia de un hecho suscitado en el juicio, que afectaba a la exoneración de responsabilidad de una de las partes codemandadas, concretamente el INSS, no constituye, en realidad, una cuestión nueva, puesto que el órgano judicial de instancia no ha resuelto sobre una pretensión diferente a la que fue objeto del debate, tal como fue concretado por la parte demandante. Lo que ha hecho el órgano judicial es, atendiendo a lo alegado y probado en el juicio, absolver de responsabilidad a una de las partes que el demandante trajo al proceso como demandada”*.

De acuerdo con la argumentación del Tribunal Supremo en su sentencia de 28-6-1994, la sentencia del Tribunal Constitucional 41/1989, de 16 febrero (RTC 1989/41), que resolvió en amparo un caso semejante, advirtió que reducir el debate solamente a la naturaleza de las lesiones sufridas, prescindiendo de lo referente al período de carencia, *“es una posición de defensa sin duda legítima y legalmente amparada en el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Laboral, acogida por la sentencia de instancia”*. Pero *“no puede convertirse ahora en la indefensión prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución”*. Y la sentencia del mismo Tribunal Constitucional 15/1990, de 1 febrero (RTC 1990/15), declara que es preciso rechazar todo supuesto que implique *“una aplicación excesivamente rígida de la regla contenida en el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Laboral... sobre todo si se tiene en cuenta que la congruencia no debe tener como único criterio el contenido de reclamación previa, sino el conjunto de pretensiones y argumentos suscitados en los trámites previos al proceso, incluyendo la petición inicial y el resto de los datos aportados por el expediente administrativo correspondiente, sobre los cuales no se pronunció tampoco el Magistrado de Trabajo”*.

La doctrina fijada en la sentencia de 28-6-1994 ha sido reiterada por la Sala en sentencias de 30 de octubre de 1995 (RJ 1995/7932), sobre incapacidad permanente parcial, señalando que *“La inexistencia de un presupuesto constitutivo de la pretensión judicial relativa al reconocimiento de una prestación de Seguridad Social puede y debe ser apreciada por el Órgano Judicial, aun cuando no hubiera sido objeto de expresa alegación en la resolución administrativa que se combate”*; 30 de enero de 1996 (RJ 1996/487), en donde la razón aducida en vía administrativa (que las secuelas de las lesiones no constituyen incapacidad absoluta) no coincide con la oposición esgrimida ante el órgano jurisdiccional de que no cabe acceder a la situación de incapacidad permanente desde la jubila-

LA EXIGENCIA DE CONGRUENCIA ENTRE EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y EL PROCESO ES UNA DE LAS NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL [QUE] ESCONDE... UNA GRAN COMPLEJIDAD APLICATIVA

ción, ante lo que argumenta *“esta falta de correspondencia no puede cerrar el paso al conocimiento jurisdiccional de la cuestión planteada, cuando, como sucede en el presente asunto, el hecho en el que se apoya consta en el expediente administrativo; es únicamente esta exigencia de constancia de los hechos decisivos del caso en dicho expediente lo que se desprende del precepto del art. 141.2”*; 2 de febrero de 1996 (RJ

1996/843), sobre incapacidad permanente, pretensión que la Entidad Gestora desestimó en vía administrativa por no ser las lesiones constitutivas de tal situación y estimar la necesidad de continuar recibiendo asistencia médica y, en el acto de juicio, alegó que el actor no tiene carencia exigida, razona la sentencia que *“El hecho de que la falta de período de cotización para que se genere el derecho a la prestación no fuera materia debatida en vía administrativa previa no quiere decir que haya dejado de constituir un requisito en el que se fundamenta el derecho a la prestación; y, en consecuencia..., que el juzgador haya de reconocer el derecho aun constando su inexistencia, según resulta de lo actuado en el proceso”*; 24 de julio de 1996 (RJ 1996/6415), en donde tanto la sentencia de instancia como la de suplicación se limitaron a examinar si las secuelas padecidas eran constitutivas de invalidez permanente, que fue el fundamento de la resolución administrativa, pero no valoraron la objeción opuesta en vía judicial relativa a que el demandante no reunía el período de carencia exigible, que constaba en el expediente, manifestando que *“La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el Juez si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impositivos y extintivos... Sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho”*; 5 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9132), también en proceso de incapacidad, en el caso de autos se denegó la solicitud por dos causas, no constituir las lesiones el grado de menoscabo suficiente para ser constitutivas de Incapacidad Permanente y no encontrarse en alta o en situación asimilada al alta en la fe-

cha del hecho causante, mientras que en la contestación a la reclamación previa sólo se adujo la primera de las causas. La sentencia de suplicación anuló la de instancia al haber resuelto apoyándose exclusivamente en la primera causa puesto que la segunda *“se encontraba ausente en la reclamación previa”*, y 10 de marzo de 2003 (RJ 2003/3640), igualmente en un proceso de incapacidad en el que al contestarse la demanda se alega la falta del requisito de alta para causar derecho a la prestación solicitada sin que en la resolución que puso fin a la vía administrativa se hubiera hecho mención de tal circunstancia.

EL TRIBUNAL SUPREMO HA RESUELTO QUE EL HECHO DE QUE UNA AFECCIÓN SE MANIFIESTE CON POSTERIORIDAD A LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO NO DEBE EXCLUIR SU CONSIDERACIÓN POR LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA QUE PONE FIN AL MISMO

72

Evidentemente la doctrina sentada en la referida sentencia ha sido ampliamente seguida en las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, SSTSJ Andalucía, Málaga 21-5-1997 (AS 1997/1917), 17-11-1997 (AS 1997/5192) y 10-11-2000 (2001/481); STSJ Baleares 18-6-1999 (AS 1999/6041); STSJ Castilla-La Mancha 23-3-1998 (AS 1998/1281); STSJ Castilla y León 17-6-2003 (AS 2003/2006) y 1-12-2005 (AS 2006/50); SSTSJ Cataluña 12-3-1999 (AS 1999/1814), 27-1-2003 (AS 2003/349) y 9-2-2004 (AS 2004/1823); SSTSJ La Rioja 3-2-2000 (AS 2000/5436) y 13-11-2001 (AS 2001/4167); STSJ Madrid 11-3-2005 (JUR 2005/93414); SSTSJ País Vasco 22-2-2000 (AS 2000/584, 14-3-2000 (AS 2000/588) y 14-1-2003 (AS 2003/1548).

No obstante lo hasta ahora expuesto, lo cierto es que pese a la trascendencia que tuvo la sentencia de 28-6-1994 en la resolución de los problemas que surgían en la aplicación del artículo 142.2, ésta no daba solución a toda la casuística que en relación con la posible vulneración de dicho precepto surgía, y surge, en el ámbito de los procesos de Seguridad Social dirigidos al reconocimiento de prestaciones, en especial, de las prestaciones de incapacidad, durante cuya tramitación cobra una gran importancia la fijación de las dolencias que pueden ser valoradas por el juzgador y, también, la concreción de la contingencia de la que derivan.

A las circunstancias en las que cabe admitir o rechazar la alegación de la vulneración del artículo 142.2

TRLPL en los procesos que se siguen por incapacidad me voy a referir en el siguiente punto, partiendo para ello de los pronunciamientos contenidos en sentencias dictadas en unificación de doctrina por el Tribunal Supremo y por los Tribunales Superiores de justicia.

II. Aplicación del artículo 142.2 TRLPL en relación a las lesiones susceptibles de valoración y la contingencia

Partiendo de los pronunciamientos judiciales existentes se pueden distinguir los siguientes supuestos de hecho:

1. Lesiones que sean agravación de otras anteriores alegadas en el expediente administrativo.

Tanto por el Tribunal Supremo como por los Tribunales Superiores de Justicia se ha considerado que la prevención procesal contenida en el artículo 142.2 TRLPL se refiere a dolencias totalmente nuevas, no a aquellas que, por diversas circunstancias, han aflorado en el transcurso de aquél cuando por la propia naturaleza de las mismas, sea previsible que así pueda suceder, pues el grado de invalidez no se ha de determinar en relación estrictamente con el estado físico o psíquico alegado por el solicitante en vía administrativa, sino que ha de ser valorada también la posible agravación hasta el momento del juicio.

No constituye hecho nuevo a los efectos del artículo 142.2 TRLPL, la alegación del incremento del efecto invalidante, por la agravación o extensión a otros órganos, de los padecimientos que se alegaron en el procedimiento administrativo, y esto porque no cabe interpretar el referido artículo en el sentido de que el interesado haya de expresar en el expediente administrativo exhaustivamente todas las manifestaciones y diagnósticos de su enfermedad, no siendo hecho nuevo si la afección cualquiera que fuese su denominación, objeto e intensidad fue objeto de estudio en el expediente (SSTS 28-5-1976; 22-6-1977; 18-4-1984, RJ 1984/2115; 7-11-1984, RJ 1984/5819; 28-6-1986, RJ 1986/3755; 30-6-1987, RJ 1987/4682; 20-12-1988, RJ 1988/9879; 5-7-1989, RJ 1989/5431; STSJ Canarias, Las Palmas 26-1-2001, JUR 2001/184264 y 28-2-2002, JUR 2002/235087; STSJ Castilla-La Mancha 9-2-1996, AS 1996/344; STSJ Castilla y León 16-5-2000, JUR 2001/14766; STSJ La Rioja 31-3-1998, AS 1998/628).

2. Lesiones que existiendo con anterioridad a la tramitación del expediente administrativo se ponen de manifiesto después del reconocimiento por las unidades o equipos de valoración.

El Tribunal Supremo ha resuelto que el hecho de que una afección se manifieste con posterioridad a la

iniciación del procedimiento no debe excluir su consideración por la resolución administrativa que pone fin al mismo, pues las especialidades que ese procedimiento presenta tanto en orden a la naturaleza de las prestaciones que constituyen su objeto, y que atienden la cobertura de necesidades vitales esenciales, como respecto a los plazos que condicionan la revisión, aconsejan la aplicación de un criterio flexible (el denominado *ius superveniens* por la doctrina científica) en la valoración de aquellas circunstancias sobrevenidas que puedan agravar la situación del inválido, aparte de que otra solución sería contraria a la economía procesal. No obstante esto, considera que en estos supuestos los efectos de la incapacidad permanente han de retrotraerse no al momento en que se emitió el dictamen de la unidad de valoración sino a la fecha en la que con la afección nueva se actualiza el grado de incapacidad reclamado (STS 15-9-1987, RJ 1987/6200).

3. Lesiones o defectos que aparecen durante la tramitación del expediente administrativo pero no son detectados por los servicios médicos de la entidad gestora.

El Tribunal Supremo en relación con estos supuestos ha señalado que lo que el artículo 142.2 TRPL prohíbe es que por el demandante se aduzcan en el proceso jurisdiccional hechos distintos a los alegados en el expediente administrativo, pero lo que no exige ni podría exigir es que tales hechos, cuando se trate de dolencias que el promotor del expediente considera invalidantes, sean previa y correctamente diagnosticadas por quien las alega, siendo lo lógico que pueda y deba limitarse a exponer los síntomas y la, a su entender, posible etiología, máxime cuando los propios médicos evaluadores no son capaces de establecer un diagnóstico correcto, lo cual no destruye la evidencia de la realidad de la verdadera naturaleza de la enfermedad determinante de una invalidez permanente, puesto que en estos casos el problema no es que las lesiones no sean alegadas sino que pese a haberse señalado determinados síntomas no se hayan constatado por la unidad de valoración.

Así lo entendió en sentencias de 23-9-1987 (RJ 1987/6374), de 25-6-1998 (RJ 1998/5704) y más recientemente en sentencia de 7 de diciembre de 2004 (RJ 2005/1593) en la que en un supuesto en el que en los informes periciales, de ambas partes, aportados en el acto del juicio aparecían recogidas lesiones visuales, por sí solas determinantes de incapacidad permanente, que durante la tramitación del expediente no se alegaron ni fueron apreciadas por los servicios médicos del INSS, y respecto de las cuales en ambas periciales se afirmó que ya existían durante la tramitación del expediente, resuelve la Sala recordando que el limitar la función revisora del juzgador únicamente a las dolencias alegadas por las partes en vía adminis-

HAN DE SER LOS
ÓRGANOS
PREDETERMINADOS EN
LA NORMATIVA JURÍDICA
DE APLICACIÓN LOS QUE
TIENEN QUE CONOCER,
VERIFICAR Y VALORAR EN
PRIMER TÉRMINO LAS
CIRCUNSTANCIAS
DETERMINANTES DEL
DERECHO A PERCIBIR LA
PRESTACIÓN

trativa impediría en la realidad la función revisora jurisdiccional en cuanto que al solicitante, ajeno a la denominación de sus dolencias o a su gravedad, sólo se le puede exigir que las exponga, correspondiendo su valoración y calificación a la correspondiente unidad administrativa.

En el mismo sentido se han pronunciado las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (STSJ Baleares 17-6-1991, AS 1991/3965; STSJ Murcia 19-6-1991, AS 1991/3909; STSJ Comunidad Valenciana 23-6-1992, AS 1992/2937).

4. Lesiones distintas a las alegadas en el expediente administrativo.

Fuera de los supuestos anteriores, incluir lesiones nuevas en las alegaciones que se realizan en el proceso supone conculcar lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 142 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, ya que dicha norma responde a la necesidad de salvaguardar el imprescindible y necesario equilibrio entre los intereses particulares de quien reclama una prestación de la seguridad social y los públicos que ha de tutelar la misma.

Han de ser los órganos predeterminados en la normativa jurídica de aplicación los que tienen que conocer, verificar y valorar en primer término las circunstancias determinantes del derecho a percibir la prestación, por dicha razón, las lesiones nuevas que, no estando comprendidas en ninguno de los casos anteriormente expuestos, sean alegadas en el proceso no podrán ser tenidas en cuenta en el mismo. En estos supuestos únicamente cabe iniciar un nuevo expediente administrativo de incapacidad, en el que se pueda valorar la incidencia del nuevo padecimiento. Los términos del artículo 142.2 TRPL no permiten una alegación indiscriminada en el acto de juicio de lesiones que no existían durante la tramitación del expediente administrativo, porque lo que se está enjuiciando en el proceso es la incapacidad que la actora tenía durante la tramitación del expediente administrativo y no la que podría afectarle en el momento del acto de juicio (SSTS 27-5-1986, RJ 1986/2713, 2-2-2005, RJ 2005/2963; STSJ Castilla y León 15-11-1994,

Recurso n.º 971/1994; SSTSJ Cataluña 17-9-1996, Recurso n.º 652/1996 y 14-10-1998, recurso n.º 8383/1997).

5. Alegación por primera vez en el proceso de contingencia distinta a la determinada en vía administrativa.

La calificación del origen de la contingencia se ha considerado un hecho constitutivo a la hora de reconocer la prestación de incapacidad permanente y, por tanto, si de los documentos existentes en el expediente administrativo resulta acreditada una contingencia distinta a la apreciada en la resolución del mismo, su alegación en juicio no vulnera el artículo 142.2 TRLPL (STSJ La Rioja 16-1-2003, JUR 2003/108970). Ahora bien, será necesario en estos casos que hayan comparecido en el expediente administrativo todos los afectados y que hayan sido llamados a juicio.

Por último, es interesante recordar, aunque sea brevemente, que en lo referente a los hechos nuevos en los juicios relativos a incapacidad permanente, se ha planteado en numerosas ocasiones si

LOS TÉRMINOS DEL
ARTÍCULO 142.2 TRLPL
NO PERMITEN UNA
ALEGACIÓN
INDISCRIMINADA EN EL
ACTO DE JUICIO DE
LESIONES QUE NO
EXISTÍAN DURANTE LA
TRAMITACIÓN DEL
EXPEDIENTE
ADMINISTRATIVO,
PORQUE LO QUE SE
ESTÁ ENJUICIANDO EN
EL PROCESO ES LA
INCAPACIDAD QUE LA
ACTORA TENÍA
DURANTE LA
TRAMITACIÓN DEL
EXPEDIENTE
ADMINISTRATIVO Y NO
LA QUE PODRÍA
AFECTARLE EN EL
MOMENTO DEL ACTO
DE JUICIO

tiene esta consideración el reconocimiento de un grado de invalidez inferior al postulado en la demanda y reclamado en vía administrativa.

El Tribunal Supremo ha entendido en sentencias de 14-6-1996 (RJ 1996/5160) de 13-11-2000 (RJ 2000/9638) y 11-12-2000 (RJ2001/806) que "... es totalmente acertada y conforme a derecho la sentencia que concede al demandante un grado de incapacidad permanente inferior al que había solicitado en la demanda... Realmente, no ya sólo la aplicación del principio aludido de que 'quien pide lo más pide lo menos'... sino, también, la propia naturaleza revisora de un acto administrativo que entraña todo juicio relativo a invalidez permanente permite admitir, sin quebrantamiento procesal apreciable, que el reconocimiento de un grado de invalidez permanente inferior al postulado en la demanda rectora de autos, en tanto no esté expresamente excluido del petitum de la demanda, no debe dar lugar al denunciado vicio de incongruencia procesal".

III. Valoración final

La exigencia de congruencia entre el expediente administrativo y el proceso, que como se apuntaba más arriba es una de las notas características del proceso de Seguridad Social, a pesar de estar formulada en el artículo 142.2 TRLPL de forma simple y, en principio, exenta de dificultad interpretativa, esconde tras dicha apariencia una gran complejidad aplicativa. Por ello habrá que atender, para determinar si existe congruencia entre el expediente administrativo y el proceso, al supuesto de hecho concreto, analizando no sólo el contenido de la reclamación previa, sino también la solicitud inicial, el resto de datos incorporados al expediente y las circunstancias que, en conexión directa con las pretensiones y argumentos suscitados en los trámites previos al proceso, se produzcan hasta el acto del juicio. ●

REVISIÓN DE SUS PROPIOS ACTOS POR LA SEGURIDAD SOCIAL, SUS LÍMITES EN LA ACTUACIÓN REVISORA

Javier DELGADO SAINZ

*Magistrado. Titular del juzgado de lo social núm. 29
de Barcelona. Letrado de la Administración de la
Seguridad Social*

75

Según la disposición adicional sexta de la Ley 30/92⁽¹⁾, la revisión de actos en Seguridad Social se rige por las específicas previsiones de la ley de procedimiento laboral, que se contienen en el actual art. 145 (anterior art. 144). Por revisión del acto administrativo gestor hay que entender, conforme a la construcción doctrinal que encuentra sus raíces en el derecho administrativo, la acción de volver sobre el mismo acto a efectos de su modificación o desaparición del mundo del derecho. El resultado de la acción revisora será un nuevo derecho distinto del anterior en su contenido o extensión, o bien simplemente la declaración de la inexistencia del propio derecho, y eventualmente puede resultar un débito a cargo del beneficiario, o incluso un mejor derecho a su favor.

A *sensu contrario*, no procede hablar de revisión cuando no se trata de volver sobre el acto inicial de reconocimiento del derecho o concesión sino de llevar a cabo una alteración en el régimen de su disfrute, por aplicación de una norma⁽²⁾. En esos supuestos, el inicial reconocimiento es conforme a derecho y no se pretende cuestionar la decisión adoptada por la Administración sino la aplicación a esta decisión válida de un precepto que contempla unas circunstancias posteriores con trascendencia relevante en el disfrute del derecho. Situados en el ámbito de la Seguridad Social,

y por citar ejemplos que responden a las ideas precedentes, sería el caso de modificaciones en el estado civil, edad, cambios de la situación económica o laboral, reconocimiento de nuevas prestaciones o pensiones incompatibles, vencimientos, causas de extinción, etc.

Sentadas estas ideas precedentes⁽³⁾, hay que hacer referencia obligada al art. 145 de la LPL, apuntando, de entrada, la conclusión de que la regulación en la ley procesal laboral es conceptualmente inadecuada ya que el precepto tiene un contenido principalmente sustantivo y sólo indirectamente procesal; y por otra parte, la regulación es claramente insuficiente⁽⁴⁾ al no contemplar todas las cuestiones que confirmarían el régimen jurídico de la revisión gestora en materia de seguridad social, siendo necesario acudir a otras normas complementarias y a la —en ocasiones— vacilante interpretación jurisprudencial⁽⁵⁾, que ha incidido sobre determinados aspectos esenciales no previstos en la norma de referencia. En conjunto, el cuadro normativo y su interpretación jurisprudencial ofrecen un panorama poco clarificador, generador de inseguridad jurídica, necesitado de una reforma en profundidad⁽⁶⁾ que aborde de modo sistemático una cuestión tan compleja y trascendente en la gestión diaria masiva que lleva a cabo la seguridad social. Una regulación completa de la revisión debería encontrar su acomodo

básico en la norma sustantiva, y contemplar, entre otros, los siguientes aspectos: definición del referente constitucional (el carácter público de la administración de la seguridad social; principio de legalidad; principio de seguridad jurídica; principio de confianza legítima); clarificación y unificación del marco legal disperso (como normas a señalar: Ley 30/92; LPL; TRLGSS; LISOS, Reglamento General de Recaudación, aprobado por RD 1415/2004, de 11 de junio; sucesivos decretos de revalorización; RD 84/1996 de 26 de enero por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos; procedimiento especial de reintegro aprobado por el RD 146/1996, de 5 de febrero; RD 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolló en relación con las prestaciones no contributivas el régimen jurídico previsto en la Ley 26/1990, de 21 de diciembre; especialidades en desempleo, TRLGSS y RD 625/1985, de 2 de abril); especificación de los conceptos aplicables (nulidad, revisión, revocación, rectificación, tipología de los errores, omisiones e inexactitudes); ámbito de la regulación (derechos afectados, campo de aplicación de los preceptos (relaciones prestacionales, relaciones instrumentales⁽⁷⁾), necesidad del establecimiento de un procedimiento administrativo (con rango suficiente), ejercicio de la acción (competencia y legitimación, trámite para posibles afectados –como es el caso de las mutuas–, requisitos previos, plazo y su cómputo e interrupción;

efectos), sentencia (y especialidades en su ejecución), reintegro de prestaciones (autotutela, prescripción, plazos), procedimientos de reintegro (ejecución administrativa, compensación, descuento, retenciones, embargo, límites), suspensión cautelar⁽⁸⁾, revisión de la invalidez permanente, incidencia de la cosa juzgada (en especial en revisiones en beneficio), especialidades en desempleo, revisión de relaciones instrumentales (e incidencia en las prestaciones generadas), especialidades en prestaciones no contributivas, especialidades en Reglamentos Comunitarios y Convenios Bilaterales de Seguridad Social.

El régimen legal de la revisión

El art. 145 LPL⁽⁹⁾ consagra como principio general la prohibición de autotutela administrativa⁽¹⁰⁾, según la cual las gestoras no pueden revisar por sí mismas sus actos declarativos de derecho en perjuicio de los beneficiarios. De acuerdo con este principio, la Administración queda vinculada a sus propios actos declarativos de derechos, criterio consolidado jurisprudencial y doctrinalmente, ratificado incluso por el Tribunal Constitucional (Sentencia 25-1-89). Dado que la normativa no prohíbe la revisión, será preciso acudir como regla general a la jurisdicción para lograr la revisión del acto administrativo, “mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del de-

⁽¹⁾ Cuya aplicabilidad al procedimiento administrativo de las gestoras declara el art. 34.11 de la Ley 24/2001 al redactar la nueva Disposición Adicional 25.ª del TRLGSS.

⁽²⁾ STS 16-10-1996

⁽³⁾ Más ampliamente, Sánchez Navarro, Domingo, A., “La gestión de la Seguridad Social en España”, CES, abril 2003; Fos Ordeig, J.M., “Seguridad Social: revisión de los actos declarativos de derechos y reintegro de prestaciones. Especialidades en desempleo (I)”, AL, núm. 22, 1994; Álvarez de la Rosa, M., “Un nuevo proceso de lesividad: el art. 144 de la Ley de Procedimiento Laboral”, Relaciones Laborales, núm. 20, 1990; Romero de Bustillo, S., “Facultades revisoras de pensiones y/o de sus respectivas cuantías por parte de las Entidades gestoras. La devolución de la indebidamente percibido”, REDT, núm. 66, julio-agosto 1994; González Ortega, S., “El reintegro de prestaciones indebidamente percibidas”, REDT, núm. 79, 1996; Alonso Olea, M., “Sobre la revocación de los actos de reconocimiento de prestaciones de la Seguridad Social”, REDT, núm. 51, 1992; Juanes Fraga, E., “Revisión de actos declarativos de derecho y reintegro de prestaciones”, Manuales de Formación Continuada, CGPJ, 2002; Delgado Sainz, F. J., “La modalidad procesal de Seguridad Social”, AL, núm. 33, 14 a 20 set., 1992.

⁽⁴⁾ Como indicó la STS de 21.4.2004, al hilo de la revisión de actos nulos, el régimen del art. 145 LPL no es una regulación completa.

⁽⁵⁾ También corregida puntualmente por el legislador.

⁽⁶⁾ En el proyecto de reforma de la LPL que he manejado, de 25-4-2005, se mantiene idéntica la redacción del art. 145 LPL.

⁽⁷⁾ El debate (tradicionalmente se ha mantenido, SSTCT, 19-1-1989, la autotutela administrativa en estas materias) sobre el otorgamiento de derechos abstractos por los actos de encuadramiento (STS 22-5-2001) puede encontrar una vertiente novedosa a partir de la reciente sentencia del TS de 15-11-2005 que resuelve sobre la pretensión relativa a los efectos del alta, concluyendo en la existencia de interés real y actual en impugnar un acto administrativo que indebidamente establece una restricción de la esfera jurídica de los administrados.

⁽⁸⁾ Coordinando la regulación sancionadora del art. 47.4 de la LISOS y la Disposición Adicional 17.ª bis del TRLGSS redactada por Ley 24/2001, y en general la actividad sancionadora y las facultades revisoras, con sus repercusiones en la competencia jurisdiccional.

recho reconocido”, conforme completa el número 1 del citado artículo. Es posible admitir la revisión directa cuando de la misma resulte un mejor derecho para los beneficiarios.

La escueta regulación concilia dos principios claramente diferenciados. Por una parte, la seguridad jurídica (art. 9 de la Constitución) que impide las intromisiones en la esfera de los derechos subjetivos (no es posible la revisión directa de actos declarativos en perjuicio), y por otra, la obligación de que la actuación de la Administración se adecue a las exigencias de la legalidad, máxime si consideramos el carácter público de la Administración de la Seguridad Social, ex art. 41 Constitución (cuando proceda, la gestora “deberá” instar la revisión judicial). Una primera lectura del precepto sugiere un régimen limitador de la actuación administrativa⁽¹¹⁾, que se somete a los dictados del control judicial previo habilitante de su actuación. Sin embargo, al cabo de los años, la práctica nos ha enseñado que la virtualidad del precepto radica en los supuestos de excepción y en aquellas actuaciones que no son constitutivas propiamente de revisión, de modo que bien podría concluirse que realmente la regulación que por primera vez establece la LPL de 1990⁽¹²⁾ configura el marco habilitante de la actuación gestora diaria. De esa manera la rigidez inicial del precepto⁽¹³⁾ se diluye en su posterior desarrollo (y su interpretación judicial), que es el que realmente se corresponde con el grueso cuantitativo de la actuación gestora.

La aplicación de precepto supone determinar previamente, en cada supuesto, el concepto jurídico que califique la actuación administrativa, para discernir si hay, o se pretende, la revisión, y por tanto rige el art. 145, o bien se trata de actuación distinta, siendo inaplicable el precepto, o incluso, tratándose de revisión, cabe el ejercicio de la autotutela administrativa, como son los supuestos del número 2 del art. 145. Conforme a él es posible que la entidad por sí misma dicte actos de revisión en perjuicio de los beneficiarios en determinados supuestos legales. Ello es así cuando la

LA LEY PROCESAL
ESTABLECE UNA
DIFERENCIACIÓN, EN
RELACIÓN CON LOS
ACTOS DE LAS
ENTIDADES GESTORAS, A
SABER, LOS QUE SON
RECTIFICADOS MEDIANTE
LA AUTOTUTELA Y
AQUELLOS OTROS CUYA
REVISIÓN TIENE COMO
ÚNICO CAUCE DE
REVISIÓN LA
INTERVENCIÓN
HETERÓNOMA DEL
PODER JUDICIAL

revisión esté motivada por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones de los beneficiarios. Las mismas facultades de actuación directa las tienen las entidades cuando se trate de rectificación de errores, ya sean materiales o de hecho y aritméticos⁽¹⁴⁾.

Como se ha indicado, no constituye revisión de acto declarativo la situación producida cuando se lleva a cabo una alteración en el régimen de disfrute del derecho por aplicación de una norma, en virtud de circunstancias posteriores. El supuesto queda al margen de la regulación procesal. En estos casos el reconocimiento inicial no se cuestiona, pero está afectado por

la aplicación de un precepto que contempla circunstancias sobrevenidas que inciden en su dinámica. Algunos de estos supuestos (no todos los que ofrece la gestión diaria) se incluyen expresamente en el apartado anterior y se relacionan directamente con omisiones en las declaraciones de los beneficiarios. Otros no se contemplan (vencimientos, causas de extinción, incompatibilidades...), y se suscitan dudas acerca de las facultades gestoras al respecto y del procedimiento a seguir tanto para la declaración del débito, como para el reintegro del mismo. Ni la ley de procedimiento laboral ni las normas reglamentarias⁽¹⁵⁾ contemplan específicamente estos supuestos.

⁽⁹⁾ Como antecedentes normativos de rango inferior, encontramos la Orden de 10-9-1954, la de 12-2-1975 y la Resolución del Servicio de Mutualidades laborales de 31-5-1958. Con posterioridad a la LPL, la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social dictó la Resolución de 26-2-1991.

⁽¹⁰⁾ Con precedentes jurisprudenciales, STS 28-4-1971, SSTCT, 1-10-1982, entre otras.

⁽¹¹⁾ Se trata de una “regla general de garantía”, STS, 3-10-2001, Rec. 2153/2000.

⁽¹²⁾ Se aborda una regulación parcial del mandato concedido por Base 25.ª 4 de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral.

⁽¹³⁾ Se manifiesta en sentido contrario, es decir, a favor de la gestora en el número 4 del art. 145, al declarar que “La sentencia que declare la revisión del acto impugnado será inmediatamente ejecutiva”.

⁽¹⁴⁾ Para cuyo concepto ha de acudirse a la construcción realizada en el orden contencioso-administrativo, adoptada por la Sala 4.ª, STS 13-10-1994, entre otras, debiéndose significar que la sentencia adopta un concepto estricto del error para evitar que se ejerzan facultades revocatorias ilimitadas.

Se trata de actos adoptados por hechos o circunstancias acaecidas con posterioridad al acto inicial de reconocimiento, que de acuerdo con la normativa de aplicación implican modificación, suspensión o extinción del derecho reconocido. Tampoco se trata de supuestos incardinables en el art. 145.2 de la LPL. Cuando se genera un cobro indebido por una prestación de incapacidad temporal abonada una vez se ha producido el alta médica, o se abona una prestación de desempleo más allá de la fecha de la colocación del desempleado, o se percibe un complemento del 20% por un invalido total que ha empezado a trabajar –por citar casos concretos que nos acerquen a la realidad gestora diaria– la actuación de las entidades, primero aplicando la causa de extinción correspondiente y luego reclamando las cantidades percibidas indebidamente, es consecuencia de la obligación de su actuación gestora –no facultad– de aplicar la legalidad vigente, sin necesidad de obtener un pronunciamiento judicial previo que autorice una actuación que trae su causa directamente del régimen jurídico de cada prestación. En estos casos, la entidad está legitimada para la adopción de los acuerdos que procedan cuando concurran los supuestos fácticos de aplicación de la norma que prevé determinados efectos si aquéllos se dan. La jurisprudencia ha admitido esta facultad de actuación directa mediante resolución cuando su actuación ante la normativa específica que contempla es fundada e impuesta por la aplicación de normas. Con expresión del Tribunal Supremo⁽¹⁶⁾ "el principio de imposibilidad de revisión administrativa de los actos declarativos de derechos de seguridad social no impide a las entidades gestoras la apreciación de situaciones o hechos nuevos, sobrevenidos después del acto de reconocimiento del derecho a prestaciones, que sean determinantes de la suspensión o extinción del mismo por ministerio de la ley".

Se insiste en que estos supuestos deben diferenciarse de los que menciona el art. 145.1 de la LPL, revisión en perjuicio, y de los del 145.2, revisiones autorizadas y rectificaciones de errores⁽¹⁷⁾.

Los supuestos de nulidad

La cuestión se suscitó por la STS 15-11-99, Rec. 868/98⁽¹⁸⁾. Indica el TS que el art. 145 LPL no distingue entre causas o supuestos de nulidad radical y causas o supuestos de simple anulabilidad, para entender exenta de la aplicación del número 3 a la acción referida a los nulos y limitar tal aplicación del número 3 a solo los anulables. La Ley procesal establece una diferenciación, en relación con los actos de las Entidades Gestoras, a saber, los que son rectificadas mediante la autotutela (número 2 del propio artículo 145) y aquellos otros cuya revisión tiene como único cauce de revisión la intervención heterónoma del Poder Judicial. Una vez que el acto a revisar queda fuera de las rectificaciones, casi materiales del número 2, la Ley procesal no introduce distinción alguna de tal manera que sólo una artificial extensión del número 2 permitiría introducir la pretendida distinción, que, además, supondría una indebida e infundada ruptura del criterio de precepto, cuya distinción no sólo alcanza a la naturaleza del vicio a corregir, sino también distingue entre el cauce establecido para llevar adelante la corrección. Desconocer el plazo de prescripción que establece el número 3 supondría que el sometimiento a la intervención y decisión judicial, impuesto por el número 1, quedaba cercenado en su finalidad de equilibrio entre ente público y administrado, al privar a éste de certeza definitiva sobre la situación creada a su favor por aquél. A todo lo razonado conviene añadir una consideración fundada en la inexistencia del deber de conservar la documentación de afiliación y cotización a la Seguridad Social por más de cinco años, que se deduce primero del art. 4.1.a) y b), del Decreto de 12 de septiembre de 1970, núm. 2892/70, y después del art. 13 de la Ley de 7 de abril de 1988, núm. 8/88. No obstante lo indicado, al cabo de medio año escaso, se dicta la sentencia de STS 21-4-2000, Sala General, seguida por las de 17 de mayo 2000, 4 y 5 de junio 2000⁽¹⁹⁾. Se remite el TS a su sentencia anterior y matiza su pronunciamiento. Conforme al art. 6.3 C son

⁽¹⁵⁾ RD 148/1996.

⁽¹⁶⁾ Sentencia de 11-12-1995, reiterando lo afirmado en la sentencia de 28-6-95.

⁽¹⁷⁾ Ceteramente se refirió a ello la sentencia 453/95 del TSJ Castilla y León, Burgos, de 18-7-1995, para un supuesto de incompatibilidad entre la pensión de jubilación de la MUNPAL y el trabajo como autónomo, después de la integración de aquella. Se cita: "...no se trata de la revisión de oficio de un acto declarativo de derechos, sino de la aplicación de una nueva norma jurídica a una situación de hecho existente para que alcance los efectos previstos por la norma; por consiguiente ninguna relación guarda con el art. 144 citado (actual 145), que responde a una finalidad totalmente distinta".

⁽¹⁸⁾ El INSS demandó solicitando la nulidad del reconocimiento de pensión de jubilación a quien únicamente había cotizado a la Mutualidad de Notarías, de la que percibía la pensión, y carecía de cotizaciones para lucrar en el régimen general la pensión de jubilación que se la había reconocido. La pensión última se reconoció en marzo de 1983. El INSS demandó reclamando las cantidades abonadas entre 1992 y 1996. El INSS sostenía que el plazo del art. 145.1 LPL no rige para el supuesto de actos nulos, al carecer de un requisito exigido legalmente –la carencia–. El Juzgado estimó la demanda en parte. El TSJ Extremadura revocó la sentencia. El TS desestima el recurso del INSS.

nulos los actos contrarios a las normas imperativas, salvo que se establezca efecto distinto para el caso de contravención. Esta circunstancia concurre en la nulidad de los actos de la seguridad social, que dispone de normativa específica (Ley 30/92) que complementa lo dispuesto en el CC. La nulidad de la resolución administrativa es un vicio originario tanto entrañe nulidad radical como de simple anulabilidad del acto. El régimen del art. 145 LPL no es una regulación completa y excluyente que im-

pida en todos los casos la aplicación de los principios del régimen de nulidad de los actos administrativos, sino que se refiere a los supuestos de anulabilidad de los actos de las gestoras, no a la nulidad radical. No existiendo en la Ley de 1958, aplicable al caso, ningún precepto similar al art. 62.1.f) de la Ley 30/92 que defina como un supuesto de nulidad de pleno derecho la falta de un requisito esencial en el reconocimiento de la prestación, no existiendo regla de este carácter en el art. 145 LPL no es posible estimar la pretensión impugnatoria del INSS. Se vuelve sobre la cuestión en la STS de 27-3-2002, y escuetamente se indica que sobre la materia objeto del litigio la Sala ha matizado la doctrina de la citada sentencia de contraste (precisamente la STS 15-11-99) en la sentencia posterior de 21 abril 2000, y "De acuerdo con esta sentencia más moderna, que contiene la doctrina unificada actual, la entidad gestora, a partir de la Ley 30/1992, está habilitada para reclamar en vía judicial la nulidad radical de una prestación indebidamente reconocida, siempre que el acto de reclamación jurisdiccional sea posterior a la en-

ES EVIDENTE QUE EN LOS
SUPUESTOS EN QUE EL
REINTEGRO DE
PRESTACIONES SEA
CONSECUENCIA DE UNA
ACCIÓN DE REVISIÓN QUE
DEBA INSTARSE MEDIANTE
LA DEMANDA ANTE EL
JUZGADO DE LO SOCIAL
(SUPUESTOS DEL ART. 145.1
LPL) NO ES FACTIBLE UNA
ACTUACIÓN
ADMINISTRATIVA DIRECTA DE
REINTEGRO

trada en vigor de dicha Ley, y con independencia del momento temporal en que se produjo el reconocimiento del derecho que estima indebido".

A salvo lo expuesto, parece criterio admitido⁽²⁰⁾ que para el caso de la autotutela administrativa, y heterotutela judicial rige el plazo prescriptivo del art. 145.3 LPL; no obstante lo cual conviene reparar en que la previsión expresa del precepto sólo rige para la revisión judicial.

El supuesto del desempleo

La situación general descrita no rige para el caso de desempleo. Como señaló la jurisprudencia⁽²¹⁾, la Ley 31/84 de 2 agosto, de Protección por Desempleo, dispuso, de forma nítida y tajante, en su art. 22 (norma hoy recogida en el art. 227 TRLGSS 20 junio 1994) que al INEM corresponde "exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por los trabajadores". Esta exigencia implica, como presupuesto básico e ineludible, la facultad del INEM de revisar la concesión de aquellas prestaciones que hubieran sido incorrectamente reconocidas, puesto que para que pueda hacerse efectiva dicha devolución es necesario, generalmente, el que previamente se haya dejado sin efecto el reconocimiento inicial de la correspondiente prestación. No cabe duda, por consiguiente, que este precepto establece una particular excepción al principio y regla general que se contienen en el art. 145 LPL, pues en el ámbito de las prestaciones por desempleo (prestación contributiva y subsidio asistencial) no entra en juego este art. 145, sino el citado art. 22 Ley 31/84 (y hoy el art. 227 del antedicho Texto Refundido). Ello hace que la norma general que contiene el mencionado art. 145 sea totalmente inadecuada en lo que respecta a la prestación y subsidio de desempleo, y por ello el legislador ha estatuido la disposición excepcional comentada, en la que se dota al INEM de las facultades precisas para poder enfrentarse en forma debida a los problemas y dificultades que esta específica área de protección presenta. Y aunque es cierto que el referido art. 145 (antes 144) LPL se promulgó más tarde que la Ley 31/84, ello no supone que haya derogado el art. 22 de ésta, al tratarse de una norma especial que constituye una excepción a la regla que aquél contiene; es más, el TRLGSS aprobado por el RD Leg. 1/94 de 20 junio (marcadamente posterior a la Ley procesal laboral de 27 abril

⁽¹⁹⁾ También contemplaba el supuesto de un trabajador que cotizó exclusivamente a la Mutuality de Notarías y obtuvo pensión de invalidez del régimen general. Demandó el INSS. El Juzgado declaró la nulidad de la resolución que reconoció al trabajador la pensión de invalidez del Régimen General. EL TSJ estimó el recurso del actor. El TS desestima el recurso del INSS. La sentencia tiene un voto particular..

⁽²⁰⁾ STSJ Cataluña, 6.9.1999, Galicia, 13-10-2000, Madrid, 2-6-1998, entre otras.

⁽²¹⁾ STS de 21-3-1995, 22-4-96, 28-5-1996.

1990, en la que se recogió por vez primera la norma que contenía el art. 144) mantiene en su art. 227, como se ha dicho, el mandato que expresaba el referido art. 22.

La acción directa de reintegro de prestaciones indebidas

Los repertorios nos ilustran sobre las vacilaciones que ha experimentado el criterio del TS acerca de la posibilidad del acuerdo unilateral de reintegro por las gestoras de las prestaciones indebidamente percibidas por los beneficiarios. Una importante sentencia⁽²²⁾ declaró la nulidad de la resolución recurrida que imponía al actor el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. Se dijo que para la obtención del reintegro, sin atentar a la seguridad jurídica ni perjudicar el derecho de defensa la Administración debió accionar judicialmente en lugar de imponer unilateralmente el reintegro, como hizo. Con posterioridad el

TS se enfrentó con la cuestión en otras varias sentencias con distintos criterios, en relación con los complementos por mínimos y los topes de pensiones⁽²³⁾.

Se puede señalar ya un criterio jurisprudencial firme a propósito de los complementos por mínimos⁽²⁴⁾, al estar asociadas las facultades revisoras con el reintegro directo (criterio de accesoriedad)⁽²⁵⁾.

A propósito de los topes de pensiones, revisión de oficio y reintegro de prestaciones una línea segura se instaura a partir de la STS 10-2-1997, Rec. 3311/1995, dictada en Sala General, excluyéndose el criterio de accesoriedad⁽²⁶⁾. En definitiva, conforme a la jurisprudencia sólo en los supuestos de complementos por mínimos y regularización definitiva de señalamientos provisionales de pensiones⁽²⁷⁾ cabe la posibilidad de que la gestora reclame, directamente, por sí misma, mediante resolución administrativa las cantidades indebidamente abonadas y percibidas, y en el caso de reclamación del exceso indebidamente percibido al

⁽²²⁾ STS de 16-5-91, sobre prestaciones económicas y sociales del síndrome tóxico.

⁽²³⁾ La sentencia de 17-6-91 siguió la misma línea; por contra, sentaron un criterio opuesto a las anteriores las de 11-6-92 y 7-5-92. Se trataba ahora de supuestos de revisiones derivadas de la aplicación de los sucesivos decretos de revalorizaciones, en las cuales y ante la falta de comunicación de datos por parte del beneficiario al INSS el TS sanciona la procedencia de la revisión y el reintegro. No obstante, en el año 1993, la sentencia de 2-6-93, también sobre el síndrome tóxico, vuelve a la tesis de 1991. El TS cambia la orientación en el mismo año 1993 y registramos, a saber, dos sentencias más, las de 12-7-93, y la de 11-11-93. Lejos de estar el criterio consolidado, la de 13-10-94 vuelve a negar la facultad de reintegro unilateral. Y nuevo cambio de criterio a partir de 1995 en el que registramos las sentencias de 10-5-95 (dos), 7-7-95, 11-10-95 y 23-11-95 que acogen la tesis de las sentencias de 11-6-92 y 7-5-92. Además de las vacilaciones registradas, la doctrina de suplicación tampoco ha sido uniforme. En la interpretación de algunos Tribunales Superiores se continuaba negando la facultad de reintegro directo, sin acudir a la vía judicial, en supuesto de minoración al amparo de LPGE por superación de topes de pensiones, entendiendo (como muestra la STSJ La Rioja, de 26-5-95) que "...dicha revisión no podía afectar en modo alguno a lo ya percibido por la actora; es decir, no podía consistir en solicitar el reintegro de las prestaciones indebidas, sin acudir a la vía jurisdiccional". En el mismo mes el Tribunal Supremo había afrontado la cuestión con un nuevo cambio de criterio, como se ha reseñado. Como señala la sentencia de 23-11-95, las excepciones a la regla general del art. 145.1 LPL aconsejadas por razones operativas tienden a evitar una "excesiva rigidez perturbadora de la gestión". En estos casos cabe la actuación minoradora de la cuantía de las prestaciones y el requerimiento para la devolución. Indirectamente, el reconocimiento implícito de la posibilidad de reclamación directa se reconoce en otras sentencias en las que el debate gira en torno al plazo de devolución de las cantidades percibidas indebidamente, si cinco años, supuesto general entonces o tres meses, caso de excepción. Así, la STS 14-11-95. En el año 1996, la sentencia de 9-2-1996 retoma sus argumentos de 10-5-95 y 23-11-95: procede el ajuste y el requerimiento. Empieza a consolidarse la distinción entre revisión de oficio y gestión de oficio. Cuando nos encontremos en presencia de ésta es factible la doble actuación, tanto en lo que se refiere a la declaración de la prestación indebidamente percibida como en lo que atañe a su reintegro.

⁽²⁴⁾ La normativa actual la encontramos en el RD 1611/2005, de 30-12-2005, en desarrollo de la LPGE para 2006, Ley 30/2005, de 29-12-2005, arts. 40 y ss. La Disposición Adicional Quinta del RD 1611/2005 contempla la "rectificación de los actos de revalorización", indicando que "Los actos de las entidades u organismos a quienes corresponda el reconocimiento de las revalorizaciones de pensión, que hayan sido dictados en aplicación de este real decreto, podrán ser rectificadas de oficio en los casos de errores materiales o de hecho o cuando se constaten omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, siguiendo a tal efecto los procedimientos y con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico.

⁽²⁵⁾ Como indicó la STS de 15-3-2000, seguida por las de 19-4-200 y 3-10-2001, entre otras, la solución consistente en separar la revisión del acto declarativo de la reclamación de lo percibido indebidamente como consecuencia del acto revisado carece de fundamento legal y es contraria a los principios de economía y armonía procesales, al generar dos litigios sobre la misma cuestión con riesgo de soluciones contrarias.

superarse los topes de pensiones la gestora debe instar la heterotutela judicial, como para el resto de supuestos no comprendidos.

Procedimientos de reintegro

El procedimiento de reintegro de prestaciones, único hasta la promulgación del RD 148/1996, de 5 de febrero⁽²⁸⁾, considerado como general o común era el regulado en el Reglamento General de Recaudación, RD 1637/1995, modificado en sucesivas ocasiones, siendo el vigente el constituido por el RD 1415/2004, de 11 de junio, desarrollado por la OTAS/1562/2005, de 25 de mayo⁽²⁹⁾. Ahora bien, dicho procedimiento tiene carácter recaudatorio y no afecta al cauce procedimental interno de las distintas gestoras tendente a la consecución de una resolución que declare el débito y la obligación del reintegro. También existen especialidades para los supuestos de compensaciones entre las situaciones de incapacidad temporal y per-

manente, y para los supuestos de revisión del grado de incapacidad que se somete al régimen del art. 143 TRLSS⁽³⁰⁾; además, normas específicas para el caso de desempleo, art. 227 TRLGSS y arts. 33 a 35 del RD 625/85. La compensación para percepciones indebidas derivadas de señalamientos iniciales, revalorizaciones y complementos por mínimos se contempla en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, y se detalla en los sucesivos decretos de revalorización de pensiones, citados. Éstos se refieren a las limitaciones del señalamiento inicial de pensiones públicas en el caso de que la regularización definitiva de los señalamientos provisionales lleve aparejada la exigencia del reintegro de prestaciones indebidamente percibidas, indicando que los reintegros podrán practicarse con cargo a las sucesivas mensualidades de pensión. Para la revalorización se dispone la aplicación en los supuestos y circunstancias contemplados y referidos, en este caso, a la revalorización de pensiones ya percibidas. Para los complementos a mínimos, el incumplimiento de la

⁽²⁶⁾ La sentencia indica que la naturaleza imperativa de las normas sobre pensiones públicas en caso de concurrencia o superación de topes máximos alcanza también a la Entidad, por ello está facultado el INSS para revisar el importe señalado inicialmente, no siendo de aplicación el art. 145.1 LPL sino las leyes de presupuestos. No obstante el INSS no puede reclamar de oficio lo indebidamente satisfecho, sino que está obligado a demandar judicialmente, siendo útil al efecto la reconvención anunciada al desestimar la reclamación previa. El nuevo criterio se reitera en varias sentencias posteriores (otras 5 en el mismo mes). Una de ellas, la de 14-3-97, Rec. 1905, contiene como obiter dicta referencia a supuestos en los cuales sí cabe el reintegro directo por la entidad: regularización definitiva de los señalamientos provisionales, y las excepciones del art. 145.2 LPL, es decir, rectificación de errores materiales de hecho o aritméticos y revisiones motivadas por omisiones o declaraciones inexactas; también en los supuestos de complementos por mínimos, en que el interesado no haya cumplido la obligación de declarar ingresos obtenidos o la declaración sea inexacta o errónea. Insiste la sentencia de 6-7-98, Rec. núm. 4214/1997. Se plantea la sentencia si la Entidad Gestora tiene la facultad de autotutela que establece el artículo 145 de la Ley de Procedimiento Laboral cuando se trata, no sólo de revisar y regularizar el importe de la pensión, sino también para la reclamación de reintegro de las cantidades indebidamente percibidas por dicho concepto. Afirma que si bien es cierto que la jurisprudencia ha establecido con carácter general y de forma reiterada, a partir de la sentencia de 10 de febrero de 1997, seguida entre otras por las de 10 y 20 de febrero, 10, 14 y 19 de marzo 6 y 21 de octubre de 1997, que "no puede reconocerse al INSS la potestad de ordenar con carácter imperativo y fuerza ejecutiva el reintegro, pues esta potestad únicamente corresponde a los Tribunales de justicia, y en su consecuencia para lograr su reintegro es preciso que se plantee la cuestión ante el órgano judicial competente por medio de demanda o, en su caso de reconvención ateniéndose a lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley de Procedimiento Laboral", tal regla general sufre excepciones, que la jurisprudencia también señaló (sentencias de 7 de mayo y 11 de junio de 1992, 12 de julio de 1993, y 28 de julio y 11 de octubre de 1995), al tener en cuenta que los Reales Decretos de revalorización anual de pensiones de la Seguridad Social, viene facultando a las Entidades Gestoras para proceder de oficio, no sólo a la revisión de la cuantía de las prestaciones, sino también al reintegro de lo irregularmente percibido por el beneficiario de la Seguridad Social, y en esta línea, las sucesivas Leyes de Presupuesto del Estado, disponen que el incumplimiento de la obligación de los pensionistas de la Seguridad Social en su modalidad contributiva que tengan reconocido complemento por mínimo, de presentar declaración expresiva de la cuantía de la rentas de capital o trabajo de personal, que excedan de determinadas cuantías, "dará lugar al reintegro de las cantidades indebidamente percibidas por el pensionista con los efectos y en la forma que reglamentariamente se determinen".

⁽²⁷⁾ Para las pensiones no contributivas puede verse el mismo criterio que para los complementos por mínimos en la STS, 3-10-2001, Rec. 2153/2000.

⁽²⁸⁾ Modificado por RD 1506/2000, y desarrollado por la OM de 18.7.1997, modificada por OM de 23-5-2001 y complementado por el RD 2664/1998.

⁽²⁹⁾ Las normas se contienen en el art. 80 del Reglamento y en los arts. 11 y 26 de la orden de desarrollo.

⁽³⁰⁾ STS 29-10-1993, 14-12-1994, STC 155/1992.

declaración de rentas dará lugar al reintegro de las cantidades indebidamente percibidas por el pensionista con los efectos y en la forma reglamentaria que se determine. El RD 148/1996, disposición adicional primera, dispone la expresa aplicación del mismo a estos supuestos de señalamientos iniciales, revalorizaciones y complementos por mínimos, en los términos que contemplan las normas anteriores.

Es evidente que en los supuestos en que el reintegro de prestaciones sea consecuencia de una acción de revisión que deba instarse mediante la demanda ante el Juzgado de lo social (supuestos del art. 145.1 LPL) no es factible una actuación administrativa directa de reintegro. En este caso si la sentencia contiene pronunciamiento condenatorio al reintegro de prestaciones la gestora instará el cumplimiento voluntario de la misma. Si no tiene éxito, deberá ejecutarse judicialmente la sentencia.

Cuando la gestora actúa la autotutela en un supuesto en el que no le estaba permitido, infringiendo el art. 145 LPL, no puede aplicar el procedimiento de descuento del RD 148/1996. La resolución sería nula, los descuentos efectuados improcedentes, y deberían reintegrarse al actor las cantidades detraídas, debiendo instarse judicialmente la revisión, la declaración de su percepción indebida y la correspondiente reclamación económica. Las consecuencias son relevantes. Por una parte, en ese proceso, las reglas de la distribución de la carga de la prueba serán las ordinarias que incumben a demandante y demandado. Por otra, en el caso de estimación de la demanda y condena a devolución de cantidades, el procedi-

miento de devolución no será el administrativo sino el judicial, con sometimiento en su caso a los límites de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁽³¹⁾. En el caso de resarcimiento directo por la Administración podría aplicarse la compensación sin que para el importe de las deducciones incidiera la cuantía del salario mínimo⁽³²⁾. En definitiva, existen al respecto tres procedimientos, uno judicial, en los casos del art. 145.1 LPL, y dos administrativos para el supuesto del art. 145.2 LPL, el común del Reglamento General de Recaudación, y el especial del RD 148/96, éste referido a los supuestos de revisión autorizada por el art. 145.2 de la LPL y a la rectificación de errores, materiales o de hecho y aritméticos, cuando resulten cantidades indebidamente percibidas y el deudor sea simultáneamente acreedor de prestaciones de la Seguridad Social gestionadas por entidades tuteladas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

El RD 148/1996 no incluye dentro de su ámbito de aplicación objetivo todas esas situaciones, sin duda por haber seguido la sistemática de la LPL, art. 145, situación que se ha pretendido salvar, de modo incompleto, con la inclusión en la disposición adicional primera de los supuestos mencionados en el apartado anterior que se refiere a señalamientos iniciales, revalorizaciones y complementos por mínimos.

El alcance de la retroacción

Lo abordó la STS (Sala General) de 24-9-1996, Rec. núm. 4065/1995⁽³³⁾. La argumentación del recurso de la gestora requiere de la Sala una consideración sobre

⁽³¹⁾ STS 11-6-92. Como indicó la STS 24-4-1997, Rec. 4166/1996, al resolver el debate sobre si el INSS puede efectuar descuentos o deducciones del importe de las prestaciones periódicas abonadas a los beneficiarios en compensación del reintegro de prestaciones indebidamente percibidas por éstos, cuando la deducción suponga rebajar el nivel de las cantidades percibidas por debajo del s.m.i., el art. 40.1.b, TRLGSS permite tales descuentos cuando se trate de obligaciones contraídas por el beneficiario dentro de la seguridad social. El embargo de prestaciones o afección de las mismas en el marco de un proceso de ejecución son supuestos diferentes, cuyo régimen se remite a la Lec. El RD 148/1996 no establece límite del s.m.i. para las deducciones que pueda llevar a cabo la gestora sino que atempera la compensación mediante determinados límites porcentuales de descuento sobre la cuantía de la pensión abonada.

⁽³²⁾ STS 14-10-98, Rec. núm. 3961/1997: no estamos ante un trámite de ejecución forzosa, sino ante un supuesto en que el ejecutivo, con facultades en materia, autoriza para efectuar el pago de las pensiones futuras con el descuento que actualmente regula el artículo 41 del RD del 5 de febrero de 1996, es decir una retención de pensiones para efectuar el pago con la correspondiente compensación de la deuda en un procedimiento de gestión recaudatoria. Se trata de una autorización extraordinaria derivada de la especial situación en que se coloca la Seguridad Social, en virtud de la Leyes Presupuestarias y Decretos reguladores de la actualización de pensiones, que ha de anticipar esta actualización y cobertura de mínimos. El Real Decreto 1506/2000, de 1 de septiembre, viene a modificar parcialmente el Real Decreto 148/1996, de 5 de febrero, dando nueva redacción al párrafo d) del apartado 1.º del artículo 4, de manera que cuando la aplicación de los descuentos correspondientes determine que el importe neto que reste percibir al interesado sea inferior a la cuantía, en cómputo anual, de las pensiones de jubilación e invalidez, en la modalidad no contributiva, establecida anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, siempre que no se perciban ingresos de capital o trabajo que excedan del importe fijado para el reconocimiento de los complementos por mínimos en las pensiones contributivas, la entidad gestora ampliará el plazo máximo de cinco años durante el tiempo que sea necesario para garantizar, como mínimo, la percepción de la pensión en la cuantía correspondiente a las referidas pensiones no contributivas (STS 30-9-2000, Rec. núm. 972/1998).

su doctrina relativa al alcance temporal de la obligación de reintegro. Indica el TS que se ha aplicado la regla general que establece en cinco años el límite del reintegro, con cita de sentencias conocidas. La regla ofrece dos excepciones; la primera más inequívoca en su formulación comprende los supuestos de percepción indebida sobrevenidos por cambio en la interpretación general de determinadas normas (caso de la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo en la función pública); la segunda pondera la conducta del beneficiario y la del organismo gestor. Esta excepción tiene en cuenta el principio de buena fe, y por otra los perjuicios que como consecuencia del retraso pueden derivarse para el patrimonio del beneficiario ⁽³⁴⁾.

En función de lo expuesto sentaba el TS conclusiones generales: la segunda excepción a la aplicación del límite general de cinco años se define por la concurrencia de estos requisitos: A) Demora en la regulación de la situación. Es un dato objetivo que surge por el transcurso del tiempo, comprobado, manifiesto y significativo, que hay que valorar en el marco de una gestión social, que afecta a prestaciones destinadas a la cobertura de situaciones de necesidad. B) Buena fe del beneficiario. Deberá ser inequívoca e implica el cumplimiento por parte del mismo de sus obligaciones de información conveniente y puntual a la entidad

gestora, debiendo ser ésta la que habrá de alegar y probar el incumplimiento de tales obligaciones. Esta importante jurisprudencia fue corregida por la Ley 66/1997. La norma añade un apartado 3 al art. 45 TRLGSS, modificado por el art. 24 de la Ley 55/1999, reduciendo de cinco a cuatro años el plazo de prescripción de la obligación de reintegrar prestaciones indebidamente percibidas, generalizando la causa motivadora del pago indebido, incluyendo el error de la gestora. Sobre el nuevo marco normativo se pronunciaron las SSTs de 11-6-2001, 7-11-2001, y 28-1-2002, entre otras, que reconocieron que en este estado de cosas incide la nueva legislación constituida por la Ley 66/97 que introduce un número 3 en el art. 45 del TRLGSS, según el cual la devolución se impone cualquiera que sea la causa, incluso el error de la gestora. Conforme a ellas, no se puede sostener que la doctrina inspirada en principios de equidad, sobre la excepcional aplicación del plazo de prescripción trimestral sigue intocada y en vigor, sino que parece cerrarse virtualmente el paso a la misma. En relación con el juego temporal de la Ley 66/97, dado que carece de indicaciones intertemporales, y que los actos jurídicos suelen regirse por la norma en que tiene lugar su producción, parece que la solución más razonable no puede ser otra que la que explicita el Reglamento General de Recaudación ⁽³⁵⁾. ●

⁽³³⁾ El actor, pensionista de jubilación desde 1986, percibía además un complemento a cargo de una empresa pública. En 1993 el INSS regulariza la pensión en aplicación de los límites máximos de pensiones públicas. La sentencia de instancia limitó el reintegro a los tres meses anteriores a la reclamación. Recurrió el trabajador demandando mayor importe de pensión con cargo a la Seguridad Social y el INSS pretendiendo la retroacción de la devolución a los últimos cinco años. El TSJ de Asturias estimó parcialmente el recurso del actor y desestimó el de la gestora. Recurre el INSS en casación, alegando como contradictorias las sentencias del Tribunal Supremo de 17-10-1994 y 3-5-1995.

⁽³⁴⁾ Indica el TS que en esta línea algunas sentencias han aplicado el límite de tres meses y otras, línea mayoritaria, han configurado la excepción de manera más rigurosa y han afirmado que la buena fe no era elemento suficiente y se ha tendido a identificar buena fe con conducta positiva del beneficiario, mientras que en la valoración del retraso se ha ponderado que la función del límite de cinco años supone una reacción frente a la inactividad administrativa. De este modo, en la práctica, se ha producido una limitación de la segunda excepción. Para el TS la clave para coordinar y precisar las líneas interpretativas divergentes en la Sala General viene dada por la referencia a la exclusión de los supuestos en que la aplicación del límite de cinco años llevaría a resultados contrarios a la equidad, criterio que enlaza con las previsiones del art. 106 de la Ley 30/1992, precepto que resuelve la oposición entre los principios de legalidad y seguridad jurídica, que rige para todos los supuestos de anulación o revocación. La regla puede también aplicarse para establecer los límites de los efectos temporales del reintegro, y permite, además relacionar uno de los factores de ponderación (el tiempo transcurrido) con la buena fe, estableciendo así una vía para la aplicación del principio de la protección de la confianza legítima.

⁽³⁵⁾ Ciertamente es que la modificación del art. 45 del TRLGSS altera las bases sobre las que se pronunció el TS, al imponer el reintegro de los últimos cinco años (ahora cuatro años), en todo caso, pero la aplicación del principio de confianza legítima, que hoy aparece explícito en el art. 3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, después de la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999, y anteriormente en la Lofage, acogido por el Constitucional ya a partir de la sentencia de 28 de febrero de 1989 (que resume la STS de 15-11-99), podría permitir entender que es más ajustado a derecho la aplicación en algunos supuestos el plazo de retroacción de tres meses.

LOS PLAZOS Y SU CÓMPUTO EN EL PROCEDIMIENTO DE SEGURIDAD SOCIAL.

PARTICULAR REFERENCIA AL ARTÍCULO 16.2 DE LA OM DE 18 DE ENERO DE 1996

84

Ana M.^a SANZ SALMORAL*Letrada de la Administración de la Seguridad Social.
Las Palmas*

La cuestión en la que se centra el estudio de éste epígrafe, tiene su origen en la situación que se había venido produciendo con anterioridad a la modificación introducida por el Real Decreto 286/2003, de 7 de marzo, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de seguridad social, entre los que se incluye el plazo máximo de resolución y notificación en los procedimientos de recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y con la que se pretende poner fin a la etapa anterior en la que, como a continuación se expondrá, no existiendo claridad normativa respecto de cuál debía ser el plazo aplicable a efectos de resolver los expedientes de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, se habían ido generando diferentes criterios según se considerase aplicable una u otra norma, y en consecuencia invocando la caducidad de esos expedientes administrativos tramitados, con las consiguientes consecuencias que la misma traía consigo. Así la normativa en la que tradicionalmente se venía susten-

tando la caducidad del expediente administrativo del recargo de prestaciones, era la que regulaba el procedimiento sancionador, entre otras: la Ley 8/1988 de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, el RD 928/1998 de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, artículo 42.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), de 26 de noviembre, modificada por la Ley 4/1999 (por transcurso del plazo de seis meses que se indica en éste artículo) y basándose en sentencias tales como STSJ de Castilla y León de 28 de febrero de 2000 y STSJ del País Vasco de 20 de febrero de 2001.

De modo que en el referido RD 286/2003, de 7 de marzo, se establece que el apartado 2 del artículo 42 de la LRJ-PAC, Ley 30/1992, determina que el plazo máximo en el que debe notificarse por la Administra-

ción la resolución expresa, será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento (en concreto, respecto del procedimiento del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, será de 135 días) añadiéndose, en el apartado siguiente de este mismo artículo, que cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Por tanto, hasta el momento presente, según el propio RD, y a pesar del tiempo transcurrido, con la salvedad de algunas excepciones como las que se derivan del contenido del RD 1300/1995, de 21 de junio, por el que se desarrolla en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social, o el RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan Prestaciones Económicas del Sistema de la Seguridad Social por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo, no se ha procedido a la determinación reglamentaria de la duración de los plazos de resolución de los procedimientos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social. Si bien, según la Disposición Transitoria del citado RD, tal previsión no será de aplicación a los procedimientos administrativos iniciados con anterioridad a 9 de abril de 2003, fecha de su entrada en vigor.

Por otro lado, no hay que olvidar que, con carácter general, respecto de los plazos y su cómputo en el proceso de Seguridad Social, la normativa la que viene dada en los artículos 182 a 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) 6/1985 de 1 de julio; en los artículos 132 a 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), 1/2000 de 7 de enero, respecto de los plazos y términos; y en los artículos 42 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), aprobado por RD Legislativo, 2/1995, de 7 de abril, en lo relativo a los actos procesales. Tras la entrada en vigor de la modificación operada en el artículo 182 de la LOPJ, por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, los sábados han pasado a ser días inhábiles a efectos procesales, teniendo ésta reforma una particular incidencia en el orden jurisdiccional social, en concreto, respecto del cómputo del plazo para el ejercicio de determinadas acciones judiciales como puede ser la de despido, sujeta a un plazo de caducidad de 20 días (artículo 103.1 de la LPL), o para el cómputo del plazo de la acción de Seguridad Social, cuya demanda habrá de formularse en el plazo de 30 días (artículo 71.1 de la LPL). En tal sentido, una corriente doctrinal seguía la sentada por la STS de 14 de junio de 1988 (recordada en posteriores resoluciones, STS 28 de noviembre de 1997) al considerar tales plazos como sustantivos, que la inhabilidad lo es a "efectos procesales", y que por tanto, debían desligarse de lo postulado en el artículo 182.1 de la LPL, los plazos que no viniesen refe-

DOS SON LOS EXTREMOS QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA COMO PUNTO DE PARTIDA DEL ESTUDIO DEL ARTÍCULO 16.2 DE LA OM DE 18 DE ENERO DE 1996, EN PRIMER LUGAR LA NATURALEZA JURÍDICA DEL RECARGO DE PRESTACIONES, LA CUAL SE HA TRATADO DE EXPLICAR DESDE DIFERENTES POSICIONES, Y EN SEGUNDO LUGAR EL PROPIO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE IMPOSICIÓN DEL RECARGO

ridos a una actividad desplegada en el propio proceso judicial. Por otro lado la reciente STS de 10 de noviembre de 2004 ha reconocido que ese plazo "tiene una conexión directa con un futuro proceso en cuanto que la válida iniciación del mismo, depende del cumplimiento de dicho plazo y por ello queda situado dentro de la fase preparatoria de aquél, con relación tan evidente con el mismo...", de modo que, como dice el TC "la caducidad de la acción se configura así como un legítimo presupuesto procesal que no lesiona, en sí mismo, el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 101/1993, RTC 1993/10) y habida cuenta de que no puede dejarse al arbitrio de las partes el cumplimiento de los requisitos procesales ni la disposición del tiempo en que éstos han de cumplirse, apre-

ciación ésta extensible al mismo ejercicio de las acciones" (STC 158/1981, RTC 135/12996).

Con carácter particular, la Orden Ministerial (OM) de 18 de enero de 1996, de aplicación y desarrollo del Real Decreto (RD) 1300/1995, de 21 de julio, según indica su propia Exposición de Motivos, establece las competencias del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), en dicha materia, así como la constitución, composición y funciones de los equipos de valoración de incapacidades, y concreta el procedimiento administrativo para evaluar la incapacidad en orden al reconocimiento, inicialmente o en los supuestos de revisión de grado, de las prestaciones económicas por invalidez permanente así como las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, no invalidantes, derivadas de contingencias profesionales, siendo, en relación con la indicada materia, con la que resulta procedente dictar las normas de aplicación y desarrollo que determinan el procedimiento a seguir para la actuación de la citada Entidad Gestora en el ejercicio de las competencias por ella

asumidas, así como la correspondiente al Instituto Social de la Marina en su respectivo ámbito, de conformidad con el referido RD.

Dos son los extremos que deben tenerse en cuenta como punto de partida del estudio del artículo 16.2 de la OM de 18 de enero de 1996, en primer lugar la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones, la cual se ha tratado de explicar desde diferentes posiciones, y en segundo lugar el propio procedimiento administrativo de imposición del recargo.

Respecto de la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones, tradicionalmente, la mayoría de los criterios doctrinales (Montoya Melgar, A., Molina Navarrete, C.) y jurisprudenciales (SSTS, Sala Cuarta, de 31 de enero de 1994, de 11 de julio de 1997, de 2 de octubre de 2000), venían afirmando que el recargo constituía una responsabilidad a cargo del empresario, extraordinaria y puramente sancionadora, que por ello debía ser interpretada de manera restrictiva. En tal sentido, el componente sancionatorio del recargo, se aprecia en el artículo 27 del RD 928/1998, de 14 de mayo. No obstante, la naturaleza sancionadora del recargo de prestaciones quiebra entre otras causas, en la medida en que el procedimiento regulado en la OM de 18 de enero de 1996, está ausente de las garantías que debe reunir todo procedimiento sancionador, es más, ni siquiera en cuanto a los recursos que cabe interponer frente a la resolución dictada, ya que mientras las sanciones administrativas, una vez agotados los recursos administrativos oportunos, son susceptibles de impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la resolución administrativa del INSS, se impugna ante la Jurisdicción Social.

Es a raíz del artículo 46.1 del Anteproyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), de 20 de enero de 1992, cuando la doctrina, hasta entonces mayoritaria, se inclinó por la tesis que postulaba la naturaleza indemnizatoria del recargo de prestaciones, procediéndose según Molina Navarrete "a la propuesta de una nueva y diversa ordenación legal del recargo, introduciendo modificaciones de extremada envergadura que mutan profundamente la propia configuración y el régimen jurídico del recargo de prestaciones". La distinción que establece el artículo 42.3 de la LPRL, entre responsabilidades empresariales, exigibles a través de los procedimientos administrativos sancionadores, y responsabilidades exigibles por la vía del recargo de prestaciones, contribuyó decisivamente a la configuración de éste como una responsabilidad indemnizatoria de carácter civil por daños y perjuicios; si bien, como objeción a esa postura la STS de 2 de octubre de 2000 (Rec. 2393/1999) indica que si el recargo consistiese en una mera indemnización a cargo exclusivo de la empresa, carecería de fundamento legal la actual intervención

inicial de la Entidad Gestora en vía administrativa resolviendo sobre su procedencia y porcentaje del incremento [artículo 1.1.e) del RD 1300/1995 de 21 de julio], ya que en tal caso, despojado el recargo de su aspecto público o sancionador, se estaría ante un simple litigio entre particulares del que sólo podrían conocer los órganos jurisdiccionales.

Junto a estas posiciones se encuentra la que configura el recargo de prestaciones como cláusula penal de origen legal, ya que, quedando definida la cláusula penal por STS, 1.ª, de 8 de enero de 1945, "como una promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no sólo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más onerosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor de acreedor", se observa cómo la doble función que entraña –punitiva y reparadora–, coincide con las dos finalidades básicas que persigue el recargo de prestaciones, como son, por un lado, castigar al empresario por los accidentes acaecidos con infracción de las normas en materia de seguridad e higiene en el trabajo, y por otro, resarcir al trabajador por las lesiones ocasionadas como consecuencia de tal accidente. No obstante, entre otras objeciones a esta tesis, es preciso matizar que al construirse la cláusula penal desde las bases del Derecho Civil, resulta que el único legitimado para exigir la imposición del recargo, sería el trabajador, y sin embargo, es la propia Entidad Gestora (de oficio) o la Inspección de Trabajo, quien pone en marcha los trámites pertinentes, aun en los casos en que el trabajador no inicie las actuaciones conducentes a tal fin.

La idea de una tesis ecléctica, debe su razón de ser a la coincidencia de pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales que señalan que el recargo tiene un importante componente sancionatorio en lo que respecta a su relación jurídica con el INSS y el empresario y, al mismo tiempo, reúne elementos característicos de la indemnización en el ámbito de la compleja relación jurídica de prestación (STSJ País Vasco de 19 de enero de 1999, STSJ Castilla-La Mancha de 15 de septiembre de 1995) y sin olvidar aquellas corrientes jurisprudenciales que viene a configurar el recargo como una responsabilidad en todo diferente a cualquiera de las existentes en virtud del resto de preceptos del ordenamiento (STSJ Castilla y León, Burgos, de 20 de mayo de 1992, STSJ de Madrid de 5 de octubre de 1993).

En cuanto al procedimiento de recargo, y conforme a la normativa legal vigente, indicar que éste se inicia normalmente a instancias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, siendo los Inspectores de Trabajo quienes tienen la facultad de instar del INSS, conforme al artículo 7.8 de la Ley 42/1997, de 14 de no-

viembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la declaración del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional causados por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. No obstante, este procedimiento puede ser iniciado por el propio INSS de oficio (artículo 3 de la OM de 18 de enero de 1996) y por los beneficiarios del recargo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del RD 1300/1995, de 21 de julio. Las Mutuas patronales y empresas, siguiendo el criterio de Lluís Navas J., carecen de legitimación a efectos de iniciar el procedimiento de recargo, a pesar de que el artículo 4 de la OM de 18 de enero de 1996, les permite “en su caso”, la promoción de la incoación de expediente.

Respecto de la tramitación del expediente en sí, destacar el informe propuesta del Inspector de Trabajo, que deberá ajustarse a lo dispuesto en el artículo 27.2 del RD 928/1998, de 14 de mayo y artículo 7.2 d) de la OM de 18 de enero de 1996, es decir, deberá recoger los hechos y circunstancias concurrentes, disposiciones infringidas, la causa concreta de las enumeradas en el artículo 123.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), que motive la propuesta, y el porcentaje que considere procedente aplicar, debiéndose aportar el expediente de iniciación, si se hubiese practicado acta de infracción y hubiese recaído sobre la misma, la correspondiente resolución de la autoridad laboral, y si no se hubiera practicado acta de infracción, en el informe propuesto se justificará razonadamente tal circunstancia. Los hechos reseñados en tales informes de la Inspección de Trabajo, gozan de la presunción de veracidad, sin perjuicio de su contradicción por los interesados.

Siguiendo el artículo 6 de la OM de 18 de enero de 1996, el procedimiento iniciado se impulsará de oficio, de acuerdo con las reglas del artículo 74 de la Ley 30/992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), aunque los interesados no comparezcan en el plazo establecido, concediéndoseles a tal efecto un plazo de 10 días para formular alegaciones, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 79.2 de la LRJ-PAC.

Finalizada la fase de instrucción, el INSS, ha de dictar resolución en materia de recargo que, de acuerdo con lo establecido en el RD 286/2003, de 7 de marzo, por el que se establece la duración de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social, es un plazo de 135 días (plazo que, no obstante, puede ampliarse como consecuencia de la aplicación de las reglas generales que rigen en los procedimientos administrativos) transcurridos los cuales ha de entenderse

denegado el recargo por silencio administrativo, pudiendo interponer la persona la pertinente reclamación previa y desestimada ésta, expresamente o por silencio, formular demanda ante el Juzgado de lo Social.

Hecho un somero análisis de la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones y de su procedimiento, se procede al estudio de una de las dificultades que en ocasiones se han puesto de manifiesto en la gestión de esta figura tan compleja que implica a distintos sujetos e intereses contrapuestos, contribuyendo a tal dificultad la existencia de unos textos normativos y reglamentarios, que no llegan a construir un tratamiento sistemático sobre el recargo, tal y como se expuso al principio, siendo una de las dificultades a las que nos referimos la relativa a la posibilidad de suspender el procedimiento de imposición del recargo, bien, por la existencia de actas de infracción impugnadas, bien por la existencia de un procedimiento penal por los mismos hechos.

Respecto de las primeras de las causas, es decir la suspensión del procedimiento administrativo de recargo por impugnación de un acta de infracción en virtud de alegaciones y pruebas que pudieran determinar la inexistencia de falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, o la ausencia de relación entre esa falta y el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, y así lo haga saber la autoridad laboral competente, tal suspensión tendrá lugar hasta que se dicte resolución firme en el procedimiento sancionador en los términos previstos en el artículo 24.1 del RD 928/1998 de 14 de mayo, en tal artículo se dispone que “las resoluciones sancionadoras firmes en vía administrativa serán inmediatamente ejecutivas”, por tanto, una vez firmes en vía administrativa, continuará la tramitación del procedimiento administrativo de recargo hasta su resolución.

Queda igualmente zanjada la cuestión en vía jurisdiccional, es decir, en los supuestos en los que habiéndose impugnado en el orden jurisdiccional social la resolución administrativa que declara la procedencia del recargo de las prestaciones, no es admisible la suspensión de este procedimiento, al haberse impugnado el acta de infracción en el orden contencioso-administrativo, hasta que se resuelva este último, lo cual queda brillantemente expuesto en la STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2004, con cita de la de 23 de septiembre de 2002: “la doctrina científica y la jurisprudencia vienen atendiendo que el efecto de la excepción de litispendencia –artículo 533.5 de la LEC de 1881 y artículo 1252 del Código Civil (hoy, artículo 222 de la LEC)–, estriba en la imposibilidad legal de tramitar otro procedimiento entre los mismos sujetos y con el mismo objeto del que está pendiente y que la justificación de este efecto no es otra que la de evitar la in-

seguridad y falta de certeza jurídica que se produciría sobre el hecho de que un mismo objeto procesal pudiera ser resuelto por sentencias contradictorias –STS de 5 de diciembre de 1981, de 2 de mayo de 1983 y 7 de marzo de 1990–. (...) En el presente caso, no concurre la triple identidad exigida, pues mientras en la vía contencioso-administrativa lo que se impugna es la sanción impuesta por el ilícito administrativo laboral derivado de la falta de medidas de seguridad, para lo que continúa siendo competente en la actualidad el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en las presentes actuaciones lo que impugna es el recargo de prestaciones, para lo que resulta competente para conocer el orden jurisdiccional social, y pendiendo así ante dos órdenes jurisdiccionales distintos no cabe entender exista la identidad objetiva (...). El incumplimiento empresarial de la normativa de seguridad social y prevención de riesgos laborales es susceptible de provocar consecuencias jurídicas en la vertiente administrativa, civil y penal (...). En suma, el objeto de ambos pleitos es diferente, tratándose de responsabilidades compatibles, por lo que no concurriría el triple requisito de identidad, exigido por el artículo 1252 del Código Civil, en cuanto a las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron.”

88

La segunda de las causas de suspensión del procedimiento para la imposición del recargo de prestaciones, es la prevista en el artículo 16 de la OM de 18 de enero de 1996, precepto que encuadra las declaraciones de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, y en cuyo apartado segundo, párrafo segundo, se dispone que “cuando se conozca la existencia de algún procedimiento judicial en vía penal por los mismos hechos se suspenderá el expediente en este solo aspecto, hasta que recaiga sentencia firme por resolución que ponga fin al procedimiento”, y que a raíz de la Sentencia del TS, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 17 de mayo de 2004, Rec. 3259/03, ha quedado carente de un mandato legal que lo sustente.

Según Luis Escudero Alonso, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, en el comentario de jurisprudencia que realiza de la Sentencia del Tribunal Supremo identificada, ésta “afecta a un cierto número de trabajadores y beneficiarios de Seguridad Social, para los que se pide que se aplique el recargo en materia de prestaciones de la Seguridad Social, establecido en el artículo 123 de la LGSS, que veía suspendida la tramitación del expediente de recargo por parte del INSS en razón de que sobre los mismos hechos estaba abierta una causa penal, lo que conlleva en la mayoría de los casos que tuvieran que esperar varios años para ver reconocido el recargo, siendo tal sentencia la que establece que la paraliza-

ción referida no ha de tener lugar, pudiéndose substanciar a la vez ambos procedimientos”.

La fundamentación jurídica de la referida sentencia parte del artículo 123.3 de la LGSS, en el que se declara expresamente la compatibilidad de la responsabilidad del recargo de prestaciones, con las derivadas de un hecho punible. La esencial regla de independencia y compatibilidad que establece este artículo, cabe entenderla reflejada y refrendada, según la Sala Cuarta del TS, en Sentencia de 2 de octubre de 2000, Rec. 2393/1999, en el artículo 42.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, cuando dispone que “las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema”, continuando que “este precepto claramente distingue tres tipos de responsabilidades que declara compatibles: a) las responsabilidades administrativas derivadas del procedimiento sancionador; b) las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados; y c) las indemnizaciones de recargo de prestaciones”.

Continúa la Sentencia del TS de 17 de mayo de 2004, que si bien “la OM de 18 de enero de 1996, prevé la suspensión en los términos que se, indican en el artículo 16.2, el RD 1300/1995, de 21 de julio, en cuyo desarrollo se dictó la citada OM, no contiene norma alguna que autorice la suspensión en la tramitación del expediente. En sentido contrario, el artículo 86 de la LPL, con referencia ya al proceso ante la jurisdicción, señala que “en ningún caso se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos”. La legalidad del mandato de la OM citada dependerá de la existencia de un sustrato legal que le sirva de fundamento pues, de no existir, debe prevalecer el principio de celeridad que debe afectar a todos los expedientes en materia de prestaciones de la Seguridad Social (...). La Orden de referencia podría tener su apoyo en el artículo 3.2 del RDL 5/2000, reproduce literalmente el mandato del artículo 3.1 de la Ley de 7 de abril de 1988 que con anterioridad estableció la regulación de las faltas y sanciones en el orden social. Este precepto establece que “en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la Autoridad Judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones. Como se ve la orden de para-

lización afecta exclusivamente al procedimiento sancionador, que es el regulado en dicha norma, y el de imposición de medidas de seguridad no tiene esta consideración. Ciertamente es que la naturaleza jurídica del recargo por falta de medidas de seguridad es un tanto compleja teniendo algunos matices propios de la sanción, aunque acaba teniendo una consideración *sui generis* que le aparta de la sanción propiamente dicha al ser beneficiarios de su cuantía el trabajador o sus causahabientes (...). Por otra parte, la imposición de este recargo no afecta al principio *non bis in idem*. Conviene recordar a este respecto que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1985, señalaba que “es cierto que la regla *non bis in idem* no siempre posibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplan, por ello desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal o como infracción administrativa o laboral), pero no lo es menos que sí impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos se sancione repetidamente la misma conducta”.

La STS de 17 de mayo de 2004 “evidencia que el mandato del artículo 3.2 del RDL 5/2000, no puede interpretarse como que afecta a los expedientes para la imposición del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Ello es así porque la cuantía de su importe es compatible, por mandato legal, con las que puedan derivarse de la causa penal. Pero es que además el proceso penal siempre tiene por objeto sancionar conductas individuales. En el caso concreto del accidente de trabajo, a la persona o personas que intencionada o culposamente pudieran ser responsables de la ausencia de las medidas de seguridad determinantes del siniestro. Mientras que el recargo de prestaciones se impone a la empresa como tal, tanto si hay una persona física responsable como si no la hay. Lo determinante para la imposición del recargo es la ausencia de las medidas de seguridad, requisito objetivo, independiente de la persona física responsable de su ausencia”.

De todo lo expuesto se desprende que el INSS, en base a la indicada doctrina, no procederá a suspender el

EL INSS NO
PROCEDERÁ A
SUSPENDER EL
PROCEDIMIENTO DE
RECARGO DE
PRESTACIONES COMO
CONSECUENCIA DE LA
EXISTENCIA DE UN
PROCESO PENAL ABIERTO
POR LOS MISMOS
HECHOS

procedimiento de recargo de prestaciones como consecuencia de la existencia de un proceso penal abierto por los mismos hechos, es decir, derivado del mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional, ya que el mandato de la OM que ordena la paralización del expediente administrativo para la imposición del recargo por falta de medidas de seguridad, carece de un mandato legal que lo sustente, pues no puede entenderse por tal el otro precepto legal, el artículo 3.2 del RD 5/2000, de-

biendo continuar, por tanto, el procedimiento hasta la resolución que ponga fin a aquel expediente, observando respecto del plazo para dictar tal resolución, lo dispuesto en el RD 286/2003, de 7 de marzo, como ya se indicó al hacer una breve referencia al procedimiento para la imposición del recargo, sin que en ningún caso, en los supuestos en que se haya suspendido su tramitación, se pueda invocar la prescripción del recargo por parte del empresario responsable del mismo, y ello como matiza el Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Lluís Escudero Alonso, porque “la no prescripción ha de fundarse tanto en la actuación de la empresa responsable del recargo que no impugnó la resolución de paralización del expediente administrativo de recargo, tratándose por tanto de un acto administrativo consentido, como por lo dispuesto en el artículo 43.3 de la LGSS, que dispone que “en el supuesto de que se entable acción judicial contra un presunto culpable, criminal o civilmente, la prescripción quedará en suspenso mientras aquélla se tramite, volviéndose a contar el plazo desde la fecha en que se notifique el auto de sobreseimiento o desde que la sentencia adquiera firmeza”. ●

EL PROCEDIMIENTO PARA LA RECLAMACIÓN DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

90

Juan José FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

Bajo el genérico título convertido en enunciado de este estudio, necesariamente breve por razones editoriales, muchas (demasiadas) cuestiones deben ser soslayadas en favor de un discurso más ágil y centrado en los problemas fundamentales del procedimiento para reclamar mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Es el apuntado un hándicap no infrecuente, pero también una evidente ventaja para el lector, al ponerlo sobre aviso de algunos de los aspectos singularmente relevantes en una materia asaz compleja.

Dejando transitar lo escrito por las sendas de cuanto los Tribunales (de lo Social, procede advertir) han opinado al respecto, con pequeñas matizaciones o aportaciones del autor, éstas pueden ser las cuestiones más salientes a analizar.

1. Competencia jurisdiccional

El canon de un proceso único para cada litigio habría de conducir de manera natural a la imposibilidad de admitir ningún tipo de disociación de jurisdicciones

fuere cual fuere el pleito, incluidos algunos tan proclives a la misma como los suscitados en este ámbito⁽¹⁾; por consiguiente, también a negar cualquier “doble protección del asegurado, como tal (art. 2 LCS) y en tanto trabajador”⁽²⁾.

Hasta ahí los principios; la realidad –como siempre– consigue superarlos con pasmosa facilidad. En una materia en la cual las normas de Seguridad Social rigen la mejora (arts. 191 a 194 TRLGSS y OM 28 diciembre 1966), las laborales lo hacen respecto a las vías de establecimiento, el Derecho Mercantil ordena la póliza encargada de materializar aquélla y hasta el ordenamiento administrativo va a ser llamado si median funcionarios públicos, fácil es colegir la tentación a la dispersión como estrategia, e incluso sistema; difícil encontrar una opción firme sin la previa intervención del legislador o la concluyente aportación de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo.

Al faltar esta última, con efectos tan benéficos en algún tema colateral al aquí abordado (por ejemplo, en la atribución a los órganos de lo social de las cuestiones referidas a responsabilidad “civil” del empresario derivada de un ilícito laboral⁽³⁾), cabe asistir a un panorama desolador, donde –singularmente– el orden

especializado y el común se siguen considerando competentes (la doctrina legal de lo civil utilizando como principales argumentos los provenientes de los arts. 1.2 y 4.3 LCS, 22.5 LOPJ y 42.2 Ley 33/1988, de 5 de diciembre), dando pie a una doble jurisprudencia que no ayuda a cumplir la función normalizadora por el art. 1.6 CC asignada, "habida cuenta los diferentes principios que rigen una y otra jurisdicción"⁽⁴⁾.

De atender a los argumentos barajados por los Tribunales de lo Social (y en ocasiones por el Ministerio Fiscal, cuando le ha sido solicitado su informe⁽⁵⁾), no cabría duda sobre su competencia: primero, por así imponerlo el art. 9.5 LOPJ y, sobre todo, el 2.c) LPL siempre y cuando estas partidas deriven de un contrato de trabajo o convenio colectivo⁽⁶⁾ (también de la voluntad unilateral del empresario, "pues no es un mero acto de liberalidad, sino vinculado a una relación laboral"⁽⁷⁾); segundo, al gozar de la naturaleza de mejoras voluntarias reguladas por los arts. 39 y 191 y ss. TRLGSS⁽⁸⁾, y a sus resultados dar lugar a verdaderos pleitos de Seguridad Social en sentido material⁽⁹⁾, sin que "la modalidad de gestión pueda alterar el criterio de atribución de competencias"⁽¹⁰⁾, "ni la intervención de compañía de seguro desvirtuar su carácter último"⁽¹¹⁾; tercero, "al conocer la jurisdicción social del hecho fundamental en las mismas (de un siniestro profesional, su alcance y significación), está en inmejorables condiciones para resolver sobre su procedencia o no..., haciendo realidad, en la forma más directa y eficaz posible, la tutela judicial efectiva al empleado, lo cual exige unidad de criterio, in-

A PARTIR DEL NUEVO
PATRÓN HERMENÉUTICO,
"A ESTOS EFECTOS LA
FECHA DEL SINIESTRO ES
LA ÚNICA QUE CUENTA,
POR CUANTO ÉSTE ES EL
RIESGO ASEGURADO Y,
EN CONSECUENCIA, ES
LA DETERMINANTE DE LA
ASEGURADORA
RESPONSABLE, AUN
CUANDO EL EFECTO
DAÑOSO -INCAPACIDAD
O MUERTE- APAREZCA
CON POSTERIORIDAD"

mediatividad de respuesta y ejecución de lo decretado por Jueces y Tribunales"⁽¹²⁾; en fin, sólo tienen sentido en cuanto nacen, existen, se mantienen y "tienen su razón de ser en la vigencia de una relación de trabajo"⁽¹³⁾, sin importar su origen ni su asunción directa por el empresario o "exteriorización" hacia una aseguradora.

A resultas de tal criterio, la competencia de la jurisdicción civil sería "residual" en este ámbito, quedando circunscrita a los supuestos donde faltarán los elementos *supra* mentados: pleitos referidos a las relaciones entre el tomador y las compañías mercantiles⁽¹⁴⁾, seguros suscritos

por representantes de los trabajadores sin la implicación de la empresa⁽¹⁵⁾ (también por los sindicatos para proteger a sus afiliados⁽¹⁶⁾), cuando el protegido no fuera un trabajador (sino empresario⁽¹⁷⁾) -incluidos

⁽¹⁾ Por su expresividad, cabe remitir a las SSTSJ País Vasco 23 enero 1992 (AS 181) y Aragón 5 febrero 1992 (AS 631).

⁽²⁾ STS 4 marzo 1985 (RJ 1854) o, en la doctrina, Tapia Hermida, A.J., "Seguros colectivos y fondos internos de previsión social (I)", AL, núm. 20, 1994, págs. 308-309.

⁽³⁾ AATS, Sala de Conflictos de Competencia, 23 diciembre 1993 (RJ 10131), 4 abril 1994 (RJ 3196), 10 junio 1996 (RJ 9676), 21 diciembre 2000 (JUR 128981/2001) o 21 diciembre 2002 (RJ 2105).

⁽⁴⁾ Según reconoce, sin rubor, la STS, Civil, 22 junio 1988 (RJ 5122).

⁽⁵⁾ Por ejemplo, STSJ Canarias/Las Palmas 13 julio 1999 (AS 3992).

⁽⁶⁾ Pionera en este sentido la STS 18 julio 1981 (RJ 3197), luego reproducida en un sinfín de pronunciamientos ulteriores que no merece la pena detenerse a enumerar.

⁽⁷⁾ STSJ Galicia 10 diciembre 1999 (AS 6597).

⁽⁸⁾ Sirvan, por todas, las SSTS 22 septiembre 1987 (RJ 6266) o 10 febrero y 10 abril 1989 (RJ 725 y 2953).

⁽⁹⁾ Especialmente ilustrativa la STS 11 noviembre 1986 (RJ 6324), por reaccionar frente a la tesis contraria sostenida en STS 8 julio 1986 (RJ 3995).

⁽¹⁰⁾ El tenor, concluyente, en SSTS 2 abril 1987 (RJ 2321), 28 diciembre 1988 (RJ 9933), 26 febrero 1990 (RJ 1229), 25 noviembre 1992 (RJ 8835) o 26 febrero y 22 abril 1993 (RJ 3348). En una selección de pronunciamientos ilustrativos, SSTSJ Murcia 26 mayo 1998 (AS 2263), Extremadura 2 noviembre 1998 (AS 4423), País Vasco 6 febrero 2001 (AS 4008) y Asturias 15 noviembre 2002 (JUR 100533/2003).

⁽¹¹⁾ De nuevo baste remitir, de entre las muchísimas acogiendo tal argumento, a la que lo aquilató, STS 18 julio 1981 (RJ 3197).

⁽¹²⁾ STS 12 marzo 1986 (RJ 1309).

⁽¹³⁾ STS 22 marzo 1990 (RJ 2330).

⁽¹⁴⁾ SSTS 12 junio 1985 (RJ 3394), 12 marzo y 30 abril 1986 (RJ 1309 y 2287), 18 enero y 26 diciembre 1988 (RJ 12 y 9909) o 26 noviembre 1990 (RJ 7719).

los autónomos⁽¹⁸⁾—, consejero⁽¹⁹⁾ o ex empleado que mantuvo el seguro en vigor a sus expensas después de la jubilación⁽²⁰⁾, si respondiera a la exclusiva voluntad del operario en orden a cubrir contingencias varias⁽²¹⁾, o, por no seguir, se trate de una entidad de ahorro concertando una póliza para cubrir los riesgos profesionales de quienes domicilien la nómina, “pues su causa surge ajena de toda relación de laboralidad”⁽²²⁾. Por su parte, a los órganos de lo contencioso quedarán atribuidas en exclusiva las mejoras voluntarias concedidas a los funcionarios o personal asimilado (con dudas en este último supuesto⁽²³⁾), al tratarse del “ejercicio de típica función administrativa en la regulación de sus condiciones de empleo”⁽²⁴⁾.

2. Modalidad procesal a seguir y acumulación de acciones

Determinada la competencia de los órganos de la jurisdicción social, surge el problema de dilucidar la vía a través de la cual tramitar el litigio. Al respecto, y frente a la equiparación de las mejoras “a todos los efectos” con las prestaciones de Seguridad Social, incluida la modalidad especial recogida en los arts. 139 y ss.

LPL⁽²⁵⁾, hoy es pacífico que, “procesalmente al menos, ésta no es materia de Seguridad Social”⁽²⁶⁾, “aun cuando tenga conexiones intensas y muy inmediatas con ella”⁽²⁷⁾, debiendo seguir el proceso ordinario, como regla⁽²⁸⁾, o el de conflicto colectivo—con la variante, escasamente significativa por su casi total falta de reglas singulares, de la impugnación de convenios⁽²⁹⁾—, a modo de posibilidad especial.

La diferencia entre una y otra alternativa viene dada por el objeto de la pretensión: de constituir efectos susceptibles de ser fijados o considerados como individualizados, sin importar su origen en la voluntad unilateral del empresario, contrato o convenio, será menester acudir al proceso ordinario (y, eventualmente⁽³⁰⁾, a una acumulación subjetiva de acciones⁽³¹⁾⁽³²⁾); por su parte, si aquello a dirimir afecta a los intereses generales de un colectivo, pues la solicitud es un pronunciamiento de carácter general (el ámbito es especialmente propicio a las acciones declarativas⁽³³⁾), que posteriormente podrá hacerse valer en reclamaciones singulares o plurales de cantidad⁽³⁴⁾, la modalidad especial será la pertinente, “al ser la acción ventilada la propia de un conflicto colectivo jurídico”⁽³⁵⁾; tal ocurre, singularmente (conformando “el objeto más típico de este proceso”), cuando los liti-

⁽¹⁵⁾ Especialmente interesante la serie dada por las SSTS 24 mayo; 4, 8, 10, 22 y 26 junio; 6, 7 y 15 julio; 24 y 25 septiembre; 5, 9, 16 y 21 octubre y 5 y 25 noviembre 1992 (RJ 3612, 4785, 4537, 4557, 4611, 4622, 5585, 5587, 5622, 6810, 6812, 7603, 7624, 7645, 7663, 8783 y 8835); más recientes, SSTSJ Andalucía/Sevilla 10 diciembre 1999 (AS 540/2000) y Asturias 28 septiembre 2001 (AS 3042).

⁽¹⁶⁾ SSTSJ Cataluña 11 febrero 1993 (AS 823), Andalucía/Sevilla 6 julio 1994 (AS 3107) y Madrid 12 junio 1997 (AS 2128).

⁽¹⁷⁾ STSJ Aragón 4 diciembre 1996 (RJ 4637).

⁽¹⁸⁾ Habida cuenta las ampliaciones en la cobertura objetiva de seguro reconocidas al colectivo —verbi gratia, art. 40.4 Ley 53/2002 y RD 1273/2003—, “no significa que nos hallemos ante una mejora voluntaria..., pues ha de afectar a trabajadores por cuenta ajena sometidos a un régimen laboral estricto”, STSJ Murcia 12 julio 2004 (AS 2937).

⁽¹⁹⁾ STS 27 junio 1989 (RJ 4849).

⁽²⁰⁾ SSTSJ Comunidad Valenciana 6 marzo 1997 (RJ 481) y 7 noviembre 2000 (JUR 143924/2001).

⁽²¹⁾ STSJ Galicia 23 diciembre 1998 (AS 4238).

⁽²²⁾ SSTS 26 septiembre y 21 noviembre 1988 (RJ 9908 y 8834) o 27 junio 1989 (RJ 4849).

⁽²³⁾ En sentido opuesto, si bien obiter dicta, STSJ Murcia 16 octubre 2000 (AS 4359).

⁽²⁴⁾ SSTSJ Extremadura 24 mayo 1995 (AS 1816) y La Rioja 6 febrero 1996 (AS 907), Andalucía/Málaga 7 junio 1996 (AS 1760), Galicia 20 marzo 1997 (AS 893) y 30 abril 1998 (AS 964), País Vasco 17 junio 1997 (AS 2177) o Castilla y León/Valladolid 3 septiembre 1997 (AS 3277).

⁽²⁵⁾ SSTSJ Andalucía/Sevilla 16 enero 1996 (AS 193), Navarra 25 junio 1996 (As 2439), Andalucía/Granada 8 enero 1997 (AS 426) y Extremadura 3 abril 1997 (As 1675).

⁽²⁶⁾ Gómez Abelleira, F.J., *El proceso especial de Seguridad Social*, Madrid (Edersa), 2000, pág. 19.

⁽²⁷⁾ Gomzález Ortega, S., “La extensión de la jurisdicción social en materia de Seguridad Social y otras afines”, RL, 1990, tomo. II.

⁽²⁸⁾ STS 18 marzo 1999 (RJ 3010) y SSTSJ Andalucía/Málaga 22 junio 2001 (JUR 286220) o Castilla-La Mancha 8 junio 2004 (JUR 179867).

⁽²⁹⁾ Al respecto, SSTSJ Cataluña 18 abril 1992 (AS 1737) y 9 julio 1993 (AS 3504).

⁽³⁰⁾ Así, por ejemplo —y con argumento merecedor de un discurso más extenso—, viene a ser negada la acumulación subjetiva por cuanto “los litigios presentan una complejidad que aconsejan su solución individual... [, garantizando, eso sí,] el respeto del principio de igualdad en aplicación de la ley”, STSJ Murcia 13 enero 2003 (AS 704).

gios “versen sobre la fijación del alcance de una cláusula normativa contenida en un convenio sobre cuya interpretación existen pretensiones contradictorias por quienes lo firmaron”⁽³⁶⁾.

La especial naturaleza reconocida a estas pretensiones, y la vía reconocida para su tramitación, llevan, por supuesto, a declarar la inviabilidad de acumular acciones de Seguridad Social básica y complementaria⁽³⁷⁾; también –pese a opiniones puntuales en contrario⁽³⁸⁾–, “por la elemental diferencia en su objeto”, entre una reclamación de salarios y otra de mejora voluntaria, “aun tratándose, ambas, de peticiones de cantidad”⁽³⁹⁾.

3. Actividades procesales

Bajo la premisa clara a partir de la cual “no cabe obstaculizar la posibilidad de solicitar la tutela judicial... mediante el establecimiento de un trámite previo no previsto en la LPL o en el contrato entre empresa y aseguradora [incluyendo cualquier variante causal del mismo]⁽⁴⁰⁾”, el análisis sobre las cuestiones preprocesales queda profundamente afectado por la confusión reseñada sobre la modalidad a seguir.

Quizá tal motivo explique algún pronunciamiento, ciertamente excepcional, situando el problema en el hecho de estar “ante un pleito de Seguridad Social en

el cual vienen a ser reclamadas prestaciones complementarias, excluidas por imperativo del art. 51 LPL (1980) de la conciliación judicial previa y también de la reclamación pertinente ante la Entidad Gestora o Colaboradora (?), pues la exigencia de las mismas impuestas en el art. 58 LPL (1980) tienen su excepción en el art. 63 LPL (1980) cuando afecten a demandas en materia de accidentes de trabajo”⁽⁴¹⁾. Dejando aparte tal anécdota (aun cuando provenga del Tribunal Supremo), convence más la serie de diversas sentencias y opinión de doctrina autorizada a partir de cuyo criterio “los pleitos aludidos por la excepción reseñada, y contemplada en el art. 64 LPL, procede entenderlos referidos, en interpretación sistemática –y a la vista del art. 2.b) y c) TRLGSS–, a la Seguridad Social pública y obligatoria, no a la complementaria, y así lo abona la exigencia respecto de esta última de la conciliación impuesta por el art. 71 LPL”⁽⁴²⁾, “y de la reclamación administrativa cuando procediera por existir una Administración implicada (art. 71 LPL), pero no por ser un organismo de la Seguridad Social, sino por resultar afectada aquélla como empleador en el amplio sentido del término”⁽⁴³⁾.

Para mostrar igual elemento de separación con las variantes procesales recogidas en los arts. 139 y ss. LPL, no resulta necesaria la aportación de expediente administrativo (si bien no es infrecuente hacerlo, sobre todo en los supuestos de incapacidad de origen profesional⁽⁴⁴⁾), habida cuenta lo debatido en esta

⁽³¹⁾ SSTs 25 junio 1992 (RJ 4672), 8 junio 1993 (RJ 4548) y 18 marzo 1999 (RJ 3010) o SSTs Cataluña 4 enero 1996 (AS 837) y Extremadura 3 abril 1997 (AS 1675); en todas ellas viene a ser rechazada la pertinencia del proceso de conflictos colectivos por no postular una genérica nulidad de lo pactado en convenio, sino la inaplicación de un precepto en concreto a un caso singular.

⁽³²⁾ STSJ Cantabria 24 diciembre 1992 (AS 5961).

⁽³³⁾ SSTs 8 octubre 1991 (RJ 7204) o 27 marzo, 6 mayo y 20 junio 1992 (RJ 1881, 3516 y 4602); de gran interés en este punto, STS 6 mayo 1996 (RJ 4375).

⁽³⁴⁾ SSTSJ Cataluña 14 diciembre 1993 (AS 5296) y Canarias/Las Palmas 13 julio 1999 (AS 3992).

⁽³⁵⁾ SSTs 26 abril 1995 (RJ 3736), 1 y 2 junio 1998 (RJ 4942 y 5781), 25 febrero 1999 (RJ 2604), 31 enero, 26 junio y 12 julio 2001 (RJ 2137, 6836 y 9312) o 29 diciembre 2004 (RJ 1994/2005); especialmente clarificadoras, SSAN 15 junio 1998 (AS 2659) y 30 noviembre 1999 (AS 7270).

⁽³⁶⁾ STS 17 enero 1991 (RJ 4121).

⁽³⁷⁾ SSTs 11 junio 1991 (RJ 5142) y 14 julio 1997 (RJ 6260) o SSTSJ Andalucía/Málaga 17 diciembre 1994 (AS 4868) y País Vasco 15 diciembre 2004 (JUR 67002/2005); contra, SSTSJ Andalucía/Sevilla 16 enero 1996 (AS 193), Navarra 25 junio 1996 (AS 2439), Andalucía/Granada 8 enero 1997 (AS 426) o Extremadura 3 abril 1997 (AS 1675).

⁽³⁸⁾ Baste el ejemplo proporcionado por la STSJ Andalucía/Málaga 17 diciembre 1994 (AS 4868).

⁽³⁹⁾ STS 26 septiembre 2001 (RJ 323/2002) o SSTSJ Madrid 3 marzo 1994 (AS 1133) y 14 junio 1999 (AS 5372), Andalucía/Sevilla 16 enero 1996 (AS 93), Extremadura 3 abril 1997 (AS 1675) y 21 julio y 12 septiembre 2003 (AS 124/2004 y JUR 55334/2004 y 55587/2004), Castilla y León/Valladolid 15 marzo 1999 (AS 5372) o Cantabria 14 septiembre 2000 (JUR 5235/2001).

⁽⁴⁰⁾ STS 21 mayo 1987 (RJ 3770) y STCT 24 noviembre 1987 (RJ 26160).

⁽⁴¹⁾ STS 19 enero 1991 (RJ 63).

⁽⁴²⁾ Con pronunciamiento al respecto, SSTs 19 febrero 1990 (RJ 1115) o 25 marzo y 8 marzo 1999 (RJ 2604 y 3010); SSTCT 12 abril 1983 (RTCT 3049) o 21 junio 1985 (RTCT 4175) y STSJ Castilla y León/Valladolid 28 enero 1992 (AS 121), Comunidad Valenciana 7 noviembre 2000 (JUR 143924/2001) y Murcia 19 diciembre 2000 (JUR 66610/2001).

clase de litigios es si procede abonar una cantidad complementaria a la pensión asignada por el sistema público, con carácter previo e independiente a la reclamación de la mejora⁽⁴⁵⁾.

Incorporando al discurso las actividades anteriores a la reclamación introducidas por vía privada (y al margen del incumplimiento de diversos requisitos documentales en algunos casos considerados no trascendentales si puestos en relación con el tema de fondo debatido⁽⁴⁶⁾), destacan las frecuentes remisiones de los convenios a la necesidad de recurrir a comisiones paritarias (cuando no a otros sistemas extrajudiciales de solución de conflictos) como trámite previo a la judicialización del conflicto, reconocidas por el Tribunal Supremo como fórmulas “con lógica y plena virtualidad jurídica”, pero “que llegan hasta donde han sido previstas, y no más, no a la reacción procesal una vez desencadenadas [, y no resueltas,] las cuestiones o divergencias de interpretación”⁽⁴⁷⁾; salvo, es obvio, cuando del arbitraje se trate, pues queda convertido en fórmula alternativa al proceso, con el valor del propio convenio que lo contempla, y sólo sobre los puntos oscuros de su contenido, no pacíficos entre las partes, cabrá plantear oportuna pretensión procesal⁽⁴⁸⁾.

94

4. Partes

La legitimación activa pocos problemas ha suscitado; si acaso, cabría mentar los derivados de estipulaciones en el contrato de seguro a favor de terceros⁽⁴⁹⁾, particularmente interesantes en los supuestos de fallecimiento del trabajador, los cuales exigen diferenciar entre beneficiario y heredero, en tanto la eventual indemnización percibida como mejora voluntaria “no puede formar parte del caudal hereditario del em-

pleado al cual hace referencia el art. 659 CC, pues nace *ex novo* a partir de su óbito, poniendo de relieve cómo la madre y los hermanos [, en el pleito ventilado en cuestión,] no actúan en la condición de herederos, sino de beneficiarios de la mejora, y en tanto tales ostentan plena legitimación para reclamarla, bien en su totalidad o en la proporción a la que tuvieran derecho, pero con plenas facultades para comparecer en juicio y a ejercer las acciones oportunas”⁽⁵⁰⁾. Por cierto, en estos casos –y cuando proceda– “es clara la capacidad de la madre para representar a sus hijos, pues una cosa es la legitimación para reclamar la indemnización por fallecimiento del padre, cuyo conocimiento está atribuido a esta especializada jurisdicción, y otra distinta es a quién corresponde la administración o disposición de ésta, para lo cual este orden no tiene competencia por razón de la materia extra laboral”⁽⁵¹⁾.

En cuanto a la legitimación pasiva hace, y amén de los supuestos “normales” donde el demandado es el tomador-empresario por haber incumplido sus obligaciones de aseguramiento⁽⁵²⁾ o –sobre todo– la compañía aseguradora (debiendo descartar como tal, por si duda hubiere, a las mutuas de accidentes de trabajo⁽⁵³⁾), la mayor parte de los conflictos traen causa en la necesidad de crear, o no, una situación litisconsorcial.

Tal viene a ser exigida siempre “respecto a la aseguradora y la empresa (o empresas, de mediar responsabilidad solidaria o subsidiaria⁽⁵⁴⁾) cuando la mejora hubiera sido cubierta mediante un contrato de seguro, y ello con independencia de haber cumplido o no las obligaciones inherentes al mismo”⁽⁵⁵⁾; también en los supuestos de recaída o recidiva con cambio de aseguradora entre el primero de los siniestros y su agravación⁽⁵⁶⁾. Por contra, no procederá llamar a la compañía mercantil si la póliza no incluía al actor-beneficiario⁽⁵⁷⁾ (menos aún cuando el riesgo acaecido no

⁽⁴³⁾ STSJ Andalucía/Granada 13 noviembre 1996 (AS 4613); también, por su claridad, SSTSJ Extremadura 14 abril 1998 (AS 5937), País Vasco 23 febrero 1999 (AS 5626), Murcia 16 octubre 2000 (AS 4359) o Andalucía/Granada 24 septiembre 2003 (JUR 8318/2004). Valgan los argumentos de autoridad, por lo demás mantenidos en el tiempo, de Casas Baamonde, M.^a E., *Autonomía colectiva y Seguridad Social (un estudio de la contratación colectiva en materia de Seguridad Social y conexas)*, Madrid (Instituto de Estudios Fiscales), 1977, pág. 271.

⁽⁴⁴⁾ Compruébese su incidencia en, por ejemplo, STSJ Castilla-La Mancha 5 octubre 2000 (JUR 42476/2001).

⁽⁴⁵⁾ STCT 6 febrero 1986 (RTCT 703); en la doctrina, Valera de la Escalera, S., “Las mejoras voluntarias en el sistema de la Seguridad Social”, DL, núm. monográfico, 1987, tomo II, pág. 373.

⁽⁴⁶⁾ STSJ Andalucía/Málaga 24 diciembre 1997 (AS 4971).

⁽⁴⁷⁾ STS 17 enero 1996 (RJ 4121).

⁽⁴⁸⁾ SSTSJ Galicia 10 diciembre 1999 (AS 6597), Madrid 15 julio 2002 (AS 3045) y Aragón 15 noviembre 2004 (AS 3901).

⁽⁴⁹⁾ STSJ Madrid 23 noviembre 1993 (AS 5060).

⁽⁵⁰⁾ STSJ Andalucía/Granada 5 enero 1993 (AS 48).

⁽⁵¹⁾ STSJ Cataluña 5 diciembre 1994 (AS 4794).

fuera el protegido en aquella⁽⁵⁸⁾; a la representación unitaria o sindical que negoció el convenio donde fue creada la ventaja⁽⁵⁹⁾; al INSS o la TGSS, pues –como regla general⁽⁶⁰⁾– ninguna responsabilidad deriva para ellos en estos pleitos⁽⁶¹⁾; a quienes ya disfrutaban de la mejora cuando un convenio posterior la suprime o reduce⁽⁶²⁾ a determinados auditores de quien garantiza el riesgo⁽⁶³⁾; en fin, tampoco al consorcio de compensación de seguros, pues, de nuevo, “en ningún momento dicho organismo puede resultar afectado por la sentencia que recaiga, salvo insolvencia de quien por contrato ha de hacer frente al débito”⁽⁶⁴⁾.

5. Prescripción

Aun cuando puntualmente haya recaído la atención “sobre la naturaleza salarial de la mejora” para aplicar el plazo de prescripción de un año previsto en el art. 59 ET⁽⁶⁵⁾, el debate en este punto queda situado en la alternativa básica entre quienes defienden la operatividad del art. 23 LCS y quienes lo hacen del art. 43.1 TRLGSS.

Para los primeros, la LCS, “por la trascendencia de la actividad por ella regulada, contiene una serie de disposiciones de carácter imperativo, o lo que es lo mismo, de imposible exclusión por voluntad de las partes, entre las cuales está... el plazo de prescripción de las acciones surgidas del contrato para exigir el pago de las indemnizaciones, por el art. 23 establecido en cinco años si el seguro es de personas”⁽⁶⁶⁾. Conclusión compartida en otros pronunciamientos donde aparece involucrada una mutualidad, sentando al respecto cómo, habida cuenta de que la prestación por mejora “es totalmente independiente de las propias del sistema público de Seguridad Social”, resulta obligado seguir que “se rige por sus propias normas”, siendo éstas las previstas en el mentado precepto⁽⁶⁷⁾, en el Reglamento de la Mutualidad⁽⁶⁸⁾ o, también, en los estatutos de cada entidad⁽⁶⁹⁾, si bien en estos dos últimos casos la falta de previsión en las normas internas conllevó la aplicación del plazo previsto en la ley mercantil.

Olvidan, bajo tal criterio, cómo el dato realmente decisivo a estos efectos pasa por demostrar que la fuente de la mejora deja de ser determinante una vez ha nacido al Derecho, y cómo lo reclamado a partir de

⁽⁵²⁾ Por su claridad, STS 11 noviembre 1986 (RJ 6322) y STSJ Andalucía/Granada 23 junio 2003 (JUR 184368).

⁽⁵³⁾ STSJ Galicia 22 julio 1993 (AS 3419).

⁽⁵⁴⁾ Ejemplares, STS 2 junio 1998 (RJ 4942) o SSTSJ Galicia 10 diciembre 1999 (AS 6597) y Comunidad Valenciana 11 diciembre 2001 (AS 3271/2002).

⁽⁵⁵⁾ STS 15 julio 1983 (RJ 3798) o STCT 21 diciembre 1984 (RTCT 9867). Sumamente expresivas las SSTSJ Murcia 30 diciembre 1998 (AS 7303), Cataluña 20 marzo 2000 (AS 2058) o País Vasco 3 octubre 2000 (JUR 421190/2001).

⁽⁵⁶⁾ STS 7 y 13 octubre 1993 (RJ 7311 y 7516) ó SSTSJ Canarias/Las Palmas 20 enero 1992 (AS 64) y Cataluña 3 enero 1996 (AS 829).

⁽⁵⁷⁾ STSJ Murcia 31 julio 1992 (AS 3626).

⁽⁵⁸⁾ STSJ Galicia 27 marzo 1996 (AS 606).

⁽⁵⁹⁾ SAN 17 diciembre 1993 (AS 5623).

⁽⁶⁰⁾ La excepción, por ejemplo, viene dada cuando actúen como empleadores y el pleito verse sobre mejoras por ellos reconocidas, SSTSJ La Rioja 4 septiembre 2001 (AS 4248) y País Vasco 15 marzo 2005 (AS 1936).

⁽⁶¹⁾ STS 8 julio 1986 (RJ 3995); en contra, la verdaderamente anómala STSJ Cataluña 25 abril 1994 (AS 1475), donde se demanda al INSS en concepto de responsable subsidiario de la mejora, vista la insolvencia del empresario.

⁽⁶²⁾ STS 2 junio 1998 (RJ 4942) o SAN 15 junio 1998 (AS 2629).

⁽⁶³⁾ SAN 30 noviembre 1999 (AS 7270).

⁽⁶⁴⁾ STSJ Galicia 8 abril 1995 (AS 1503).

⁽⁶⁵⁾ STSJ Castilla-La Mancha 3 mayo 1994 (AS 1822), Andalucía/Málaga 22 junio 2001 (JUR 286220), Cantabria 1 octubre 2003 (JUR 74348/2004) o Cataluña 25 junio 2004 (AS 2748). En todo caso, nunca se tratará de caducidad, “pues no existe ninguna prestación pendiente de cobro que dependa única y exclusivamente de la voluntad de un particular”, STS 13 julio 1998 (RJ 7013) y STSJ País Vasco 23 febrero 1999 (AS 5626).

⁽⁶⁶⁾ Por todas, STS 10 abril 1990 (RJ 3457).

⁽⁶⁷⁾ SSTSJ Castilla y León/Valladolid 22 septiembre 1992 (AS 4684) o Asturias 18 febrero 1994 (AS 509).

⁽⁶⁸⁾ STSJ Murcia 28 febrero 1996 (AS 1033).

⁽⁶⁹⁾ STSJ Galicia 21 febrero 1997 (AS 879).

la misma no va a ser ya sólo el cumplimiento de una obligación unilateral asumida o de un contrato individual o plural, sino de una prestación de Seguridad Social, "sometida a su legislación"⁽⁷⁰⁾, al primar "la naturaleza del derecho reclamado"⁽⁷¹⁾ (el cual, conviene insistir, "forma parte de la acción protectora de la Seguridad Social y queda afectado por los mismos principios y limitaciones"⁽⁷²⁾) sobre cualquier otro condicionante, incluida la existencia de un seguro privado o la presencia de una mutualidad⁽⁷³⁾.

Efectivamente, el plazo de prescripción será el de cinco años ("nunca el de un año previsto en el art. 59 ET"⁽⁷⁴⁾), pero no porque tal sea el previsto en el art. 23 LCS, sino por así establecerlo el art. 43.1 TRLGSS⁽⁷⁵⁾.

Los problemas no concluyen, empero, con la selección del precepto –y plazo– aplicable a la prescripción de la acción; proyectan su sombra también respecto a la determinación del *dies a quo* para el inicio del cómputo, con particular relieve cuando es la incapacidad la prestación mejorada. A este respecto, el cambio fundamental en la doctrina jurisdiccional sobre el hecho causante podría afectar, para unificar, el variable crite-

rio antes seguido, pues en algunos casos era consecuencia como tal la fecha de producción del accidente⁽⁷⁶⁾, la "inicial de aparición de las secuelas"⁽⁷⁷⁾, aquélla "en la cual pudo solicitarse"⁽⁷⁸⁾ o –mayoritariamente– "cuando el trabajador vio reconocida la prestación a través del dictamen-propuesta del EVI"⁽⁷⁹⁾. A partir del nuevo patrón hermenéutico, "a estos efectos la fecha del siniestro es la única que cuenta, por cuanto éste es el riesgo asegurado y, en consecuencia, es la determinante de la aseguradora responsable, aun cuando el efecto dañoso –incapacidad o muerte– aparezca con posterioridad"⁽⁸⁰⁾.

Con todo, el asunto plantea superior complejidad en este concreto marco, habida cuenta al ser varios los ordenamientos llamados a intervenir ("configuración mixta"⁽⁸¹⁾), la única forma posible de cohesionarlos pasa por reconocer la presencia de un sistema de protección estrictamente privado. Por tanto, cuando las partes determinen en convenio, contrato o póliza (no siendo infrecuentes aquí las denominadas cláusulas "de indisponibilidad"⁽⁸²⁾) la primacía de otro hecho causante distinto al legal⁽⁸³⁾, "a sus términos procederá estar, dado el principio de autonomía de la voluntad"⁽⁸⁴⁾ y la aplicación del *pacta sunt servanda*⁽⁸⁵⁾, de-

⁽⁷⁰⁾ SSTSJ Castilla y León/Valladolid 8 marzo 1994 (AS 1068) y Madrid 1 julio 1996 (AS 2621).

⁽⁷¹⁾ STS 10 abril 1989 (RJ 2953) o, por su claridad, SSTSJ Andalucía/Granada 12 marzo 1997 (AS 1159) y Cataluña 2 mayo 1997 (AS 2203).

⁽⁷²⁾ STS 7 julio 1993 (RJ 597) y SSTSJ Castilla-La Mancha 30 marzo 1994 (AS 1313), Cataluña 5 diciembre 1994 y 2 junio 1995 (AS 2365) o Castilla y León/Valladolid 16 mayo 1995 (AS 2050).

⁽⁷³⁾ STSJ Aragón 21 septiembre 1994 (AS 3292).

⁽⁷⁴⁾ SSTSJ Murcia 26 septiembre 1995 (AS 3482) y Andalucía/Málaga 20 febrero 1998 (AS 908).

⁽⁷⁵⁾ Por mencionar tan sólo pronunciamientos que constituyen doctrina jurisdiccional, SSTS 29 marzo 1985 (RJ 1458); 28 diciembre 1988 (RJ 9933); 10 abril 1989 (RJ 2953); 10 abril 1990 (RJ 3457); 5 septiembre 1991 (RJ 4918); 24 abril y 7 julio 1993 (RJ 3348 y 5967); 21 febrero, 25 abril, 30 junio, 9 julio, 21 septiembre y 20 octubre 1994 (RJ 1215, 3459, 5006, 6357, 7301 y 8527); 23 junio y 25 septiembre 1995 (RJ 5219 y 6886); 16 septiembre 1998 (RJ 7573); o, entre las últimas, 5 mayo 2004 (RJ 7268).

⁽⁷⁶⁾ SSTS 31 mayo y 10 junio 1985 (RJ 2797 y 3373), 28 noviembre 1986 (RJ 6526), 11 junio 1987 (RJ 4337), 12 febrero 1990 (RJ 908) o 7 julio 1993 (RJ 5967).

⁽⁷⁷⁾ STS 18 julio 1989 (RJ 5876).

⁽⁷⁸⁾ SSTSJ Cataluña 18 septiembre 1995 (AS 3556), Andalucía/Málaga 22 junio 2001 (JUR 286220) o Cantabria 1 octubre 2003 (JUR 7484/2004).

⁽⁷⁹⁾ Entre muchas más, SSTS 29 marzo 1985 (RJ 1445), 10 abril y 18 junio 1989 (RJ 2953 y 5876), 19 abril 1990 (RJ 3457) o 25 septiembre 1995 (RJ 6886). La tesis triunfa sobre todo en suplicación, donde es seguida de manera casi unánime; así, a título de mero ejemplo, SSTSJ Castilla y León/Valladolid 14 julio 1992 (AS 3521) y 5 octubre 1993 (AS 4479), Baleares 15 marzo 1996 (AS 1817), Galicia 21 febrero 1997 (AS 879) ó La Rioja 27 noviembre 1997 (AS 1420).

⁽⁸⁰⁾ SSTS 7 febrero, 21, 23 y 27 marzo, 3, 10 y 18 –dos– abril, 24 mayo, 20 julio y 21 septiembre 2000 (RJ 2035, 2872, 2883, 3125, 3144, 3522, 3968, 5145, 4639, 6637 y 8212); 11 julio y 4 octubre 2001 (RJ 7467 y 1415/2002); 10 junio y 25 septiembre 2002 (RJ 6923 y 502/2003); 15 enero y 24 marzo 2003 (RJ 1477/2004 y 4425) o 19 enero, 28 abril y 20 noviembre 2004 (RJ 1581, 3915 y 9098).

⁽⁸¹⁾ STS 20 marzo 1997 (RJ 2591).

⁽⁸²⁾ Sobre su operatividad en este contexto, SSTSJ Cataluña 17 julio 1992 (AS 4053) y 20 marzo 2000 (AS 2058).

⁽⁸³⁾ SSTSJ Murcia 4 junio 2001 (JUR 216944) y La Rioja 25 octubre 2001 (AS 4079); en contra, no obstante, al considerar que "la póliza nunca puede determinar el hecho causante, pues es un concepto de Seguridad Social", SSTSJ Andalucía/Granada 24 septiembre 2002 (JUR 8318/2003) y 18 febrero 2003 (AS 1109).

semeñando así las reglas de la doctrina jurisdiccional sobre el particular un papel estrictamente subsidiario⁽⁸⁶⁾, pues ésta no es una materia cerrada a nivel legal y, a diferencia de cuanto ocurre con el plazo de cinco años, lo acordado “no vulnera ninguna norma imperativa y no es contrario a la moral ni al orden público”⁽⁸⁷⁾.

6. Varia

Menester será concluir el presente análisis dando cuenta de algunos otros aspectos puntuales que, dejando al margen los comunes a cualquier dinámica procesal –y aquí de menor enjundia⁽⁸⁸⁾–, presentan un cierto relieve, en concreto los tres siguientes:

1) La sentencia alcanzada en estos procesos produce los efectos ordinarios, entre ellos confiere la facultad de plantear –cuando concurren sus requisitos– la excepción de litispendencia. Tal afirmación requiere, no obstante, una doble matización proveniente, por un lado, de la pluralidad de órdenes jurisdiccionales que pueden llegar a conocer de los litigios en esta materia suscitados; por otro, de la viabilidad de tramitarlos a través no sólo del proceso ordinario, sino también de la modalidad de conflictos colectivos.

Desde el primer punto de vista, ha sido preciso recordar en alguna ocasión cómo “los pronunciamientos de la Sala de lo Social no vinculan a la Sala Primera del Tribunal Supremo”⁽⁸⁹⁾, ni eventualmente a los órganos de lo contencioso administrativo. Atendiendo al segundo de los asuntos, “tampoco existe litispendencia entre un proceso individual o plural y otro colectivo que coincidan [sólo] parcialmente en esta materia: en primer lugar, por cuanto no pueden ser los mismos sujetos quienes los promueven; además, porque cabe detectar también elementos naturales de diferenciación tanto en el objeto de uno y otro como en el modo de ejercitar las pretensiones respectivas, ciñéndose

EL CANON DE UN
PROCESO ÚNICO PARA
CADA LITIGIO HABRÍA DE
CONducir DE MANERA
NATURAL A LA
IMPOSIBILIDAD DE
ADMITIR NINGÚN TIPO
DE DISOCIACIÓN
DE JURISDICCIONES
FUERE CUAL FUERE EL
PLEITO, INCLUIDOS
ALGUNOS TAN
PROCLIVES A LA
MISMA COMO LOS
SUSCITADOS EN ESTE
ÁMBITO; POR
CONSIGUIENTE,
TAMBIÉN A NEGAR
CUALQUIER DOBLE
PROTECCIÓN DEL
ASEGURADO, COMO
TAL (ART. 2 LCS) Y EN
TANTO TRABAJADOR

normalmente el proceso de conflicto a una petición de interpretación o precisión del alcance de una norma del ordenamiento jurídico”⁽⁹⁰⁾.

Distinto será el supuesto en el cual un primer litigio tramitado a través de la modalidad colectiva hubiera resuelto cuestión idéntica a la suscitada en otro individual, pues ante tal eventualidad “el art. 158.3 LPL ordena que las sentencias resolutorias de los procesos individuales deban aplicar obligatoriamente los mandatos y criterios decisorios establecidos por la de conflicto”⁽⁹¹⁾, en el conocido como efecto positivo de cosa juzgada o perjudicialmente vinculante⁽⁹²⁾.

2) En materia de recursos, es importante dar cuenta de aquel pronunciamiento histórico en que el Tribunal Supremo ha de hacer frente a un supuesto en el cual quien aspiraba a acceder a una mejora voluntaria co-

⁽⁸⁴⁾ SSTs 22 abril y 30 junio 1994 (RJ 5350 y 5500) o 16 octubre 2001 (RJ 2522/2002).

⁽⁸⁵⁾ STS 12 junio 1997 (RJ 6129). “Al tratarse de un asunto negociable”, STSJ Galicia 21 febrero 2003 (AS 1992).

⁽⁸⁶⁾ SSTs 19 enero, 28 abril, 23 julio, 3 noviembre y 21 y 23 diciembre 2004 (RJ 1581, 3915, 5821, 7834, 2306/2005 y 2307/2005) o SSTSJ Extremadura 15 septiembre 2005 (AS 2485), País Vasco 27 septiembre 2005 (AS 3439) y Cantabria 30 diciembre 2005 (AS 3710); en contra, no obstante, SSTSJ Canarias/Las Palmas 20 noviembre y 12 diciembre 2005 (JUR 35856/2006 y 65335/2006).

⁽⁸⁷⁾ Por ser la primera en el tiempo afirmándolo en tales términos, STS 20 noviembre 2003 (RJ 9098).

⁽⁸⁸⁾ Al respecto, Fernández Domínguez, J.J., *Protección social complementaria de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, pp. 419 y ss.

⁽⁸⁹⁾ STS 16 mayo 1996 (RJ 3789) y, con extrema claridad en este ámbito, STSJ Extremadura 2 noviembre 1998 (AS 4423).

⁽⁹⁰⁾ SSTs 30 junio; 15, 18 y 21 julio y 5 y 23 diciembre 1994 (RJ 5508, 6668, 6677, 6690, 9238 y 9958) o 16 enero 1996 (RJ 4121).

⁽⁹¹⁾ El tenor, de STS (Sala General) 30 junio 1994 (RJ 5008) o STSJ Cataluña 31 julio 2002 (AS 2422).

mete el error de no incluir en su impugnación a determinada aseguradora absuelta en instancia; el Tribunal Central de Trabajo, habiendo modificado la relación de hechos probados, entendió imposible emitir su parecer sobre el sujeto responsable precisamente por la ausencia de aquel emplazamiento; al final, y recordando tesis del Constitucional, el Alto Tribunal debe casar la sentencia condenando a quien no fue llamado al recurso para así garantizar el principio de tutela judicial efectiva, pues “como resultado de la actuación conjunta de la primera y segunda instancias el demandante no obtiene contestación a su pretensión concreta”⁽⁹³⁾.

3) Finalmente, y en íntima conexión con la consideración de las mejoras como partida distinta al salario y a las prestaciones de seguridad, cabe seguir el consiguiente tratamiento de exclusión a la hora de ponderar la prelación crediticia. La razón es clara: “si bien en una primera impresión procedería entender que todos los conceptos relativos a la Seguridad Social gozarán del privilegio salarial a estos efectos, una

lectura más atenta obliga a considerar... su referencia inmediata a cuantos establece el art. 90.2 LGSS [actual 121.2 TRLGSS], a los cuales viene anudada efectivamente la consecuencia garantizada en la ley; a saber, las prestaciones a satisfacer por los empresarios en virtud de incumplimientos de su obligación de afiliación, altas, bajas y cotización, o por su colaboración en la gestión, y, en su caso, las Entidades Gestoras y mutuas en régimen de liquidación. Es claro, por tanto, cómo entre los conceptos de previsión con garantía no aparecen las mejoras voluntarias de la Seguridad Social”⁽⁹⁴⁾. Por tal motivo, poco o nada importa el nuevo régimen diseñado por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; tampoco la vieja doctrina del Tribunal Supremo sobre la ausencia de *vis atractiva* de la anterior suspensión de pagos respecto a las acciones declarativas sociales ejercitadas con posterioridad al inicio de aquel procedimiento⁽⁹⁵⁾, pues, con ser un tema de alto interés, éste no es el lugar para tal discusión. ●

⁽⁹²⁾ SSTs 4, 16 y 17 febrero y 11 mayo 1999 (RJ 1588, 1804, 1809 y 4719) o, entre muchas, 26 junio y 12 julio 2001 (RJ 9572 y 9312) y, por su contundencia, STSJ Castilla-La Mancha 5 junio 2002 (JUR 60397/2003).

⁽⁹³⁾ STS 10 mayo 1994 (RJ 5354) o STSJ Canarias/Las Palmas 11 enero 1993 (AS 2).

⁽⁹⁴⁾ STS 25 mayo 1995 (RJ 4003) y 18 marzo 1999 (RJ 3010); AATS 27 junio 1992 (RJ 2412) y 15 marzo y 27 noviembre 1995 (RJ 9786 y 9791) o STSJ Madrid 9 julio 1996 (AS 2637).

⁽⁹⁵⁾ SSTs 2 y 8 junio 1998 (RJ 4940 y 5111) o 25 febrero y 18 marzo 1999 (RJ 2604 y 3010).

EL RECARGO DE PRESTACIONES: CUESTIONES PROCEDIMENTALES

Rodrigo MARTÍN JIMÉNEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*

Juan Ignacio DEL VALLE DE JOZ

*Letrado del Servicio Jurídico delegado central en el
Instituto Nacional de la Seguridad Social*

99

1. Introducción

La gestión de los expedientes en materia de recargo de prestaciones presenta una marcada complejidad debido a la concurrencia de una amplia y variada tipología de responsabilidades (penal, administrativa y civil) que tienen su causa, al igual que aquél, en el incumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo (art. 42.1 LPRL⁽¹⁾).

Las normas procedimentales, tanto generales⁽²⁾ como específicas⁽³⁾, no permiten resolver, sin margen de duda razonable, los múltiples problemas que nacen como consecuencia de la incoación simultánea o sucesiva de varios procedimientos administrativos y jurisdiccionales tendentes a depurar la responsabilidad de los sujetos responsables de la infracción de normas preventivas.

En la raíz de estos problemas se encuentra la independencia procedimental, bien entendido que cada pretensión debe satisfacerse de modo autónomo aunque su promoción tenga su causa en un mismo accidente de trabajo: prestaciones a cargo del sistema pú-

blico de la Seguridad Social, o del empresario, en caso de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización; recargo de prestaciones; sanciones administrativas; sanciones penales y, en fin, indemnización de daños y perjuicios.

Es evidente que los hechos –y el tratamiento jurídico que de los mismos hacen los órganos administrativos y judiciales– inciden inevitablemente en los procesos encaminados a la satisfacción de las citadas pretensiones. Sin embargo, en nuestro derecho no existen mecanismos, técnicas o procedimientos de coordinación entre las distintas Administraciones y/o órganos jurisdiccionales que intervienen en materia de accidentes de trabajo, de modo que no se evita el riesgo de contradicción entre los hechos (y las calificaciones jurídicas) que sirven de base para dictar una determinada resolución y los que se tienen en cuenta en otro caso distinto, aunque se compartan elementos comunes, lo que puede resultar contrario en orden a garantizar la efectividad del Derecho fundamental del art. 24 CE.

Otro de los aspectos procedimentales que ofrece

numerosas dudas es el relativo a la suspensión del procedimiento, al plazo que debe aplicarse a la caducidad de los expedientes y, por extensión, a los efectos de la falta de resolución del procedimiento en el plazo establecido.

En fin, la determinación del plazo de prescripción de la acción para solicitar el recargo de prestaciones y de sus respectivos *dies a quo* y *ad quem*, así como a los motivos que permiten acordar la suspensión del procedimiento tampoco es cuestión pacífica en sede judicial.

Queda fuera de esta exposición, por exigencia del editor, el examen de la ejecución del importe del recargo y de los problemas que se plantean en esta sede en supuestos de insolvencia de las empresas, agravamiento o mejoría del estado de salud del trabajador accidentado, etc.

2. Concurrencia del procedimiento del recargo con procedimientos sancionadores administrativos o penales

Como se ha expuesto en el apartado anterior, son frecuentes los casos en que se producen relaciones e interferencias entre el procedimiento administrativo de imposición del recargo de prestaciones y el procedimiento sancionador por infracción de normas del orden social y, en su caso, el eventual proceso contencioso-administrativo de impugnación de la sanción. Además, la relevancia penal que en los últimos tiempos ha adquirido la seguridad y salud de los trabajadores ha dado lugar a la incoación de procesos penales (art. 316 del Código Penal) a instancia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 10.3 de la Ley 42/1997, de 14-11, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social) o del Ministerio Fiscal⁽⁴⁾, sin olvidar la posibilidad siempre abierta a los particulares de demandar en esta vía.

Todos los procedimientos administrativos y jurisdiccionales que pueden iniciarse como consecuencia de un accidente de trabajo causado presuntamente por la

omisión de las medidas de seguridad y salud exigibles (éste es, precisamente, el presupuesto para la imposición del recargo de prestaciones) comparten una serie de elementos comunes de carácter fáctico o material (accidente de trabajo, medidas preventivas incumplidas) y de índole subjetiva (empresa, trabajador accidentado) necesitados de coordinación, a fin de evitar contradicciones entre las resoluciones (administrativas o judiciales) que se dicten, con el riesgo de lesionar, como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional⁽⁵⁾, el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de no indefensión.

Esta compleja realidad de concurrencia procedimental no ha venido acompañada de la aprobación de normas de procedimiento tendentes a coordinar los procesos y procedimientos que pueden iniciarse como consecuencia de un accidente de trabajo causado (real o presuntamente) por el incumplimiento u omisión de las medidas de seguridad y salud exigibles. Esta importante laguna creemos que puede encontrar justificación en las reglas generales sobre prejudicialidad y litispendencia, sumamente restrictivas, y en los criterios de atribución de competencias a los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo que obedecen, como tuvo ocasión de señalar el Tribunal Constitucional⁽⁶⁾, a razones históricas y convencionales y no a un principio general.

Dejando a un lado las normas procesales relativas a la suspensión en caso de que se hayan iniciado varios procesos y alguno de ellos pudiera tener una incidencia significativa en los demás⁽⁷⁾, lo cierto es que salvo el art. 42.5 de la LISOS⁽⁸⁾ (anterior art. 42.5 de la LPRL) no existen normas que establezcan mecanismos de coordinación jurisdiccional en esta materia. Este precepto, que justamente pretende evitar contradicciones, prevé que los hechos declarados probados por la Jurisdicción contencioso-administrativa en relación con la sanción administrativa impuesta en materia de seguridad y salud laboral vinculen al orden social en cuanto al recargo de prestaciones. En relación con el alcance de este precepto, se ha razonado que "lo que vincula al orden social es el tema fáctico solamente y su calificación como infracción, no la consecuencia jurídica de la responsabilidad, que es de

⁽¹⁾ Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

⁽²⁾ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y RD 1300/1995, de 21 de julio, sobre Incapacidades Laborales del Sistema de la Seguridad Social.

⁽³⁾ OM de 18 de enero de 1996, para la aplicación y desarrollo del RD 1300/1995, de 21 de julio.

⁽⁴⁾ Vid. Instrucción 1/2001, de 9 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral.

⁽⁵⁾ STC 143/2000, de 29 de mayo.

⁽⁶⁾ STC 158/1985, de 26 de noviembre.

competencia del orden social y puede no presentarse (por eso la norma dice «en su caso», es decir, no siempre); y que el recargo por falta de medidas de seguridad es algo ajeno a esta Ley. Por eso el recargo que se examina no se rige por esa Ley 31/95, y no bastará nunca una infracción de sus normas para imponer el recargo. Esa infracción, si existe, podrá dar lugar o no al recargo, en función de las propias normas reguladoras de éste; y la calificación como infracción (la existencia de la infracción) no implica la consecuencia jurídica de la responsabilidad, que es de competencia del orden social y puede no presentarse: por ejemplo, a falta de relación de causalidad entre infracción y accidente. Las consecuencias de la Ley 31/95 sólo son administrativas (las sanciones que prevé), nunca prestacionales (...)»⁽⁹⁾.

En la STC 143/2000, de 29 de mayo, ya citada, se razona que “Existe una conexión jurídica indudable entre la infracción administrativa del empresario y el derecho al recargo de prestaciones del trabajador, en cuanto que el elemento determinante del último en el supuesto de hecho del art. 93 LGSS 1974 (art. 123 LGSS 1994) lo es a la vez del supuesto de hecho del tipo de la infracción administrativa. Por ello la resolución sobre la existencia de ésta en sede propia está llamada a influir de modo inevitable en la resolución que en ámbito distinto de las prestaciones del sistema público de la Seguridad Social haya de dictarse sobre el derecho del trabajador al recargo de sus prestaciones a costa del empresario infractor, si entre las resoluciones de los distintos organismos públicos competentes se mantiene la coherencia exigida en las SSTC 62/1984, de 21 de mayo, FJ 4, y 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 4. (...) Al respecto debe observarse que la Sentencia del orden contencioso-administrativo (...) estaría llamada a producir la vinculación a que se refiere la STC 182/1994, de 20 de junio, FJ 3, sin alternativa a un enjuiciamiento prejudicial diferente, de modo que la suerte del derecho del trabajador quedaría decidida en el proceso contencioso-administrativo, en el que su interés no puede quedar ayuno de la posible defensa”.

Al margen de la dificultad práctica que encierra la aplicación del art. 42.5 LISOS por el diferente *tempus* de los procesos laboral y contencioso-administrativo, y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, resulta innegable que el precepto pretende evitar contradicciones a través de la vinculación de lo decidido en uno

LAS NORMAS
PROCEDIMENTALES,
TANTO GENERALES
COMO ESPECÍFICAS,
NO PERMITEN RESOLVER,
SIN MARGEN DE
DUDA RAZONABLE,
LOS MÚLTIPLES
PROBLEMAS QUE
NACEN COMO
CONSECUENCIA DE
LA INCOACIÓN
SIMULTÁNEA O
SUCESIVA DE VARIOS
PROCEDIMIENTOS
ADMINISTRATIVOS Y
JURISDICCIONALES
TENDENTES A
DEPURAR LA
RESPONSABILIDAD
DE LOS SUJETOS
RESPONSABLES DE
LA INFRACCIÓN
DE NORMAS
PREVENTIVAS

de ellos, exceptuando el régimen general de prejudicialidad no devolutiva. En este sentido, sería positivo ampliar los supuestos y las técnicas de articulación o coordinación jurisdiccional entre los distintos órdenes jurisdiccionales implicados en materia de accidentes de trabajo.

3. Suspensión del procedimiento

Una cuestión que ha venido planteando diversas dudas en relación con la tramitación del procedimiento administrativo para la imposición del recargo es la de determinar si resulta necesario acordar la suspensión del mismo, tanto en los casos en que existe un proceso penal sobre los hechos determinantes del accidente de trabajo del que se derivan las prestaciones sobre las que, en su caso, ha de imponerse el recargo, como en los supuestos en que tiene lugar la impugnación del acta de infracción (y la resolución sancionadora consecuencia de ésta) levantada por la Inspección de Trabajo y en la que se aprecia que el accidente o la enfermedad profesional han tenido lugar

⁽⁷⁾ Vid. epígrafe 3, relativo a la suspensión del procedimiento.

⁽⁸⁾ Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado por RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

⁽⁹⁾ STSJ de la Comunidad Valenciana de 16-2-2004 (AS 2004, 3536).

como consecuencia del incumplimiento de normas de prevención de riesgos laborales.

A) PROCEDIMIENTO PENAL POR LOS HECHOS DETERMINANTES DEL ACCIDENTE

En relación con este supuesto existe una previsión normativa, que se contiene en el artículo 16.2 de la Orden de 18 de enero de 1996, para la aplicación y desarrollo del RD 1300/1995, cuyo párrafo segundo dispone que *“Cuando se conozca la existencia de algún procedimiento judicial en la vía penal por los mismos hechos, se suspenderá el expediente en este solo aspecto, hasta que recaiga sentencia firme por resolución que ponga fin al procedimiento”*.

Tal mandato, sin embargo, ha sido dejado sin efecto por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que en sentencia de 17-5-2004 (RJ 4366, 2004) –seguida por la de 8-10-2004 (RJ 7591, 2004)– ha declarado que el mismo carece de fundamento legal, no pudiendo entenderse como tal el artículo 3.2 de la vigente LISOS, en cuya virtud *“En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal, y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones”*. Esta previsión legal ya se contenía, en parecidos términos, en el primer texto de la LISOS, aprobado por Ley 8/1988, de 7 de abril.

El Tribunal Supremo, tras apuntar que el artículo 86.1 LPL⁽¹⁰⁾ impone que no se suspenda el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos, parte, a la hora de valorar la legalidad del artículo 16.2 de la Orden de 18 de enero de 1996, de la necesidad de que exista un sustrato legal que le sirva de fundamento, pues en caso contrario *“debe prevalecer el principio de celeridad que debe afectar a todos los expedientes en materia de Seguridad Social”*. Con argumentos que vienen referidos, inevitablemente, a la especial naturaleza jurídica y características de la institución del recargo, el Tribunal Supremo

señala que dicha naturaleza jurídica *“es un tanto compleja teniendo algunos matices propios de la sanción, aunque, acaba teniendo una consideración sui generis que le aparta de la sanción propiamente dicha al ser beneficiarios de su cuantía el trabajador o sus causa-habientes”*. Ello determina que no proceda extender al expediente de recargo la suspensión prevista para el expediente sancionador, que es al que se refiere exclusivamente el artículo 3.2 de la LISOS, no teniendo el de imposición del recargo esta consideración. Asimismo, recuerda el Tribunal Supremo su doctrina sobre la inexistencia de *bis in idem* en la imposición del recargo⁽¹¹⁾, siendo compatible su cuantía con las que puedan derivarse de la causa penal, concluyéndose, finalmente, que no hay razón alguna para la suspensión de un expediente referido a la determinación de la cuantía de la prestación que en definitiva ha de percibir la víctima del accidente.

En definitiva, el Tribunal Supremo desvincula el proceso penal del expediente para la imposición del recargo, el cual por tanto deberá tramitarse con independencia de que se hayan incoado diligencias penales sobre los hechos constitutivos del accidente.

B) IMPUGNACIÓN DEL ACTA DE INFRACCIÓN

Si, como se ha visto, no procede la suspensión por la existencia de proceso penal, cabe plantearse cuál debe ser la actuación a seguir cuando se ha impugnado en vía administrativa, o en su caso, en vía contencioso-administrativa, la resolución sancionadora que confirma el acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo.

La razón a favor de la procedencia de esta suspensión vendría dada por el hecho de que, teniendo la imposición del recargo como presupuesto la existencia de infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, dicha circunstancia debería quedar resuelta en vía administrativa en el procedimiento tramitado por la autoridad competente para determinar si ha existido o no infracción, o bien en el correspondiente procedimiento contencioso-administrativo. De este modo, hasta que no se hubiera resuelto la cuestión de si hubo o no infracción, no cabría adoptar decisión al-

⁽¹⁰⁾ Ley de Procedimiento Laboral, texto refundido aprobado por RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

⁽¹¹⁾ Expuesta en Sentencia de 2-10-2000 (RJ 2000, 9673), en la que el Tribunal Supremo declara que no debe detraerse de la indemnización de daños y perjuicios las cantidades abonadas por la empresa en concepto de recargo por falta de medidas de seguridad; en relación con el *non bis in idem*, declara que la posible coexistencia del recargo con una sanción administrativa no comportaría vulneración de dicho principio, pues *“conforme a la jurisprudencia constitucional ‘la regla non bis in idem no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplan, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral)’ [...] destacándose doctrinalmente que es indudable que recargo de prestaciones y sanción administrativa no contemplan el hecho desde ‘la misma perspectiva de defensa social’, pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores”*.

guna sobre la imposición del recargo. Esta actuación tendría además el efecto, habida cuenta de que el conocimiento de la impugnación del acta de infracción corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa y el de la impugnación de la resolución que impone el recargo a la jurisdicción social, de evitar que se produjeran pronunciamientos contradictorios entre ambos órdenes jurisdiccionales. Así pues, las razones para la suspensión serían, por un lado, la conexión jurídica entre la infracción administrativa del empresario y el derecho del trabajador al recargo, en cuanto que el elemento determinante del recargo lo es a la vez del supuesto de hecho del tipo de la infracción administrativa⁽¹²⁾, y por otro, la seguridad jurídica⁽¹³⁾.

La cuestión, sin embargo, no resulta tan evidente, pues lo cierto es que esos fundamentos que justificarían la suspensión no encuentran un acomodo firme entre los cauces por los que transcurre la ordenación del recargo.

La primera circunstancia que hace que surjan dudas sobre la procedencia de la suspensión del expediente para la imposición del recargo se encuentra en la ausencia de previsión normativa expresa al respecto. La única causa de suspensión del expediente de imposición del recargo prevista es la establecida por el artículo 16.2 de la Orden de 18 de enero de 1996 para el caso de procedimiento penal (inaplicable por falta de cobertura legal, como se vio), no haciéndose referencia alguna al procedimiento administrativo sancionador. En consecuencia, la posibilidad de la suspensión debe buscarse en otros fundamentos.

Tampoco la regulación del procedimiento sancionador contiene alguna referencia de la que se desprenda la vinculación del expediente de recargo de la firmeza

del acta de infracción. En la LISOS la única suspensión prevista es la contenida en el artículo 3.2, que impone la suspensión del procedimiento sancionador cuando concorra con proceso penal, como se expuso. Por su parte, el artículo 27 del RD 928/1998, de 14 de mayo, que atribuye a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social legitimación para iniciar el procedimiento administrativo para la imposición del recargo, se limita a disponer que si se hubiese practicado acta de infracción y hubiese recaído resolución de la autoridad laboral sobre la misma, se aportará al expediente de iniciación, sin prever efecto suspensivo alguno para el caso de impugnación. Si no se hubiese practicado previamente acta de infracción, deberá justificarse dicha circunstancia en el informe-propuesta.

Cabe considerar, asimismo, si las normas de procedimiento de la LRJPAC, aplicables al expediente de recargo en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional vigésima quinta de la LGSS⁽¹⁴⁾, contienen alguna disposición que resulte aplicable a tal efecto. La suspensión del plazo máximo legal para resolver un procedimiento se regula en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, que prevé diversas causas para ello⁽¹⁵⁾. No obstante, el supuesto que venimos analizando no tendría encaje en ninguna de ellas, pues el acta de infracción no constituye un informe preceptivo y determinante de la resolución [apartado c)], ni una prueba técnica o análisis contradictorio o dirimente [apartado d)], ni un documento o elemento de juicio a aportar por los interesados. En definitiva, la suspensión del procedimiento de recargo no tendría cobertura en virtud del referido precepto.

A la vista de lo que se ha expuesto, parece obligado concluir que la posibilidad de la suspensión del expe-

⁽¹²⁾ Véanse, al respecto los razonamientos de la STC 143/2000, F. 4, anteriormente expuestos, y en cuya virtud el Tribunal Constitucional anula la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo por falta de emplazamiento del trabajador víctima del accidente en el proceso en que se conocía de la sanción.

⁽¹³⁾ Toda vez que, como ha expresado el Tribunal Constitucional, “dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia”, STC 62/1984.

⁽¹⁴⁾ “1. La tramitación de las prestaciones y demás actos en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, que no tengan carácter recaudatorio o sancionador se ajustará a lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especialidades en ella previstas para tales actos en cuanto a impugnación y revisión de oficio, así como con las establecidas en la presente disposición adicional o en otras disposiciones que resulten de aplicación”.

⁽¹⁵⁾ “El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos: a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios... b) Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas... c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración... d) Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados... e) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 88 de esta Ley”.

diente de recargo de que venimos tratando no se contempla en precepto legal alguno.

Por lo que se refiere a la dualidad jurisdiccional, cabe recordar que el hecho de que la jurisdicción social pueda conocer con carácter prejudicial de una cuestión que está legalmente atribuida al orden contencioso-administrativo no vulnera, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la tutela judicial efectiva, de manera que, como afirma la STC 171/1994 (FJ 4), *“No existiendo norma legal que establezca la necesidad de deferir por la jurisdicción laboral el conocimiento de cuestiones prejudiciales administrativas, corresponde a cada una de ellas, en el ejercicio independiente de la potestad que les confiere el art. 117.3 CE, decidir si se han cumplido o no los presupuestos de las pretensiones que ante ellas se ejerciten»*.

Es cierto que el Tribunal Constitucional se ha referido en alguna sentencia, como antes se indicó, a la existencia de vinculación entre órdenes jurisdiccionales, pero viniendo ello referido a los casos en que exista un previo pronunciamiento del orden jurisdiccional al que prioritariamente corresponde pronunciarse⁽¹⁶⁾. Es en este marco en el que ha de entenderse el artículo 42.5 de la LISOS, una norma de carácter procesal en cuya virtud *“La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social”*. La previsión contenida en este precepto, en cualquier caso, en la práctica deviene ineficaz, pues, como se adelantó en el apartado anterior, lo normal es que la celeridad del proceso social haga que la decisión del orden social sobre el recargo se produzca con anterioridad a la resolución del orden contencioso-administrativo sobre las infracciones de la normas de prevención de riesgos⁽¹⁷⁾. Por otro lado, la doctrina judicial social considera mayoritariamente que del citado artículo no se infiere que el proceso laboral deba suspenderse a la espera de que la resolución del orden contencioso-administrativo sea firme, pues como afirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), de 4-7-2000 (AS 2001, 3396), *“Son cosas absolutamente distintas el que la sentencia firme, ya dictada, vincule al Juez*

Laboral con la paralización de actuaciones hasta que aquélla se dicte. De haberlo querido así el legislador sin duda habría introducido en el precepto examinado una causa de suspensión automática en tanto se resolviera el recurso contencioso-administrativo interpuesto, conociendo, como no podía ser menos por tratarse de un hecho notorio, que, dada la rapidez del procedimiento laboral, en la gran mayoría de los casos la respuesta del orden social habrá de producirse en el tiempo con mucha anterioridad a la del orden contencioso. Lo que sin duda tuvo presente el legislador es que el objeto del procedimiento contencioso-administrativo es resolver sobre la existencia o no de infracciones en materia de Seguridad y que, precisamente por ello y por basarse la imposición del recargo en la previa existencia de tal infracción, la existencia del pronunciamiento judicial firme recaído en vía contencioso-administrativa (la competente para conocer de la existencia o no de infracción) vincula al orden social exclusivamente en cuanto a los hechos declarado probados, pero sin condicionar la actuación de tal orden a la previa existencia de sentencia firme”.

De este modo, y fuera de los supuestos en que exista una sentencia del orden contencioso-administrativo anterior, el conocimiento prejudicial que efectúe el orden jurisdiccional social sobre la vulneración de normas de prevención desplegará todos sus efectos, incluyendo la cosa juzgada, en relación con el recargo, con independencia de que la jurisdicción contencioso-administrativa alcance con posterioridad, al conocer de la impugnación de la resolución sancionadora, una conclusión diferente sobre la existencia de infracción de las obligaciones preventivas. En este sentido la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha declarado recientemente, en la sentencia de 7-2-2005 (RJ 4788, 2005), que la posterior sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia que anuló la sanción a la empresa por falta de medidas preventivas, no constituye un documento decisivo (artículo 510.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁽¹⁸⁾) a efectos de amparar la revisión de una sentencia firme, afirmándose que la divergencia entre el principio de seguridad jurídica (y su efecto de respeto a la cosa juzgada) y el de justicia del caso concreto no justifica el abrir una brecha profunda en el concepto y significado del juicio de revisión, lo que atentaría nocivamente a instituciones básicas del ordenamiento jurídico procesal.

⁽¹⁶⁾ *“La cuestión prejudicial implica, pues, la necesidad de resolver incidentalmente, y a los solos efectos de decidir la cuestión planteada, un tema ‘litigioso’ por no haber sido objeto de resolución firme y definitiva del órgano competente para ello”* (STC 182/1994, F. 3).

⁽¹⁷⁾ Moreno González-Aller, I., *“El recargo de prestaciones y sus efectos perturbadores de carácter procesal e indemnizatorio en los accidentes de trabajo”*, Revista del Poder Judicial, n.º 75, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 151.

Por otro lado, si bien de las sentencias del Tribunal Supremo anteriormente citadas que declararon la no suspensión del expediente de recargo por la existencia de proceso penal no cabe deducir también la improcedencia de la suspensión en el caso de dependencia del procedimiento sancionador, los argumentos que en ellas se utilizan para justificar la no suspensión sí que pueden ser tenidos en cuenta en relación con este último. Si el proceso penal no suspende el expediente de recargo porque éste se aparta de la sanción propiamente dicha, pero sí suspende el procedimiento sancionador, el resultado mediano es que el procedimiento sancionador suspenso por el proceso penal no tiene efecto alguno sobre el expediente de recargo. Si se entendiera que el expediente de recargo es dependiente del procedimiento sancionador, la consecuencia debería ser la de esperar a que este último finalizara, si bien ello no podría tener lugar hasta que se levantara la suspensión impuesta por el proceso penal, lo cual, en última instancia, supondría la dependencia del expediente de recargo del proceso penal, algo que, como se expuso, el Tribunal Supremo ha rechazado.

A tenor de cuanto se ha expuesto, parece, por tanto, que, en ausencia de mecanismos procesales que determinen otra actuación, y cabiendo, como se dijo, que el recargo pueda ser contemplado desde una perspec-

UNA CUESTIÓN QUE HA
VENIDO PLANTEANDO
DIVERSAS DUDAS EN
RELACIÓN CON LA
TRAMITACIÓN DEL
PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO PARA LA
IMPOSICIÓN DEL
RECARGO ES LA DE
DETERMINAR SI RESULTA
NECESARIO ACORDAR LA
SUSPENSIÓN DEL
MISMO, TANTO EN LOS
CASOS EN QUE EXISTE
UN PROCESO PENAL
SOBRE LOS HECHOS
DETERMINANTES DEL
ACCIDENTE DE
TRABAJO... COMO EN
LOS SUPUESTOS EN QUE
TIENE LUGAR LA
IMPUGNACIÓN DEL ACTA
DE INFRACCIÓN
LEVANTADA POR LA
INSPECCIÓN DE TRABAJO

tiva jurídica distinta de la sancionadora, la conclusión que aparece más fundada es la de que no existe razón que impida que el expediente de recargo se tramite por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con independencia de la firmeza del acta de infracción y que, con posterioridad, la jurisdicción social conozca de la impugnación de la resolución recaída en dicho expediente y resuelva con carácter prejudicial sobre la existencia o no de infracción, con vinculación, en su caso, a los hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales. Esta distinta perspectiva de "defensa social", propugnando la radical separación entre el procedimiento sancionador por infracción de normas del orden social y el procedimiento del recargo de prestaciones ha sido admitida sin paliativos por nuestra jurisprudencia: *"El incumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones en materia de seguridad en el trabajo constituye un requisito necesario para la aplicación del recargo, pero sin que se requiera que haya dado lugar a la actuación de la Administración Laboral, de manera que cabe recargo de prestaciones sin responsabilidad administrativa, y viceversa, no estando condicionada la decisión de la entidad gestora a la existencia de un previo pronunciamiento firme en materia sancionadora. La imposición del recargo no exige la previa existencia ni firmeza de una Resolución administrativa que declare la existencia de una infracción administrativa en la materia. Normalmente el recargo correrá paralelo a la sanción administrativa, sin que por ello quede afectado el principio de «non bis in idem», ya que el uno y la otra enjuician los hechos desde una diferente perspectiva de defensa social, lo que permite el dictado de dos resoluciones sobre unos mismos hechos por autoridades diferentes. Pero puede existir sanción por ilícito administrativo sin que forzosamente deba imponerse el recargo, precisamente por esa distinta perspectiva de defensa social, como también no se puede desconocer que es posible imponerlo sin que previamente haya recaído la sanción por el ilícito administrativo laboral"* [STSJ Cataluña 23 noviembre 2005 (AS 2006, 344)].

4. Efectos de la falta de resolución del procedimiento en el plazo establecido

Otra importante cuestión que presenta problemas de interpretación es la determinación de los efectos que ha de producir la falta de resolución expresa en el

(18) *"Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: 1º Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiera podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado".*

plazo máximo establecido para la tramitación del procedimiento.

Las Administraciones Públicas se encuentran obligadas a dictar resolución expresa y a notificarla, cualquiera que haya sido la forma de iniciación del procedimiento, en el plazo máximo fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento (artículo 42.1 y 2 de la LRJPAC). Tratándose de los procedimientos de recargo, el RD 286/2003, de 7 de marzo, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social, prevé un plazo de resolución y notificación de 135 días. Este plazo se corresponde con el previsto (con carácter general, no sólo para el recargo) en el artículo 6.1 del RD 1300/1995, de 21 de julio, y en el artículo 14 de la Orden de 18 de enero de 1996, que señalan que cuando la resolución no se dicte en dicho plazo podrá entenderse desestimada, pudiéndose interponer la reclamación previa prevista en el artículo 71 LPL.

Los efectos de la falta de resolución expresa (y su notificación) en los procedimientos iniciados de oficio (como ocurre cuando el expediente de recargo se inicia a propuesta de la Inspección de Trabajo) se regulan en el artículo 44 de la LRJPAC, en cuya virtud:

- En el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.
- En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad.

En el caso del recargo, los efectos señalados van a depender de la naturaleza que se atribuya al mismo, puesto que si se considera desde la perspectiva del derecho que adquiere el beneficiario, el efecto será simplemente el de entender desestimada su pretensión por silencio, mientras que si se considera que tiene carácter sancionador el efecto será el de la caducidad del procedimiento. En el primer caso, el trabajador accidentado o sus causahabientes podrán presentar la correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social, mediando la interposición de reclamación previa (art. 71 LPL). En el segundo caso, tal como dis-

pone el artículo 44.2 LRJPAC, tendrá lugar el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92 LRJPAC, conforme al cual la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, si bien los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción. Ello remite a la problemática que suscita la aplicación de la prescripción a la acción para la imposición del recargo, que se tratará más adelante, si bien sí cabe apuntar que no es infrecuente en la práctica que, habiéndose paralizado el expediente de recargo hasta que exista resolución definitiva sobre la infracción, haya transcurrido un período de tiempo prolongado que, en caso de declaración de caducidad del procedimiento, puede haber dado lugar a la prescripción.

La cuestión expuesta ha sido objeto de numerosos pronunciamientos de distintas Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia, si bien no lo ha sido de manera uniforme, pudiendo encontrarse sentencias que sostienen ambas interpretaciones.

Los argumentos a favor de la caducidad se recogen, entre otras, en la sentencia del TSJ de Andalucía (Sevilla) de 24-6-2005⁽¹⁹⁾, afirmándose que, constatado que había transcurrido en exceso el plazo para dictar la resolución *“dada la naturaleza sancionadora del recargo y en todo caso que del expediente se pueden derivar efectos desfavorables para el interesado, esto es la empresa que, no olvidemos, es la que recurre la resolución administrativa, ha de aplicarse dicha norma y por tanto ha de entenderse afectado el expediente por la caducidad, sin que pueda entenderse interrumpido por actuaciones administrativas o de parte, puesto que ninguna se prevé legalmente, lo que es estrictamente necesario toda vez que la caducidad, a diferencia de la prescripción no es susceptible de interrupción o suspensión y además, en este caso ni siquiera puede imputarse a la interesada recurrente que su actuación haya propiciado la paralización del expediente”*.

En sentido contrario se pronuncian otros Tribunales, como el Superior de Canarias (Las Palmas) en sentencia de 30-3-2005 (AS 2005, 829)⁽²⁰⁾, que entiende que no es de aplicación el artículo 44 LRJPAC porque el recargo es una institución *“donde prima la naturaleza prestacional de la misma, aunque tenga un aspecto sancionador, al imponer dicho recargo al empresario infractor y prohibirle su aseguramiento, por lo que en ningún caso le son de aplicación las normas reguladoras de los expedientes sancionadores”*. Abundando

⁽¹⁹⁾ También SSTSJ La Rioja de 30-12-2005 (AS 2005, 3793) y Andalucía (Málaga) de 28-4-2005 (JUR 2005, 143046).

⁽²⁰⁾ También SSTSJ País Vasco de 25-2-2003 (JUR 2003, 67617) y Madrid de 29-11-2005 (AS 2005, 469).

en ello, la STSJ de Aragón de 18-4-2005 (AS 2005, 1497) declara que la tardía resolución del INSS no puede tener el efecto previsto en el artículo 63.3 de la Ley 30/1992, “y menos el de la nulidad de la resolución, y más cuando se considera que el propio artículo 6 del RD 1300/95 o el art. 14 de la OM de 18-1-96 establecen como único efecto de la superación del plazo de 135 días que se entenderá denegada la solicitud y «el interesado podrá ejercitar las acciones que le confiere el artículo 71 de la LPL»,

esto es, la reclamación previa a la demanda judicial. Lo que significa que el efecto de la falta de Resolución en plazo, únicamente es el de considerar desestimada la petición de imposición del recargo de prestaciones, de manera que el interesado puede iniciar ya la vía jurisdiccional”.

Esta diferencia de posiciones entre distintos Tribunales Superiores de Justicia ha provocado la interposición de diversos recursos para la unificación de doctrina, que actualmente se encuentran en trámite ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de modo que cabe esperar que pronto se pueda disponer de doctrina unificada sobre esta importante cuestión que, sin duda, contribuirá a delimitar los perfiles de esta institución. En espera de que se produzca esa unificación cabría simplemente apuntar que, como ya se indicó, el Tribunal Supremo, al resolver sobre la suspensión del expediente de recargo en caso de concurrencia con proceso penal, declaró que el procedimiento de imposición del recargo por falta de medidas de seguridad no tiene la consideración de procedimiento sancionador.

La respuesta que se dé a esta cuestión, por otro lado, ha de tener una evidente repercusión sobre la suspensión de la tramitación del expediente de re-

OTRA IMPORTANTE CUESTIÓN QUE PRESENTA PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN ES LA DETERMINACIÓN DE LOS EFECTOS QUE HA DE PRODUCIR LA FALTA DE RESOLUCIÓN EXPRESA EN EL PLAZO MÁXIMO ESTABLECIDO PARA LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

cargo. Si ésta ha tenido lugar y se espera hasta la firmeza del acta de infracción, esa paralización puede producir, de entenderse producida la caducidad, que no se haya interrumpido la prescripción y que haya transcurrido el plazo para la prescripción de la acción para la imposición del recargo. Esta razón es adicional a las anteriormente expuestas sobre la improcedencia de la suspensión, en cuanto que una tramitación no respetuosa con los plazos establecidos puede acarrear graves consecuencias para el beneficiario posible del recargo, que puede perder el derecho al incremento de las prestaciones⁽²¹⁾.

5. Prescripción del plazo para la reclamación del recargo de prestaciones

Una última cuestión controvertida es la que se refiere al plazo para instar la reclamación de su abono, a la determinación de su *dies a quo* y a la posible interrupción de dicho plazo⁽²²⁾.

A) PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

La jurisprudencia ha oscilado en torno a dos grandes tesis, coherentes cada una de las cuales con la naturaleza sancionadora o indemnizatoria del recargo de prestaciones.

a) Cinco años

La jurisprudencia sostiene mayoritariamente que la prescripción aplicable a la reclamación no es la del año del artículo 59 ET sino la general de cinco años prevista para las prestaciones de la Seguridad Social [SSTS de 30-9-1997 (RJ 1997, 6853), 17-2-1999 (RJ 1999, 2598), 21-2-2002 (RJ 2002, 4539) y 22-3-2002 (RJ 2002, 5995)]. En la jurisprudencia menor mantienen este mismo criterio, entre otras muchas, las SSTSJ País Vasco de 18-10-2005 (AS 2006, 478), 28-9-2004 (AS 2004, 2585) y 13-7-2004 (AS 2004, 3736), así como las STSJ Castilla-La Mancha de 28-03-2005 (AS 2005, 669) y Murcia de 24-05-2004 (JUR 2004, 189158). El fundamento de esta tesis se encuentra en que “el recargo de prestaciones (...) es (...) materia de seguridad social, relacionada con un recargo porcentual de las prestaciones (...) por lo tanto (...) no estamos propiamente ante una cuestión entendida

⁽²¹⁾ O para la Entidad gestora, cabiendo la posibilidad de que los beneficiarios posibles del recargo ejercieran “las acciones oportunas contra la Gestora por la lentitud en la tramitación del expediente que ha desembocado en que la acción no pueda ejercitarse por haber transcurrido con creces el plazo de prescripción de cinco años”, STSJ Cataluña de 12-9-2001 (AS 2001, 4129).

⁽²²⁾ Debe advertirse que el artículo 92.3 de la LRJPAC ofrece un tratamiento independiente de la caducidad del procedimiento y de la prescripción para el ejercicio de la acción de reclamación del recargo al disponer que “la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción”.

como una infracción” [STSJ Castilla La-Mancha 29-03-2005 (JUR 2005, 100118)]. En este mismo sentido, se ha razonado que el plazo de un año del artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, se refiere a la prescripción de acciones derivadas del contrato de trabajo que no tuviesen señalado un plazo especial. Sin embargo, el artículo 43.1 de la LGSS establece un plazo de cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, y es éste el plazo aplicable al recargo de prestaciones, que “no sólo tiene un carácter sancionador, sino también indemnizatorio, lo cual no está exento de crítica, pero, en todo caso, la incorrecta actuación del empresario principal puede convertirle en infractor” [STSJ Murcia 20-12-2004 (JUR 2005, 82772)].

b) Un año

Excepcionalmente, en algún momento se ha sostenido que “La prescripción del ejercicio de la acción para reclamar el recargo es de un año (art. 59.1 ET)” [STS 6-05-1999 (RJ 1999, 4708)], asumiendo implícitamente el carácter sancionador del recargo, que lo diferencia netamente de las prestaciones de la Seguridad Social, aunque se fusione con ellas.

108 B) DIES A QUO

Los Tribunales coinciden en señalar que el *dies a quo* para solicitar el recargo de prestaciones ha de ser el del hecho determinante de las prestaciones, es decir, el del momento del accidente y no el del reconocimiento de la prestación, ya que “su valoración y graduación dependen del hecho en sí, de la posible infracción en ese momento, no de las consecuencias prestacionales del accidente” [STSJ Comunidad Valenciana de 16-2-2004 (AS 2004, 3536)].

La STSJ de Castilla-La Mancha de 13-10-2005 (AS 2005, 2822) admite como *dies a quo* general el momento “desde que la acción pudo ejercitarse, conforme al artículo 43.1 de la LGSS”, tomando como base las SSTs de 12-12-1997 (RJ 1997, 9168) y 10-12-1998 (RJ 1998, 10501). Si es a partir del accidente cuando comienza el cómputo del plazo para la solicitud de las prestaciones, ha de ser el mismo hecho el que marque el inicio para la reclamación del recargo, toda vez que éste es un complemento de las mismas [SSTs de 1-2-2000 (RJ 2000, 1069), 7-2-2000 (RJ

2000, 2035), 14-3-2000 (RJ 2000, 2857), 20-7-2000 (RJ 2000, 6637), 21-9-2000 (RJ 2000, 8212) y 30-9-2003 (RJ 2003, 7452). Dicho en otros términos, “Cuando la Ley habla de reconocimiento de las prestaciones se está refiriendo a la constatación oficial por parte de la oportuna Entidad Gestora de la concurrencia de los presupuesto que se exigen para tener derecho a una prestación, así como a cuantos aspectos jurídicos lleva implícito ese reconocimiento, lo cual afecta no sólo a los parámetros económicos de la prestación (base reguladora, fecha de efectos, etc.) sino también a la imputación de responsabilidades o determinación de sujeto que debe hacer cargo de la prestación” [SSTSJ País Vasco 17-12-2002 (JUR 2003, 133847) y 13-07-2004 (AS 2004, 3736)].

En contra de este criterio, las SSTs de 6-5-1999 (RJ 1999, 4708), 22-3-2002 (RJ 2002, 5995) y 20-4-2004 (RJ 2004, 3695) han mantenido que tal *dies* ha de ser el de la resolución firme (administrativa o judicial) que reconozca las prestaciones objeto del recargo. Así, como se afirma en las sentencias citadas, “la acción no se puede considerar nacida antes de que se dictase la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, pues sólo hasta ese momento se supo con certeza cuáles eran las dolencias y secuelas que el actor padece a consecuencia del accidente de autos”. En otras palabras, el plazo debe comenzar a computar en el momento en que “queda fijado el daño de manera definitiva” [STSJ del País Vasco de 24-7-2001 (AS 2001, 4434). En el mismo sentido, puede verse la STSJ Castilla-La Mancha de 14-07-2005 (AS 2005, 2230)⁽²³⁾, que aclara que “ello es así incluso en el caso de enfermedades progresivas y de que se produzca un agravamiento significativo del estado físico del trabajador (...) ya que lo contrario conllevaría que, tratándose de una enfermedad progresiva, a medida que se vaya produciendo una agravación surgiera una nueva acción, manteniéndose viva la posibilidad de accionar por el nuevo perjuicio hasta el fallecimiento, e incluso, producido éste y acreditado que trae causa de la enfermedad, nada afectaría a accionar por los perjuicios derivados del mismo”. La STSJ Andalucía (Granada) 15-12-2003 (JUR 2004, 37292) admite, por su parte, que la fecha sea la de la resolución administrativa por la que se reconocen las prestaciones, sin necesidad de que sea firme.

⁽²³⁾ Según el tenor literal de esta sentencia, “la fecha inicial para el cómputo de los plazos de prescripción de todas las acciones, según dispone el antedicho artículo 1968 del Código Civil, se inicia desde el momento en que pudieron ser ejercitadas y, en supuestos como el presente, es a partir del momento en que se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de invalidez cuando el beneficiario conoce cuáles van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir tanto en su capacidad de ganancia como en su patrimonio biológico y por tanto debe ser el momento del conocimiento de esta resolución (y no el del parte de alta médica u otro similar) el punto de partida para el ejercicio de la acción de reclamación de daños y perjuicios”.

En fin, se ha defendido como *dies* adecuado el de la fecha del Acta de Infracción, cuando declare que la causa del accidente fue el incumplimiento de las medidas de seguridad, pues hasta ese momento no pueden considerarse determinadas las bases fácticas necesarias para ejercitar la pretensión jurídica [STSJ Castilla-La Mancha de 28-03-2005 (AS 2005, 669)].

Un problema importante surge cuando, como consecuencia del agravamiento del estado de salud del trabajador accidentado, se generan prestaciones distintas a favor del mismo o, en caso de fallecimiento, a favor de familiares que, en el momento en que ocurrió el accidente, no pudieron preverse. La ya citada STSJ de País Vasco de 13-07-2004 (AS 2004, 3736), entiende que la resolución administrativa por la que se acuerda imponer el recargo afecta a todas las prestaciones devengadas: *“La declaración del recargo es única y afecta a todas las prestaciones derivadas del accidente, del mismo modo que la determinación del origen atribuible a una situación (origen común o profesional) alcanza a todas las prestaciones derivadas de la misma contingencia que se van produciendo de forma escalonada”*. De aquí se desprende la vinculación del recargo con cada concreta prestación, de modo que el plazo de prescripción comienza a contar en el momento del hecho causante que dé lugar, en cada caso, a su devengo, sin que deba fijarse el *dies a quo* en la fecha del accidente en todo caso. Así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo que, en unificación de doctrina, ha establecido lo siguiente: *“Si el orden jurídico vulnerado fuera el único en resarcirse, conocidas como son las pautas que originan la infracción desde el momento de producirse el accidente, sería razonable no trasladar el dies a quo para el cómputo de la prescripción a otra fecha que no fuera la del accidente. Pero tan especial naturaleza como la que posee el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, cuyo beneficiario es el perjudicado por el *dagnum* y sus causahabientes, requiere alterar aquella base de compromiso indemnizatorio amoldándolo a los objetos que le servirán de medida, es decir, a las prestaciones cuya cuantía se va a ver mejorada”*⁽²⁴⁾.

A nuestro juicio, y en un plano de *lege ferenda*, esta cuestión debería resolverse de un modo distinto, en el

sentido de imputar responsabilidad a la empresa por la prestación (o, en su caso, prestaciones) directamente derivada del accidente de trabajo causado por la omisión de las medidas de seguridad y salud exigibles, de modo que, avanzado el tiempo –siendo el fundamento un puro criterio de seguridad jurídica– no puedan imputarse ulteriores responsabilidades vinculadas a la institución del recargo, sin perjuicio de la posibilidad siempre abierta, de reclamar los daños y perjuicios que procedan.

C) INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

El art. 43.2 de la LGSS establece que *“La prescripción se interrumpirá por las causas ordinarias del artículo 1973 del Código Civil y, además, por la reclamación ante la Administración de la Seguridad Social, así como en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate”*. El apartado 3 del mismo precepto dispone: *“En el supuesto de que se entable acción judicial contra un presunto culpable, criminal o civilmente, la prescripción quedará en suspenso mientras aquélla se trámite, volviendo a contarse el plazo desde la fecha en que se notifique el auto de sobreseimiento o desde que la sentencia adquiera firmeza”*⁽²⁵⁾.

El Tribunal Supremo ha mantenido implícitamente que el recargo, a estos efectos, no puede identificarse con las prestaciones de la Seguridad Social, de modo que la orden de paralización del procedimiento de reclamación de recargo afecta exclusivamente al procedimiento sancionador, y puesto que el procedimiento de imposición de recargo no tiene tal consideración, no procede la paralización del expediente administrativo para la imposición de recargo aunque esté tramitándose un procedimiento penal [STS de 17-5-2004 (RJ 2004, 4366)]. Este mismo criterio ha sido seguido, entre otras, por la STSJ Castilla-La Mancha de 28-03-2005 (AS 2005, 669), que concluye, con apoyo adicional en el artículo 86.1 de la LPL, que *“la tramitación del expediente administrativo de recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad no interrumpe el plazo de prescripción de la acción de reclamación de dicho recargo”*. ●

⁽²⁴⁾ STS de 2-2-2006 (Rec. n.º 4100/2004).

⁽²⁵⁾ Un supuesto de aplicación de este precepto puede verse en la STSJ de Cataluña de 7-05-2004 (JUR 2004, 194024).

PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE UNA INCAPACIDAD PERMANENTE. ESPECIAL REFERENCIA AL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y A LA PRUEBA

110

Miguel AZAGRA SOLANO*Presidente de la Sala de lo Social del TSJ
de La Rioja*

I. Introducción

El objeto del presente trabajo, dada su reducida extensión, no es tanto abordar toda la problemática que pueda plantearse en relación con el procedimiento a seguir en la declaración de una incapacidad permanente de las reguladas en la Ley General de la Seguridad Social, cuanto reflejar aquellas cuestiones conflictivas que, con una directa repercusión en el ámbito procesal laboral, se suscitan en la tramitación de una solicitud referida a la declaración de un grado invalidante.

No es por tanto objeto de este estudio efectuar un análisis exhaustivo de todos los aspectos controvertidos que puedan surgir en la vía administrativa o en el ámbito propio de la Jurisdicción con motivo del reconocimiento de una incapacidad permanente, sino úni-

camente apuntar aquellas cuestiones que con especial significación se plantean como consecuencia de la interrelación entre un procedimiento administrativo previo y un procedimiento judicial posterior al cual debe acudir si el planteamiento de la solicitud en la vía administrativa es rechazado.

La sucesión de procedimientos mencionada no se efectúa sin una actividad anterior a la estrictamente judicial pero con repercusión directa sobre ella, como es la Reclamación Previa regulada en los artículos 69 a 73 de la Ley de Procedimiento Laboral; y en el desarrollo del proceso judicial posterior cobra especial importancia la fase de prueba mediante la cual se intenta llevar al convencimiento del juzgador la realidad de una situación compatible con el grado de incapacidad solicitado, siendo estas cuestiones objeto de un especial análisis en este trabajo.

II. Procedimiento administrativo para el reconocimiento de la incapacidad permanente

1. CONCEPTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE

El artículo 136 de la Ley General de la Seguridad Social en su apartado primero define la invalidez permanente como “la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo”.

Tres son, por tanto, las notas características que definen el concepto legal de la incapacidad permanente: 1) Que las reducciones anatómicas o funcionales sean objetivables (“susceptibles de determinación objetiva”), es decir, que se puedan constatar médicamente de forma indudable, no basándose en la mera manifestación subjetiva del interesado. 2) Que sean “previsiblemente definitivas”, esto es, incurables, irreversibles; siendo suficiente una previsión seria de irreversibilidad para fijar el concepto de invalidez permanente, ya que, al no ser la Medicina una ciencia exacta, sino fundamentalmente empírica, resulta difícil la absoluta certeza del pronóstico, que no puede emitirse sino en términos de probabilidad. Por eso, el precepto que se comenta añade que “no obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo”. Y por eso también el artículo 143.2.a) del mismo Texto Refundido prevé la posibilidad de revisión de las declaraciones de incapacidad permanente por “mejoría”. Y 3) que las reducciones sean graves desde la perspectiva de su incidencia laboral, hasta el punto de “que disminuyan o anulen su capacidad laboral” en una escala gradual que va desde el mínimo de un 33% de disminución en su rendimiento normal para su profesión habitual –incapacidad permanente parcial–, o la que impide la realización de todas o las fundamentales tareas de la misma –incapacidad permanente total–, hasta la abolición de la capacidad del rendimiento normal para cualquier profesión u oficio que el mercado laboral pudiera ofrecer –incapacidad permanente absoluta–.

2. CALIFICACION DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

El artículo 143 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículo redactado conforme a las previsiones contenidas en la Ley 42/1994, de 30

DEBE RECONOCERSE AL
INSTITUTO NACIONAL DE
LA SEGURIDAD SOCIAL LA
COMPETENCIA ÚNICA Y
EN TODAS LAS FASES DEL
PROCEDIMIENTO PARA LA
DECLARACIÓN DE LA
INCAPACIDAD
PERMANENTE
(EXCEPCIÓN HECHA DE
LA COMPETENCIA
ATRIBUIDA AL INSTITUTO
SOCIAL DE LA MARINA
EN EL ÁMBITO DEL
RÉGIMEN ESPECIAL
DEL MAR)

de diciembre, de medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en todas las fases del procedimiento y a través de los órganos que reglamentariamente se establezcan, la competencia para declarar la situación de invalidez permanente a los efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas a las cuales se refiere la norma.

Mediante el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, se procedió a unificar, en el ámbito de responsabilidad del Instituto Nacional de la Seguridad Social, el conjunto de competencias que en materia de inva-

lidez permanente se venía desarrollando por diversos organismos, estableciéndose los órganos que en el futuro deberían desarrollar las tareas de calificación de incapacidades, y fijando las reglas de procedimiento aplicables a este respecto.

Pues bien, el Instituto Nacional de la Seguridad Social forma parte de la Administración General del Estado, resultando serle de aplicación a este respecto el contenido de la Ley 6/1997, de 14 de abril, en donde se regula la organización y funcionamiento de la Administración General de Estado. Según la Disposición Adicional sexta de la norma mencionada “A las Entidades Gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social les serán de aplicación las previsiones de esta Ley, relativas a los Organismos autónomos...”.

Por su parte el artículo 1.º del Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre, por el que se regula la estructura orgánica y las funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social, encomienda a esta Entidad la gestión y la administración de las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social, atribuyéndole de forma específica entre otras funciones, el reconocimiento y control del derecho a las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva.

Así pues, al Instituto Nacional de la Seguridad Social en cuanto parte integrante de la administración del Estado, le es de aplicación las disposiciones contenidas

en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, remisión a esta norma que la propia Ley General de la Seguridad Social efectúa en su Disposición Adicional vigesimoquinta al establecer que la tramitación de las prestaciones y demás actos en materia de Seguridad Social, incluida la prestación por desempleo, que no tengan carácter recaudatorio o sancionador se ajustará a lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especialidades en ella previstas en cuanto a impugnación y revisión de oficio, así como con las establecidas en la referida disposición adicional o en otras disposiciones que resulten ser de aplicación.

Teniendo en cuenta el contenido de la normativa expuesta debe reconocerse al Instituto Nacional de la Seguridad Social la competencia única y en todas las fases del procedimiento para la declaración de la incapacidad permanente (excepción hecha de la competencia atribuida al Instituto Social de la Marina en el ámbito del Régimen Especial del Mar), competencia que debe actualizar a través de los trámites contenidos en el Real Decreto 1300/1995, norma que atribuye a la Entidad Gestora, entre otras, la competencia para evaluar, calificar y revisar la incapacidad, así como la competencia para reconocer el derecho a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social por invalidez permanente en sus distintos grados, la de determinar las contingencias causantes de la misma y la responsabilidad en orden al pago de la prestación.

Ahora bien, como más arriba hemos apuntado, el procedimiento administrativo para la declaración de una incapacidad permanente, además del sometimiento a la norma contenida en el Real Decreto 1300/1995, debe someterse al contenido de lo establecido en la Ley 30/1992, y en concreto al contenido de lo dispuesto en su Título VI regulador de las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos, preceptos de aplicación a las administraciones públicas de la que forma parte la Entidad Gestora, y en donde se distingue una fase de iniciación del procedimiento, una fase de ordenación del mismo, otra de instrucción y una última fase de finalización.

La existencia de un procedimiento administrativo común de carácter troncal como es el contemplado en la Ley 30/1992, no excluye la presencia de otros procedimientos administrativos especializados como puede ser el contemplado en el Real Decreto 1300/1995, el cual en sus aspectos esenciales deberá someterse a los postulados contenidos en la disposición común como así recoge la Disposición Adicional tercera de la primera Ley mencionada al establecer un plazo concreto para adecuar de forma reglamentaria

las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos al contenido de la Ley 30/1992.

3. INICIACIÓN, INSTRUCCIÓN Y RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El procedimiento para evaluar la incapacidad en orden al reconocimiento del derecho al percibo de las correspondientes prestaciones económicas puede iniciarse de oficio, a instancia del trabajador interesado o de su representante legal, a instancia de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o a instancia de las empresas colaboradoras en aquellos asuntos que les afecten directamente. El procedimiento, cuando se inicia de oficio, puede derivarse de la propia iniciativa de la Entidad Gestora, de la petición razonada de la Inspección de trabajo y Seguridad Social, de la petición también razonada del Servicio de Salud al que le corresponda gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y puede derivarse también de las propias disposiciones legales, toda vez que el artículo 131 bis, 2 de la Ley General de la Seguridad Social establece el necesario examen del estado del incapacitado a efectos de su calificación en el grado de invalidez permanente que corresponda si la situación de incapacidad temporal se extingue por el transcurso del plazo máximo fijado en el artículo 128 de la Ley.

El procedimiento para evaluar la incapacidad será impulsado de oficio y deberá adecuarse a las normas generales del procedimiento común y a las disposiciones de desarrollo del Real Decreto 1300/1995. Esta previsión contenida en el artículo 4 del Real Decreto 1300/1995, se recoge igualmente en el artículo 74 de la Ley 30/1992 al establecer que el procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites.

La instrucción de los procedimientos para la evaluación de la incapacidad, una vez que éstos se han iniciado, se caracteriza por la realización de oficio por parte de la Entidad Gestora de todos aquellos actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la ulterior resolución, sin perjuicio del derecho de los interesados de proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos. Esta previsión legal recogida en el artículo 78 de la Ley 30/1992, se completa con el contenido del artículo 5 del Real Decreto 1300/1995 en donde se establecen los actos e informes que con el carácter de preceptivos son exigidos en la instrucción del expediente administrativo.

Los informes preceptivos exigidos son: el parte del alta médica de asistencia sanitaria, el historial clínico remitido por el Servicio de Salud o en su caso por la

Mutua correspondiente o empresa colaboradora previo consentimiento del interesado, o en su defecto informe de la Inspección Médica de dicho Servicio de Salud. A ello hay que añadir la aportación de un informe de antecedentes profesionales y los informes de alta y de cotización que condicionan el acceso al derecho.

Junto con los referidos documentos, la fase de instrucción requiere la formulación del dictamen propuesta emitido por el Equipo de Valoración de Incapacidades que a su vez estará acompañado por el denominado informe médico de síntesis. En el mencionado dictamen propuesta actúa como ponente un Facultativo Médico dependiente del Instituto Nacional de la Seguridad Social que debe ser auxiliado por el personal facultativo y técnico que precise pertenecer a la Dirección Provincial del mencionado Instituto. La redacción del dictamen exige por lo tanto el análisis detenido de los informes a los que hemos hecho referencia anteriormente, y si no resulta posible la aportación de los informes mencionados o las características clínicas del trabajador lo aconsejan, la Entidad Gestora puede solicitar la emisión de otros informes y la práctica de pruebas y exploraciones complementarias, previo acuerdo con los centros e instituciones sanitarias de la Seguridad Social u otros centros sanitarios.

Así pues, es función del Equipo de Valoración de Incapacidades examinar la situación de incapacidad del trabajador y formular el dictamen propuesta, de carácter preceptivo aunque no de carácter vinculante, a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, dictamen que abarca las materias relativas a la calificación del grado invalidante, valorando si las reducciones anatómicas o funcionales objetivadas disminuyen o anulan la capacidad laboral del trabajador afectado, estableciendo, si es el caso, la prórroga del período de incapacidad temporal y de observación médica, determinando el carácter común o profesional de la contingencia actualizadora de la situación invalidante, recogiendo un plazo para la revisión del grado propuesto, o estableciendo el carácter permanente pero no invalidante de los menoscabos reconocidos.

Tal y como recoge el artículo 5.1.c del Real Decreto 1300/1995, una vez emitido el Dictamen Propuesta se concederá audiencia a los interesados para que aleguen cuanto estimen conveniente. Este trámite, regulado además en los artículos 11 y 12 de la Orden de 18 de enero de 1996 por la que se aplica y desarrolla el Real Decreto 1300/1995, se concreta en la disposición, por parte del interesado, de un plazo de diez días para formular alegaciones y para poder presentar todos aquellos documentos que estime convenientes y cuando en este trámite de audiencia el interesado pre-

ES FUNCIÓN DEL
EQUIPO DE
VALORACIÓN DE
INCAPACIDADES
EXAMINAR LA
SITUACIÓN DE
INCAPACIDAD DEL
TRABAJADOR Y
FORMULAR EL DICTAMEN
PROPUESTA, DE
CARÁCTER PRECEPTIVO
AUNQUE NO DE
CARÁCTER VINCULANTE,
A LA DIRECCIÓN
PROVINCIAL DEL
INSTITUTO NACIONAL
DE LA SEGURIDAD
SOCIAL

sente documentos u otras pruebas que resulten ser contradictorios con lo establecido en el Dictamen Propuesta emitido por el Equipo de Valoración de Incapacidades, se procederá a un nuevo examen de lo ya actuado requiriendo al Equipo de Valoración, si así fuera preciso, la elaboración de un dictamen complementario al emitido con anterioridad.

Tras las fases de iniciación y de instrucción del Procedimiento, la norma contempla la fase de terminación del mismo. Según se recoge en el artículo 6 del Real Decreto 1330/1995, así como en los artículos 13 y 14 de la Orden de 18 de enero de 1996, los Directores Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social deben dictar resolución expresa en todos los procedimientos inco-

ados, sin encontrarse vinculados a las peticiones de los interesados, lo que posibilita el reconocimiento del grado de invalidez que corresponda a la situación realmente objetivada con independencia de la concreta solicitud realizada. La situación real del interesado será pues la determinante de la resolución dictada en vía administrativa que podrá coincidir o no con la petición efectuada, pudiéndose por ello reconocer prestaciones superiores o inferiores a las derivadas de la petición inicial.

Las resoluciones administrativas correspondientes a este tipo de procedimientos son inmediatamente ejecutivas, y en el supuesto de que se reconozca un determinado grado de incapacidad permanente debe hacerse constar el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría.

El plazo máximo para resolver el procedimiento es de ciento treinta y cinco días, que deben ser computados a partir de la fecha del acuerdo de iniciación en el caso de los procedimientos iniciados de oficio, o desde la fecha de recepción de la solicitud en la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social en los demás casos.

Si la resolución no se dicta en el plazo mencionado,

la petición se entiende denegada por silencio administrativo, posibilitándose de este modo el acceso a la vía judicial mediante las acciones que a tal efecto concede al interesado el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Laboral.

4. CONEXIÓN ENTRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL JUDICIAL

Si el administrado al cual se refiere la resolución dictada en el expediente administrativo no estuviera conforme con la decisión adoptada por la Entidad Gestora, puede proceder a su impugnación, impugnación respecto de la cual debe abandonarse el sistema de recursos establecidos en la Ley 30/1992, para acoger el trámite preprocesal de la Reclamación Previa.

El artículo 120 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que la reclamación en vía administrativa es requisito previo al ejercicio de acciones fundadas en derecho privado o laboral contra cualquier Administración Pública. Esta reclamación debe tramitarse y resolverse por las normas contenidas en la propia Ley 30/1992 y por aquéllas que, en cada caso, sean de aplicación, y, según la Disposición Adicional sexta de la mencionada norma, la impugnación de los actos de la Seguridad Social y desempleo, en los términos previstos en el artículo 2 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, así como su revisión de oficio, se regirán por lo dispuesto en esta ley.

Así pues, tras la resolución inicial dictada en vía administrativa, cabe al administrado obtener una segunda resolución como respuesta a la reclamación previa que con carácter preceptivo debe plantearse si se pretende acudir a la vía judicial, no pudiendo confundirse ambas. La primera resolución, de dictado obligado para la administración, da respuesta a la petición inicialmente formulada poniendo fin al expediente iniciado como consecuencia de aquélla, y la segunda, de obligado planteamiento si se pretende acceder a la vía judicial, da respuesta a la impugnación formulada por el interesado ante la propia administración para posibilitar una revisión de su actuación previa.

La interposición de la reclamación previa no supone por tanto la presencia de un doble trámite administrativo respecto de una misma resolución ya que, aunque existen dos acuerdos administrativos, ni su naturaleza ni el alcance de sus efectos es similar.

a) Finalidad de la Reclamación Previa

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 18 de marzo de 1997, dictada en Recurso de Casación para la Unificación de la Doctrina, manifestó

el deber de establecer la compatibilidad de la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de conciliación o reclamación previa, con el derecho a la tutela judicial efectiva. De forma semejante se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencias tales como la 60/1989, 162/1989 y 217/1991. Esta aseveración se fundamenta, de un lado, en el hecho de que los trámites previos mencionados, y por tanto la reclamación previa, en ningún caso excluyen el conocimiento judicial de la cuestión controvertida suponiendo tan sólo un aplazamiento de la intervención de los órganos de la jurisdicción; y de otro lado, porque son trámites proporcionados y justificados pues su finalidad no es otra que la de procurar una solución extraprocésal de la controversia, lo cual resulta beneficioso para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, resultando también beneficioso para el sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo.

La exigencia de la reclamación previa en la vía administrativa conforma un legítimo requisito exigido por el legislador que no contraría los postulados del artículo 24 de la Constitución Española y que tiene por objetivo, además de los expuestos, poner en conocimiento del órgano administrativo que dictó la resolución inicial, el contenido y el fundamento de la pretensión formulada y darle ocasión de resolver directamente el litigio evitando la necesidad de acudir a la jurisdicción; así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en sentencias tales como 60/1989, 120/1993, 122/1993, 144/1993 y 191/1993. Así pues, la reclamación previa en la vía administrativa encuentra su justificación en la conveniencia de dar a la Administración la oportunidad de conocer las pretensiones de los trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social antes de que acudan a la jurisdicción y dar la oportunidad de evitar el planteamiento de litigios y de conflictos ante los tribunales.

El Tribunal Supremo en concordancia con la doctrina emanada del Tribunal Constitucional ha sostenido que la reclamación previa, evidente privilegio de la Administración que obstaculiza el libre acceso jurisdiccional, responde a la finalidad de ofrecer a aquélla un conocimiento anticipado de la pretensión que un particular tenga decidido interponer frente a la misma, facilitándole así la emisión de una declaración de voluntad que evite el proceso o que marque para éste su línea de defensa. La función asignada a la reclamación previa, lo mismo que la atribuida a la conciliación es la de proporcionar a la parte frente a la que se dirige, la oportunidad de una mayor reflexión sobre los hechos que originan la acción, evitando tal vez así posibles procesos y dar oportunidad a la adecuada preparación de la oposición a la pretensión.

b) Efectos de la Reclamación Previa

La interposición de la reclamación previa produce efectos dispares, ya que por un lado posibilita el acceso a la jurisdicción permitiendo el planteamiento válido de la reclamación judicial, y por otro lado suspende los plazos de caducidad e interrumpe los plazos de prescripción legalmente establecidos, reiniciándose éstos y reanudándose aquéllos al día siguiente de la notificación de la resolución expresamente dictada o de la conclusión del plazo concedido para contestar a la reclamación sin haberlo hecho.

c) Regulación en la Ley General de la Seguridad Social y en la Ley Procesal Laboral

En la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 (Texto Articulado aprobado por Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 abril), al igual que en el texto procesal ahora vigente de 1995, se proclama con carácter general, que “será requisito necesario para formular demanda en materia de Seguridad Social que los interesados interpongan reclamación previa ante la Entidad Gestora o la Tesorería General de la Seguridad Social correspondiente”. Los artículos 71, 72 y 73 de la Ley de Procedimiento Laboral se encargan de la regulación de la reclamación previa como requisito previo necesario para el planteamiento de la reclamación judicial, y la Ley Adjetiva Laboral contempla la reclamación previa de forma específica en la modalidad procesal de Seguridad Social, y en concreto en el artículo 139, disponiéndose en este último precepto que “en las demandas formuladas en materia de Seguridad Social contra las Entidades Gestoras o Servicios Comunes, incluidas aquellas en las que se invoque la lesión de un derecho fundamental, se acreditará haber cumplido el trámite de la reclamación previa regulado en el artículo 71 de esta Ley” y que “en caso de omitirse, el Juez dispondrá que se subsane el defecto en el plazo de cuatro días y transcurrido éste sin hacerlo, ordenará el archivo de la demanda sin más trámite”. Se exige pues, sin expresas excepciones, la reclamación previa frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y, en su caso, la Tesorería General de la Seguridad Social, aun en materias como las derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, en las que, como regla, tales Entidades destinatarias de la reclamación carecen de responsabilidad directa, aunque dada la competencia de las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social para efectuar las declaraciones procedentes pueden revisar su inicial resolución; competencia de la que carecen cuando se reclamen subsidios de incapacidad temporal, en que, como destaca la doctrina, se conceden o deniegan, en su caso, por la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, al no ser menester una resolución de la Administra-

LA INTERPOSICIÓN DE
LA RECLAMACIÓN
PREVIA NO SUPONE
POR TANTO LA
PRESENCIA DE UN
DOBLE TRÁMITE
ADMINISTRATIVO
RESPECTO DE UNA
MISMA RESOLUCIÓN YA
QUE AUNQUE EXISTEN
DOS ACUERDOS
ADMINISTRATIVOS NI
SU NATURALEZA NI EL
ALCANCE DE SUS
EFECTOS ES SIMILAR

ción de la Seguridad Social acordando su pago. Habiéndose sustentado doctrinalmente que si bien la norma procesal parece haber optado por exigir también en los procesos por accidente de trabajo la presentación de la reclamación previa en atención a la responsabilidad subsidiaria o indirecta de las Entidades Gestoras en tales supuestos, hay que hacer notar que la función de este requisito preprocesal no puede cumplirse por cuanto estos organismos sólo entran en juego si fallan los responsables principales y que, en este sentido, debe ponerse en duda que el órgano judicial exija el cumplimiento de dicho trámite en los términos del artículo 139 de la Ley de Procedi-

miento Laboral. No existe problema en orden a declarar la flexibilidad en la exigencia del requisito preprocesal ahora cuestionado, pues la referida generalidad en la necesidad del previo planteamiento de la reclamación previa, como se interpreta también en relación con los restantes actos procesales o preprocesales, no debe comportar un excesivo rigor formal en la exigencia de sus específicos requisitos siempre que efectivamente de su irregularidad o ausencia no se haya producido indefensión.

d) Planteamiento de la Reclamación Previa

Tratándose de reclamaciones previas en materia de Seguridad Social, hay que tener en cuenta el contenido del artículo 71.2 de la Ley de Procedimiento Laboral según el cual la reclamación previa deberá interponerse, ante el órgano que dictó la resolución, en el plazo de treinta días desde la notificación de la misma, si es expresa, o desde la fecha en que, conforme a la normativa reguladora del procedimiento de que se trate, deba entenderse producido el silencio administrativo.

Si la resolución, expresa o presunta, hubiera sido dictada por una entidad colaboradora, la reclamación previa se interpondrá en el mismo plazo, ante el órgano correspondiente de la entidad gestora o servicio común cuando resulte competente.

Es doctrina constante de la Sala de lo Social del Tri-

bunal Supremo, de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, e incluso del desaparecido Tribunal Central de Trabajo, la consistente en afirmar que el hecho de que no se impugne en plazo la resolución de la entidad gestora denegatoria de la prestación solicitada únicamente produce la caducidad de la instancia, quedando a salvo el derecho del beneficiario a solicitar nuevamente la modificación de la resolución pudiendo reabrir la vía administrativa siempre que se produzca de nuevo el agotamiento de la vía previa.

Así pues es posible, en determinados casos, iniciar la vía administrativa respecto de resoluciones o acuerdos de la entidad gestora que hayan adquirido firmeza bastando para ello con la presentación de una nueva reclamación previa aunque sea fuera del plazo previsto en el artículo 71 de la Ley Adjetiva Laboral, ya que una cosa es la caducidad en la instancia y otra diferente la caducidad del derecho, y ello sin perjuicio de que la presentación extemporánea de la reclamación previa lleve consigo la limitación de los efectos económicos de la hipotética resolución favorable al beneficiario de la Seguridad Social, que se circunscribirán al período de tres meses inmediatamente anteriores a la presentación de la nueva reclamación previa.

La falta de impugnación en tiempo y forma del acuerdo que pone fin al procedimiento administrativo, sea por falta de reclamación previa, o sea por el planteamiento extemporáneo de la misma, determina, como hemos expuesto, la caducidad de ese concreto procedimiento administrativo y también la caducidad de la instancia judicial en donde se pretenda recurrir la resolución inicial.

Esta circunstancia, y en lo que al procedimiento para el reconocimiento de una incapacidad permanente se refiere, tiene incidencia en la concreta prestación solicitada por el beneficiario, pues si en la vía administrativa no se ha reconocido ningún grado de incapacidad permanente y el beneficiario que lo pretende no recurre la resolución dictada, debe volver a instar un nuevo procedimiento solicitando el reconocimiento del grado invalidante, mientras que si en el procedimiento administrativo la entidad gestora ha tenido a bien reconocer un grado de incapacidad, y esta resolución no ha sido impugnada por el beneficiario pese a su disconformidad con la misma, la vía abierta para su impugnación es la vía del procedimiento de revisión de grado de invalidez establecida en el artículo 143.2 de la Ley General de la Seguridad Social, para cuya iniciación el beneficiario deberá dejar transcurrir el plazo establecido en la resolución inicial.

La necesidad práctica de iniciar un nuevo procedimiento administrativo para la solicitud de un grado de incapacidad rechazado en un procedimiento previo no

impugnado en tiempo y forma, deviene de la necesidad de adecuar la solicitud actual a las circunstancias que concurren en el beneficiario en el momento de la ulterior petición, pues no debemos olvidar que en materia de incapacidad permanente, el transcurso del tiempo puede hacer variar la situación física, psíquica o laboral del reclamante.

El Tribunal Supremo en sentencia de 3 de marzo de 1999, recurso 2060, estableció a este respecto que "... Todo ello es palmario de la lectura del artículo 72 de la Ley de Procedimiento Laboral, que establece un deber de congruencia entre una primera fase extrajudicial de reclamación y la pretensión a través de la que se ejercita la acción procesal, puesto que si durante todo el plazo material de prescripción, interrumpible ex artículo 73 de la Ley de Procedimiento Laboral, pudiera quien es particular producir escritos de solicitud al que conceder valor de reclamación previa forzando un enjuiciamiento, quedaría la puerta abierta a introducir indefinidamente hechos nuevos en base a los artículos 72.1 y 80.1.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, quedando sin sentido la misma noción de hecho causante de la acción protectora de la Seguridad Social y de la revisión del grado por agravación de lesiones del artículo 143 de la Ley General de la Seguridad Social".

e) Determinación del plazo para interponer la Reclamación Previa

El Tribunal Supremo en sentencias tales como las de 21 de mayo de 1997, 10 de octubre de 1996 o 7 de abril de 1989 estableció que el plazo que fija el artículo 71.1 de la Ley de Ritos Laboral, no es un plazo procesal, ni puede ser entendido como un plazo sustantivo al no afectar al derecho ejercitado por lo que, como hemos expuesto en el apartado anterior el incumplimiento del mismo sólo acarrea la pérdida de un trámite que puede ser nuevamente abierto, bien con una nueva solicitud, como ocurre en los casos de declaración de una incapacidad permanente, bien con la simple reclamación previa, en el caso de otras prestaciones, siempre que el derecho sustantivo no haya prescrito o caducado la acción de reclamación.

El requisito de la interposición de la reclamación previa ha sido considerado como un requisito preprocesal afirmándose en sentencias tales como la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 18 de junio de 2002 que a estos efectos no puede exigirse un excesivo rigor formal, debiéndose admitir un criterio flexible siempre que su irregularidad o ausencia no haya producido indefensión.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 60/89 sostiene que el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la Constitución puede verse conculcado por aquellas normas que impongan

condiciones impeditivas y obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción siempre que los obstáculos sean innecesarios, excesivos y carezcan de razonabilidad y de proporcionalidad respecto a los fines que lícitamente puede perseguir el trabajador evitándose así dilaciones innecesarias.

La aplicación en sus propios términos del artículo 71 de la Ley de Procedimiento Laboral no significa por lo tanto una aplicación rigorista o formal del mismo susceptible de incidir sobre el derecho a la tutela judicial efectiva.

Sobre la base de estas consideraciones previas debe analizarse cómo debe procederse al cómputo de los días en los cuales el beneficiario, disconforme con la resolución dictada en vía administrativa, tiene que plantear la reclamación previa. A este respecto es ilustrativa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 31 de octubre de 1996 según la cual “es cierto que la legislación novísima propicia la duda. Así la Ley 30/1992, de 26 noviembre (RCL 1992/2512, 2775 y RCL 1993/246), sobre Procedimiento Administrativo Común, dedica su artículo 48 al cómputo de términos y plazos. Como regla general, nos enseña que si los plazos se señalan por días, «se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos», añadiendo que si un día fuese hábil en el municipio o comunidad autónoma en que reside el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo concernido, o a la inversa ‘se considerará inhábil en todo caso’. Pero esta norma no es aplicable a los actos de Seguridad Social o desempleo, porque la disposición adicional 6.ª nos remite a lo ordenado en la Ley de Procedimiento Laboral.

Dentro de esta LPL 1990, coincidente con el Texto Refundido de 1995, se incurre en cierta oscuridad, ya que, siempre por relación a plazos no estrictamente procesales, sino a aquéllos que enlazan con una actividad preprocesal obligada, sea separando actividades que la integran, sea separando la última de lo administrativo de la subsiguiente presentación de la demanda, constatamos que unas veces se habla de días, sin más, y otras, de días inhábiles. Un ejemplo de lo primero sería precisamente la reclamación administrativa previa en materia de Seguridad Social (artículo 71, núm. 2 y 5); y de lo segundo, lo sería la reclamación de los despidos (artículo 103.1).

Ante la deficiencia legal, quizá sea lo más razonable estar a un criterio amplio, favorable al trabajador/asegurado, que ya utilizó el Tribunal Supremo en sentencia de 7 abril 1989 (RJ 1989/2945), la cual, aun referida al mes de agosto, contempla idéntico problema. Hacía ver el Alto Tribunal que la ambigua naturaleza del plazo ‘se aproxima más a los términos de carácter procesal que a los sustantivos’. Solución que cuadra con

la concepción misma de la reclamación previa, como requisito mantenible en nuestro vigente sistema constitucional, pero suavizado en lo conveniente, contexto en el que la rigorización de la cuenta carecería de sentido.

Este criterio de amplitud interpretativa debe ser utilizado en la aplicación del contenido del artículo 182 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Según este precepto redactado conforme a lo dispuesto por la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, son inhábiles a efectos procesales los sábados y los domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad.

El carácter preprocesal de la reclamación previa hace que en lo atinente al plazo de su interposición, la interpretación de su regulación deba aproximarse más a los plazos estrictamente procesales que a los esencialmente sustantivos, resultando por otro lado una interpretación más beneficiosa al administrado reclamante. Este criterio ha sido mantenido por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en sentencia de 16 de mayo de 2005, recurso 87/2005, pero sin embargo no ha sido aplicado por otros Tribunales Superiores como los de Castilla y León en sentencia de 5 de julio de 1999, Asturias en resolución de 5 de enero de 2001, Castilla-La Mancha-Albacete en sentencia de fecha 10 de marzo de 2005, recurso 1449/2004, o La Rioja en sentencia de 27 de marzo de 2006, recurso 116/2006, resoluciones estas últimas para las cuales el plazo para el planteamiento de la reclamación previa tiene carácter administrativo y queda sometido a las reglas de cómputo de plazos establecidas para el procedimiento administrativo y, en concreto a lo dispuesto por el artículo 48.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

III. Procedimiento judicial para la declaración de una incapacidad permanente. Especial referencia a la prueba

Analizado de forma sucinta el procedimiento administrativo para la declaración de una incapacidad permanente, debe efectuarse el análisis concreto del procedimiento reservado por la Ley Procesal Laboral para la sustanciación de una reclamación en materia de reconocimiento de un grado de invalidez cuando la previa reclamación en vía administrativa no ha sido estimada. El estudio va a centrarse como se expuso al principio de estas líneas en la fase de prueba dejando al margen las peculiaridades específicas contempladas en la regulación contenida en los artículos 139 a 145 bis de la Ley Procesal Laboral. Estas peculiaridades

des serán analizadas en tanto y cuanto se refieran a la prueba de la situación de invalidez que se reclama.

1. MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO PARA LA DECLARACION DE UNA INCAPACIDAD PERMANENTE

En los procesos de Seguridad Social, y por tanto en los procesos para la declaración de un grado invalidante, la fase probatoria se rige por las normas generales establecidas en la Ley Procesal Laboral y de forma supletoria en la Ley Procesal Común, siendo norma general la que establece que es al demandante de la prestación al que le corresponde acreditar los hechos en los que basa la petición.

a) Prueba documental

Dentro de la modalidad procesal de la Seguridad Social, y en concreto dentro del proceso para la declaración de una incapacidad permanente, la prueba documental está compuesta esencialmente por el Expediente Administrativo, y a tal efecto la regulación contenida en los artículos 142 a 144 de la Ley de Procedimiento Laboral tiende a posibilitar la aportación completa del mismo a las actuaciones judiciales. Dice la norma que al admitir a trámite la demanda, el Juez reclamará de oficio a la Entidad Gestora o servicio común la remisión del expediente original o copia del mismo o de las actuaciones y, en su caso, informe de los antecedentes que posea en relación con el contenido de la demanda. Esta remisión puede ser solicitada por la propia parte demandante si conviene a sus fines, pudiendo incluso solicitar la suspensión del juicio señalado para que por el órgano judicial se reitere la orden de remisión del expediente si ésta no ha sido inicialmente atendida. Así pues, como primer medio de prueba debe citarse el contenido de aquel conjunto de actuaciones documentadas en el expediente tramitado con motivo de una solicitud de declaración de invalidez, bien sea ésta efectuada de oficio o bien lo sea a instancia de parte. Este expediente está compuesto, a los efectos de acreditar el posible derecho a la declaración solicitada, por la historia clínica del solicitante, el informe de antecedentes profesionales, el informe de vida laboral, el de cotización, el informe médico de síntesis, el dictamen propuesta emitido por el Equipo de Valoración de incapacidades, así como cualquier otro documento aportado al mismo bien a su inicio o bien durante su tramitación. También deben constar en el expediente las alegaciones efectuadas por el interesado en el trámite de audiencia regulado en el artículo 5.1.c) del Real Decreto 1300/1995.

La trascendencia de la remisión a los autos del expediente administrativo completo se recoge en la Ley Procesal Laboral de forma expresa recordando que la falta de remisión de éste tras haber sido reclamado,

permite que puedan ser tenidos como probados aquellos hechos alegados por el demandante cuya prueba no fuere posible por medios diferentes a aquél. Esta falta de remisión puede dar lugar también a la atribución de responsabilidades disciplinarias al funcionario responsable de su remisión al órgano judicial, tal y como recoge el artículo 144 de la Ley General de la Seguridad Social.

Por último, el contenido del expediente sirve para la determinación del principio de congruencia que debe existir entre la fase administrativa y la estrictamente procesal, de modo y manera que ninguna de las partes intervinientes en el proceso judicial puede aducir en éste hechos distintos a los alegados en el expediente administrativo salvo que estos hechos no pudieran haberse alegado en la primera fase por haberse producido en un momento posterior. La Ley prohíbe que en el proceso judicial se efectúen alegaciones completamente novedosas respecto de aquellas que fueron realizadas en la vía administrativa, lo que no quiere decir que el juzgador no pueda tener en consideración datos que, aun no habiendo sido especialmente referidos, se deduzcan del contenido del expediente.

Además de los documentos obrantes en el expediente administrativo pueden aportarse al proceso todos aquellos documentos que la parte entienda necesarios para avalar su pretensión, extremo éste reconocido en el artículo 90 de la Ley Procesal Laboral, y que en el ámbito de la reclamación de un grado de incapacidad se contrae, entre otros, a la aportación de informes médicos distintos a los obrantes en el expediente administrativo y a certificaciones emitidas por la empresa para la que el solicitante presta servicios en los cuales se describe el trabajo desempeñado.

b) Prueba pericial

En el ámbito del procedimiento para la declaración de un grado invalidante, es la práctica de la prueba pericial médica una de las pruebas de mayor importancia para llevar al juzgador al convencimiento de la realidad de las deficiencias psíquicas o físicas base de la reclamación. La Ley de Procedimiento Laboral regula la práctica de esta prueba en su artículo 93 estableciendo que respecto de la misma no serán de aplicación las reglas generales sobre insaculación de peritos y que el órgano judicial puede requerir la intervención de un médico forense en los casos en que su informe resulte necesario. Nada establece la norma procesal en lo referente al desarrollo de esta prueba y por tal circunstancia serán los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil determinantes en su regulación, excepción hecha de las concretas previsiones contenidas en la Ley Adjética Laboral.

El objeto de esta prueba no es sino el de facilitar al juez los conocimientos necesarios para valorar adecuadamente la situación de hecho que se le plantea, encargándose el artículo 335 de la Ley Procesal Común de establecer normadamente su objeto y finalidad. Del contenido de los artículos 336 a 339 de la norma mencionada se deduce que la regla general en lo referente a la designación de los peritos es la que entiende que cada parte propone aquellos que a su derecho convenga, reservándose la designación judicial de peritos para aquellos casos legalmente contemplados, para aquéllos en los que lo soliciten las partes y así lo estime el Juez, y para aquéllos en los que el juzgador lo considera necesario. En los supuestos en los que proceda la designación judicial del perito médico, la ausencia de una regulación expresa en la Ley Procesal Laboral, permite acudir al contenido del artículo 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en donde se contiene el procedimiento para la designación judicial de perito, sin embargo este recurso se eclipsa por la posibilidad de acudir directamente al médico forense en los casos en los que su informe resulte necesario. Este recurso tiene lugar cuando lo solicitan las partes o cuando así lo exige el juez ante la presencia de dictámenes médicos contradictorios en materia de determinación de los menoscabos físicos o psíquicos padecidos por el solicitante. No debe olvidarse a este respecto que las afirmaciones contenidas en los informes emitidos por las Unidades de Valoración de Incapacidades no gozan de presunción de certeza y por ello la fijación de las dolencias invalidantes se hace especialmente necesaria.

Es habitual que la intervención del médico forense se decida por el juzgador como diligencia para mejor proveer, o que se solicite por la parte como diligencia final al amparo del artículo 435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, constituyendo en ambos casos y dada la naturaleza del interviniente más un asesoramiento de los previstos en el artículo 95 de la Ley de Procedimiento Laboral que una estricta prueba pericial.

Los dictámenes médicos aportados a las actuaciones, que deben circunscribirse al diagnóstico objetivo de las secuelas y no a su valoración legal, sólo tendrán el valor de una verdadera pericia procesalmente hablando si son ratificados en juicio y si las partes han tenido ocasión de solicitar las aclaraciones que consideren pertinentes, debiendo afirmarse, también desde un punto de vista estrictamente procesal, el carácter de mera prueba documental en aquellos casos en los que estas exigencias resulten inexistentes. Ahora bien, esta aseveración se reputa actualmente exagerada y así lo consideró Bartolomé Ríos Salmerón en su trabajo "Pruebas de confesión, testimonio y pericia. Otros medios" (Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ 1998), afirmando que "sería absurdo que solamente calificáramos como prueba pericial la que es fruto de

EN LOS PROCESOS DE
SEGURIDAD SOCIAL, Y
POR TANTO EN LOS
PROCESOS PARA LA
DECLARACIÓN DE UN
GRADO INVALIDANTE, LA
FASE PROBATORIA SE RIGE
POR LAS NORMAS
GENERALES ESTABLECIDAS
EN LA LEY PROCESAL
LABORAL Y DE FORMA
SUPLETORIA EN LA LEY
PROCESAL COMÚN,
SIENDO NORMA
GENERAL LA QUE
ESTABLECE QUE ES AL
DEMANDANTE DE LA
PRESTACIÓN AL QUE LE
CORRESPONDE
ACREDITAR LOS HECHOS
EN LOS QUE BASA LA
PETICIÓN

un dictamen médico comparecido".

c) El testigo-perito

La Ley de Enjuiciamiento Civil regula en su artículo 370 la figura, novedosa hasta la Ley 1/2000, de 7 de enero, del testigo-perito. El precepto establece que cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos.

El testigo-perito no es sino un testigo ordinario que por tal tiene conocimiento de los hechos antes del inicio del proceso y al margen del mismo, pero que por tener determinados conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos, puede efectuar manifestaciones en las que recoja estos conocimientos cuando se trata de responder a

las cuestiones que le sean planteadas. El tercero presencia los hechos y los conoce antes del proceso, pero en la valoración de los mismos utiliza conocimientos específicos. Esta figura, ignorada en el ámbito procesal laboral, viene a dificultar la normal participación en el proceso de los peritos, expertos y asesores cuya intervención se regula en los artículos 93 y 95 de la Ley de Ritos Laboral.

En el ámbito del procedimiento para la declaración de un grado de incapacidad permanente determinado, y más concretamente cuando se trata de establecer si el solicitante es tributario de una incapacidad permanente total o parcial para la profesión habitual, la figura del testigo-perito puede verse reflejada en la persona del médico de empresa, quien además de conocer las

características del puesto de trabajo del solicitante, puede agregar a su testimonio el conjunto de conocimientos que posee como médico para ilustrar sobre la idoneidad o no de la prestación de trabajo en las circunstancias concretas en las que ha de realizarse por el solicitante.

Una figura cercana a la del testigo-perito en el ámbito laboral es la comprendida por el interrogatorio de aquél que realiza un informe sobre los hechos respecto de los cuales va a ser interrogado, como por ejemplo el testimonio en juicio del detective privado. Su prueba merece el calificativo de prueba testifical pero cuyo testimonio tiene la garantía inicial de la profesionalidad que puede exigirse a quien desempeña una actividad legalmente reglamentada. Este tipo de medio probatorio resulta inusual en el marco del procedimiento para obtener el reconocimiento de un determinado grado de incapacidad, pero puede facilitar en ocasiones la descripción de los trabajos efectivamente realizados por el solicitante.

d) Prueba de interrogatorio de parte, testifical y reconocimiento judicial

Como consecuencia de la previsión contenida en el artículo 90 de la Ley de Procedimiento Laboral, las partes intervinientes en el procedimiento para la declaración de un grado de invalidez, pueden valerse de todos aquellos medios de prueba que resulten ser admitidos en derecho, y si bien es cierto que en el ámbito del procedimiento referido tiene un papel preponderante la práctica de la prueba documental y de la prueba pericial, no es menos cierto que el recurso a la prueba de interrogatorio de parte, testifical e incluso la prueba de reconocimiento judicial pueden ser también propuestas y practicadas.

La prueba de interrogatorio de parte, que sigue denominándose prueba de confesión en la Ley Procesal Laboral, no contiene especialidades respecto de las previstas en el artículo 91 de la Ley Adjetiva Laboral, cuando se plantea en el ámbito del proceso para la declaración de una incapacidad permanente. Las particularidades contenidas en ese precepto deben completarse con las previsiones de la Ley Procesal Común, norma que regula este medio de prueba en los artículos 301 y siguientes y que recoge, además de algunas de las especialidades ya reguladas para el Proceso Laboral, particularidades que deben ser asumidas por éste al no contener una regulación específica. La posibilidad de proceder al llamado interrogatorio cru-

zado, o la posibilidad de las partes de formular nuevas preguntas al interrogatorio inicial regulado en el artículo 306, la incomunicación de los declarantes regulada en el artículo 310, la prohibición de reiteración de interrogatorios contenida en el artículo 314 o la valoración de los interrogatorios reflejada en el artículo 316, son previsiones de aplicación al procedimiento para la declaración de una incapacidad permanente, si bien en este contexto los esfuerzos probatorios irán generalmente dirigidos a acreditar el ámbito funcional en el que el solicitante ejecuta la prestación de su quehacer laboral habitual.

Semejantes consideraciones deben ser realizadas en lo atinente a la prueba testifical. La Ley Procesal Laboral contiene tres peculiaridades como son la oralidad en su planteamiento y desarrollo, la potestad del juzgador de limitar el número de testigos, y la ausencia de la tacha de testigos, pudiendo acudir a lo dispuesto en los artículos 360 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil para completar esta regulación en tanto en cuanto sus postulados resulten aplicables al proceso laboral.

La prueba testifical, en el concreto ámbito del procedimiento para la declaración de una incapacidad, es un medio de prueba utilizado para la acreditación de las circunstancias que concurren en el trabajo que con habitualidad debe desempeñarse por el trabajador solicitante del reconocimiento de la prestación, efectuándose la declaración generalmente por compañeros de trabajo del propio solicitante.

En lo atinente a la prueba de reconocimiento judicial, tan sólo recordar que su regulación en la Ley de Procedimiento Laboral se contiene de forma implícita en el artículo 87.1 de la norma al afirmar que "Podrán admitirse también aquéllas que requieran la traslación del Juez o Tribunal fuera del local de la audiencia, si se estimasen imprescindibles. En este caso, se suspenderá el juicio por el tiempo estrictamente necesario". La excepcionalidad de la admisión de esta prueba, que en cierto modo rompe el principio de unidad de actuación del proceso laboral, hace que su práctica se reserve, no ya a los casos en los que la misma pueda resultar conveniente o incluso necesaria, como ocurre en la regulación contenida en el artículo 353 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino única y exclusivamente a los supuestos en los que se reputa imprescindible, lo que en el ámbito del proceso para la declaración de un grado de invalidez se plantea en muy contadas ocasiones. ●

DILIGENCIAS PARA PROVEER Y POSIBILIDADES INTERPRETATIVAS QUE OFRECE EL ART. 95 DE LA LPL, EXTENSIÓN DE LAS FACULTADES RECONOCIDAS A LOS JUECES, TANTO EN INSTANCIA COMO EN VÍA DE RECURSO

121

Belén SEGURA GARCÍA

*Letrada de la Administración de la Seguridad Social.
INSS. Toledo*

1. Introducción. Justificación de la especialidad de esta institución en el seno del Proceso Laboral e incidencia de la regulación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil

El Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en lo sucesivo LPL, contempla la regulación de las llamadas diligencias para mejor proveer cuya práctica podrá decretar el Juez, en su artí-

culo 88, incluido dentro del Libro II, (*Del proceso ordinario y de las modalidades procesales*) en el Título Primero, (*Del proceso ordinario*), en particular dentro del Capítulo II, (*Del Proceso ordinario*) en su Sección segunda, bajo la rúbrica *Conciliación y juicio*.

En la Sección tercera de los anteriores, comprendido dentro de la rúbrica de las Pruebas, el artículo 95 del mismo Texto. describe los dictámenes de personas expertas que el Juez o Tribunal podrán oír en el momento del acto del juicio o acordándolo para mejor proveer.

El análisis de la dinámica de estos dos preceptos en este proceso, particularmente en el ámbito de la prueba, es el objeto de este estudio referente a las diligencias para mejor proveer en el proceso laboral, de gran incidencia en los procesos de Seguridad Social, como mecanismo a través del cual el órgano judicial puede acceder a la verdad material, coincidente o no con la realidad formal, resultante de la actividad probatoria desplegada por las partes personadas en el proceso.

La justificación de la amplia intervención judicial en el Proceso Laboral para acordar la práctica de las diligencias para mejor proveer, se encuentra en la peculiar y diferente naturaleza del Derecho sustantivo aplicado en este caso, que constituye la razón de ser del Proceso Social. En efecto, tal y como pone de manifiesto LUJÁN ALCARAZ, J.⁽¹⁾, *"la creación de Tribunales y procedimientos laborales es un hito trascendente en la consolidación del Derecho del Trabajo"* estando justificada la especialidad del proceso social por razón de la ineficacia e insuficiencia de los mecanismos del proceso civil, en sus orígenes caracterizado por su mayor coste, su menor agilidad y mayores requisitos formales, para satisfacer los fines del Derecho del Trabajo y para tutelar los elementos subjetivos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación y protección.

Aplicando este razonamiento a la materia que nos ocupa, **la tutela en este proceso de la libre iniciativa del órgano judicial en orden a acordar la práctica de pruebas, acordándolas para mejor proveer, es una garantía que tiene por objeto suplir las deficiencias y desigualdades fundamentales propias del ordenamiento jurídico laboral.**

La peculiaridad del Proceso Laboral en función del Derecho sustantivo tutelado, y dentro del mismo, de las diligencias para mejor proveer, se mantiene e incluso potencia tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en adelante, LEC., constituyendo una especialidad de nuestra Ley ritual Laboral frente a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que suprimiendo las diligencias de este mismo nombre del antiguo Texto de 1881, regula ex novo las denominadas diligencias finales, de distinta naturaleza jurídica, en sus artículos 435 y siguientes.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil influye en la materia que estamos abordando no sólo porque la

LA JUSTIFICACIÓN DE LA
AMPLIA INTERVENCIÓN
JUDICIAL EN EL PROCESO
LABORAL PARA ACORDAR
LA PRÁCTICA DE LAS
DILIGENCIAS PARA MEJOR
PROVEER, SE ENCUENTRA
EN LA PECULIAR Y
DIFERENTE NATURALEZA
DEL DERECHO
SUSTANTIVO APLICADO
EN ESTE CASO, QUE
CONSTITUYE LA RAZÓN
DE SER DEL PROCESO
SOCIAL

norma aspire a ser la Ley Procesal común, en palabras de su Exposición de Motivos, sino porque junto con las remisiones puntuales y expresas que hace la LPL a diversos institutos de la norma procesal civil, la disposición adicional 1ª, 1ª⁽²⁾ de esta última, declara el carácter supletorio de la LEC para lo no previsto en aquel Texto.

La Ley de Enjuiciamiento Civil realiza modificaciones en este proceso que inciden en la materia analizada en estas líneas, siendo de interés a estos efectos, la nueva regulación de los medios de prueba, su desarrollo y contenido, así como la supresión de las denominadas diligencias para mejor proveer en el

texto de 1881, y la creación en su lugar de las llamadas diligencias finales.

Respecto de las nuevas diligencias finales, matizar que no nos encontramos tan sólo ante un cambio de denominación de la institución, sino ante una institución procesal de distinta naturaleza jurídica aún respondiendo a una finalidad análoga.

La LEC introduce dos elementos novedosos en esta figura. De una parte no existe una enumeración tasada y cerrada de las diligencias que puedan practicarse, limitándose el legislador a determinar las reglas que han de seguirse para su correcta tramitación procesal. Además el artículo 435⁽³⁾ de la Ley de Enjuiciamiento Civil reserva la iniciativa para la práctica de estas diligencias a las partes, disponiendo que el órgano jurisdiccional podrá acordar la práctica de estas diligencias sólo a instancia de parte. Sin perjuicio de esta iniciativa de las partes, que constituye la regla general, podrá acordar el órgano judicial, de manera excepcional y de oficio o a instancia de parte, la práctica de diligencias de prueba, anteriores al momento de dic-

⁽¹⁾ Luján Alcaraz, J., *Aranzadi Social* 3/2000. Editorial Aranzadi.S.A. 2000.

⁽²⁾ Disposición adicional 1ª, 1ª LPL: *"En lo no previsto en esta Ley regirá como supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil"*

⁽³⁾ Art. 435 LEC. *Diligencias finales:*

"1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas:

tarse la sentencia, siempre y cuando se trate de actuaciones de prueba que no hubieran podido proponerse en tiempo y forma por los litigantes, o no se hubiesen podido practicar por causa ajena a la parte que las hubiese propuesto, o que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia.

En el proceso laboral sin embargo, la sola iniciativa judicial legitima la práctica de estas diligencias, sin perjuicio de que puedan las partes sugerir su realización, correspondiendo la decisión al órgano judicial.

Reconocida la diferente naturaleza jurídica de las diligencias para mejor proveer del proceso laboral y las diligencias finales del proceso civil, y desaparecidas las diligencias para mejor proveer de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, norma que estaba vigente cuando la actual LPL estableció la supletoriedad consagrada en su disposición adicional 1ª, 1; se producen dificultades a reseñar, en la aplicación del derecho supletorio.

2. Diligencias para mejor proveer en el proceso social. Posibilidades interpretativas que ofrece el art. 95 de la LPL

2.1. La ineficacia probatoria del acto del juicio a los efectos del artículo 24 de la Constitución, como presupuesto de estas diligencias. Hechos objeto de prueba y medios

Definidas las diligencias para mejor proveer del artículo 88 de la LPL, como aquellos medios de prueba cuya práctica acuerda el juez en el proceso laboral, sin necesidad de previa solicitud por las partes y una vez finalizado el período probatorio del juicio oral, por estimar que esta actividad probatoria es imprescindible para la correcta resolución de la controversia, hemos

de concluir que, estudiar las diligencias para mejor proveer en el proceso social, requiera hablar de los hechos controvertidos objeto de debate en el pleito y de la prueba desplegada por las partes en este sentido antes del juicio y durante el mismo.

El objeto de la prueba en el proceso laboral tal y como resulta del **artículo 87,1** de la LPL son los hechos controvertidos para las partes y sobre los que no existe conformidad, en palabras del legislador, *“se admitirán las pruebas que puedan realizarse en el acto, respecto de los hechos sobre los que no hubiese conformidad...”*

En la misma línea, y teniendo en cuenta su carácter supletorio, el **artículo 281** de la LEC dispone que *“La prueba tendrá por objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso”*.

Este precepto excluye la necesidad de probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general en el número 4, aspecto éste de gran relevancia a los efectos de formalizar recurso de suplicación, amparado en las previsiones del **artículo 189.1 b)**, que permite canalizar por este cauce los recursos en materias en las que *“la cuestión debatida afecte a todos o un gran número de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social, siempre que tal circunstancia de afectación general fuere notoria o haya sido alegada y probada en juicio y posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes.”*

El hecho de que el precepto excluya a las partes del deber de probar la afectación general de los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general, no significa que queden exentas del deber de alegarla, debiendo cumplir con este requisito conforme a las previsiones del **artículo 85,4 de la LPL** y en el acto del juicio oral, tal y como han reconocido el Tribunal Supremo⁽⁴⁾ y el Tribunal Constitucional⁽⁵⁾.

123

1.ª No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429.

2.ª Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.

3.ª También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286.

2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos”.

Los medios de prueba de que pueden servirse las partes para la demostración de los hechos controvertidos en los que se basa su petición de tutela al órgano judicial, son los previstos en la Ley.

Así el **artículo 90.1 de la LPL** dispone que *“las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley”*. En todo caso deberá quedar constancia en el acta del juicio respecto del desarrollo de las diligencias de prueba propuestas por las partes y el desarrollo de la prueba en la forma prevista en el **artículo 89,1 b y c de la L.P.L.**⁽⁶⁾

En cuanto a los medios de prueba legalmente previstos en el proceso social, la LPL tradicionalmente ha carecido de una regulación autónoma de los medios de prueba limitándose a regular las particularidades en la práctica de la prueba de confesión, testifical, pericial, documental y dictamen de personas expertas, cuya regulación básica se encontraba en el Código Civil y en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, presidida en cuanto a la regulación de la prueba, por la simplificación y flexibilización de los medios probatorios tradicionales y orientada a garantizar la agilidad del proceso, apoyándose en los principios de oralidad, concentración e inmediatez, principios comunes al proceso laboral, contempla en su **artículo 299,1** la relación de los medios de prueba de que pueden servirse las partes⁽⁷⁾ incluyendo: **el interrogatorio de las partes, los documentos públicos, los documentos privados, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial y el interrogatorio de testigos**. La supletoriedad de esta norma procesal civil respecto de la laboral determina la utilización de estos medios de prueba y de sus normas de desarrollo en el proceso social, con las matizaciones en cuanto a su prác-

LA INTERVENCIÓN DEL
ÓRGANO
JURISDICCIONAL SOCIAL
EN ORDEN A ACORDAR
LA PRÁCTICA DE ESTAS
DILIGENCIAS ES ACTIVA,
DINÁMICA Y
PARTICIPATIVA, DENTRO DE
UN PROCESO SOCIAL
REGIDO POR EL PRINCIPIO
DISPOSITIVO, FRENTE A LA
MENOR INTERVENCIÓN
DEL ÓRGANO JUDICIAL
EN INSTITUCIONES
ANÁLOGAS COMO LAS
DILIGENCIAS FINALES EN
EL ORDEN CIVIL

tica previstas en los **artículos 90 y siguientes de la LPL**.

Esta enumeración de mecanismos probatorios quedaría incompleta si no pusiéramos de relieve otros medios de prueba que la Ley de Procedimiento Laboral anuncia y consagra desde su origen, previendo los previsibles avances de la técnica que generen futuros instrumentos probatorios no contemplados, en su **artículo 90,1**, utilizando una técnica legislativa que también comparte el actual **artículo 299 de la LEC**.

En efecto, el primero de estos preceptos después de garantizar que los medios de prueba serán los dispuestos por la Ley,

aclara que se admitirán *“como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”*. El **artículo 299,2 y 3 de la LEC** en la misma línea admite, junto a los medios que permiten recoger y

⁽⁴⁾ STS 15 de abril de 1999 (Sala Cuarta), R. 1942/1998.

⁽⁵⁾ STC 164/1992.

⁽⁶⁾ En cuanto a la constancia en acta de las diligencias de prueba propuestas por las partes en el proceso laboral, el artículo 89.1.b) y c) de la LPL establece:

“1. Durante la celebración del juicio se irá extendiendo la correspondiente acta, en la que se hará constar:

b) Breve resumen de las alegaciones de las partes, medios de prueba propuestos por ellas, declaración expresa de su pertinencia o impertinencia, razones de la negación y protesta, en su caso.

c) En cuanto a las pruebas admitidas y practicadas:

1.º Resumen suficiente de las de confesión y testifical.

2.º Relación circunstanciada de los documentos presentados, o datos suficientes que permitan identificarlos, en el caso de que su excesivo número haga desaconsejable la citada relación.

3.º Relación de las incidencias planteadas en el juicio respecto a la prueba documental.

4.º Resumen suficiente de los informes periciales, así como también de la resolución del Juez o Tribunal en torno a las recusaciones propuestas de los peritos.

5.º Resumen de las declaraciones de los asesores, en el caso de que el dictamen de éstos no haya sido elaborado por escrito e incorporado a los autos”.

⁽⁷⁾ Desaparece en el nuevo Texto la llamada prueba de presunciones.

reproducir palabras, sonidos e imágenes o datos, cifras y operaciones matemáticas, **cualquier otro medio no expresamente previsto a través del que se pueda obtener la certeza de hechos relevantes**, ensanchando los medios de prueba tasados, con futuros medios fruto de las nuevas tecnologías que sirvan en todo caso para constatar fehacientemente los hechos.

La iniciativa de la práctica de la prueba en la Ley de Procedimiento Laboral presidida por el principio dispositivo, corresponde en exclusiva a las partes en la fase previa al juicio oral, en la llamada práctica anticipada de pruebas del **artículo 78** de la norma y preferentemente a las partes y con un limitado margen al órgano judicial, para la fase de prueba del juicio oral.

No obstante hay que tener presente que la LEC después de consagrar el principio dispositivo en su **artículo 282**, amplía la iniciativa judicial en esta fase procesal estableciendo que *“el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios, e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la Ley”* y sin duda, esta norma de aplicación supletoria al proceso social, tendrá incidencia en la mayor iniciativa judicial en la fase probatoria de los procesos sociales tramitados tras su entrada en vigor.

Cuando la actividad probatoria desarrollada en el acto del juicio social o con carácter previo, se manifiesta como insuficiente para que el órgano jurisdiccional pueda cumplir con las exigencias del **artículo 24 de la Constitución**, el uso adecuado y discrecional de las diligencias para mejor proveer como herramienta prevista en el **art 88 de la LPL** se impone y justifica.

Sentado lo anterior, queremos resaltar la importancia de estas diligencias en orden a la satisfacción judicial de las exigencias contenidas en el **artículo 24 de la Constitución**⁽⁸⁾ que corresponde al órgano judicial, al que incumbe dar respuesta motivada y fundada en Derecho a las cuestiones suscitadas por las partes en el proceso, so pena de incurrir en incongruencia infractora de la mencionada norma constitucional.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 137/1992 (Sala Primera) delimita el objeto y ámbito de estas diligencias de las que podrá servirse potestativamente el órgano judicial, recordando que **constituyen un recurso excepcional de que dispone, para completar el material probatorio aportado, siempre y cuando la prueba practicada de oficio recaiga sobre el thema probandi delimitado por las partes**, descartando expresamente el Tribunal Constitucional en esta sentencia, entre otras, la posi-

bilidad de que a través de esta vía, introduzcan las partes nuevas alegaciones.

2.2. Dinámica de las diligencias para mejor proveer en el proceso social. Extensión de las facultades reconocidas a los jueces, tanto en instancia como en vía de recurso.

Como establecíamos en nuestra introducción, la LPL alude a las diligencias para mejor proveer tan sólo en dos artículos, que curiosamente se encuentran en distinta sede, el primero en la regulación del acto del juicio y el segundo entre la prueba.

Expuesto el fundamento constitucional de la institución, dedicaremos este epígrafe a su análisis y a intentar responder a algunos interrogantes que plantea su aplicación.

El **artículo 88 de la LPL** dispone:

“1. Terminado el juicio, y dentro del plazo para dictar sentencia, el Juez o Tribunal podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, para mejor proveer, con intervención de las partes. En la misma providencia se fijará el plazo dentro del que haya de practicarse la prueba, durante el cual se pondrá de manifiesto a las partes el resultado de las diligencias a fin de que las mismas puedan alegar por escrito cuanto estimen conveniente acerca de su alcance o importancia. Transcurrido ese plazo sin haberse podido llevar a efecto, el órgano judicial dictará un nuevo proveído, fijando otro plazo para la ejecución del acuerdo, librando las comunicaciones oportunas. Si dentro de éste tampoco se hubiera podido practicar la prueba, el Juez o Tribunal, previa audiencia de las partes, acordará que los autos queden definitivamente conclusos para sentencia.

2. Si la diligencia consiste en la confesión judicial o en pedir algún documento a una parte y ésta no comparece o no lo presenta sin causa justificada en el plazo que se haya fijado, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada.”

Las cuestiones que plantea la norma general son las siguientes:

- a)** La ley establece que el Juez “podrá acordar”, ¿quiere esto decir que sólo el Juez tendrá la iniciativa? ¿significa por el contrario que con independencia de la iniciativa, el Juez resolverá en última instancia? ¿Será recurrible la resolución en la que el Juez acuerde sobre la práctica de estas diligencias?
- b)** ¿Qué medios de prueba podrán utilizarse por esta vía? ¿De qué plazo se dispone para la práctica de estas diligencias y cuál será el efecto de su no

⁽⁸⁾ En este sentido STC 137/1992 (Sala Primera).

realización?

c) Pueden utilizarse estas diligencias en la segunda instancia del proceso laboral, es decir, en la fase del recurso de suplicación.

En relación con la primera cuestión que sirve para analizar la extensión de las facultades reconocidas a los jueces afirmar que el uso de estas diligencias, es potestativo en su origen para el Juzgador de lo Social, es decir, **corresponde al órgano judicial tanto la iniciativa como la decisión de su práctica**, así resulta de la literalidad de los **artículos 88 y 95 de la LPL**, todo ello con independencia de que sean comunes y frecuentes en los foros, las sugerencias o invitaciones de las partes en este sentido.

La intervención del órgano jurisdiccional social en orden a acordar la práctica de estas diligencias es activa, dinámica y participativa, dentro de un proceso social regido por el principio dispositivo, frente a la menor intervención del órgano judicial en instituciones análogas como las diligencias finales en el orden civil. Tiene por objeto que el Juzgador forme su propio criterio para posteriormente dictar sentencia sobre la cuestión controvertida, sin que esta iniciativa del órgano judicial vulnere los derechos y garantías consagrados en el **artículo 24 de la Constitución española**, siempre que en la práctica de estas diligencias se respete el principio de igualdad entre las partes.

Así lo ha estimado el **Tribunal Constitucional en el Auto 478/1983, de 19 de octubre de 1983**, resolutorio de un recurso de amparo que planteó la posible inconstitucionalidad del artículo 87 de la L.P.L.

Tal y como ha establecido el Tribunal Supremo⁽⁹⁾, *el uso de estas diligencias tiene carácter discrecional para el juzgador, la práctica de las diligencias para mejor proveer es facultad propia y exclusiva de los juzgadores de la instancia, no sometida al impulso procesal de parte, ni al principio dispositivo, por lo que el uso o no uso, en su caso de la misma por los referidos órganos jurisdiccionales no es susceptible de recurso alguno.*

En relación con la posibilidad de recurrir o no la decisión judicial que deniegue la práctica de estas diligencias, el Tribunal Supremo declara que no es posi-

EN RELACIÓN CON LA
POSIBILIDAD DE RECURRIR
O NO LA DECISIÓN
JUDICIAL QUE DENIEGUE
LA PRÁCTICA DE ESTAS
DILIGENCIAS, EL
TRIBUNAL SUPREMO
DECLARA QUE NO ES
POSIBLE LA
FORMALIZACIÓN DE
RECURSO FRENTE A LA
RESOLUCIÓN JUDICIAL
EN LA QUE SE RESUELVA
POSITIVA O
NEGATIVAMENTE SOBRE
SU REALIZACIÓN

ble la formalización de recurso frente a la resolución judicial en la que se resuelva positiva o negativamente sobre su realización. Diversos autores como Juanes Fraga-García Perrote⁽¹⁰⁾ y Pozo Moreira⁽¹¹⁾ exponen y justifican la imposibilidad de recurrir esta decisión, en relación con el supuesto previsto en el artículo 95 de la LPL, como una manifestación concreta de la regla general contenida en el artículo 88.

Asimismo y respecto de la intervención judicial en la práctica de la prueba por este cauce el Tribunal⁽¹²⁾ aclara que *la figura de la diligencia para mejor proveer no significa que, la misma, elimine la auto-*

rresponsabilidad probatoria de las partes o, de otra manera, que dicha potestad del Juez venga a suplantarse la actividad probatoria de las partes de modo total; y la diligencia para mejor proveer no puede servir para sustituir o suplantar la negligencia de la parte en cumplimiento a probar los hechos que alega.

En la misma línea el **Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, (Sala de lo Social) en sentencia nº 1355/2003, de 13 de abril** y el **Tribunal Superior de Justicia Murcia en su sentencia nº 106/2003, de 17 de septiembre, dictada en el recurso de suplicación nº 886/2003**⁽¹³⁾, recuerda que la facultad legal que le otorga el **artículo 95 de la Ley de Procedimiento Laboral** al utilizar la expresión "si lo estima procedente", significa que el Juzgador puede utilizar este mecanismo cuando tenga alguna duda o desee conocer algún elemento esencial para decidir el litigio,

⁽⁹⁾ Sentencias de 31 mayo 1993 [RJ 1993/4060], 14 noviembre 1994 [RJ 1994/9319], 25 febrero 1995 [RJ 1995/1137] y 9 diciembre 1996 [RJ 1996/8787].

⁽¹⁰⁾ Juanes Fraga-García Perrote, "Art. 95. Comentarios al proceso laboral", Comares.

⁽¹¹⁾ Pozo Moreira, F.J., "La actuación de los organismos públicos en el proceso laboral en supuestos de discriminación por sexo", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 52 (septiembre de 2004).

⁽¹²⁾ STS núm. 70/1998 (Sala de lo Civil), de 26 enero.

pero lo que **no puede aquél es suplir la inactividad probatoria de las partes**. Por ello reconoce esta Sala que al amparo de esta facultad conferida al Juez por la Ley, no se puede trasladar al juzgador a quo, la responsabilidad de interesar como diligencia para mejor proveer, la realización de una prueba que pudo interesar la parte a quien debería favorecer, en el momento procesal oportuno, como la prueba documental y pericial caligráfica.

Es importante destacar que **una vez decidida por el Juez su realización, ésta deviene obligatoria y preceptiva**, con sujeción a sus normas de desarrollo, so pena de incurrir en nulidad de actuaciones, como han establecido tanto el Tribunal Supremo⁽¹⁴⁾ como el Tribunal Constitucional⁽¹⁵⁾

Respecto de **la intervención de las partes en las pruebas que se acuerden como diligencias para mejor proveer**, visto el artículo 88 de la LPL, ante la duda de si su participación es sólo una participación formal, limitada a tener acceso a la prueba que así se practique para formular posteriormente alegaciones o de si la las partes podrán intervenir de forma dinámica y participativa plena, como si de la fase probatoria ordinaria del proceso oral se tratase, esta última parece ser la solución acogida por nuestros Tribunales tal y como justifica González de Rivera Serna.⁽¹⁶⁾

En relación con la segunda cuestión planteada, reconocer en primer lugar, que sin perjuicio de las previsiones especiales del **artículo 95 de la LPL**, los medios de prueba que se pueden acordar en esta fase son todos los previstos en el artículo 299 de la LEC. En cuanto al plazo para este trámite procesal, la ausencia de norma específica en la LPL que lo regule, determina la necesidad de acudir a la supletoriedad de la LEC. Así, salvadas las diferencias entre las diligencias finales de la Ley Procesal Civil y las diligencias para mejor proveer, la derogación del artículo 342 de

la LEC de 1881, determina que en este campo debamos de acudir supletoriamente a las previsiones del **art 436⁽¹⁷⁾ de la LEC** vigente para las diligencias finales y con él concluir que el plazo para la práctica de las diligencias es de veinte días y el plazo para alegaciones de las partes de cinco, siendo los efectos de su falta de práctica los previstos en la norma procesal laboral.

La imposible realización de estas diligencias, a pesar del intento del órgano judicial tras un nuevo proveído, determinará que los autos queden conclusos para sentencia, pudiendo ocurrir en el caso de la prueba de confesión o documental requerida a una de las partes en esta fase procesal, que tras el intento infructuoso de cumplimentar la prueba, el juzgador *estime probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada*. En todo caso exponer que el intento de práctica de estas diligencias, aún sin resultado, excluye la nulidad de actuaciones que se produce cuando se acuerdan y no se realizan por no mediar actividad judicial encaminada a cumplir con lo acordado.

En relación con la tercera cuestión planteada llamar la atención sobre la escasa respuesta de la norma a nuestra pregunta de si pueden utilizarse las diligencias para mejor proveer en la segunda instancia del proceso social, en vía del recurso de suplicación, es decir, ¿pueden los Tribunales Superiores de Justicia hacer uso del instrumento contenido en los **artículos 88 y 95 de la LPL** con carácter previo a la sentencia?

La dinámica del proceso laboral en la segunda instancia, en la que está restringida la actividad probatoria de las partes y la posibilidad de alterar los hechos probados tiene el estrecho cauce del artículo 191, 1 b) apunta hacia una respuesta negativa.

No obstante amen de algún sector de la Doctrina

⁽¹³⁾ En la misma línea la sentencia n.º 1140/1997 de 29 de julio de 1997, de la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, Murcia.

⁽¹⁴⁾ STS (Sala Cuarta) de 2 de julio de 1986 y de 23 de abril de 1988.

⁽¹⁵⁾ En esta línea la Sala Primera del Tribunal Constitucional en su auto 183/1993, de 14 de junio de 1993 (Rec. Amparo 1117/1992).

⁽¹⁶⁾ González de Rivera Serna, X., "La intervención de las partes en las diligencias para mejor proveer del proceso laboral. Breve comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2003", Boletín Aranzadi Laboral núm. 45. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona, octubre de 2003.

⁽¹⁷⁾ Art. 436 LEC:

"1. Las diligencias que se acuerden según lo dispuesto en los artículos anteriores se llevarán a cabo, dentro del plazo de veinte días, en la forma establecida en esta Ley para las pruebas de su clase. Una vez practicadas, las partes podrán, dentro del quinto día, presentar escrito en que resuman y valoren el resultado.

2. El plazo de veinte días para dictar sentencia volverá a computarse cuando transcurra el otorgado a las partes para presentar el escrito a que se refiere el apartado anterior.

que se muestra partidario, en este punto, es importante traer a colación los resuelto por el **Tribunal Constitucional (Sala Primera) en su sentencia 61/2002, de 11 de marzo,⁽¹⁸⁾ dictada en el recurso de amparo 111/1999**, en la que lo reconoce y justifica expresamente la posibilidad de usar las diligencias para mejor proveer en la segunda instancia del proceso laboral estableciendo de forma expresa que *la conducta omisiva de la entidad gestora debió ser corregida por el órgano judicial procurando la aportación de todo el material probatorio, exigiéndoselo así a través de las diligencias para mejor proveer, también utilizables en el recurso de suplicación y que al no hacerlo así se ha vulnerado el art. 24.2 en conexión con el art. 24.1 CE.*

2.3. Posibilidades interpretativas que ofrece el art. 95 de la LPL

El artículo 95⁽¹⁹⁾ de la L.P.L. se halla ubicado sistemáticamente en la Sección tercera del Capítulo II, del Título Primero, del Libro II, de la misma Ley, en el apartado que este Texto dedica a las Pruebas, y contempla la facultad que corresponde a los órganos jurisdiccionales del orden social de asistirse del dictamen de personas expertas en la materia objeto de debate, dejándolo a criterio judicial y sin necesidad de requerimiento en este sentido por las partes.

El artículo 95, encuadrado en la sede de la regulación de la prueba en el proceso social, constituye una especialidad respecto del artículo 88 del mismo Texto en materia de diligencias para mejor proveer con las siguientes manifestaciones:

- a) Atribuye la iniciativa y decisión para la práctica de la actividad probatoria al órgano judicial.
- b) Contempla dos momentos procesales para hacer uso de este recurso, el acto del juicio y terminado éste para mejor proveer.
- c) Limita esta facultad a un mecanismo probatorio específico de los regulados en nuestras normas pro-

cesales y que bajo la dicción dictamen de una o varias personas expertas, se refiere para algunos tratadistas a la prueba pericial de los artículos 335 y ss de la LEC y para otros parece remitir a otro medio de prueba cercano pero no idéntico, que es reconocimiento judicial de los artículos 353 a 359 de la LEC, en la vertiente prevista en el párrafo segundo del artículo 353 y párrafo tercero del artículo 354 de la LEC.

d) Regula un supuesto general en el primer párrafo, y dos especiales en el segundo y tercero.

Reconoce por tanto la iniciativa probatoria especial del órgano judicial social en el ámbito de la prueba, que consiste en el dictamen de personas expertas, haciendo extensiva esta facultad no sólo a la de las diligencias para mejor proveer, sino también a la fase probatoria del juicio, siendo en este sentido una peculiaridad respecto del principio dispositivo del proceso, aplicable el primer párrafo, a todos los procesos del orden social, tanto al ordinario como a las llamadas modalidades procesales.

En él distingue, cómo esta prueba podrá acordarse y practicarse en la fase probatoria ordinaria o para mejor proveer, disponiendo literalmente:

“1. Podrá el Juez o Tribunal, si lo estima procedente, oír el dictamen de una o varias personas expertas en la cuestión objeto del pleito, en el momento del acto del juicio o, terminado éste, para mejor proveer.”

El párrafo segundo⁽²⁰⁾ contempla la posibilidad de acudir al informe de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo, en los procesos judiciales en los que se discuta la interpretación de un Convenio Colectivo, en consonancia con lo previsto en el párrafo primero del **artículo 91 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo**, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el **artículo 85, 3, e) del mismo texto legal.⁽²¹⁾** Este medio probatorio, a modo de dictamen jurídico prove-

⁽¹⁸⁾ Llamar la atención sobre los antecedentes y fundamentos del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en esta sentencia, que resume el Ministerio de Justicia y son los siguientes:

1. El Instituto Nacional de la Seguridad Social se ha limitado a manifestar la imposibilidad de aportar las cotizaciones respecto a un determinado período de tiempo de la vida laboral del recurrente. Dicha conducta de la entidad gestora debió ser corregida por el órgano judicial procurando la aportación de todo el material probatorio, exigiéndoselo así a través de las diligencias para mejor proveer, también utilizables en el recurso de suplicación.

Al no hacerlo así se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión [FJ 5].

2. El hecho de que la entidad gestora sólo traiga a las actuaciones la documental que obra en su poder genera un grave perjuicio para la parte actora que le resulta prácticamente imposible de corregir [FJ 5].

3. En un proceso social como es el laboral los órganos judiciales han de estar especialmente comprometidos en el descubrimiento de la totalidad de la relación jurídico-material debatida (SSTC 227/1991, 140/1994, 116/1995) [FFJJ 3 y 5].

⁽¹⁹⁾ Este precepto guarda analogía con las previsiones del artículo 339.5 de la Ley 1/2000, para casos concretos.

niente de un órgano colegiado especializado, potestativo y no vinculante⁽²²⁾, es aplicable a la modalidad del proceso de conflicto colectivo regulado en el **Capítulo VIII del Título II de la L.P.L. en los artículos 151 a 160**, y a todos aquellos procesos judiciales en los que se susciten dudas sobre la interpretación de un Convenio Colectivo.

Finalmente el **párrafo tercero**⁽²³⁾ prevé que el órgano judicial recabe el dictamen de los Organismos públicos competentes en materia de discriminación por razón de sexo, en los procesos en los que se suscite una cuestión de discriminación por esta causa.

Nos encontramos una vez más, en presencia de un mecanismo probatorio de uso potestativo por el órgano judicial, a quien corresponde decidir sobre su práctica, sin perjuicio de que las partes puedan interesar esta prueba.

El momento procesal en el que se puede hacer uso de este medio probatorio por decisión judicial, no es sólo el de las diligencias para mejor proveer, esto es después del juicio y antes de dictar sentencia, sino que el precepto autoriza que la decisión judicial de práctica de esta prueba se adopte antes del juicio para tener disponible el dictamen con carácter previo al inicio del proceso.

El dictamen de los Organismos públicos competentes, de carácter potestativo y no vinculante, no versará sobre los hechos sino sobre el derecho, calificando una actuación empresarial y sopesando la a concurrencia de discriminación por razón de sexo, según venga definido y valorada la conducta empresarial por la normativa aplicable al caso.

La Ley de Procedimiento Laboral no identifica cuales son los Organismos Públicos a estos efectos, pudiendo concluir con Pozo Moreira que son competentes en materia de discriminación de sexo a estos efectos, los Institutos de la Mujer de las distintas Administraciones Públicas, central y autonómicas, el

Servicio Jurídico del Estado y la Inspección de Trabajo, ya que al deber general de colaboración con la Administración de Justicia contemplado en los artículos 118 de la Constitución y 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se suman las competencias específicas previstas en sus respectivas normas de creación. ●

BIBLIOGRAFÍA

1. **BOTANA LÓPEZ J. M.** "Prueba y diligencias para mejor proveer". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 28.
2. **CAMARA RUIZ, J.** *Del trabajo "La Ley de Enjuiciamiento Civil. Proyección en otros órdenes jurisdiccionales". Plan de formación de Fiscales y Secretarios Judiciales.* Santiago de Compostela 2001.
3. **DESDENTADO BONETE, A.** "Apuntes sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y el proceso declarativo ordinario en el orden social".
4. **GONZÁLEZ DE LA RIVERA SERNA, X.** "La intervención de las partes en las diligencias para mejor proveer del proceso laboral. Breve comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2003". *Boletín Aranzadi Laboral* num. 45. Editorial Aranzadi S.A. Octubre 2003.
5. **JUANES FRAGA-GARCÍA PERROTE.** "Art. 95. Comentarios al proceso laboral". Editorial Comares.
6. **LUJÁN ALCARAZ, J.** "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y su influencia en el proceso laboral ordinario". *Aranzadi Social* num. 3/2000. Editorial Aranzadi S.A. 2002.
7. **POZO MOREIA, F. J.** "La actuación de los organismos públicos en el proceso laboral en supuestos de discriminación por sexo". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 52.
8. **RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.** "La prueba en el proceso social: difícil articulación entre la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Procedimiento laboral". *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros Tribunales* num. 4/2000. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 2002.
9. **ROMERO REY, C.** "Derecho a la prueba y nuevo proceso civil. Especial referencia a las diligencias finales de prueba". Editorial Aranzadi S.A. 2000.

⁽²⁰⁾ Art. 95.2 LPL:

"2. Cuando en un proceso se discuta sobre la interpretación de un Convenio Colectivo, el órgano judicial podrá oír o recabar informe de la Comisión Paritaria del mismo".

⁽²¹⁾ Las facultades interpretativas de la Comisión paritaria de los Convenios Colectivos se entienden sin perjuicio de las facultades análogas que puedan atribuirse otros órganos, en este ámbito, para la solución extrajudicial de controversias colectivas derivadas de la interpretación y aplicación de los convenios, que puedan establecer las partes negociadoras, según se desprende del mismo precepto y la disposición adicional 13 del Estatuto de los Trabajadores.

⁽²²⁾ Este doble carácter potestativo y no vinculante se desprende indirectamente de la norma sustantiva que atribuyendo facultades interpretativas a la Comisión paritaria del convenio, aclara que la facultad decisoria corresponde a la jurisdicción competente. Así el art. 95,1 del TRET dispone: "Con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias, de conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos, se resolverá por la jurisdicción competente".

⁽²³⁾ Art. 95.3 LPL:

"3. Cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, el Juez o Tribunal podrá recabar el dictamen de los Organismos públicos competentes".

LA SENTENCIA: SU FORMA Y CONTENIDO, CUALIDADES, VICIOS, REMEDIOS Y PARTICULAR CONSIDERACIÓN DE SU NULIDAD

130

José Luis ALONSO SAURA*Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de la
Región de Murcia*

Aunque la sentencia como resolución judicial es un instrumento jurídico con una regulación general, es lo cierto que, según la materia sobre la que decide, se pueden encontrar unas notas o rasgos específicos que la caracterizan.

De este modo, se puede afirmar, *in extenso*, que, salvo casos particulares, una sentencia dictada en materia de seguridad social, no será una sentencia con un fallo declarativo puro, ya que, normalmente, indisolublemente asociada llevará una condena, que es lo adecuado a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE) cuando la efectividad de la pretensión exige de ella que debe hacerse explícita, evitando la multiplicación de los litigios. Ello es lo coherente con la "súplica correspondiente en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada", que previene el artículo 80 1.d) de la LPL y con las normas referentes a la cuantificación de la súplica.

Así, por ejemplo, una demanda de grado de invalidez total o absoluta, en caso de ser estimada, no dará lugar, en principio, a una declaración pura de recono-

cimiento de tal grado sino que, como exigencia legal, añadirá una condena, fijando la fecha de efectos y el importe de la pensión, según el porcentaje aplicable a la base reguladora.

Además, los hechos probados deberán contener aquellos que resulten imprescindibles para la decisión, como, en general, los cuantitativos y de fechas necesarios para fijar la cantidad debida y el día de comienzo de pago, si se trata de una prestación de carácter periódico.

No es sólo esto sino que determinadas cualidades de la sentencia, como, por ejemplo, la congruencia, deben ser contempladas desde una perspectiva cualitativa y compleja, pues, desde mi percepción, una excesiva simplificación puede conducir al error; así, una cuestión que merece reflexión es la relación de más a menos o de cosa diferente predicable de los grados de invalidez.

Junto a lo anterior, no puede ignorarse el interés que pueden tener, como medios o elementos subsanadores, los mecanismos establecidos en la Ley a di-

cho efecto, entre los que conviene destacar el del complemento de sentencia, cuando se ha omitido manifiestamente algún pronunciamiento relativo a pretensiones oportunamente deducidas y sustentadas en el proceso.

Existen en el ordenamiento jurídico normas generales referentes a la sentencia, como resolución judicial de particular importancia y consecuencias, tales como los artículos 206 y siguientes de la LEC, que deben ser interpretados a la luz del artículo 24 de la CE y artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (BOE 243/1979, de 10 de octubre de 1979), aunque en el proceso sobre seguridad social deben aplicarse, prioritariamente, las normas derivadas de la Ley propia o especial, esto es, las de la LPL.

Específicamente, la LPL ofrece diversos preceptos, particularmente los reflejados en los artículos 50 y 97 a 101, que vienen a definir cuál debe ser su forma y contenido; ello se complementa con los preceptos específicos en relación con consecuencias o derivaciones de la sentencia en supuestos concretos, como ocurre con los artículos 227 y siguientes a efectos de recurso.

Particular importancia hay que dar, como ya se dijo, al artículo 267 de la LOPJ, en cuanto establece mecanismos subsanadores de algunos vicios de las sentencias, a los correspondientes de la LEC (artículos 214 y 215) y a la regulación de la nulidad de actuaciones (artículo 238 y siguientes de la LOPJ y correspondientes de la LEC, artículo 224 y siguientes).

Por su relación con la sentencia, dentro del procedimiento laboral, entendido *in extenso*, no pueden ignorarse los términos de formulación de la demanda y su incidencia en la confección de la sentencia, en la medida que puede considerarse que la propia demanda encierra un proyecto de sentencia y, de este modo, para viabilizar dicha resolución, se exige el cumplimiento de ciertos requisitos y determinado contenido mínimo de la demanda, como es de ver en los artículos 80 a 82 de la LPL. Tal conexión resulta imprescindible para abordar determinados aspectos del tema en estudio, ya que la problemática entraña una doble proyección: una, de hecho; otra, de derecho.

Junto a lo previsto en la Ley nada más propio que fundarse en la jurisprudencia y doctrina judicial, en orden a la elaboración de este trabajo: la sentencia vista por los propios jueces. Ello lo dota de una dimensión práctica, le da vida.

En todo caso, se trata de adaptar los principios generales a las especificidades que pueda presentar el

LA CUANTIFICACIÓN EN LOS LITIGIOS DE SEGURIDAD SOCIAL ES PARTICULARMENTE IMPORTANTE, PUES, RECLAMÁNDOSE, EN LA MAYORÍA DE LOS CASOS, PRESTACIONES, LA DETERMINACIÓN DE SU IMPORTE SE CONFIGURA COMO ESENCIAL

proceso en temas de seguridad social, a las que se irá haciendo referencia.

A continuación, se irán analizando los diversos aspectos objeto de este trabajo.

Forma

Existe la posibilidad de dictar sentencias de viva voz o *in voce*, pero la misma aparece muy restringida a tenor del artículo 50.2, pues no pueden dictarse en los procesos que versen sobre reconocimiento o

denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social.

La Ley reconoce dos modalidades, que son:

- a) su consignación en el acta con el contenido y requisitos previstos y establecidos en la LEC; o
- b) el Magistrado puede limitarse a pronunciar el fallo, que se documentará en el acta mediante fe del Secretario Judicial, sin perjuicio de la redacción posterior de la sentencia dentro de plazo y en la forma legalmente previstos.

Como se puede comprobar la sentencia de viva voz, dado su ámbito, absolutamente restringido, y su regulación legal, aparece como un instrumento jurídico anodino, de escaso interés y fácilmente prescindible, pues jurídicamente, desde un punto de vista teórico, no añade garantías procesales y, desde una consideración funcional, tampoco asegura una mayor agilidad en la administración de justicia, dado que se requiere, de una manera u otra, de su transcripción.

Sobre el contenido fáctico de la sentencia

El artículo 97.2 de la LPL refiere que "La sentencia expresará, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso. Asimismo, apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que han llevado a esta conclusión...".

Pues bien, partiendo de que la demanda debe contener la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que según la legislación sustantiva resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas [artículo 80.1.b) de la LPL] y, en su defecto, se debe requerir por el Juzgado correspondiente la subsanación de la demanda (artículo 81 de la LPL), de la controversia o no sobre tales hechos y de su prueba o no, la sentencia debe encontrar la solución ajustada a derecho.

Por tanto, demandas no subsanadas pueden causar “estragos jurídicos”, pues sus vicios pueden ir contaminando las actuaciones hasta provocar que la corrección jurídica empiece por declarar la nulidad de la sentencia dictada en la instancia y de las actuaciones correspondientes, corrigiéndose así lo que es jurídicamente inaceptable.

Particularizando sobre el entorno, incluso enfatizando sobre lo obvio, lo primero que debería indicarse en una demanda sobre petición de invalidez permanente total sería la profesión del actor, pues en alguna ocasión, es cierto que, aunque de forma excepcional, se da la circunstancia que ni siquiera figura, cuando es un elemento esencial a efectos de decisión; afortunadamente, como consta en la sentencia, se subsana, en principio, dicho vicio.

Sobre la configuración y el relato fáctico probado de la sentencia, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de referir y, así, en sentencia de 11-12-97, RA 1313, citada por todas, que dice: “Tercero. Es reiterada la doctrina mantenida por esta Sala de lo Social sin fisuras y expresiva de que el relato fáctico ha de contener los datos precisos y necesarios para que el Tribunal pueda conocer del debate en las sucesivas instancias, y, a su vez, para que las partes, conforme al principio de seguridad jurídica, puedan defender adecuadamente sus pretensiones. Ello no quiere decir, como también ha sentado la Sala, que la regular constatación de hechos probados exija su expresión exhaustiva o prolija, sino que el requisito se cumple con un relato suficiente, de modo que, en todo caso, quede centrado el debate en modo tal que, también, el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución con arreglo al propio relato histórico. Sentado lo anterior, es claro que en el presente caso concurre una notoria insuficiencia de hechos probados que impide a la Sala entrar a conocer del fondo del recurso; habiendo infringido la Sala *a quo* el art. 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144 y 1563). En consecuencia procede declarar la nulidad de actuaciones, retrotrayendo las mismas al momento de dictar sentencia, a fin de que la Sala de instancia, con libertad de criterio, y cumpliendo con el principio de suficiencia de hechos probados, dicte nueva sen-

tencia, subsanando las omisiones antes referidas; cuestión que puede y debe apreciarse de oficio por afectar al orden público procesal. Sin imposición de costas procesales”.

Dentro del precepto anteriormente transcrito debe resaltarse el inciso que exige que se haga referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión. Exigencia dirigida a desterrar el puro voluntarismo y la arbitrariedad.

Particular relevancia tiene el aspecto referente a la cuantificación de la condena, por lo que se le dedica un apartado propio a continuación

Cuantificación de la condena

El artículo 99 de la LPL previene que en las sentencias en que se condene al abono de una cantidad, el Juez o Tribunal la determinará expresamente, sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para su ejecución.

Nuevamente esta previsión nos conduce a los términos de la formulación de la demanda, pues en el artículo 80.1.d) de la LPL se exige que contenga la súplica correspondiente, en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada, lo que asimismo guarda relación con lo dispuesto en el artículo 87.4 de la LPL que determina que se fije de manera líquida el importe de la pretensión en el trámite de conclusiones, debe entenderse que, considerando el resultado de la prueba, aunque sea una exigencia ineludible la cuantificación en la demanda.

En consecuencia, la cuantificación en la demanda, si ello es posible y adecuado a la naturaleza de la pretensión, lo que ocurrirá generalmente, es una exigencia legal ineludible en sí misma y, además, no sólo determina la procedencia o no del recurso de suplicación y, en su caso, posibilitar el cumplimiento de la obligación de consignar, sino que fija el alcance de la congruencia, tanto desde un punto de vista absoluto, total reclamado; como relativo, importe por conceptos.

La cuantificación en los litigios de seguridad social es particularmente importante, pues, reclamándose, en la mayoría de los casos, prestaciones, la determinación de su importe se configura como esencial.

En efecto, el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de manifestar repetidamente, así en sentencia de 24-4-2002, recurso 3051/2001, que: “la demanda contiene una doble pretensión, que se declare que la muerte del causante fue un accidente de trabajo, lo cual es una acción puramente declarativa que está admitida por el ordenamiento laboral, conforme al artículo 17.1 de la Ley de Procedimiento Laboral y reite-

rada doctrina jurisprudencial sobre el particular, pero además se contenía la petición de condena con las consecuencias legales de tal declaración cual es la de las correspondiente prestaciones que pudieran corresponder a la viuda y los hijos y esta pretensión no es estrictamente declarativa y tiene que precisarse su contenido y alcance, conforme a los preceptos que seguidamente se exponen:

a) El artículo 80.1.d) de la Ley de Procedimiento Laboral establece que la demanda habrá de contener "la súplica correspondiente, en los términos adecuados al contenido de la pretensión correspondiente".

b) El artículo 399 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que en la demanda "se fijará con claridad y precisión lo que se pida".

c) El artículo 87, número 4 de la Ley de Procedimiento Laboral exige que en el acta del juicio, en fase de conclusiones, por el demandante "se fijen las cantidades que por cualquier concepto sean objeto de petición de condena principal o subsidiaria... sin que en ningún caso pueda reservarse su determinación para la ejecución de sentencia".

Coherente con tal doctrina la sentencia del TSJ de Murcia, de 21-1-2001, número 75/2001, afirmaba: "El siguiente criterio en opinión de la Sala guarda relación con la pretensión ejercitada, en la que la base reguladora no es accidental, pues basta ver el suplico de la demanda, ya que si se litiga es por la prestación, pues no se pleitea por nada –pretensión no tutelable– y la base reguladora rige el importe de la pensión. De tal manera cabe diferenciar dos elementos que se integran como componentes de una unidad –la acción y el proceso por invalidez–: de un lado, el estado patológico con su consecuencia invalidante; y, de otro, su trascendencia económica a cuyo efecto deben constar los parámetros económicos correspondientes, ya que el fin del proceso es lucrar una pensión, sin ella el proceso perdería toda o gran parte de su significación. Por tanto, un elemento indispensable de la declaración de invalidez es su cuantía económica, como es el salario percibido por el trabajador en caso de despido. Finalmente, debe valorarse si el cumplimiento del requisito que se exige es factible de una manera razonable y el valor de la expresión "reglamentario o reglamentaria". A la luz de los anteriores criterios, se constata que el actor no fijó en su demanda el importe de la base reguladora. El juzgador *a quo* no abrió el trámite de subsanación de demanda, para que la estableciera cuantitativamente, importe que tampoco se concretó en conclusiones. Es claro, por tanto, que la demanda presenta vicios evidentes y pese a que se previene en el artículo 81 Ley de Procedimiento Laboral su posible subsanación, no se pidió su subsanación en momento procesalmente admisible, circunstancia que se relaciona con la doctrina repetidamente man-

DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MERECE UNA DETENIDA REFLEXIÓN LA CONGRUENCIA EN RELACIÓN CON LAS DEMANDAS DE INVALIDEZ

tenida por el Tribunal Central de Trabajo en reiteradas sentencias tales como la de 28 febrero 1989 y 15 febrero 1989, diciendo esta última: "Y en esa interpretación restrictiva se excluyó la posibilidad del ejercicio de una acción de este carácter tendente a que se reconociera que las lesiones se produjeron en accidente de trabajo [sentencia Tribunal Central de Trabajo de 25 noviembre 1975], que es lo que en este

caso se pretende en comunicación oficial con valor de demanda, lo que es improcedente al no formularse petición cuantificada de las obligaciones nacidas en el campo de la Seguridad Social y fácilmente desestimable, al formar ya la base reguladora sin más que precisar el período reclamado correspondiente a la prestación por incapacidad laboral transitoria [sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 10, 24 y 30 de enero de 1985] han de entenderse pues proscritas las acciones declarativas cuando en sí encierran una petición de condena a una obligación de dar lo que incluso está en consecuencia con el artículo 24.2 Constitución Española que reconoce el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas evitando así el desdoblamiento de una reclamación reducible a un solo proceso sin tener que acudir a otro para cuantificar la reclamación, por ello ha de concluirse, como se expuso al principio, que la demanda es defectuosa y en consecuencia debe anularse todo lo actuado desde su admisión a trámite reponiendo las actuaciones a tal momento para que la Dirección General que remitió la comunicación con valor de demanda y el propio trabajador que compareció en los autos subsanen las omisiones citadas concretando según exige el artículo 72 Ley de Procedimiento Laboral prestación que reclama, período que se refiere, base reguladora y cantidad a que asciende su petición dentro del plazo que en el mismo se establece". Por lo dicho, estando en juego el principio de congruencia, las garantías procesales de las partes y, en particular, el derecho de defensa; y, tratándose además, del cumplimiento de un requisito que es perfectamente factible –nada se invoca sobre imposibilidad de cumplimiento– debe acordarse la nulidad de actuaciones, para que la actora tenga oportunidad de subsanar su demanda retrotrayendo las actuaciones a la providencia inicial para que precise el importe determinante de la base reguladora y qué cantidad se pide como pensión, pues la expresión "reglamentaria" o "pertinentes efectos económi-

cos" o "consiguiente prestación económica" (como en este caso) no puede sustituir una cuantificación concreta. Todo ello, en orden a que, en términos de justicia la actora reciba, en su caso, lo que le corresponda, –ni más, ni menos–".

Sobre tal problemática versó el voto particular a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, número 1218/1999, de 10-11-1999.

Sobre el contenido jurídico y cualidades (motivación, exhaustividad y congruencia, su cualidad de integridad o intangibilidad, las costas, honorarios y multas por notoria mala fe o temeridad, advertencias en la notificación de las sentencias)

MOTIVACIÓN

El artículo 97.2 de la LPL establece, en su último inciso: "Por último, deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo".

Cualidad del contenido esencial de la sentencia es su motivación, que ha de ser suficiente, pues tal como ha venido resolviendo el Tribunal Constitucional, así, en su sentencia número 204/1997: "la motivación no consiste ni puede consistir en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería una proposición apodíctica, sino que éstas –en su caso– han de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato, pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la *ratio decidendi* de las resoluciones. Se convierte así en "una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad" (sentencias del Tribunal Constitucional 109/1992, así como la 159/1989, entre otras). Ahora bien, la obligación de motivar, o lo que es lo mismo, lisa y llanamente, de explicar la decisión judicial, no conlleva una simétrica exigencia de extensión, elegancia retórica, rigor lógico o apoyos académicos, que están en función del autor y de las cuestiones controvertidas. La Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 359) pide al respecto, nada menos pero nada más, que claridad y precisión (sentencia del Tribunal Constitucional 159/1992). No existe norma alguna en nuestras leyes de enjuiciamiento que imponga *a priori*

una determinada extensión o en cierto modo de razonar (sentencia del Tribunal Constitucional 119/1987). La motivación ha de ser suficiente y este concepto jurídico indeterminado nos lleva de la mano a cada caso concreto, en función de la importancia intrínseca y de las cuestiones que plantee. Por otra parte, no cabe medir con el mismo rasero la motivación de las sentencias en la primera o única instancia y aquellas otras dictadas en virtud de recurso, no sólo en el supuesto de la apelación que devuelve al Juez *ad quem* la plena jurisdicción y le permite aceptar, sin más, la base argumental de la decisión del Juez inferior, si la confirma íntegramente, como es *usus fori*, sino también en otros de distinta índole, como la suplicación" (sentencia del Tribunal Constitucional 224/97).

Además, como enfatiza el TC, así en su sentencia de 27 de marzo del 2000: "Segundo. Pues bien, centrado el debate en torno a la eventual concurrencia de la denunciada incongruencia omisiva en la sentencia impugnada, es de pertinente recordatorio que las decisiones judiciales, en todos los grados jurisdiccionales y cualesquiera que sea su contenido, sustantivo o procesal, y su sentido, favorable o desfavorable, han de exteriorizar el proceso mental que ha llevado a la parte dispositiva. La motivación de las sentencias, como exigencia constitucional [art. 120.2 CE (Constitución Española)] que se integra sin violencia conceptual alguna en el derecho de una efectiva tutela judicial, ofrece, por tanto, una doble función. Por una parte, da a conocer las reflexiones que conducen al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio del poder, y a la vez facilita su control mediante los recursos que procedan (uno de ellos, el de amparo). Actúa, en definitiva, para favorecer un más completo derecho de la defensa en juicio y como un elemento preventivo de la arbitrariedad. Sin embargo, para no forzar los conceptos manipulando las palabras, parece necesario distinguir entre la existencia del razonamiento en que consiste la motivación y su discurso. Cuando la haya formal y materialmente, no sólo bastante sino clara e inequívoca, con argumentos extraídos del acervo jurídico, la realidad de su existencia no podría ser negada o desconocida en función de que se compartan, o no, la argumentación o las conclusiones a las cuales se llegue", y, por tanto, tal doctrina conlleva implícitamente que un presupuesto para la motivación viene constituido por el relato de los hechos necesarios al efecto.

Es más, ampliando el contenido de la exigencia de motivación, conforme refiere la sentencia del TC de 27-10-2003, número, es necesario recordar aquí que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva "exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho" (SSTC 99/2000, de 10 de abril, FJ 6 y 144/2003, de 14 de julio, FJ 2), lo que significa, como hemos advertido en la STC

184/1992, de 16 de noviembre, FJ 2, reiterando consolidada doctrina de este Tribunal, que “una aplicación de la legalidad que sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no puede considerarse fundada en Derecho y lesiona, por ello, el derecho a la tutela judicial (SSTC 23/1987, 24/1990 y 25/1990)”. La exigencia constitucional de que las resoluciones judiciales sean fundadas en Derecho implica, como presupuesto inexcusable, según también hemos declarado tempranamente desde la STC 16/1982, de 28 de abril, FJ 1, la vinculación a la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, de todos los poderes públicos, y por consiguiente también de los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial (arts. 9.1 y 117 CE). Como este Tribunal afirmó ya en su STC 19/1982, de 5 de mayo, “es un imperativo para todos los poderes llamados a aplicar la ley interpretarla conforme” a la Constitución, lo que significa elegir entre sus posibles sentidos “aquel que sea más conforme con las normas constitucionales” (FJ 7). Con reiteración hemos dicho que no puede este Tribunal, al examinar una queja fundada en el derecho que enuncia el art. 24.1 CE, someter a revisión la selección e interpretación de las normas llevadas a cabo por un órgano judicial, pero tal límite de nuestra jurisdicción corre paralelo al ámbito de la legalidad ordinaria y no puede llevarnos a omitir nuestro enjuiciamiento cuando, como aquí ha ocurrido, la fundamentación judicial debe ser también examinada con arreglo a principios de la Constitución que son marco inexcusable para el entendimiento de cualesquiera derechos constitucionales.

De ahí que el canon aplicable al examen constitucional de las resoluciones judiciales desde la perspectiva del art. 24.1 CE, se encuentre sujeto a un mayor rigor cuando queda afectado otro derecho reconocido por la Constitución (STC 160/1987, de 29 de enero, FJ 2; STC 147/1999, de 4 de agosto, y las que se citan en su FJ 3), tal y como ocurre en el presente caso, habida cuenta de que la declaración de procedencia del despido podría afectar a la libertad de trabajo comprendida en el derecho al trabajo que reconoce el art. 35.1 CE, concretada en “el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación” en los términos de nuestra STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8. En suma, en situaciones como la expuesta, el canon propio del art. 24.1 CE no se ciñe únicamente a la comprobación negativa de que la decisión judicial no es infundada, manifiestamente irrazonable o arbitraria ni incurre en error patente (STC 214/1997, de 29 de noviembre, FJ 4), sino que añade a ese control el positivo sobre la ponderación y adecuación de la motivación de tal decisión judicial, que necesariamente ha de exteriorizarse (STC 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 83/1998, de 20 de abril, FJ 3), a los derechos concernidos (SSTC 99/2001, de 23 de abril, FJ 6 y 100/2001, de 23 de abril, FJ 8).

EL DERECHO A LA TUTELA
JUDICIAL EFECTIVA
ASEGURA, POR TANTO, A
LOS QUE SON O HAN
SIDO PARTE EN EL
PROCESO, QUE LAS
RESOLUCIONES
JUDICIALES DICTADAS EN
EL MISMO NO PUEDAN
SER ALTERADAS O
MODIFICADAS FUERA DE
LOS CAUCES LEGALES
PREVISTOS PARA ELLO

Sobre el particular existen diversas sentencias del TSJ de Murcia, por todas, sentencia de 22-1-2001, número 75/2001.

EXHAUSTIVIDAD Y CONGRUENCIA

Por imperativo del artículo 218 de la LEC, las sentencias deben reunir las cualidades de ser claras, precisas y congruentes con las demandas y demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate.

Sobre la exhaustividad y la congruencia existe una jurisprudencia constitucional extensa, repetitiva y de autoridad, que, justamente, viene a analizar la ausencia de congruencia, conforme se estudia a continuación, al hablar de los vicios de la sentencia. Desde una consideración positiva, cabría definir la exhaustividad como aquella condición de la sentencia que decide sobre todas las cuestiones planteadas, garantía de exclusión de la incongruencia ex silentio, y la congruencia como aquella cualidad propia de la sentencia que, sin omitir la decisión sobre los distintos puntos litigiosos, concede, en todo o en parte, lo que se pide por el demandante o lo reconocido por el demandado, según el planteamiento realizado por las partes; o deniega lo no reconocido por el demandado, ateniéndose a la oposición formulada.

Desde el punto de vista de la seguridad social, merece una detenida reflexión la congruencia en relación con las demandas de invalidez. En este ámbito, el Tribunal Constitucional en su sentencia 39/1991, de 25 de febrero, dice, en un supuesto no idéntico al que se recoge en la sentencia que sigue, aunque comparte la problemática de la concesión de un grado de invalidez inferior al pedido, que “sorprende que la Sentencia del TCT altera por completo los términos del debate procesal, atribuyendo a las entidades recurrentes haber denunciado la infracción del art. 135 LGSS, en vez de los preceptos indicados. Cuando por otra parte, además, se pronuncia sobre la aptitud del recurrente de amparo “para las tareas de otro empleo de carácter sedentario”, distintas de las de su profesión habi-

tual, términos totalmente ajenos al debate procesal y que llevan a la Sentencia impugnada a la revocación parcial de la de la Magistratura al estimar parcialmente el recurso de suplicación. Siendo patente que existe una discordancia manifiesta entre el suplico de mencionado recurso y el fallo de la Sentencia del TCT que provoca incongruencia, doblemente lesiva del derecho fundamental del recurrente de amparo, por sí misma y en cuanto genera indefensión (art. 24.1 CE), por lo que procede estimar el presente recurso anulando la Sentencia impugnada”.

Por su parte, el TS, así en sentencia de 24-3-1995, sentencia a la que se hace referencia con anterioridad, razonó que “Entrando en el examen de la infracción jurídica denunciada en el recurso, referida a la del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que impone, entre otros, el principio de congruencia en las sentencias, es de significar que, si bien la jurisprudencia se ha mostrado oscilante en orden a la cuestión sometida a enjuiciamiento, sin embargo y como, así, lo pone de relieve el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen, finalmente, se ha venido decantando por la tesis que sustenta la sentencia recurrida.

136

Realmente, no ya sólo la aplicación del principio aludido de que ‘quien pide lo más pide lo menos’, principio, éste, que, ciertamente, en algún caso, pudiera no cohonestarse, exactamente, con los intereses de la parte postulante de la invalidez permanente, sino, también, la propia naturaleza revisoria de un acto administrativo que entraña todo juicio relativo a invalidez permanente permite admitir, sin quebrantamiento procesal apreciable, que el reconocimiento de un grado de invalidez permanente inferior al postulado en la demanda rectora de autos, en tanto no esté, expresamente, excluido del petitum de la demanda no debe dar lugar al denunciado vicio de incongruencia procesal.

No puede invocarse con éxito al respecto, como se hace en la sentencia aportada como contradictoria, el artículo 188.b) del vigente Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, por cuanto del hecho de que cada grado de invalidez pueda ser objeto de la correspondiente pretensión procesal no puede inferirse el que no se pida varios con carácter alternativo o subsidiario o que en la petición del mayor de ellos pueda entenderse incluida, por parte de quien no los ostenta, los de grado inferior.

Es de destacar, como argumentación complementaria de específica aplicación al caso de autos, que la parte demandante en los mismos no recurrió la sentencia que sólo le otorgó la incapacidad permanente parcial, lo que viene a comportar un aquietamiento con el contenido de la expresa resolución judicial, de por sí, expresivo de una voluntad concordante con el

menor grado de invalidez permanente reconocido en relación con el, inicialmente, postulado en la demanda.

Es más, ya en fase de recurso la sentencia de instancia se exterioriza, de modo poco formal desde una perspectiva procesal, el deseo y la voluntad de dicha parte demandante de procurar la efectiva ejecución de la sentencia obtenida en la instancia.

Todo ello constituye, a tenor del art. 1282 del Código Civil, la expresión de una voluntad postulante en el proceso que no excluye la concesión del reconocido grado inferior de invalidez permanente reconocido, lo que impide tachar de incongruente a la sentencia que reconoce una invalidez permanente, en grado inferior a la inicialmente solicitada”.

En mi opinión, el criterio utilizado “de menos a más”, enlazado a una no exclusión expresa, es en este caso insatisfactorio, ya que puede razonarse que, en supuestos como el presente, sí concurre incongruencia, dado que la relación de congruencia debe referirse al grado de invalidez concretamente solicitado, esto es, la congruencia lo es con referencia al contenido del grado pretendido, en sus diferentes aspectos, y, así, por ejemplo, estaría en relación con la cuantía de la base reguladora o la fijación de la fecha de efectos, que constituirían el límite máximo o ámbito al que se ceñiría el criterio del que pide lo más pide lo menos.

A su vez, se puede entender que los diferentes grados de invalidez no están en relación pura de más o menos, pues incide en ellos un factor cualitativo que los hace diferentes o distintos, lo que se manifiesta palmariamente, por ejemplo, en la diferente situación jurídica de las personas con un diferente grado de invalidez y, asimismo, en la existencia de bases reguladoras diferentes, como ocurre particularmente en el caso de la invalidez permanente parcial.

Además, la demanda debe cumplir con los requisitos del art. 80 de la LPL y, por tanto, contener la súplica adecuada a la pretensión, en principio y preferentemente, y a salvo el ámbito de lo implícito o petición implícita por consecuencia necesaria, explícita, ya que el juzgador no debe suplantar la voluntad del demandante, pues es la voluntad de aquél, y el juzgador debe conservar íntegramente su imparcialidad, por lo que no parece excesivo ni desproporcionado exigir que las demandas expresen explícitamente lo que se pide, ya que ello entraría dentro de “lo adecuado” y no puede interpretarse que una persona que pide un grado de invalidez esté, necesariamente, pidiendo implícitamente todos los grados inferiores ni tampoco que sea posible posponer la determinación de la voluntad del demandante por remisión a su conducta en la fase de recurso, ya que una cosa se pide o

no incondicionalmente, por la elemental razón de que en un proceso debe manifestarse con toda su intensidad la seguridad jurídica y la parte demandada debe conocer de qué se defiende, a cuyo fin se exige la presentación de una demanda adecuada y aceptable (art. 80 LPL), en que los elementos implícitos no pueden extenderse en perjuicio de la seguridad jurídica y el artículo 24 de la CE sorprendiendo al demandado, en perjuicio del derecho de defensa y las garantías procesales.

Desde mi punto de vista, no se trata de no excluir sino de pedir, pues el artículo 80 de la LPL se basa en la petición positiva. Creo que frente a la petición está lo no pedido, salvo que se trate de algo necesariamente implícito, supuesto que no es el caso, esto es, creo que en los grados de invalidez no se puede partir de que se solicitan todos los grados inferiores al expresamente pedido, pues el órgano jurisdiccional no puede suplantar la voluntad de parte. Tampoco se corresponde con una concepción jurídica razonable, de seguir este criterio, pedir la aclaración de la demanda, reclamando que se especifique qué está incluido y qué excluido. Tal solución me parece improcedente, pues hay que partir de la base de que la parte sabe lo que pide y lo que quiere y no es un caso de los previstos en el artículo 81 de la LPL como subsanable.

Abundando en lo anterior, ninguna norma permite que el órgano judicial *a quo* pueda suplantar escrutar la voluntad del demandante en este caso, pues se pide un grado concreto de invalidez y no se trata de un negocio jurídico unilateral, al margen de cualquier otro interés, sino que se está comprometiendo el ejercicio responsable de acciones ante un poder del Estado, con repercusión en el derecho de defensa del demandado y poniendo en tela de juicio, en otro caso, la imparcialidad judicial.

Por último, pueden considerarse inaceptables las consecuencias de asumir dicha doctrina, pues ello podría implicar, si se es consecuente, que todo Juez tiene obligación –el derecho no es un voluntarismo– de examinar, cuando se pide un grado de invalidez, si concurren, en su caso, los inferiores, no siendo descartable que tuviese que llegar al baremo. Tal doctrina, que sería extrapolable a otros ámbitos, fomentaría la inseguridad jurídica y confusión, comprometiendo gravemente el respeto de derecho de defensa y demás garantías procesales, máxime a la luz del art. 6.1 del Tratado Europeo de Derechos Humanos y el contenido de un "juicio justo".

Basta reseñar, finalmente, que el Juzgador ni dispone de la acción ni puede *motu proprio* alterar los términos del litigio, ni transfigurar lo que es la cosa juzgada desde la petición inicial a algo no pedido. Además, las bases reguladoras y cálculo de la pensión o cantidad a tanto alzado son diferentes en uno y otro

caso, por lo que se incide en incongruencia que causa indefensión, al tener trascendencia material (art. 24 CE)". Cabe considerar que no es admisible una interpretación extensiva o in extenso, ya que podría ser una manera de desestabilizar la igualdad procesal y, además, no es una petición implícita necesaria.

En otro sentido, la exhaustividad y congruencia exigen decidir sobre los distintos grados de invalidez solicitados. De este modo, cabe citar las sentencias del Tribunal Supremo de 6-6-1995 y la de 29-4-95, que, concurriendo dicho vicio, anularon las actuaciones.

Un factor importante para constatar que no media incongruencia es descartar que no se haya producido un análisis implícito de la pretensión, normalmente unido a su desestimación y así lo ha venido entendiendo el Tribunal Constitucional, sentencia de 12-2-2001, número 33/2001, cuando afirma que pudiendo admitirse, excepcionalmente, su desestimación tácita, siempre que del conjunto de los razonamientos incluidos en la resolución y de las circunstancias concurrentes en el caso pueda inferirse razonablemente que el órgano judicial tuvo en cuenta la pretensión y, examinándola, tomó la decisión de desestimarla, omitiendo sólo el pronunciamiento expreso, pero no la decisión desestimatoria (entre otras muchas, SSTC 29/1987, de 6 de marzo, FJ 3; 175/1990, de 11 de noviembre, FJ 2; 3/1991, de 11 de marzo, FJ 2; 88/1992, de 8 de junio, FJ 2; 161/1993, de 17 de mayo, FJ 3; 4/1994, de 17 de enero, FJ 2; 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 56/1996, de 15 de abril, FJ 4; 26/1997, de 11 de febrero, FJ 4; 16/1998, de 26 de enero, FJ 4; 1/1999, de 25 de enero, FJ 1; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 3; y 86/2000, de 27 de marzo, FJ 4). Doctrina seguida por el Tribunal Supremo, por todas, sentencia de 15-12-2004 y por los Tribunales Superiores de Justicia, así por el de Murcia, entre otras, sentencias de 19-2-2001, número 232/2001, y de 22-1-2001, número 75/2000.

Nuestra jurisprudencia constitucional se ha hecho eco de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias Ruiz Torija c. España, e Hiro Balani c. España de 9 diciembre 1994), resaltando en la sentencia del Tribunal Constitucional número 91/1995 de forma precisa, y en relación al último de los requisitos aludidos, esto es el de la motivación, que la doctrina de este Tribunal (igualmente acogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) según la cual la decisión sobre si las resoluciones judiciales incurrir en incongruencia omisiva contraria al artículo 24.1 Constitución Española, no puede resolverse de manera genérica, sino atendiendo a las circunstancias de cada caso.

Así, en sentencia número 53/1991, razonó en un supuesto contrario que no pueda deducirse del conjunto de la resolución la existencia de una desestimación tá-

cita de la pretensión planteada (STC 175/1990). En estas circunstancias, la falta de pronunciamiento sobre una determinada cuestión se convierte en denegación técnica de justicia resulta, por tanto, contraria al art. 24.1 CE.

La anterior doctrina implica que si un Tribunal analiza la pretensión de declaración de invalidez permanente parcial y la deniega, por no alcanzar tal grado su situación psicofísica, debe entenderse tácita o implícitamente desestimada la pretensión de invalidez permanente total o absoluta o la situación de gran invalidez que no se analice expresamente, al tratarse de grados o situaciones superiores, desde la estricta consideración de su limitación funcional.

Enlazado con lo anterior se suscita la problemática de si es posible conceder un grado de invalidez inferior al que realmente se tiene, esto es, cabe preguntarse si una persona que efectivamente está en invalidez permanente total puede pedir y serle concedido el grado de invalidez parcial y no el de total. Desde mi punto de vista, los grados de invalidez deben corresponderse con la situación real de la persona y, por tanto, en puridad, no se debería reconocer un grado de invalidez inferior al que realmente se tenga, pues no es esa la finalidad de la ley.

En la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, de fecha 7-2-2005, número 131/2005, en aplicación del principio de congruencia y en vía de recurso, se decidió que "con referencia al subsidio temporal no se pidió en la demanda y es una cuestión en la que la Sala no puede entrar, por lo que queda imprevista".

En la sentencia de 22-1-2001, número 75/2001, se habla de denegación tácita de justicia y, en la de 13-3-2006, número 302, se viene a equiparar a la situación de incongruencia *extra petita* resolver sobre algo intempestivamente opuesto, asimilable a no opuesto; de este modo se afirma: "En consecuencia, la Juzgadora *a quo*, al no entrar a decidir sobre el fondo de la petición, razonando insuficiencia del período cotizado, admitió un cambio sustancial en la oposición, que se formuló intempestiva y genéricamente en el momento del juicio oral, dado que ello significa la alteración fáctica de las bases esenciales del litigio y, en tales condiciones, la sentencia incurrió en incongruencia, al alterar gravemente los términos en que el litigio quedó trabado, pues se trata de una situación asimilable, esto es, jurídicamente deben equipararse la falta de invocación con la que resulta extemporánea. En consecuencia, debe acogerse la última petición formulada, ya que, además, la Sala no puede decidir sobre cuestiones irresueltas en la instancia, por lo mismo, nuevas".

EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA Y SU CUALIDAD DE INTEGRIDAD E INTANGIBILIDAD

La sentencia del Tribunal Constitucional de 22-3-2005, número 23/2005, siguiendo una consolidada jurisprudencia, manifiesta que se ha reiterado ya que la protección de la integridad de las resoluciones judiciales firmes se conecta dogmáticamente con el principio de seguridad jurídica que nuestra Constitución protege en su art. 9.3 (aunque no se haya erigido por el Texto constitucional en derecho fundamental de los ciudadanos, ni se haya otorgado respecto a él la vía del amparo constitucional) y que existe una innegable conexión entre la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE pues, si éste comprende la ejecución de los fallos judiciales, su presupuesto lógico ha de ser el principio de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, que así entra a formar parte de las garantías que el artículo 24.1 CE consagra (SSTC 119/1988, de 4 de junio, FJ 2; y 23/1996, de 13 de febrero, FJ 2).

El derecho a la tutela judicial efectiva asegura, por tanto, a los que son o han sido parte en el proceso, que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no puedan ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello, de modo que si el órgano judicial las modificara fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme. De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (SSTC 119/1988, de 4 de junio, FJ 2; 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 5; 19/1995, de 24 de enero, FJ 2; 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 12; 262/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 286/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FJ 3; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2).

Merece una mención la circunstancia de que se puede atentar contra la intangibilidad de la sentencia al trasponer una *in voce* a escrita, si existiese discordancia entre la versión oral y la escrita (*a sensu contrario*, sentencia del TC de 14-10-1991, número 191/91), aunque, dada la concreta regulación del artículo 50 de la LPL, ello sería excepcional en este ámbito, el social.

Particular y enfática mención merece la utilización

del mecanismo del complemento de sentencia, pues su aplicación podría sugerir el interrogante o la duda sobre si supone una agresión al principio de intangibilidad de la sentencia.

Desde mi punto de vista, se trata de un instrumento muy útil, perfectamente compatible con la cualidad de intangibilidad de la sentencia, si se utiliza rectamente, según su finalidad, porque con él no se resuelve sobre lo ya resuelto, sino sobre una pretensión irresuelta; pero es que, además, evita medidas radicales innecesarias, como la nulidad, al corregir la correspondiente incongruencia omisiva, mediante este remedio, que luce por su proporcionalidad.

La compatibilidad de referencia es lo razonable, pues, por mor de la legalidad, el complemento de sentencia se formula *de iure* como compatible con su intangibilidad.

COSTAS

A la luz del artículo 233 de la LPL, en principio, las entidades gestoras y los beneficiarios están exentos, no así las mutuas cuando estén en el supuesto regulado.

HONORARIOS Y MULTAS POR NOTORIA MALA FE O TEMERIDAD

Tal posibilidad se regula en el artículo 97.3 de la LPL y no excluye a las entidades gestoras, pues el Tribunal Supremo, así en sentencia de 21-10-2001, Rec 3594/2000, dice que en cuanto Entidad Gestora que es de la Seguridad Social goza del beneficio legal de justicia gratuita por disposición expresa del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, y de conformidad con ello no puede ser condenada en costas salvo en el caso excepcional de que se apreciara temeridad en su actuación y se argumentara sobre ello previamente. La sentencia del TS de 28-3-2001 abunda en la tesis.

Sobre al particular cabe citar las sentencias del TSJ de Murcia de 3-5-2005, número 538/2005; y la de 23-5-2005, número 601/2005.

ADVERTENCIAS EN LA NOTIFICACION DE LAS SENTENCIAS

El artículo 100 de la LPL previene que, al notificarse la sentencia a las partes, se indicará si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo y requisitos para ello, así como los depósitos y las consignaciones que sean necesarios y forma de efectuarlos.

Vicios de la sentencia

De lo anteriormente expuesto y del propio entorno

UNA SENTENCIA PUEDE... PARTICIPAR DE DETERMINADOS VICIOS QUE, DESDE UN PUNTO DE VISTA NEGATIVO, SON:

- A) FALTA DE HECHOS;
- B) FALTA DE MOTIVACIÓN;
- C) INCONGRUENCIA EN CUALQUIERA DE SUS MANIFESTACIONES;
- D) FALTA DE CUANTIFICACIÓN DE LA CONDENA;
- E) SENTENCIA DICTADA DE VIVA VOZ O *IN VOCE* EN SUPUESTO NO ADMISIBLE;
- F) SENTENCIA DICTADA POR UN JUEZ QUE NO PRESIDÍO EL ACTO DE JUICIO ORAL;
- G) LOS NO INDICADOS CON ANTERIORIDAD... RECOGIDOS... EN EL ARTÍCULO 238 DE LA LOPJ

de este trabajo se deduce que no trato de hacer un estudio exhaustivo sobre la nulidad de actuaciones sino que pretendo referirme a aquellos vicios más inmediatos a la sentencia o a los nacidos con ella.

Desde esta perspectiva, se colige que, aparte de errores y oscuridades, errores materiales manifiestos y los matemáticos, omisiones o defectos, una sentencia puede, careciendo de las cualidades que la configuran como tal legalmente, participar de determinados vicios que, desde un punto de vista negativo, son:

- a) falta de hechos;
- b) falta de motivación;
- c) incongruencia en cualquiera de sus manifestaciones;
- d) falta de cuantificación de la condena;
- e) sentencia dictada de viva voz o *in voce* en supuesto no admisible;
- f) sentencia dictada por un Juez que no presidió el acto de juicio oral;
- g) los no indicados con anterioridad y que están recogidos específicamente en el artículo 238 de la LOPJ.

Asimismo, se debe hacer mención, por extensión, a la ausencia o defectos en las advertencias al notificarla.

En los procesos derivados de la petición de prestaciones de la seguridad social, la falta de hechos puede

lucir por omitir aquellos necesarios para decidir razonablemente sobre la prestación concreta; en términos generales, la sentencia deberá contener las fechas precisas en orden a concretar la legislación aplicable y la fecha de efectos de la prestación correspondiente y reflejar los datos cuantitativos de los que debe resultar la base reguladora que rijan la prestación. Ello es particularmente importante si se configuran como puntos litigiosos en los que no hay acuerdo.

Coherentemente con la controversia o contencioso, el Órgano Judicial correspondiente debe resolver fundadamente en derecho, indicando de dónde ha extraído los hechos probados y argumentando sobre los diversos puntos litigiosos en términos jurídicamente aceptables.

Un vicio particularmente frecuente se enlaza con la incongruencia en sus diversas manifestaciones, por no resolver, dar más de lo pedido o menos de lo reconocido o cosa diferente, alterando gravemente los términos litigiosos. En el ámbito de la seguridad social configuraría incongruencia por exceso conceder un grado de invalidez superior al pedido o una pensión de cuantía superior a la solicitada. Sería una incongruencia por defecto establecer una base reguladora inferior a la reconocida por la seguridad social o una fecha de efectos más desfavorable que la aceptada. Por último, aparecería la incongruencia al margen de lo pedido, si se diera algo distinto, en este punto me remito a lo que dije sobre la invalidez en el apartado sobre la congruencia, desde un punto de vista positivo.

En el contexto de la incongruencia, se debe tener muy en cuenta que no incide en ella la aplicación o uso del principio *iura novit curia*. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional tiene dicho, sentencia de 18-7-2005, número 194/2005, que el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocados por los litigantes; y, por otro lado, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2; 15/1999, de 22 de febrero, FJ 2; 134/1999, de 15 de julio, FJ 9; 172/2001, de 19 de julio, FJ 2; 130/2004, de 19 de julio, FJ 3). Tampoco cabrá hablar de incongruencia, en fin, cuando el pronunciamiento discutido del Tribunal, en cuanto no pedido, sea uno de los que puede realizar de oficio

(STC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 5).

Con referencia a la incongruencia omisiva, debe tenerse en cuenta lo que se dijo con anterioridad respecto de la existencia de un análisis tácito o implícito (apartado sobre la exhaustividad y la congruencia).

Sobre incongruencia omisiva versa una reciente sentencia del TC, de 10 de octubre, número 250/2005.

También configura un defecto el que la sentencia no cuantifique la condena, ya que tal exigencia cubre varias finalidades, que son:

a) como elemento esencial de la prestación, debe establecerse en la sentencia, de manera que el interesado sepa hasta dónde alcanza su derecho, lo que conecta con su derecho a la tutela judicial efectiva;

b) en caso de recurso, cumple dos funciones: una, según el supuesto, determinar si cabe o no y otra, precisar el importe de la consignación y su cobro durante la tramitación del recurso interpuesto (art. 292 y siguientes de la LPL), mediante el pago directo o, en su caso, la constitución del capital coste renta, según el supuesto;

c) firme la sentencia, posibilita fácilmente su ejecución.

Otros defectos, como ya se apuntó, se relacionan con la circunstancia de haber sido dictada por un Juez que no presidió el juicio oral o *in voce* en supuesto no admisible.

Al notificar la sentencia, se puede incurrir en omisiones, errores o defectos en las advertencias.

Remedios procesales frente a los vicios

Dentro de ellos, se puede diferenciar entre remedios subsanatorios y anulatorio.

REMEDIOS SUBSANATORIOS

Los remedios subsanatorios posibilitan que la sentencia pueda ser aclarada, rectificada o completada (complementada, para referirme a este último caso me referiré a complemento de sentencia), evitando la solución extrema de declarar su nulidad (art. 267 de la LOPJ, según reforma introducida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, BOE de 26-12-2003 y artículo 215 de la LEC, de 7-1-2000, Ley 1/2000, BOE de 8-1-2000). Sobre el particular debe recordarse que la disposición final decimoséptima de la LEC estableció que mientras no se proceda a reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial en las materias que a continua-

ción se citan, no serán de aplicación los artículos 101 a 119 de la presente Ley, respecto de la abstención y recusación de Jueces, Magistrados y Secretarios Judiciales, ni el apartado 2 de la disposición final undécima, ni los apartados 1, 2, 3 y 4 de la disposición final duodécima. Tampoco se aplicarán, hasta tanto no se reforme la citada Ley Orgánica, los arts. 225 a 230 y 214 de esta Ley, sobre nulidad de las actuaciones y aclaración y corrección de resoluciones, respectivamente.

En consecuencia, reformada la LOPJ, dependiendo de la entidad del vicio, procederá bien la aclaración o rectificación o, en su caso, subsanación o complemento.

La aclaración procede en el plazo de dos días desde la publicación de la resolución, bien de oficio o a instancia de parte.

Los errores materiales manifiestos y los matemáticos pueden ser rectificadas en cualquier momento.

Las omisiones o defectos de los que puedan adolecer y que fuese necesario remediar para llevarlas plenamente a efecto se rigen por lo establecido en el apartado anterior.

Particular importancia tiene, en este ámbito, el mecanismo del complemento de sentencia, según el cual, si se tratase de sentencias que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustentadas en el proceso, el Tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla.

Tal posibilidad también cabe de oficio, pero, dando lugar a completar la resolución, no se puede modificar ni rectificar lo ya acordado.

La nueva regulación amplía la posibilidad de evitar la declaración de nulidad, ya que posibilita no sólo corregir o rectificar errores materiales manifiestos y matemáticos, o aclarar conceptos oscuros y salvar defectos u omisiones, sino que, lo que es más importante, completar (o complementar) la sentencia, en cuanto podrían haberse dejado irresueltas determinadas pretensiones.

Debe tenerse en cuenta que el ámbito de la seguridad social puede ser proclive a inducir errores materiales manifiestos y matemáticos en la sentencia, en la medida que, conforme se deduce de lo dicho, tienen particular importancia elementos cuantitativos y de cálculo e, incluso, de fecha, pues toda prestación

se proyecta en una base reguladora y, para llegar a ella, a veces es necesario hacer operaciones matemáticas con un conjunto, fácilmente extenso, de cifras, bases de cotización o salarios, a lo que se une la determinación de fechas.

Con referencia al complemento de sentencia debe valorarse como un instrumento jurídico reparador, de gran utilidad e interés, pues puede dar cobertura a situaciones que, de otro modo, tendrían que repararse con soluciones excesivamente drásticas, como el acuerdo de nulidad.

De este modo, por ejemplo, el hecho de no haber decidido sobre una pretensión, como pudiera ser la declaración de un grado de invalidez permanente de forma subsidiaria, a diferencia de lo que ha ocurrido con frecuencia (sentencia del Tribunal Constitucional de 15-12-2003, número 218/2003, y sentencias del Tribunal Supremo de 29-4-2005, Rec. 3177/2004, y de 6-6-2005, Rec. 2819/2004, entre otras muchas) puede remediarse, no con la nulidad de actuaciones, sino mediante el complemento de sentencia. Así ocurrió, por ejemplo, mediante auto dictado el 27-12-2005 como complemento a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 12-12-2005, número 1353/2005.

El mecanismo del complemento de sentencia plantea la temática referente a su intangibilidad, ya que podría aparecer como contradictorio que en su fallo apareciera resuelta una cuestión no decidida antes; pues bien, el hecho mismo de no haber mediado antes un pronunciamiento sobre una pretensión excluye que se vulnere el principio de intangibilidad, al no alterarse ninguna decisión precedente, esto es, entendido rectamente el mecanismo de complemento de sentencia, es perfectamente compatible con la intangibilidad de la sentencia, pues no se altera lo anterior, resuelve sobre lo no resuelto.

En el caso de sentencia dictada *in voce* en supuesto no admisible, dependiendo del caso, como tiene que ser transcrita en los términos establecidos en la Ley, cabría mantener que, en principio, con la transcripción y notificación se subsana el vicio, salvo que se hubiera producido indefensión o concurriera cualquiera de los no subsanables.

Aspectos relativos a la ausencia, errores o defectos en las advertencias han sido estudiados por el Tribunal Supremo, así, en sentencia de 18-12-2000, y por el TC en sentencias tales como las 75/94, 23/94 y 107/87.

Desde mi punto de vista, dependiendo del supuesto pueden encontrar solución según el caso, cabría aceptar la aclaración de sentencia (o escrito asimilable), si se considera que las advertencias legales están ínti-

mamente vinculadas a ella, configurándose como contenido separable, pero integrable en la misma; más cuando en la práctica, las advertencias se suelen incorporar al final de la propia sentencia. Además, tampoco me parece aceptable bloquear la posibilidad de dar una respuesta judicial efectiva.

Concretamente, en cuanto a las consignaciones, la Sala del TSJ de Murcia, en auto de 13-12-2004, número 148/2004, dictado en recurso de queja, argumentó que se había aplicado con rigor excesivo la referida normativa y que se habían infringido los artículos 9 y 24.1 de la Constitución al no establecerse cómo había de efectuarse el ingreso, dónde ingresarlo y qué cantidad; argumento que debía aceptarse, ya que esta Sala tiene declarado que al notificarse la sentencia por el Juzgado *a quo* deben efectuarse las advertencias legales, entre las cuales se incluye la obligación de consignar o asegurar las cantidades a que fue condenado, circunstancia que no consta que se efectuase a la parte recurrente y condenada en la instancia, por lo que se incumplió por el Juzgado la obligación de comunicar a las partes determinadas advertencias legales referidas, dando lugar a la estimación del recurso.

142 REMEDIO ANULATORIO, NULIDAD DE LA SENTENCIA

Es reseñable que, a efectos de declarar la nulidad de la sentencia, debe ponderarse la entidad del vicio y, además, considerar los criterios que inspiran cada orden, instancia o grado jurisdiccional y el principio que subyace en el recurso de suplicación, conforme se refiere en las sentencias del TSJ de Murcia de 25-1-2000, número 108/2000; 23-12-2002, número 1507/2002 y 10-12-2002, número 1451, se corresponde con el sistema de instancia única y doble grado de jurisdicción, que es el que inspira la filosofía del recurso en el orden social, según enseña la Base 31 de la Ley 7/89 de 12 de abril.

Tal principio supone una atribución competencial funcional que impide que un Tribunal Superior decida cuestiones irresueltas en la instancia y, por lo mismo, el acuerdo de nulidad tiene perfiles más amplios.

De este modo y desde tal principio deben analizarse las consecuencias de la falta de hechos, la falta de motivación, la incongruencia y sus manifestaciones y la falta de cuantificación.

Sobre la falta de hechos para decidir, cabe decir que, de concurrir, es un vicio muy grave en la sentencia que, en principio, conduce a la nulidad de actuaciones, conforme se ha venido manteniendo, pues su confección compete funcionalmente al juzgador de instancia. Y no se puede exigir algo imposible, como sería decidir sin hechos, por lo que en esta

línea cabe mencionar la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, de 5-12-2005, número 1326/2005, en el sentido de que "Habiéndose concedido en la sentencia de instancia una invalidez permanente total, es imprescindible que la Sala sepa a ciencia cierta cuáles son las dolencias o padecimientos fijados por la Juzgadora *a quo* en sus hechos probados respecto al trabajador actor de este procedimiento, ya que se trata más bien de un relato de lo que se le hizo al mismo lo que consta en los hechos probados. Así, una intervención quirúrgica, RNM, TAC y lo que presentaba al ingresar en el HUVA, así como los informes de fechas 6-11-02, 19-11-03 y 31-1-03, pero la Sala no sabe si se dan como probadas o no esas dolencias o simplemente es la copia de unos informes que no son asumidos en todo o en parte. En consecuencia, procede declarar de oficio la nulidad de actuaciones para que se dicte nueva sentencia en la que se especifique claramente cuales son las dolencias del demandante que asume la Juzgadora como probadas de todas las relatadas en diversas pruebas e informes. Todo ello en aras a la seguridad jurídica y la correcta resolución del litigio. Pues, como ya se dijo por esta misma Sala en la sentencia número 1365 de 18 de noviembre de 2.002, 'razones de orden público procesal, en el entorno y discurso concreto en el que se ha desenvuelto este proceso, obligan a decidir con la mayor transparencia, sin que la Sala pueda hacer dejación de la obligación que sobre ella pesa de vigilar el cumplimiento del orden público procesal, que opera con particular intensidad...'"

De igual manera cabe resolver sobre la falta de motivación, acordando la nulidad de la resolución, como hizo la sentencia del TSJ de Murcia de 21-3-2005, número 365/2005, pues, de un lado, la sentencia recurrida no decidía sobre un motivo de denegación reflejado en la resolución administrativa y, además, sobre el que no constaban hechos en la sentencia recurrida. Tal cuestión, planteada en la instancia, se vuelve a suscitar en el recurso.

En cuanto a la incongruencia, aunque en algún caso se podría reparar el vicio ajustando lo dado a lo pedido, es lo cierto que, a veces ello es imposible, particularmente cuando se trata de la incongruencia *extra petita*, pues se concede algo no pedido, normalmente fuera del contenido litigioso propuesto por las partes y ajeno a su motivación. De este modo, el tribunal Constitucional lo entendió, si bien en un supuesto de derecho civil, en su sentencia de 18-7-2005, número 194/2005, cuando refiere: "en efecto, si bien el recurrente pretendió en primera instancia la calificación de la incapacidad de su hija como permanente absoluta, sin embargo, valorada por el Juez *a quo* como permanente total, no cuestionó esa calificación en su recurso de apelación.

Por su parte Compañía de Seguros M. aceptó igualmente la incapacidad total, renunciando a su calificación de parcial como en instancia pretendió, siempre que ésta no fuera apreciada como absoluta, afirmando textualmente en su escrito de apelación que en “lo referente a la incapacidad que por factor de corrección se considera en la Sentencia como permanente total, en vez de permanente parcial, no tenemos inconveniente en aceptarla, pero nunca como absoluta como pretenden los actores, a la vista de los argumentos expuestos que nos parecen muy atinados, a la vista global de los informes médicos aportados, lo cual supondría y según el baremo, con inclusión del IPC (cantidades actualizadas para el año 1999), la cantidad de 10.673.000 pesetas.

Baste lo reseñado para comprobar, en primer lugar, que se ha producido una incongruencia *extra petita*, ya que el órgano judicial se ha pronunciado sobre extremos no suscitados en el recurso de apelación, conculcando el principio *tantum devolutum quantum appellatum* en un proceso, el civil, en el que el principio dispositivo cobra su máxima virtualidad.

Este desajuste entre las pretensiones formuladas por los recurrentes en apelación y la decisión judicial adoptada se refiere, en segundo lugar, a un aspecto sustancial del debate –la causa concreta y la cuantía de la indemnización–, sin que tal pronunciamiento encuentre cobertura en las facultades de oficio del órgano judicial”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional de 14-3-2005, número 93/2005, advierte que “La circunstancia expresada se ha materializado, además, en el ámbito de un recurso de alcance limitado como el especial de suplicación, en el que los términos del debate vienen fijados por el escrito de interposición del recurrente y la impugnación que del mismo haga, en su caso, el recurrido (por todas, SSTC 18/1993, de 18 de enero, FJ 3; 218/2003, de 15 de diciembre, FJ 4; y 83/2004, de 10 de mayo, FJ 4). Esta configuración del recurso de suplicación determina que el Tribunal *ad quem* no puede valorar *ex novo* toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes. Éstas, bajo esas circunstancias, no pueden ser privadas de la oportunidad de alegar sobre la jubilación que a juicio del Tribunal Superior de Justicia resulta determinante de la decisión del recurso. Pues de otro modo, no dando audiencia siquiera a las partes, sufre la confianza legítima generada por los términos en que fue conformada la realidad jurídica en el proceso, que no puede desconocerse por los órganos judiciales (*mutatis mutandis*, STC 58/2000, de 28 de febrero, FFJJ 4 y 5. Como dice el Ministerio Fiscal, en suma, la falta de audiencia se convierte en una actuación lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

DEBE TENERSE EN CUENTA QUE EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL PUEDE SER PROCLIVE A INDUCIR ERRORES MATERIALES MANIFIESTOS Y MATEMÁTICOS EN LA SENTENCIA, EN LA MEDIDA QUE, CONFORME SE DEDUCE DE LO DICHO, TIENEN PARTICULAR IMPORTANCIA ELEMENTOS CUANTITATIVOS Y DE CÁLCULO E, INCLUSO, DE FECHA

(art. 24.1 CE), que puede y debe ser evitada habilitando la Sala el oportuno trámite procesal, a fin de que las partes puedan pronunciarse sobre la cuestión que el propio Tribunal considera decisiva en la resolución del caso”.

En similar sentido se han dictado gran número de sentencias, así por ejemplo, la del TSJ de Murcia de 6-2-2006, número 100/2006.

La no cuantificación de la sentencia y de su fallo también podría dar lugar a su nulidad. La Sala de lo Social del TSJ de Murcia, en su sentencia de 23-5-2005, número 600, ante un supuesto con connotaciones muy singulares, como se constata con posterioridad, se planteó la viabilidad de la acción ejercitada y

mantenida de “declaración de la etiología laboral de sus dolencias”, y sin más, era susceptible de configurarse como un interés tutelable, propio de una resolución judicial, cuando no se asocia al devengo o reconocimiento de un interés concreto, tras consentir la resolución denegatoria de la incapacidad permanente total.

Dicha sentencia afirmó que “la mera declaración que se pretende, a juicio de la Sala, no supone la tutela de un interés tutelable real y efectivo y se configura como una pretensión abstracta y sin concreción, pues, para ello, debe estar asociada al devengo de alguna prestación o beneficio, ya que, además, dichas dolencias no pueden concebirse al margen de una pretensión merecedora de tutela, como pudiese ser la causa de la baja en IT o del reconocimiento de la causa de un grado de invalidez, en otro caso es una declaración puramente retórica, a manera de consulta, en la que la Sala no puede entrar.

En efecto, el principio de tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE) no impide que una pretensión pueda quedar sin resolver en el fondo por incumplimiento de requisitos procesales (STS 90/83, 216/86 y STS de 17-3-2003, Rec. 760/2002).

Es más, a veces la manera de dar tutela judicial efectiva es no entrar a conocer del fondo del asunto, cuando el fallo puede implicar una grave inseguridad jurídica e incluso, potencialmente, un perjuicio de la mayor extensión para el propio demandante, dada su abstracción y generalidad.

La solución adelantada se ilumina con la siguiente pregunta: ¿qué obtendría el actor con una sentencia favorable?, habría que responder: nada, ya que, ante la petición de una incapacidad permanente total no concedida, no combate tal resolución. Ello evidencia lo anodino del recurso y su ausencia de interés.

Ítem más, aunque se dice en el recurso que se declare el derecho a que se reconozca que las lesiones que padece derivan de etiología laboral con los efectos legales inherentes a dicha declaración, se trata de un suplico retórico e inefectivo, pues no precisa 'los efectos legales inherentes' y ha consentido las resoluciones concretas correspondientes. En fin, haría falta otro proceso para la efectividad del derecho (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 16-12-91), lo que evidencia la falta de un interés susceptible de tutela (STC 39/84, 71/91 y 30-11-92)".

Relacionada con la cuestión de la nulidad de la sentencia, aparece la problemática del acuerdo de nulidad de oficio, dados los términos de los artículos 240 y siguientes de la LOPJ, que presenta en sede de suplicación la cuestión de cómo debe interpretarse la falta de competencia funcional y cuál es su extensión, pues caben dos posibilidades como mínimo, una, de contenido absolutamente estricto y reduccionista y, otra, que enlaza con el principio esencial inspirador del recurso de suplicación, que consiste en asimilar la falta de competencia funcional a la dejación de su ejercicio, ya que, cuanto compete decidir al Órgano Jurisdiccional de Instancia, no es posible dejarlo para la resolución y carga única exclusiva del Órgano que decide en suplicación y así el TSJ de Murcia sigue esta última doctrina, por todas, sentencia de 4-7-2005, número 772/2005, al indicar: "A la vista de tal alegato, que se corresponde con la realidad, la Sala debe plantearse si concurre nulidad de actuaciones, ya que no puede sustituir la competencia funcional de juzgador *a quo*, que es el que debe decidir en instancia primeramente, para asegurar la funcionalidad del

sistema de recursos, según los ha diseñado el legislador, pues, de otro modo, por falta de decisión sobre un punto controvertido, se configura materialmente la aparición de una cuestión nueva, por no decidida, en la que la Sala no puede ni debe entrar.

En consecuencia, junto a una incongruencia omisiva aparece una falta de motivación en un ámbito funcional de instancia, que debe ser subsanada por quien tiene dicha competencia funcional, el Juzgador *a quo*. Lo dicho justifica que se acuerde la nulidad de actuaciones, para que por el Juzgador de instancia se decida, con libertad de criterio y jurisdicción propia, sobre tal punto litigioso, que la parte recurrente considera 'esencial', pues, según la descripción del objeto de decisión formulado en la sentencia recurrida, no se encuentra base suficiente para considerar que está implícitamente resuelto, cuando dicho artículo ni se menciona, más si se reputa algo esencial".

La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia de 19-9-2005, número 973/2005, insiste en el argumento, pues no existe recurso de suplicación posible contra una "no sentencia", ya que no resuelve sobre un punto esencial, y ello trae a colación la sentencia del Tribunal Constitucional de 27-10-2003, núm. 192/2003.

Finalmente, la sentencia dictada por un Juez que no presidió el acto del juicio oral es nula (art. 98 de la LPL). En tal sentido, sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 1996 (RA 5006), con referencia a una votación de una Sala en la que intervino un Magistrado que no estuvo en el juicio oral.

El Tribunal Supremo viene anulando numerosas sentencias de Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia, cuando se ha decidido un recurso de suplicación contra una sentencia irrecurrible; por todas, sentencia de 11-11-2002, Rec. 4128/2001.

Como norma general, concurrirá nulidad de la sentencia en los supuestos no mencionados anteriormente, pero que están recogidos en el artículo 238 de la LOPJ, en la medida que la sentencia resulte afectada por dichos vicios. ●

LOS RECURSOS DE SUPPLICACIÓN Y CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN LOS PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

145

Faustino CAVAS MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia. Magistrado (supl.) del TSJ de la Región de Murcia

I. Recurso de suplicación y pretensiones de Seguridad Social

1. RESOLUCIONES RECURRIBLES

1.1. Recurribilidad condicionada: determinación de la cuantía litigiosa

Dos normas han de conjugarse a la hora de decidir la recurribilidad o no de las sentencias dictadas en procesos de Seguridad Social:

1ª. La regla general que reserva el acceso al recurso a las pretensiones cuya cuantía supere 300.000 ptas. (1.803 euros) (art. 189.1 LPL).

2ª. La regla especial que declara en todo caso recurribles las sentencias dictadas "en los procesos que versen sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social, in-

cluidas las de desempleo, así como sobre el grado de invalidez aplicable" [art. 189.1.c) LPL].

Si la pretensión consiste en la reclamación de diferencias económicas por una prestación de pago único cuyo otorgamiento no se discute (v.gr., una indemnización por lesiones permanentes no invalidantes o por incapacidad permanente parcial), la cuantía litigiosa a efectos de recurso vendrá determinada por "la diferencia entre lo administrativamente reconocido y lo postulado"⁽¹⁾, quedando expedito el recurso únicamente si dicha diferencia es superior a 1.803 euros; o si, no superándola, el tema afecta a un gran número de beneficiarios, ex. art. 189.1.b) LPL⁽²⁾.

Pero las prestaciones más comunes a cargo del sistema de Seguridad Social consisten en prestaciones periódicas, vitalicias o temporales, esto es, pensiones o subsidios (de vejez, incapacidad permanente o temporal, viudedad, desempleo, etc.). Si lo que se re-

clama es el derecho a la mismas, o el grado de invalidez, por aplicación de lo dispuesto en el art. 189.1.c) de la LPL no existe problema de cuantificación, dado que el recurso siempre es posible; pero si lo reclamado no es el derecho a la prestación misma sino su montante económico, al existir una diferencia entre lo pedido y lo reconocido administrativamente, o sus revalorizaciones o mejoras –y el litigio no halla encaje en el supuesto del art. 189.1.b) LPL (afección masiva)–, entonces el problema se suscita porque tales supuestos están excluidos de la regla fija del recurso, el cual va a depender de la aleatoriedad de su importe (inferior o superior a 1.803 euros)⁽³⁾. La determinación de la cuantía litigiosa a efectos de recurso en estos casos ha sido cuestión controvertida, una vez suprimida la regla expresa que la LPL/1980 dedicaba a este tema en su artículo 178.3, conforme al cual *“la cuantía litigiosa, a efectos del recurso, se determinará (...) en las reclamaciones sobre el reconocimiento de algún beneficio de la Seguridad Social, por el importe de las prestaciones correspondientes a un año”*. La LBPL parece que implícitamente quiso que en todos estos casos se calculase tal cuantía computando la diferencia de prestación reclamada en cómputo anual⁽⁴⁾. En cambio, ante la falta de previsión tanto en la LPL de 1990 como en la de 1995, y dado el carácter supletorio de la LEC, lo lógico hubiera sido acudir a las reglas sobre determinación de la cuantía contenidas en el artículo 489 LEC-1981, cuya regla sexta disponía la mul-

PARA DETERMINAR LA
CUANTÍA EN LOS
PROCESOS DE
SEGURIDAD SOCIAL EN
LOS QUE NO SE
DISCUTE EL
RECONOCIMIENTO DEL
DERECHO SINO SU
CONTENIDO
ECONÓMICO, HABRÁ
QUE ESTAR, PUES, “A LA
DIFERENCIA ENTRE LO
ADMINISTRATIVAMENTE
RECONOCIDO Y LO
POSTULADO EN
CÓMPUTO ANUAL”

tiplicación por diez del importe anual de la prestación a tales efectos⁽⁵⁾, y ello a pesar de que esta solución no fuera del agrado de un relevante sector doctrinal⁽⁶⁾.

Aunque sin invocar fundamento concreto alguno, el Tribunal Supremo comenzó a resolver la importantísima cuestión que se expone en favor de atender a *“la diferencia entre lo administrativamente reconocido y lo postulado [...] en cómputo anual”*, contrastándola con el umbral de las 300.000 ptas.⁽⁷⁾ Enfrentado de nuevo con este complejo problema, el Alto Tribunal ha confirmado tal criterio y buscado un respaldo normativo a su posición⁽⁸⁾, cosa que ha acabado por encontrar,

⁽¹⁾ STSud de 22 noviembre 1994 (RJ 1994, 9230), con el precedente de la STS de 19 julio 1994 (RJ 1994, 6685). En igual sentido, SSTud 10 abril 2001 (RJ 2001, 4897) y 31 octubre 2001 (RJ 2002, 2385).

⁽²⁾ Como aplicó, entre otras, la STSud de 7 febrero 2000 (RJ 2000, 1609), a propósito de una reclamación de diferencia económica entre el importe de una silla de ruedas mecánica y una silla de ruedas electrificada, que no alcanzaba el mínimo de 300.000 pesetas.

⁽³⁾ Cfr. Moliner Tamborero, G., *El recurso laboral de suplicación*, Bilbao, Deusto, 1991, p. 46. Así precisamente lo entendió algún TSJ a propósito de la determinación de la base reguladora (STSJ Valencia 26 mayo 1992), en tanto que otros se inclinaban por la tesis amplia de permitir el acceso al recurso en todo caso.

⁽⁴⁾ Así lo apreció el Auto TSJ Cataluña de 9 abril 1991.

⁽⁵⁾ Conforme al mismo, el valor de las demandas para determinar por él la cuantía y la clase del juicio declarativo en que hayan de ventilarse, se calculará de modo que “en los juicios sobre el derecho a exigir prestaciones periódicas se calculará el valor por el importe de una anualidad multiplicado por diez, salvo que el plazo fijado fuera inferior, y por diez se multiplicará también la anualidad si la prestación fuere vitalicia”.

El art. 251.7.ª de la nueva de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000) reproduce la misma regla pero con algunas variaciones: “En los juicios sobre el derecho a exigir prestaciones periódicas, sean temporales o vitalicias, se calculará el valor por el importe de una anualidad multiplicado por diez, salvo que el plazo de la prestación fuera inferior a un año, en que se estará al importe total de la misma”.

⁽⁶⁾ Cfr. Montero Aroca, J., “Del recurso de suplicación”, en *La nueva de Procedimiento Laboral*, t. XIII, vol. 2.º, Madrid, Edersa, 1990, p. 1339, propugnando una solución similar a la del art. 188.3.ª de la LPL/1980; aunque en otro lugar –Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, t. II, cit., p. 1073–, aboga, en cambio, por aplicar una regla como la del art. 489.6.ª LEC; por su parte, Ordeig Fos, J.M.ª, “Recurso de suplicación: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 27, 1992, p. 509, sostuvo, aun antes de que el Tribunal Supremo fijase su posición sobre el tema, que, no siendo factible la aplicación subsidiaria de la LECiv, por estar abiertamente en contra de la letra y el espíritu del texto procesal laboral, no quedaba otro remedio que aplicar el antiguo y derogado art. 178 LPL/1980.

⁽⁷⁾ En este sentido se pronunció la STSud de 20 diciembre 1993 (RJ 1993, 9973).

aunque de manera más que discutible⁽⁹⁾. La premisa mayor del razonamiento no es otra que la supletoriedad condicionada de la LEC (la LPL no es por completo autosuficiente y ha de acudir a la Ley Civil en cuestiones comunes "pero no puede admitirse tal aplicación supletoria respecto de reglas de procedimiento que sólo tienen significación propia y sentido pleno en el proceso civil, pero que pueden resultar contradictorias con normas específicas o principios inspiradores del proceso laboral") y la menor el silencio de la LPL de 1990 (también de la LPL/1995) respecto de cómo determinar el montante del objeto litigioso ("omisión de la LPL de 1990 de un precepto semejante al contenido en el art. 178.3 de la Ley procesal anterior"), en tanto que la conclusión es plural y merece asimismo algún comentario:

a) En primer término, se descarta la adecuación de las reglas contenidas en la LEC a la hora de fijar la cuantía litigiosa. No será de aplicación, pues, el art. 489.6.^a de la LEC-1881, pese a la supletoriedad general que de esta Ley se predica en la disposición adicional 1.^a LPL, pues ello llevaría a tener que calcular el objeto litigioso multiplicando por diez anualidades el importe de las diferencias reclamadas, cuando la regla tradicional en el ámbito laboral ha sido siempre la referencia al año.

b) Asimismo, se apunta que la LBPL-1989 "nada expresa sobre que cambie la forma de cálculo de las prestaciones puramente económicas" en orden a los criterios cuantitativos para recurrir las sentencias.

c) Por último, analiza la Sala Cuarta el contenido del Texto Articulado de 1990 (idéntico al Texto Refundido

de 1995) y se advierte que sus previsiones en materia de recursos (fijando el umbral en 300.000 ptas. y rescatando de la exclusión determinados casos) sólo tienen sentido partiendo de la vigencia de la LPL de 1980 respecto de cómo determinar la cuantía litigiosa.

Para determinar la cuantía en los procesos de Seguridad Social en los que no se discute el reconocimiento del derecho sino su contenido económico, habrá que estar, pues, "a la diferencia entre lo administrativamente reconocido y lo postulado en cómputo anual", criterio éste cuya constitucionalidad, es preciso destacarlo, ha sido plenamente convalidada por el Tribunal Constitucional⁽¹¹⁾. Similar criterio es el aplicable cuando se ventila la reclamación de reintegro entre sujetos responsables del pago de cierta prestación, incluido el supuesto en que se reclama por una Mutua a la TGSS el reintegro de la parte correspondiente al reaseguro obligatorio⁽¹²⁾, al no ser ésta cuestión que por afectar a un gran número de beneficiarios posibilite el recurso de suplicación conforme a lo dispuesto en el art. 188.1.b) LPL⁽¹³⁾.

Es indiscutible, por demás, que el criterio sobre la ineficacia supletoria de la LEC-1881 también hoy resulta aplicable y no se ha visto afectado por la entrada en vigor de la LEC-2000, puesto que, como se anotó, la regla sexta de su artículo 251 coincide sustancialmente con la excluida del Texto procesal civil anterior.

La doctrina está unificada desde 1993 y, a menos que la Sala Cuarta modifique su propio criterio, debe ser aplicada mientras que el legislador no disponga otra cosa; pero su formulación no resulta del todo con-

⁽⁸⁾ SSTsud de 12 febrero, 25 marzo, 9 julio y 3 octubre 1994 (RJ 1994, 1031, 2635, 7046 y 7736), a las que han seguido otras muchas. Cfr. SSTsud 23 febrero 1995 (RJ 1995, 1250); 6 abril 1995 (RJ 1995, 2917); 26 diciembre 1995 (RJ 1995, 9498); 29 enero 1996 (RJ 1996, 481); 27 mayo 1996 (RJ 1996, 4682); 9 julio 1996 (RJ 1996, 5766); 20 septiembre 1996 (RJ 1996, 6580); 19 febrero 1997 (RJ 1997, 1450); 7 abril 1997 (RJ 1997, 3049); 10 abril 1997 (RJ 1997, 3055); 21 abril 1997 (RJ 1997, 3484); 12, 14 y 16 mayo 1997 (RJ 1997, 4088, 4272 y 4273); 4 noviembre 1997 (RJ 1997, 8024); 23 julio 1998 (RJ 1998, 7060); 29 diciembre 1998 (RJ 1999, 451); 20 enero 1999 (RJ 1999, 84); 7 febrero 2000 (RJ 2000, 1607); 29 mayo 2000 (RJ 2000, 5890); 20 febrero 2001 (RJ 2001, 2811); 31 octubre 2001 (RJ 2002, 2385); 25 junio 2002 (RJ 2002, 8930); 11 noviembre 2002 (RJ 2002, 10215); 12 noviembre 2002 (RJ 2003, 1387) y 27 noviembre 2002 (RJ 2003, 1414); 27 septiembre 2004 (RJ 2004, 6052).

⁽⁹⁾ Una crítica muy fundada a la postura del Supremo en Ríos Salmerón, B., "Pleitos sobre prestaciones de Seguridad Social y recurso de suplicación (Comentario a la sentencia unificadora del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1994)", en VV.AA., Homenaje a Juan García Abellán, Universidad de Murcia, 1994, pp. 470 ss.

⁽¹⁰⁾ El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 312/1994, de 21 de noviembre (BOE de 28 diciembre) ha entendido que una postura como la acogida por el Supremo está suficientemente motivada como para que deba descartarse que lesione el derecho a la tutela judicial efectiva pues "pertenece al estricto ámbito de la legalidad ordinaria la fijación de los criterios para determinar la cuantía de los recursos cuando la interposición de los mismos está sometida a un importe mínimo legal".

⁽¹¹⁾ SSTsud 25 septiembre 1995 (RJ 1995, 6890); 13 noviembre 1995 (RJ 1995, 8405) y 19 mayo 1997 (RJ 1997, 4101).

⁽¹²⁾ SSTsud 6 mayo 1996 (RJ 1996, 4373); 25 noviembre 1996 (RJ 1996, 8722); 15 enero 1997 (RJ 1997, 32); 28 febrero 1997 (RJ 1997, 1607).

⁽¹³⁾ STSud 8 abril 1997 (RJ 1997, 3051).

vincente –cosa distinta es que se comparta la idoneidad del resultado–. Fácilmente puede estarse de acuerdo en lo que se refiere a la inadecuación de los preceptos de la LEC, e incluso sobre las intenciones de la LPL de 1990, o en que haya de acogerse el módulo anual como referencia, pero lo difícil de entender es que la solución se apoye en el tenor de lo dicho por el art. 178 de la LPL de 1980, puesto que:

● El art. 1.º de la LBPL autorizó la aprobación de un texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, con la expresa advertencia de que *"derogará el vigente texto refundido"*, aprobado por Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio.

● Mediante Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, se aprobó el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, cuya disposición derogatoria, en efecto, y sin salvedad alguna, expulsó del ordenamiento jurídico tanto la LPL de 1980 cuanto sus disposiciones modificativas.

Con todo, el propio TS ha dictaminado recientemente que debe atenderse a la cantidad global exigida, y no al criterio de la anualización, cuando se reclaman diferencias correspondientes a mejoras voluntarias de Seguridad Social correspondientes a varios años, aplicando –ahora sí– lo dispuesto en la LEC⁽¹⁴⁾, la supletoriedad de cuyas previsiones en tema de determinación de la cuantía ligiosa –en concreto, su norma 489.6.ª referida a la cuantificación de prestaciones periódicas o vitalicias– había sido descartada en múltiples ocasiones, según ha podido comprobarse. Con posterioridad la Sala Cuarta ha globalizado este criterio: la regla de la anualización es desplazada por la regla general del artículo 189.1, párrafo primero, de la LPL cuando, aun discutiéndose diferencias en prestaciones periódicas, se hace constar en la demanda el importe reclamado, y ello porque *"al pedirse una cantidad concreta, no es necesario ya acudir a reglas de cuantificación establecidas para los casos de indeterminación del petitum"*⁽¹⁵⁾.

Desde luego, la sentencia de suplicación indebidamente recaída, por improcedencia del recurso formu-

TENIENDO PRESENTE
QUE LA ACTIVIDAD
FUNDAMENTAL DEL
SISTEMA DE SEGURIDAD
SOCIAL RADICA EN LA
DISPENSACIÓN DE
"ASISTENCIA Y
PRESTACIONES" (ART. 41
CONSTITUCIÓN), NO
CABE DUDA DE QUE
AQUÍ SE ABRE EL
DERECHO AL RECURSO
DE UN IMPORTANTE
ABANICO DE SUPUESTOS

lado contra la de instancia que no alcanza la cuantía mínima, es nula y así debe declararlo la Sala Cuarta del TS que conozca del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesta frente a ella⁽¹⁶⁾.

1.2. Recurribilidad plena: pretensiones sobre reconocimiento de prestaciones y/o determinación del grado de invalidez

A tenor del artículo 189.1.c) LPL, será recurrible toda sentencia dictada *"en los procesos que versen sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social, incluidas las de desempleo, así como sobre el grado de invalidez aplicable"*.

Teniendo presente que la actividad fundamental del sistema de Seguridad Social radica en la dispensación de *"asistencia y prestaciones"* (art. 41 Constitución), no cabe duda de que aquí se abre el derecho al recurso de un importante abanico de supuestos. Pero tampoco cabe pensar que cualquier litigio que traiga su causa en una pretensión de Seguridad Social (cfr. arts. 138 ss. LPL) quede comprendido, pues ha de concurrir uno de estos dos requisitos⁽¹⁷⁾:

1.º) Que se haya debatido en el proceso sobre el *grado de incapacidad* (término que debe utilizarse ahora, conforme a la Ley 24/1997) que corresponda a un beneficiario; eliminada la figura de la invalidez provisional (por lo demás, carente de modalidades), la litis versará sobre el tipo o "nivel" de incapacidad per-

⁽¹⁴⁾ STSud 21 septiembre 1999 (RJ 1999, 7755), en la que se opta por acudir siempre que sea posible a la regla general de la LEC: *"si se reclama una cantidad de dinero determinada, el valor de la demanda estará representado por dicha cantidad"* (art. 489.8.ª). Sin apenas argumentación alguna, ahora se afirma que *"la aplicación de la regla 3.ª del artículo 178 de la ley de Procedimiento Laboral de 1980, sólo es posible cuando no está reclamada cantidad determinada pues en este supuesto hay que atender en primer lugar al montante de dicha cantidad"*.

⁽¹⁵⁾ STSud 20 febrero 2002 (RJ 2002, 4365).

⁽¹⁶⁾ Véanse las SSTsud 20 y 27 septiembre 1996 (RJ 1996, 6580 y 6906); 26 noviembre 1996 (RJ 1996, 2746); 15 enero 1997 (RJ 1997, 32); 19 febrero 1997 (RJ 1997, 1450); 7 abril 1997 (RJ 1997, 3049); 5 julio 1998 (RJ 1998, 6428); 7 febrero 2000 (RJ 2000, 1607) y 31 octubre 2001 (RJ 2002, 2385).

⁽¹⁷⁾ Cfr. Sempere Navarro, A.V. y Cavas Martínez, F., *Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina 1995*, cit., pp. 639-648; y Sempere Navarro, A.V., *"Los recursos..."*, cit., pp. 237-239.

manente que procede reconocer al trabajador (cfr. art. 137 LGSS y concordantes)⁽¹⁸⁾. Pero si lo discutido es, precisamente, si la invalidez ha de considerarse o no como permanente también habrá acceso al recurso, en cuanto el debate sobre esta última es, *necesarie*, sobre uno de sus grados.

El recurso está expedido al margen de la diferencia económica que pueda existir entre la cuantía del grado reconocido y el postulado, así como su revisión posterior (con independencia ello de la diferencia de cuantía de la nueva calificación de la invalidez postulada), en cuanto que cada grado constituye una “*contingencia propia e individualizada*”⁽¹⁹⁾, así como las prestaciones recuperadoras.

A los efectos de entender concurrente el presupuesto para garantizar el recurso, han de asimilarse a las anteriores las sentencias recaídas en procesos sobre revisión del grado de incapacidad (art. 143 LGSS), pues la regla de la LPL no distingue sobre si se trata del reconocimiento originario o posterior de tal circunstancia⁽²⁰⁾.

2.º) Que se discuta la existencia del derecho a obtener prestaciones. Téngase presente que las prestaciones pueden ser económicas o de otra índole (cfr. arts. 38 y concordantes LGSS); contributivas o no contributivas; que el desempleo, no obstante la relativa autonomía en su gestión y regulación (cfr. Título III de la LGSS), forma parte del sistema de Seguridad Social, bien que su expresa mención en el art. 189.1.c) LPL salga al paso de cualquier duda (hoy inexistente) al respecto, y que el acceso a la suplicación procede cuando lo litigioso es la propia existencia del derecho a percibir las prestaciones, incluidos los problemas de compatibilidad (con otras prestaciones o con el trabajo), no otras circunstancias o extremos (v. *gr.*, base reguladora, cuantía, aspectos temporales, etc.).

La línea doctrinal y jurisprudencial sobre el alcance de este apartado es claramente extensiva, de tal

modo que se incluyen dentro del mismo una diversidad de cuestiones no necesariamente relacionadas, de modo estricto, con el reconocimiento o con la denegación de una prestación de la Seguridad Social, sino también todas las que lo están con las condiciones o circunstancias del propio reconocimiento⁽²¹⁾. En este sentido, cabe señalar lo siguiente:

- Habrán de considerarse incluidos los recargos de prestaciones por infracción de medidas de seguridad en el trabajo (art. 123 LGSS). Lo mismo cabe decir respecto a las mejoras voluntarias de prestaciones públicas de la Seguridad Social (art. 39 LGSS), bien sean unilaterales, o de origen contractual, o pactadas en el convenio colectivo, en cuanto materia propia de la Seguridad Social, cuyos criterios de interpretación son plenamente aplicables⁽²²⁾. En cambio, se regirán por la regla general de la cuantía las reclamaciones sobre responsabilidad civil del empresario derivada de accidentes de trabajo con infracción de medidas de seguridad, al no tratarse de reclamaciones de Seguridad Social sino de indemnizaciones por incumplimiento de una obligación dimanante del contrato de trabajo⁽²³⁾.

- También se deben incluir los litigios sobre reconocimiento de un determinado grado de minusvalía, aunque no esté directamente vinculado al reconocimiento de una pretensión de la Seguridad Social, desde el punto y hora en que estas pretensiones son de la competencia del orden social⁽²⁴⁾.

- El reconocimiento del derecho al reintegro de los gastos por asistencia sanitaria obtenida fuera del sistema de la Seguridad Social equivale a una modalidad prestacional por tal concepto, de modo que la sentencia de instancia será siempre recurrible, aunque la cuantía reclamada no exceda de 300.000 ptas. (1.803 euros), puesto que el derecho al reintegro presupone el derecho a la asistencia sanitaria e implica, por consiguiente, que se decida acerca del reconocimiento de una prestación de la Seguridad Social⁽²⁵⁾.

⁽¹⁸⁾ La STS 22 mayo 1995 (ERJ 1995, 3994) entiende que a estos efectos, cuando se discute el acceso al complemento de la incapacidad permanente total “*calificada*” siempre ha de abrirse el recurso. Idéntico criterio sostiene la STS 20 junio 1996 respecto del complemento en pensión no contributiva de invalidez.

⁽¹⁹⁾ Montero Aroca, J., “Del recurso de suplicación”, *cit.*, p. 1327.

⁽²⁰⁾ Sempere Navarro, A.V., “Los recursos...”, *cit.*, p. 187.

⁽²¹⁾ Rentero Jover, J., “Sentencias recurribles en suplicación [artículo 189.1.a), c) y f) de la LPL]”, en VV.AA., *Resoluciones recurribles en suplicación*, Valladolid, Lex Nova, 2005, p. 256.

⁽²²⁾ STSud 11 abril 1995 (RJ 1995, 3042).

⁽²³⁾ En contra, considerando que estas sentencias son siempre recurribles, Rentero Jover, J., “Sentencias recurribles...”, *cit.*, p. 259.

⁽²⁴⁾ SSTs 17 diciembre 2001 (RJ 2002, 7885); 24 diciembre 2001 (RJ 2002, 7886); 13 mayo 2002 (RJ 2002, 7544); 13 mayo 2002 (RJ 2002, 7547); 31 octubre 2002 (RJ 2003, 463).

⁽²⁵⁾ SSTSud 7 julio 1995 (RJ 1995, 5913); 20 marzo 2001 (RJ 2001, 3397); 30 junio 2004 (RJ 2004, 6936).

● También procederá el recurso de suplicación, con independencia de la cuantía litigiosa, cuando el proceso verse sobre el reconocimiento del incremento por dificultades de empleo de la pensión de invalidez permanente total⁽²⁶⁾; o cuando se interesa el complemento equivalente al cincuenta por cien del importe de la pensión no contributiva de invalidez⁽²⁷⁾.

● Igualmente, respecto a las jubilaciones anticipadas, habrá de entenderse que, en cuanto que en definitiva son materia de seguridad social, los pleitos relacionados con el derecho a esta modalidad de jubilación serán recurribles, con independencia de la cuantía⁽²⁸⁾. No así, en cambio, cuando solamente se discute la cuantía del porcentaje de reducción, y la diferencia anual de la prestación sea inferior al tope cuantitativo actual de 1.803 euros⁽²⁹⁾.

● Son recurribles las sentencias del Juzgado de lo Social que se pronuncian sobre la competencia para declarar el origen común o profesional de una determinada contingencia⁽³⁰⁾. Lo mismo ocurrirá cuando realmente no se discuta el derecho a una prestación sino la institución (o empresa) responsable del pago de la misma (sin perjuicio, en su caso, del pertinente anticipo de la prestación por parte de la entidad gestora o colaboradora)⁽³¹⁾.

● Al ser competente el orden jurisdiccional social para conocer de la impugnación de actos administrativos sobre prestaciones de Seguridad Social basada en infracciones de procedimiento⁽³²⁾, habrá que entender que la SJS que se dicte será recurrible en suplicación cualquiera que sea la materia y la cuantía.

● Lo mismo ocurrirá con las contiendas relativas a cuestiones propias de Seguridad Social, pero respecto de las cuales el orden jurisdiccional es incompetente para conocer [art. 3.1.b) LPL]; las sentencias del JS que se dicten, indebidamente, sobre estas materias serán recurribles en suplicación, bien que por el motivo previsto en el art. 189.1.e) LPL.

CONTRA LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LOS TTSJ RESOLVIENDO RECURSOS DE SUPLICACIÓN EN CUESTIONES DE SEGURIDAD SOCIAL CABE INTERPONER EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Nótese cómo en ninguno de estos casos se exige que las prestaciones reclamadas superen una determinada cuantía: esos extremos quedan preteridos a cambio de que se pleitee sobre el más esencial aspecto de cualquier prestación, la existencia o no del derecho a la misma y temas aledaños, según acaba de advertirse.

El art. 189.1.º.c) LPL es aplicable tan sólo cuando la pretensión ejercitada se refiera al reconocimiento o denegación del derecho, no cuando la prestación ha sido concedida con anterioridad y en el

litigio únicamente se cuestiona una diferente base reguladora, un incremento en el porcentaje aplicable a dicha base, una fecha anterior de efectos económicos, o cualquier otra circunstancia o aspecto que incida en el importe de la prestación ya reconocida (p. ej., el período durante el cual se tiene derecho a la misma). En tales casos, la recurribilidad o no de la sentencia de instancia se regirá por los criterios generales, que serán los de la cuantía (ya examinados), o el de la "afectación general".

El acceso al recurso dependerá también de que la cuantía que se deje de percibir sea o no superior al mencionado umbral cuantitativo cuando se impugna una sanción consistente en la suspensión del percibo de la prestación por desempleo⁽³³⁾. Pero si la sanción no consiste en la mera suspensión del percibo del subsidio de desempleo, sino en la extinción de la per-

⁽²⁶⁾ STS de 22 mayo 1995 (RJ 1995, 3994).

⁽²⁷⁾ STSud 20 junio 1996.

⁽²⁸⁾ Así se observa en diversas SSTs que entran a conocer, como son las de 6 mayo 2003 (dos) (RJ 2003, 5046 y 5085); 17 mayo 2003 (RJ 2003, 5029); 29 mayo 2003 (RJ 2003, 5083).

⁽²⁹⁾ Así, STSud de 19 mayo 2003, respecto al porcentaje a aplicar a los prejubilados de "Telefónica de España, S.A.".

⁽³⁰⁾ SSTs (2) de 26 enero 1998, dictadas en Sala General (RJ 1998, 1055 y 1139); 27 y 28 enero 1998 (RJ 1998, 1141 y 1147); 2 febrero 1998 (RJ 1998, 1253); 6 marzo 1998 (RJ 1998, 2367); 28 abril 1998 (RJ 1998, 4581); 12 noviembre 1998 (RJ 1998, 9742); 1 diciembre 1998 (RJ 1998, 8919); 26 enero 1999 (RJ 1999, 1104); 19 marzo 1999 (RJ 1999, 3011); 22 noviembre 1999 (RJ 1999, 8525).

⁽³¹⁾ Rentero Jover, J., "Sentencias recurribles..", cit., p. 259.

⁽³²⁾ STSud de 19 noviembre 2002 (RJ 2003, 1200).

⁽³³⁾ SSTSud de 21 febrero 2000 (RJ 200, 2059); 22 junio 2000 (RJ 2000, 7206) o 3 febrero 2003 (RJ 2004, 1827).

cepción de la prestación o subsidio reconocidos, con anulación de la inscripción como demandante de empleo, perdiendo todos los derechos inherentes a tal condición, entonces procederá el recurso con independencia de la cuantía de la prestación reclamada⁽³⁴⁾.

2. MOTIVOS DEL RECURSO

Las sentencias recaídas en procesos de Seguridad Social pueden ser recurridas en suplicación por cualquiera de los tres motivos establecidos en el artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral: a) reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías esenciales del procedimiento causantes de indefensión; b) revisar los hechos declarados probados, con base en la prueba documental o pericial practicada; c) examinar las infracciones de normas o sustantivas o de la jurisprudencia.

2.1. La revisión fáctica suplicacional a partir de prueba pericial en los procesos sobre incapacidad permanente

En numerosos litigios que tienen por objeto pretensiones de Seguridad Social resulta determinante la aportación de una prueba pericial de parte (normalmente una prueba médica) con la que se pretende desacreditar el dictamen o la decisión de la entidad gestora o colaboradora: calificación de una determinada dolencia como provocada por el trabajo (estrés, *mobbing*...), impugnación de alta médica, etc.

Con todo, el supuesto más frecuente de pretensión suplicacional interesando la revisión de la relación de hechos probados basada en prueba pericial, con amparo en el motivo previsto en el artículo 191.b) de la LPL, trae causa de un pleito en el que se debate si el actor está afecto de una incapacidad permanente⁽³⁵⁾. Uno de los extremos fácticos esenciales en este litigio es el relativo a cuáles son las secuelas del demandante. Normalmente se trata de un extremo controvertido por las partes, pues lo habitual será que el

actor sostenga que padece unas secuelas más graves que las reconocidas por el demandado: el INSS o la correspondiente mutua. A tal efecto, en el acto de juicio oral aquél aportará uno o varios informes médicos que respalden su alegación, pero en las actuaciones también constatará la prueba documental obrante en el expediente administrativo, que incluye el informe médico de síntesis y el dictamen del EVI o equivalentes, que contienen una descripción del cuadro secular. Es frecuente, además, que se evacue prueba pericial médica a instancia de una de las partes o de ambas partes intervinientes.

Ante la existencia de dictámenes médicos contradictorios acerca de las dolencias del actor, y partiendo de que el Juez, habitualmente, no será un experto en medicina, la apreciación probatoria de instancia consistirá esencialmente en establecer una jerarquía probatoria, seleccionando el medio probatorio (o los medios probatorios) al que el juez atribuye mayor credibilidad y declarando probadas las secuelas referidas o descritas en el mismo⁽³⁶⁾. Para efectuar tal selección el Juez habrá de aplicar una determinada máxima de la experiencia, lo que es tanto como decir que debe aplicar las reglas de la sana crítica. La máxima de la experiencia que habitualmente aplican las sentencias que resuelven pleitos en los que se pide el reconocimiento de una incapacidad permanente en un determinado grado podría sintetizarse en los siguientes términos: *"Atribuir, en principio, valor probatorio prevalente al informe médico de síntesis o al dictamen del EVI, en atención a la experiencia e imparcialidad de sus integrantes"*⁽³⁷⁾. Pero como el informe médico de síntesis no goza de presunción legal de certeza, el Juez podría, en principio, otorgar valor probatorio prevalente a los informes de los médicos que han atendido al solicitante en la sanidad pública, a las pruebas de diagnóstico médico practicadas al solicitante (radiografías, ecografías, resonancias magnéticas, etc.) o a la prueba pericial médica de parte en atención a la elevada cualificación profesional del facultativo que la realiza. Ninguna de estas máximas de la experiencia es, apriorísticamente, preferible a las demás, decan-

⁽³⁴⁾ STSud 5 mayo 2004 (RJ 2004, 4395).

⁽³⁵⁾ En efecto, la mayoría de las pruebas periciales evacuadas en el orden social se llevan a cabo por médicos, y dentro de éstas las más numerosas son aquellas dirigidas a determinar las secuelas y limitaciones orgánicas y funcionales de los beneficiarios de la Seguridad Social que solicitan una pensión de incapacidad permanente. Incluso existe en la práctica forense la figura del perito médico "profesional", que se dedica exclusivamente a emitir informes en esta clase de pleitos. Cfr. Molins García-Atance, J., *El Recurso de Suplicación. La Revisión de los Hechos Probados*, Aranzadi-Thomson, 2005, p. 363.

⁽³⁶⁾ Molins García-Atance, J., *El Recurso de Suplicación...*, cit., p. 400.

⁽³⁷⁾ Es frecuente que las sentencias otorguen prevalencia probatoria al informe de síntesis y al dictamen del EVI, en atención a su mayor imparcialidad y especialización: entre muchas, SSTSJ Andalucía/Málaga, de 4 julio 1995 (AS 1995, 2994); Castilla y León, de 26 octubre 1998 (AS 1998, 7140); STSJ Aragón de 18 octubre 1993 (AS 1993, 4382); STSJ Asturias de 11 marzo 1991 (AS 1991, 2173); STSJ Galicia de 14 julio 1998 (AS 1998, 6240).

tándose el juzgador por una u otra en función de sus creencias, valores, experiencia personal, etc.

Por ello, y salvo que la valoración probatoria de instancia esté huérfana de cualquier sustento probatorio, o el juzgador haya errado groseramente al interpretar el medio de prueba al que atribuye eficacia (p. ej., recogiendo en la sentencia una afirmación que no figura en el informe), cuando la parte recurrente (INSS, Mutua, solicitante) interesa la revisión del hecho probado en el que figuran las secuelas padecidas por el actor con base en una determinada pericia (el informe médico de síntesis o los informes de la medicina pública o privada aportados por el recurrente al proceso), lo que en realidad está solicitando del TSJ es que sustituya la máxima de experiencia de valoración de la prueba practicada en la instancia por otra distinta. Los principales problemas se plantean, precisamente, en los casos en los que el núcleo de la controversia fáctica está afectado por medios probatorios (como la pericia) cuya apreciación depende de una intermediación de la que el TSJ carece⁽³⁸⁾.

A este respecto, y por lo que se refiere al supuesto específico de las secuelas o padecimientos declarados probados en la sentencia de instancia, numerosas sentencias tienen declarado que, ante dictámenes médicos y pruebas periciales contradictorias, si no concurren especiales circunstancias, hay que estar a la convicción que el juzgador ha obtenido, previa valoración conjunta de toda la prueba practicada y en uso de las facultades que al respecto le confieren el art. 97.2 LPL y el art. 632 LEC-1881, lo que lleva a tener que aceptar, en principio, el dictamen que ha servido de base a la resolución recurrida⁽³⁹⁾. Ahora bien, la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgador de instancia no es intangible, pues en concreto, y por lo que se refiere a los supuestos de incapacidad, cabe –si bien con el carácter excepcional ya señalado– la modificación de las secuelas o padecimientos declarados probados, por la vía del apartado b) del artículo 191 LPL, si a juicio de la Sala, por su categoría o relevancia científica, especialización e imparcialidad de quienes lo emiten, el dictamen o pericia médica invocados en el recurso merecen mayor credibilidad que aquél o aquéllos tenidos en cuenta por el Juzgador de instancia⁽⁴⁰⁾, habiendo señalado la jurisprudencia y la doctrina judicial entre otros y como elementos que

EN DEFINITIVA, Y A
MODO DE CONCLUSIÓN,
NO CABE UN CIERRE
ABSOLUTO Y
APRIORÍSTICO DEL RCUD
RATIONE MATERIAE...
PERO SE RECONOCE QUE
ES SUMAMENTE
IMPROBABLE QUE
PROSPERE EL
INSTRUMENTO
IMPUGNATORIO DE
REFERENCIA, POR LA
DIFICULTAD QUE
COMPORTA EL HALLAZGO
DE TÉRMINOS VÁLIDOS
PARA EL CONTRASTE
CUANDO LO ESENCIAL
DEL CASO RADICA EN
CALIFICAR EL ESTADO DEL
PRESUNTO INVÁLIDO

configuran dicha categoría o relevancia, los siguientes:

- el hecho de que el perito médico haya seguido o no la evolución del proceso patológico del enfermo, lo que implica dar mayor valor probatorio al dictamen del médico que ha seguido dicha evolución, que al informe emitido en base a una única exploración (SSTSJ Cataluña de 25 julio 1996 y 6 marzo 1997);

- la especialización, bien de la institución médica, Facultad de Medicina, Hospital, Centro de Salud, etc. (SSTS de 2 diciembre 1985, de 3 marzo 1987, 16 enero y 23 febrero 1990; SSTSJ Galicia de 2 diciembre 1992 y Cataluña de 14 noviembre 1996) o del concreto departamento de aquél (STSJ Cataluña de 12 marzo 1997), bien del perito médico que emita el dictamen (STCT de 30 abril 1982; SSTSJ La Rioja

de 5 febrero 1994 y Cataluña de 16 enero 1995, 9 diciembre 1996 y 9 enero 1997).

En síntesis, como tiene declarado la STSJ Navarra de 9 junio 1999 (AS 1999, 2074), en el caso de dictámenes médicos contradictorios “debe aceptarse en principio el que sirvió de base a la resolución recurrida,

⁽³⁸⁾ Es por ello que carecen de eficacia revisoria como prueba pericial los dictámenes que no fueron ratificados en el acto del juicio: STSJ Comunidad Valenciana de 17 noviembre 1992 (AS 1002, 5881) y STSJ Cataluña de 22 octubre 2002 (AS 2002, 3873).

⁽³⁹⁾ Entre muchas: SSTS de 12 marzo 1990 (RJ 1990, 2063), 25 junio 1990 (RJ 1990, 5522) y 24 enero 1991 (RJ 1991, 191); SSTSJ Cataluña de 30 junio 1998 (AS 1998, 3173), 25 enero 2001; 7, 12 y 21 febrero 2001; 29 noviembre 2002 (AS 2003, 112); SSTSJ Murcia de 6 mayo 2002 (Rec. 297/2002) y 15 mayo 2002 (Rec. 226/2002); y Castilla-La Mancha de 4 enero 2002 (AS 2002, 342).

⁽⁴⁰⁾ STSJ Murcia de 20 marzo 2001 (Rec. 887/2000);

es decir, el admitido como prevalente por el Juez *a quo*, a no ser que se demostrase palmariamente el error en que éste hubiera podido incurrir en su elección, por tener el postergado o rechazado, una mayor credibilidad, dada la categoría científica del facultativo que lo haya emitido o por gozar de mayor fuerza de convicción”.

2.2. Revisión del Derecho aplicado por la sentencia sin previa modificación de los hechos probados

En más de una ocasión se ha suscitado la cuestión referida a si para impugnar un determinado grado de invalidez permanente reconocido por la sentencia de instancia, es o no necesario que en el correspondiente recurso de suplicación, con carácter previo al motivo dedicado a la revisión del derecho aplicado, se proponga y obtenga la revisión de los hechos declarados probados, en lo referente a las dolencias padecidas por el trabajador.

La respuesta del Tribunal Supremo a dicha interrogante ha sido negativa, argumentando que en la calificación jurisdiccional del grado de invalidez permanente no sólo cuentan las secuelas de las dolencias padecidas, sino también los elementos constitutivos de los distintos grados de invalidez en la legislación de Seguridad Social y en la regulación profesional que determina las tareas o cometidos que desempeñan los trabajadores incapacitados⁽⁴¹⁾. Cualquier recurso tiene como presupuesto la solución de la controversia jurídica en él suscitada, con independencia de que se esté o no conforme con los hechos alegados o probados.

Varias normas procesales aceptan expresamente la existencia de litigios cuyo único objeto sea el aspecto jurídico del asunto –art. 81.5 LPL, arts. 281.3 y 405 LEC-2000–, de cuya posibilidad constituye máximo exponente el propio recurso de casación para la unificación de doctrina, que sólo acepta la revisión del Derecho de cara a la unificación doctrinal que al mismo corresponde realizar, sin que quepa plantear revisión de los hechos probados.

Por otro lado, el art. 191 LPL distingue tres distintas causas o motivos del recurso de suplicación, que pueden ser invocados acumulativamente o de forma independiente, sin que el motivo previsto en el apartado c) de aquel precepto ni ninguna otra norma exijan que la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia dependa de la revisión de los hechos declara-

dos probados. Antes al contrario, el art. 191.b) LPL limita extraordinariamente esta segunda posibilidad, la cual sólo puede intentarse a través de dos medios de prueba tasados –documental y pericial– y que cabe considerar accesorio e instrumental de la auténtica finalidad del recurso, no otra que la revisora del derecho aplicado en la sentencia de instancia. Criterio éste, por lo demás, que resulta perfectamente coherente con la configuración legal del recurso de suplicación como un medio impugnatorio de carácter extraordinario. En fin, el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24 de la CE no se condiciona, en grado de recurso, a que sea necesaria la desconformidad en cuanto a los hechos, *“bastando –afirma la STS 17 enero 2001– con que la diferencia de apreciación, en cada una de las partes, se concrete en, o concierna solamente a, la interpretación y aplicación que de una norma sustantiva hace el juez inferior”*.

Problema diverso surge cuando el recurso de suplicación solicita una revisión fáctica que fracasa y el motivo de censura jurídica estaba inescindiblemente supeditado al éxito de la primera. En este caso, la diferencia es tan grande que el supuesto no puede contrastarse, por faltar la preceptiva identidad de situaciones requerida por el art. 217 LPL⁽⁴²⁾.

3. CONSIGNACIONES Y GARANTÍAS EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE SUPLICACIÓN

Además del depósito de cantidad fija previsto en el art. 227 LPL y de la consignación del importe de la condena pecuniaria del art. 228, los números 2, 3 y 4 del art. 192 LPL establecen reglas especiales para la consignación en supuestos de sentencias que hayan sido dictadas en materia de Seguridad Social y reconozcan al beneficiario el derecho a percibir una prestación. En estos casos, *“para que pueda recurrir el condenado al pago de dicha prestación, será necesario que haya ingresado en la Tesorería General de la Seguridad Social correspondiente el capital importe de la prestación declarada en el fallo, con objeto de abonarla a los beneficiarios durante la sustanciación del recurso”* (art. 192.2 LPL). Aunque la ley adolece de imprecisión, deben entenderse comprendidas tan sólo las sentencias condenatorias al pago de prestaciones públicas del sistema de Seguridad Social, no así al pago de mejoras voluntarias, pactadas colectiva-

⁽⁴¹⁾ SSTsud 16 febrero 2000 (RJ 2000, 2043); 3 octubre 2000 (RJ 2000, 8353); 5 y 26 diciembre 2000 (RJ 2001, 801 y 1879); 17, 19 y 22 enero 2001 (RJ 2001, 2060, 781 y 783); 6 marzo 2001 (RJ 2001, 2834); 16 mayo 2001 (RJ 2001, 5218); 25 junio 2001 (RJ 2001, 6336); 19 julio 2001 (RJ 2001, 7918).

⁽⁴²⁾ STS 19 junio, 5 octubre y 5 diciembre 2000 (RJ 2000, 8323, 8302 y RJ 2001, 801).

o individualmente, que se regirán por las normas generales; así se desprende de la utilización de los términos Seguridad Social y beneficiario. De otro modo no tendría sentido la intervención de un organismo público como la Tesorería General de la Seguridad, y aunque el art. 192 LPL no se refiere directamente a sentencias dictadas en la modalidad procesal de Seguridad Social (arts. 139-145), es casi seguro que se está queriendo referir a ellas.

Pero condenados al pago de prestaciones de Seguridad Social pueden resultar tanto las entidades gestoras o colaboradoras, la mayoría de las veces, como los particulares (así, un empresario), y el contenido de la condena puede consistir en el pago de una cantidad a tanto alzado o de una prestación periódica. Esta diversidad de situaciones hace que el régimen jurídico de la consignación presente peculiaridades en ciertos aspectos:

- Si se trata de cantidades a tanto alzado –diferencias de pensión, prestación por incapacidad permanente parcial, reintegro de gastos médicos, etc.– y es una entidad gestora quien ha de abonarlas, estará exenta de la obligación de consignar, por aplicación de la regla contenida en el art. 227.4 LPL⁽⁴³⁾.

- Si se trata de cantidades a tanto alzado, y el condenado al pago es un empresario o una Mutua, tampoco existe ninguna particularidad, por lo que habrá de consignar su importe por aplicación de la regla general del art. 228, salvo que tenga reconocido el beneficio de pobreza.

- La especialidad se concreta en el supuesto de que se trate del reconocimiento de prestaciones de naturaleza económica y tracto sucesivo, pues es respecto de este tipo de prestaciones que cobra sentido la norma contenida en el art. 192. 2 LPL, puesto en relación con su apartado 3 –que explícitamente utiliza el término pensión–, pese a que el precepto se refiera genéricamente a prestaciones de la Seguridad Social⁽⁴⁴⁾. Con mayor precisión, el artículo 180 LPL de 1980 se refería a "pensiones y subsidios de Seguridad Social". Cabe distinguir los siguientes supuestos:

1.º) Si la sentencia condena a cualquier empresa o entidad, sea pública o privada, que no sea una entidad

gestora –las entidades colaboradoras, caso de las Mutuas, se incluyen en este grupo–, para poder recurrir es necesario que el condenado al pago haya ingresado *"en la Tesorería General de la Seguridad Social correspondiente el capital importe de la prestación declarada en el fallo"*, con el fin de que la misma pueda ser abonada *"a los beneficiarios durante la sustanciación del recurso"*.

Una vez anunciado el recurso, el Juez dictará providencia ordenando que se dé traslado a la entidad gestora o servicio común para que se fije el capital importe de la pensión a percibir. La fijación de tales cuantías compete actualmente a la Tesorería General, conforme a los artículos 89 del Reglamento General de Recaudación de los recursos del Sistema de Seguridad Social, aprobado por RD 1637/1995 (modificado por RD 1426/1997 y por RD 2032/1998) y desarrollado por la OM de 26 de mayo de 1999.

El Juez notificará la comunicación que se haya recibido a la parte recurrente para que, en el plazo de cinco días, efectúe la consignación requerida en la TGSS, bajo apercibimiento de que, de no hacerlo así, se pondrá fin al trámite del recurso. Una vez efectuada tal consignación, el recurrente presentará en el Juzgado el oportuno resguardo, que se testimoniará en los autos, quedando bajo la custodia del secretario.

De este ingreso no se está exento aunque se disfrute del beneficio de justicia gratuita, pues nada dice el art. 192 glosado –a diferencia del art. 228 LPL, que sí exime de la obligación de consignar al recurrente que "gozare del beneficio de justicia gratuita"–, no resultando aplicable tampoco la exención para los entes públicos del art. 227.4 LPL⁽⁴⁵⁾.

Además, el art. 192 que se estudia tampoco prevé la posible sustitución del ingreso del capital coste de la pensión por otro medio aseguramiento, con lo que, en principio, no sería viable avalar el capital importe de la prestación, al no haberlo querido así el legislador; sin embargo, el Tribunal Constitucional, de forma bastante discutible, ha declarado que la obligación de consignar en metálico se puede sustituir por la presentación de aval bancario⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴³⁾ No lo están desde luego las compañías de seguros voluntarios de accidentes de trabajo, por no ser entidades gestoras (STC 172/1985).

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Sempere Navarro, A.V., "Los recursos...", cit., p. 346; Montero Aroca, J., Comentarios..., cit., p. 1093; Alonso Olea, M. y Miñambres Puig, C., Derecho Procesal del Trabajo, cit., p. 343.

⁽⁴⁵⁾ AATCT de 16 junio 1982 y 5 junio 1985; STCT 14 diciembre 1983, respecto de Corporación Local; Auto TCT 25 noviembre 1983, respecto de la Administración Central, y expresamente STC 64/1988, obligando al Estado a constituir la consignación.

⁽⁴⁶⁾ Puesto que la finalidad es que puedan materializarse las prestaciones, no se admiten medios sustitutorios de la obligación de ingresar cantidad líquida (SSTC 99/1988 y 178/1988), aunque habría que admitir fórmulas alternativas si realmente garantizan el pago de la prestación (STC 151/1989).

2.º) Si la obligada al pago fuera una entidad gestora, el sistema de aseguramiento varía. El art. 192.4 la exime de consignar el capital-importe de renta –por innecesario, obviamente–, pero la obliga a presentar en el Juzgado, al anunciar el recurso, una certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación⁽⁴⁷⁾ y de que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del recurso⁽⁴⁸⁾; la falta de aportación de esta certificación, ni no es subsanada, determinará la improcedencia del recurso (art. 193.2 LPL)⁽⁴⁹⁾. Una vez ya realizado el anuncio, caso de no cumplirse efectivamente este abono se pondrá fin al trámite del recurso, para lo que será preciso que el Juzgado o la Sala, dependiendo de en qué estado se hallen las actuaciones, acceda al conocimiento de tal circunstancia⁽⁵⁰⁾.

En coherencia con cuanto se dijo al hablar de los procesos sobre Seguridad Social y al examinar las resoluciones impugnables en suplicación [cfr. art. 189.1.c) LPL], es obvio que tales cautelas han de desplegarse también respecto de la prestación por desempleo⁽⁵¹⁾.

● Por lo que se refiere al tratamiento del incumplimiento de las obligaciones del art. 192 de la LPL, las consecuencias son similares a las del incumplimiento del deber de consignar el importe de la condena dineraria en las obligaciones laborales: la omisión de las prevenciones contenidas en el precepto conduce a la declaración de que el recurso de suplicación no se ha anunciado correctamente, con finalización de su trámite (art. 193.2 LPL), salvo que se trate de defectos subsanables –por ej., aportación de una certificación no ajustada al dictado legal; no sería subsanable, en cambio, la falta total de in-

greso del capital coste de la pensión– y los mismos se reparen efectivamente.

II. Recurso de casación para la unificación de doctrina: su limitada aplicabilidad en procesos sobre calificación de la incapacidad permanente

Contra las sentencias dictadas por los TTSJ resolviendo recursos de suplicación en cuestiones de Seguridad Social cabe interponer el recurso de casación para la unificación de doctrina regulado en los arts. 216-226 LPL. De hecho, desde la puesta en funcionamiento de este recurso en el año 1991, el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de unificar criterios y establecer jurisprudencia en numerosos temas de Seguridad Social.

Sin embargo, como recuerda la STS de 11 de febrero 2004 [RJ 2004, 2210], *“la exigencia de que se trate de situaciones de hecho sustancialmente iguales restringe extraordinariamente la viabilidad del recurso de unificación de doctrina cuando se trata de cuestiones que afectan a la calificación de lesiones a efectos del reconocimiento de los distintos grados de invalidez permanente, pues, como afirma la sentencia de esta Sala de 19 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 8251], las decisiones en materia de invalidez permanente no son extensibles ni generalizables dado que lesiones aparentemente idénticas... pueden afectar a los trabajadores de distinta manera en cuanto a su incidencia en la capacidad de trabajo”*.

⁽⁴⁷⁾ “O se inicia el trámite para el abono...”, fórmula admitida por la STS de 20 enero 1987 (RJ 1987, 91), interpretación flexible que han confirmado las SSTC 127/1987 y 27/1988.

⁽⁴⁸⁾ Esta certificación cumple la misma finalidad de aseguramiento que la consignación a que se refieren los párrafos precedentes del mismo art. 192 LPL, no tratándose de un mero trámite formal; con este requisito se pretende que el beneficiario a quien se le ha reconocido judicialmente una prestación no resulte perjudicado ni quede desasistido durante la tramitación del recurso que decida interponer la entidad gestora. De ahí que se haya afirmado su constitucionalidad en varias ocasiones: cfr. SSTC 124/1987, 244/1988, 110/1992 y 274/1993.

El ATS de 17 julio 1998 subraya que lo exigido es el compromiso de abonar, durante la tramitación del recurso, las pagas periódicas, pero no las cantidades ya vencidas a las que hubiere sido condenada.

⁽⁴⁹⁾ Sobre el carácter subsanable de los defectos conectados con este requisito procesal, cfr. la STC 89/1998, de 21 abril, y las en ella citadas.

⁽⁵⁰⁾ Lo normal es que el beneficiario de la prestación ponga en conocimiento del órgano judicial el referido incumplimiento, solicitando el archivo del recurso, pero, como alguien ha señalado, no bastará la mera afirmación del beneficiario, sino que debe abrirse un incidente, en el que la entidad gestora pueda ser oída y tenga la oportunidad de presentar la prueba oportuna, bien para negar el incumplimiento, bien para justificar su retraso en el pago de la prestación (Espinosa Casares, I., *Técnica del recurso...*, cit., p. 167). Los simples retrasos burocráticos, poco trascendentes, no justifican que se ponga fin al trámite del recurso (STC 68/1988, de 18 abril; STSJ Cataluña, de 11 enero 1994 [AS 1994, 147]). Con todo, la solución (permitir o no la subsanación) en muchos casos es dudosa y tales incertidumbres se proyectan en la jurisprudencia ordinaria que puede emitir pronunciamientos dispares en supuestos idénticos o muy similares.

⁽⁵¹⁾ STCT de 30 marzo 1982 (RTCT 1982, 2146).

Por ello, se afirma también que "en realidad no es ésta una materia propia de la unificación de doctrina tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general" (SSTS de 27 octubre y 2 diciembre 2003 [RJ 2003, 7767; RJ 2004, 1169]. La misma doctrina se repite, más escuetamente, en otra STS de 27 abril de 2005 [RJ 2005, 6134].

Al igual que respecto de otras cuestiones en las que la valoración de los hechos es crucial para dictaminar jurídicamente (por ejemplo, despido y existencia o no de contrato laboral), se advierte en estas sentencias sobre la dificultad (no la absoluta imposibilidad) de que los pronunciamientos judiciales puedan ser traídos, con éxito, al contraste que presupone el recurso de casación para unificación de doctrina. No queda más remedio que convenir en que las circunstancias concurrentes en cada caso determinan situaciones distintas⁽⁵²⁾, máxime teniendo en cuenta los componentes subjetivos que influyen en la capacidad de trabajar⁽⁵³⁾.

Por su lado, el Tribunal Constitucional ha convalidado este criterio jurisprudencial en su Sentencia 53/1996, de 26 de marzo; matizando, no obstante, que no es que esté descartada de raíz la posibilidad de sentar doctrina unificadora en estas cuestiones; simplemente, se resalta la dificultad de que ello se produzca en materia de calificación y graduación de las situaciones incapacitantes, pues la calificación dependerá en cada caso de la valoración que merezcan las lesiones padecidas por el singular sujeto afectado, a la vista de las concretas circunstancias objetivas y subjetivas en él concurrentes.

En definitiva, y a modo de conclusión, no cabe un cierre absoluto y apriorístico del RCUD *ratione materiae*, exclusión no directamente contemplada en la Ley rituarial laboral⁽⁵⁴⁾, pero se reconoce que es sumamente improbable que prospere el instrumento impugnatorio de referencia, por la dificultad que comporta el hallazgo de términos válidos para el contraste cuando lo esencial del caso radica en calificar el estado del presunto inválido. ●

⁽⁵²⁾ Como bien advierte Álvarez de la Rosa, M., *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, Civitas, Madrid 1982, p. 218, "desconocer esta premisa significa, ni más ni menos, que incurrir en la arbitrariedad o en la fijación previa de unas listas de disminuciones o enfermedades incapacitantes, y ambas situaciones (...) están hoy legalmente vedadas".

⁽⁵³⁾ Como afirma el Auto 30 diciembre 1992, "iguales lesiones pueden producir diversas consecuencias en los afectados, en atención a las circunstancias de tipo subjetivo que pueden intervenir en cada caso concreto".

La STS 11 abril 1995 (RJ 1995, 3042), al igual que otras varias, llega a decir que esa "dificultad de apreciar el imprescindible requisito de la identidad [...] en el presente caso se constituye en auténtica imposibilidad".

⁽⁵⁴⁾ Sí indirectamente, en la medida en que, al no ser susceptibles de recurso de suplicación, no llegarán –no deben llegar– a casación para unificación de doctrina las cuestiones resueltas definitivamente en instancia atinentes a la fecha de disfrute de vacaciones, material electoral, clasificación profesional, impugnación de sanción por falta que no sea muy grave no confirmada judicialmente y las dictadas en reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 300.000 ptas., siempre que, además, no se trate de alguno de los asuntos que en todo caso se declaran impugnables ante la jurisdicción autonómica (art. 189.1 LPL).

LA PRUEBA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Magdalena DEL ÁLAMO TRIANA

Letrada de la Administración de la Seguridad Social

157

I. Introducción

El fin del proceso de trabajo, y como modalidad específica del mismo prevista en el texto de la LPL, el de la Seguridad Social, es, como dice Rodríguez Piñero⁽¹⁾, la búsqueda de la verdad material, es decir, la verdad a secas, no llamada verdad procesal.

Y a aquella verdad se ha de llegar en la mayoría de los casos a través y por medio de la prueba. Así, la LPL preceptúa en su art. 97.2, relativo a la sentencia, que el Magistrado, apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión.

Es indiscutible que en casi todos los procesos laborales se debaten cuestiones de hecho; también en los de Seguridad Social, aun cuando aquí la proporción de esos casos, quizás, sea menor, si tenemos en cuenta los supuestos en los que se debaten cuestiones estrictamente jurídicas.

Para aquéllos, ello implica naturalmente que, en or-

den a la actuación del Derecho, es de todo punto necesario que tales hechos, en los que se ha de basar la resolución judicial que pone fin al proceso, queden suficientemente probados, sean éstos hechos invocados por la parte actora o alegados por la demandada con el fin de enervarlos o contradecirlos.

En consecuencia, puede afirmarse que de los tres períodos en que tradicionalmente se divide el proceso –alegaciones, prueba y decisorio–, el segundo –la prueba– tiene tal trascendencia e importancia que de él depende el éxito o prosperabilidad del derecho que se actúa. Éste es el sentir general de la doctrina al respecto⁽²⁾.

● La prueba laboral se podría definir como el acto o los actos procesales en los que intervienen o pueden intervenir las partes, terceras personas y el Juez de lo Social, cuyo fin es acreditar la certeza y realidad de los hechos en que haya de apoyarse el derecho a aplicar por aquél, y, en su caso, por el Tribunal Superior en la sentencia.

● La actividad probatoria es de enorme trascendencia, de ahí que el derecho a la prueba forme parte del

contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, y por ello, la violación de las normas por las que se rige puede causar la nulidad de actuaciones procesales en cuanto puede ser causante de indefensión.

Además, en el proceso laboral, y por ende en el de su modalidad especial sobre Seguridad Social, la importancia de la prueba es especialmente significativa, si se tiene en cuenta que se trata de un proceso con una sola instancia y por ello con la necesidad de realizar el trámite probatorio con toda su plenitud en la única oportunidad existente, pues no se ofrece la posibilidad que sí se da en el proceso civil, aunque ésta se halle muy condicionada, de ampliar la prueba o suplir algunas posibles deficiencias de la misma en el trámite ulterior de recurso –arts. 460 y 464 de la vigente LEC–; y también por los derechos primarios que en él se ventilan. Su práctica ofrece algunas peculiaridades, lo que se intentará plasmar en este artículo.

II. Objetivo de la prueba

158

Si bien el objeto fundamental de la actividad probatoria, dirigida a demostrar la realidad de los hechos alegados, es probar los hechos, ello no impide precisar que el objeto de la prueba no alcanza a todos los hechos ni tampoco sólo a los hechos (pues puede alcanzar también al derecho). Por razones de extensión, aludiré únicamente a la exención de prueba de los hechos notorios y a las presunciones legales. **A) Por hechos notorios** se entienden aquellos que en un ambiente social normal se dan como ciertos y de general conocimiento. La notoriedad supone que habrá de tratarse de un hecho social, claro y de “público conocimiento”, y a la vez de conocimiento judicial, de notoriedad elocuente. La LEC así lo recoge en su art. 281.4 (“No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”), y aunque la LPL no

EN EL PROCESO
LABORAL, Y POR ENDE
EN EL DE SU MODALIDAD
ESPECIAL SOBRE
SEGURIDAD SOCIAL, LA
IMPORTANCIA DE LA
PRUEBA ES
ESPECIALMENTE
SIGNIFICATIVA, SI SE
TIENE EN CUENTA QUE
SE TRATA DE UN
PROCESO CON UNA
SOLA INSTANCIA Y POR
ELLO CON LA NECESIDAD
DE REALIZAR EL TRÁMITE
PROBATORIO CON TODA
SU PLENITUD EN LA
ÚNICA OPORTUNIDAD
EXISTENTE

dice nada en términos generales sobre este particular, es lógico que estén los mismos excluidos de prueba, ya que, si son notorios, los conoce también el Juez, y si éste los conoce, ya no es necesaria ninguna actividad de parte para acreditarlos. Sería de tal naturaleza, por ejemplo, la afirmación de que una gastritis es una inflamación en el estómago, o que la artrosis es una enfermedad progresiva e irreversible, a efectos de reclamación de una incapacidad permanente; o que las altas médicas extinguen el derecho al cobro del subsidio correspondiente al tratarse de un hecho conocido por todos los usuarios de la Seguridad Social (**STSJ Cataluña 08-05-02, AS 2121**).

● La LPL en su art. 85.4 contempla un supuesto de hecho notorio, precisamente para exonerarlo de prueba, en re-

lación con la afección generalizada que pueda tener un proceso a efectos de recurso de suplicación –art. 189.1.b)– al prever que “no será preciso aportar prueba sobre esta concreta cuestión cuando el hecho de que el proceso afecta a muchos trabajadores o beneficiarios sea notorio por su propia naturaleza”. Es decir, si la afectación general es notoria o no es cues-

(1) M. Rodríguez Piñero, “Derecho del Trabajo y proceso”. Publicaciones de la Escuela Social de Murcia, 1.972, pp. 2 y 12.

(2) L. Muñoz Sabaté, en su obra *Técnica probatoria*, Editorial Praxis, S.A., Barcelona, 1967, pp. 33 y ss., afirma que “... Hoy por hoy, el problema de la prueba, en frase de Jerome Frank, sigue siendo el punto más débil de la administración de justicia. Y es que de poco puede servir a una persona hallarse en posesión del derecho más claro e incontrovertible si en el momento procesal oportuno no logra demostrar los hechos que constituyen la hipótesis legal. Por eso se ha dicho que quien no consigue convencer al juez, cuando su derecho es desconocido o negado por los hechos de que depende su derecho, es como si no tuviera ni hubiese tenido nunca el derecho”. Los prácticos medievales ya afirmaban que in probatione consistit tota virtus causarum pondusque litis et exitus totius controversiae (Ravizza, *In Digesto it.*, voz “Prova penale”, vol. XIX, parte II, p. 985).

(3) La exigencia de que la circunstancia de afectación general fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes, lo es con la finalidad de impedir que, mediante la cláusula de estilo de invocar la masiva implicación de trabajadores o beneficiarios, se abra indiscriminadamente el portillo de acceso al recurso y viene a objetivar el examinado presupuesto de operatividad.

tionada por las partes, el requisito de recurribilidad queda cumplido, pese a que la cuantía litigiosa no exceda de 1.803,04 euros⁽³⁾. En algunos casos tal notoriedad puede apreciarse si se observa que penden en la instancia diversos procesos idénticos, los cuales seguirán previsiblemente la misma suerte que el más adelantado de todos ellos, pues, en cierta forma, están a expensas de su solución (**STC 108/1992, de 14 septiembre**). No obstante, aun cuando cabe entender satisfecha la exigencia procesal por la evidencia de la afectación masiva, si el órgano judicial lo desea, se encuentra justificado el que reclame la prueba acerca de la notoriedad del hecho relevante (**STC 59/1986, RTC 59**). De todos modos, la interpretación de este precepto es controvertida, como demuestran las SSTs, acompañadas del voto particular de parte de la Sala: tres de **15-04-99, RJ 4417, 4419 y 6438; 16-04-99, RJ 5996; y las tres de 15-04-99, RJ 4418, 4421 y 5994; 16-04-99, RJ 5995 y 31-05-99, RJ 5003**, estas últimas sin voto particular.

● La opinión mayoritaria de la Sala de lo Social del TS es que incluso en los casos en que la afectación es notoria –en contra del tenor literal de último inciso del art. 85.4 de la LPL, que exige de aportación de prueba sobre esta concreta cuestión en estos casos– y no discutida –esto es, que posee claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes–, debe exigirse tanto la alegación como la prueba; y ello pese a que parece deducirse lo contrario de la doctrina del TC, entre otras en las **SS 79/1985, de 36 de julio, RTC 1985, 79; 59/1986, de 19 de mayo, RTC 1986, 59; 108/1992, de 14 de noviembre; 162/1992 y 164/1992, de 26 de octubre, RTC 1992, 108, 162 y 164**.

● La justificación efectiva en autos de que la cuestión litigiosa afecta a un gran número de trabajadores o beneficiarios de Seguridad Social podrá realizarse mediante certificación administrativa expedida por funcionario competente acreditativa de que la problemática que se suscita en el procedimiento atañe a un

número ingente de ellos, determinándolo si es posible; o bien proponiendo prueba documental constituida por múltiples demandas interpuestas con la misma pretensión, sentencias recaídas, y certificaciones de la EG sobre el número de trabajadores que se encuentran en igual situación⁽⁴⁾. **B)** Tampoco es preciso acreditar **los hechos que se hallen favorecidos por una presunción legal**. Se trata de hechos a los que la ley, por las razones que sean, les favorece con una presunción de veracidad, y por esa razón, porque la ley ya parte de la base de que son verdad, no tienen necesidad de ser probados. Son generalmente presunciones *iuris tantum* que no exigen prueba demostrativa del hecho por ellas presumido (aunque, por su propia naturaleza, podrán ceder ante la prueba de los hechos que la contradigan, que incumbirán a la parte no beneficiada por la presunción). En la vigente LEC se recogen las presunciones legales como medio de prueba, aun cuando no aparezcan enumeradas como tal en el listado de medios que contiene el art. 299⁽⁵⁾, por no tratarse de una lista cerrada, sino con *numerus apertus*, como se deduce de su apartado 3 (“cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba...”), refiriéndose ya expresamente a ellas en su art. 385.

● En materia de Seguridad Social existen presunciones de esta naturaleza, como la contemplada en el **art. 115.3 LGSS** respecto de la presunción de que determinadas lesiones (las que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo) son derivadas o constitutivas de AT. De este modo el trabajador sólo tiene necesidad de acreditar el hecho base de que la lesión se produjo durante el tiempo y en el lugar de trabajo, para que resulte probada la conexión causal de que el accidente se ha producido con ocasión o por consecuencia del trabajo. Es una presunción legal *iuris tantum* que releva al trabajador de la carga de la prueba de la causalidad, pero admite prueba en contrario que ponga de manifiesto la ruptura de la relación

⁽⁴⁾ Lo que ya no es cuestionable es que corresponde al órgano de suplicación comprobar, por su carácter de orden público, si se dan los requisitos de acceso al recurso y, en concreto, si la sentencia recurrida afecta a un gran número de trabajadores, razonando, en su caso y de forma suficiente, la no concurrencia de los presupuestos de admisión para poder acordar la inadmisión del recurso (STC 58/1993, de 15 de febrero, RTC 58; SSTC 109/1992; 143/1992; 144/1992; 164/1992, 165/1992 [RTC 1992, 109, 143, 144, 164 y 165]).

⁽⁵⁾ Así lo entiende el TS calificándolo de prueba “indirecta” y “supletoria”, a falta de pruebas directas: SSTs 21-10-82, 12-7-83, 12-12-87, 24-1-89, 2-6-95, 6-11-98, 29-3-99. El Magistrado Juan Cremades Morant, Presidente de la sección 13.ª de la AP Barcelona, en su artículo “La prueba. Disposiciones generales” de la obra *Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, publicada por SEPIN, 2000, discrepa, considerando que no son un medio de prueba sino una forma o método para probar (como dice la EM “método de fijar la certeza de ciertos hechos”), a falta de prueba “directa”, que resulta fundamental en supuestos tales como la simulación, el fraude... Al operar sobre los “resultados” de los medios de prueba, tratándose de un procedimiento lógico deductivo y no exigiendo formalización externa alguna, no requiere “procedimiento probatorio” alguno.

de causalidad presunta entre el trabajo y la lesión. La aplicación de la presunción produce pues, una inversión en los principios de la carga de la prueba, puesto que en los supuestos de aparición súbita de una dolencia, susceptible de etiología laboral, en el tiempo y lugar de trabajo, el lesionado únicamente ha de justificar esa ubicación en el tiempo y en el espacio, recayendo sobre el patrono o las correspondientes entidades subrogadas la carga de justificar que la lesión, trauma o defecto, no se produjo a consecuencia de la realización de la tarea (véase, al respecto, la **STS 7-10-03, RJ 7724**). La **STS, unificación de doctrina, de 23-11-99**, afirma que esta presunción se aplica, no sólo a los accidentes (en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y no lenta de un agente exterior), sino también a las *enfermedades que se manifiestan durante el trabajo*⁽⁶⁾, siendo necesario para excluir la presunción, prueba en contrario que evidencie de forma inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad. Es decir, es preciso que se trate de enfermedades que no sean susceptibles de una relación causal con el trabajo o que esa relación quede excluida mediante prueba en contrario, precisándose a estos efectos que, en principio, las lesiones cardíacas, aunque tengan una etiología común, pueden estar en su desencadenamiento relacionadas causalmente con el trabajo, y el hecho de que existan con anterioridad no es suficiente para excluir la actuación del trabajo como factor desencadenante.

● El art. **172.2 LGSS** establece una **presunción iuris et de iure**, que no admite prueba en contrario, aquella conforme a la cual se reputan de derecho muertos a consecuencia de AT o EP quienes tengan reconocidas por tales contingencias una IPA o la condición de gran inválido, admitiéndose la prueba en contra en otro caso, siempre que el fallecimiento haya ocurrido dentro de los cinco años siguientes a la fecha del accidente, y sin límite temporal en el caso de EP. El art. **173 LGSS** contiene otra **presunción** respecto de los gastos de sepelio, presumiendo, **salvo prueba en contrario**, que dichos gastos han sido satisfechos, por este orden, por el cónyuge superviviente, por los hijos y por los parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente. A efectos de jubilación anticipada, se establece la presunción de involuntariedad del cese cuando la extinción de la relación laboral se haya producido por alguna de las causas del art.

LA DOCUMENTAL
PÚBLICA ES PRUEBA MUY
CORRIENTE EN
PROCESOS DE
SEGURIDAD SOCIAL... SI
BIEN EN ESTOS CASOS EL
PROBLEMA ES LA POSIBLE
DISCREPANCIA ENTRE
DOCUMENTOS PÚBLICOS
Y OTROS PRIVADOS QUE
PUEDAN ACREDITAR QUE
AQUÉLLOS NO REFLEJAN
LA REALIDAD, EXIGIENDO
ENTONCES UNA LABOR
JUDICIAL TRASCENDENTE
DE VALORACIÓN

208.1.1 LGSS, en el art. **161.3 LGSS**, modificado por la Ley 52/2003, D. A. 2.^a.1. En la **D. A. 17.^a LGSS** se establece la presunción de que existen cotizaciones en ciertos casos para la prestación de desempleo de los estibadores. En la IPT cualificada para mayores de 55 años, en presunción que la práctica administrativa ha configurado como excluida de prueba en contrario, se da por supuesta la dificultad de encontrar empleo (**art. 139 LGSS**). Y sobre el campo de aplicación del RETA se sientan determinadas presunciones para la inclusión del personal de alta dirección que posee el control societario en función de determinadas circunstancias (**DA 27.^a LGSS**).

● Si bien no como auténtica presunción legal,

el art. **115.2 LGSS** establece una “consideración” de ciertos sucesos, como AT, al señalar que tiene la consideración de AT, entre otros, la prevista en el **apartado e**: “las enfermedades no incluidas en el artículo siguiente (es decir, enfermedades que no sean profesionales), que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo”. Pues bien, en la definición de AT del art. 115.1 LGSS, al hablar de “lesión corporal”, se está refiriendo a un daño sufrido por el accidentado no en su cuerpo, sino en su persona más bien, incluyendo pues las alteraciones de su psiquismo o las lesiones psicosomáticas.

La idea que preside en este aspecto el art. 115 LGSS y su interpretación es que no sólo el acto de trabajo en sentido estricto, sino también todo acaecimiento que tenga alguna conexión con el trabajo –o

⁽⁶⁾ Entre estas enfermedades de súbita aparición o desenlace, a las que se aplica automáticamente la presunción iuris tantum, se ha incluido el infarto de miocardio –SSTS 27-2-97, RJ 1605; 23-1-98, RJ 1008–, la angina de pecho –SSTS 14-7-97, RJ 6260; 23-7-99, RJ 6841– y el accidente cardiovascular activo con hemiparesia derecha –STS 4-5-98, RJ 4091–. Pero es necesario que se cumplan las dos exigencias de tiempo y lugar en el acaecimiento del accidente laboral, pues si falla una de ellas no puede aplicarse la presunción (sin perjuicio entonces de que el trabajador pueda no obstante probar la relación de causalidad).

del que no se pruebe que deje de tenerla—, está dentro de la relación de causa u ocasión. Se cita este precepto por cuanto el fenómeno del *mobbing* ⁽⁷⁾ puede tener perfecto encaje en él, ya que las bajas médicas, los procesos de IT del trabajador que secundan a las conductas de acoso moral o psicológico no son sino el efecto, la consecuencia, de una actuación previa o prolongada en el tiempo, de hostigamiento, de presión, de violencia del acosador, producida en el marco de su trabajo, en el desenvolvimiento de su ejecución. Las conductas realizadas por sujetos acosadores logrando el efecto de que el trabajador llegue a padecer una enfermedad o dolencia, prolongada en el tiempo, es el punto de arranque de la configuración del *mobbing* como un riesgo de carácter profesional y, más concretamente, como un AT.

El único problema que puede concurrir para obstaculizar esta afirmación no es de índole jurídica, sino práctica: es preciso probar que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del trabajo. Se trata, como en otros tantos casos, de un tema de prueba, de acreditar la relación de causalidad existente entre los procesos de alteración de la salud del trabajador en los que normalmente suelen desembocar estos comportamientos (depresiones, síndrome de ansiedad, de estrés post-traumático) y la realización del trabajo. Ello puede resultar en ocasiones difícil al requerir la práctica de testificales (testigos compañeros que pueden negarse a colaborar con la víctima por miedo a represalias) o periciales (que vengan a apuntar que el verdadero origen de la lesión de la enfermedad, radica o se halla en el trabajo, pero no porque lo refiera la víctima, el paciente, sino porque él, como facultativo, haya llegado a esa conclusión).

Es por ello que la configuración del *mobbing* como AT la vienen realizando los tribunales en el seno de procesos seguidos en materia de Seguridad Social, normalmente en supuestos en los que las Mutuas Patronales reclaman que el carácter de la contingencia determinante de la incapacidad laboral sea común y no laboral, en situaciones de IT o IP, contingencia de

la que dimanará la prestación económica de Seguridad Social que el trabajador reclame (en este punto se destacan las **SS de TSJ Navarra 18-05-01, AS 1821, FD tercero; SSTSJ País Vasco 30-04-02, AS 2411 y 09-05-00, AS 3289; SSTSJ Cataluña 30-05-01, AS 2602; 03-11-00, AS 208; 17-02-03)** ⁽⁸⁾.

● Otra presunción *iuris tantum* es la prevista en el art. 53.2 del T. R. de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobado por RD 5/200, de 4 de agosto, que establece una **presunción *iuris tantum*** según la cual “los hechos constatados por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social o Subinspector de Empleo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos establecidos en el apartado 1, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados”. El mismo valor probatorio se atribuye a los hechos reseñados en informes emitidos por la Inspección de Trabajo —en los supuestos a que se refieren los n.ºs 5, 6, 7, 8 y 11 del art. 7 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, consecuentes a comprobaciones efectuadas por las misma—, sin perjuicio de su contradicción por los interesados. Presunción de certeza (sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden aportar los interesados) que se corrobora en idéntico sentido, en la DA 4.ª, 2 y art. 7 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y reglamentariamente en el art. 32.1.c) del RD 928/1998, de 14 de mayo, también para las **actas de liquidación** formalizadas habiendo observado los requisitos legales pertinentes.

● Estas presunciones han sido muy utilizadas por la defensa de la Administración de la Seguridad Social, hasta la fecha en que la competencia para el conocimiento de estas cuestiones se ha traspasado a la jurisdicción contencioso-administrativa, en procesos relativos a encuadramiento de trabajadores en concretos regímenes de la Seguridad Social realizados por la TGSS a consecuencia de, o con causa en, la ac-

⁽⁷⁾ H. Leymann lo define como aquella situación en que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado, sobre otra persona o personas, respecto de las que mantiene una relación asimétrica de poder, en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo. Es el predecesor, entre otras patologías, del síndrome de estrés post traumático y del síndrome de ansiedad generalizada. El JS Cataluña, Girona, S 17-9-02, Ponente Ramón Gimeno Lahoz, señala que debe ser traducido jurídicamente como “presión laboral tendenciosa” al definirse como aquella presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador, mediante su denigración laboral.

⁽⁸⁾ De problemática semejante se trata en los casos del síndrome de “estar quemado” o burnout que para quedar acreditado cuanto menos debería practicarse el cuestionario denominado Marlasch Burnout Inventory (MBI) que mide los tres factores de agotamiento emocional, despersonalización y baja realización personal, no siendo bastante pues con que se diagnostique por el médico que suscribe los partes médicos que se trata de un burnout, máxime cuando los servicios médicos de los organismos pertinentes (EVI) determinan la contingencia como común.

tuación inspectora, que en visitas a empresas (personas físicas o jurídicas) constataba la indebida afiliación del trabajador en un régimen procediendo a darle de alta en el legalmente correspondiente; o la falta de alta de determinados trabajadores en la empresa, apreciando su relación laboral por cuenta ajena, la naturaleza de la actividad realizada...; o en procesos en los que se discutía acerca del cese en la actividad mercantil desde determinada fecha, o al contrario, el inicio de la actividad en fechas anteriores al alta efectuada; o relativos al carácter de la jornada de trabajo realizada por los trabajadores; o a la existencia de relación laboral, bien por cuenta propia, bien por cuenta ajena, como presupuesto del encuadramiento en el régimen correspondiente. O puede referirse la presunción a los comportamientos patronales sobre medidas de seguridad e higiene (la omisión de medidas de seguridad e higiene en el trabajo por parte de la empresa) que determinan un incremento en las prestaciones generadas por el trabajador que sufrió un AT. En todos estos casos se produce entonces un cierto desplazamiento de la carga de la prueba, pues hechos contrarios a los constatados por la Inspección habrán de ser acreditados por quien los alegue. Si bien habría que matizar que en la práctica, en muchas ocasiones, los hechos reflejados en las actas levantadas o en los informes expedidos son desvirtuados fácilmente en juicio mediante prueba suficiente e idónea practicada de contrario, en aquellos casos en que en tales documentos los inspectores se limitaban a recoger simples afirmaciones subjetivas extraídas de su visita sin haber realizado una investigación exhaustiva y contundente, y no simplemente superficial, que les llevaran a esas conclusiones. Sobre todo en los casos que implicaban efectos retroactivos de las resoluciones dictadas, o en los de determinación de la existencia de relación laboral, en los que, de no haber mediado una mínima diligencia probatoria por su parte, carecerían de eficacia sus afirmaciones, siendo insuficiente el mero examen documental por su parte, sin más, para verter determinado tipo de conclusiones, que no son más que opiniones subjetivas.

III. Particularidad en los procesos sobre Seguridad Social

Acerca de la naturaleza o función de estos procesos la reciente **STC 17-6-03, RTC 205**, F.D. Sexto, ha matizado que "... en materia de seguridad social, el proceso laboral, en cuanto que es un proceso en que el beneficiario litiga contra una Administración Pública, entendida ésta en sentido amplio, se asimila cada vez más a un proceso contencioso-administrativo. O dicho de otra manera, el Órgano judicial laboral lleva a cabo una función revisora de los actos administrativos

LA PERICIAL MÉDICA ES,
SIN DUDA, LA PRUEBA
REINA EN LOS PROCESOS
DE SEGURIDAD SOCIAL AL
VERSAR MUCHOS DE
ESTOS JUICIOS SOBRE
INCAPACIDADES, EP Y AT,
POR LO QUE SE TORNA
FUNDAMENTAL CUANDO
SE TRATA DE VALORAR
DICHAS SITUACIONES

o decisiones de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, en materia de re-conocimiento de prestaciones de la Seguridad Social, presupuesto previo ineludible para la declaración judicial. De manera que cabe preconizar la declaración de nulidad de aquellas actuaciones administrativas que adolezcan, entre otros vicios, de los más frecuentes en la práctica... Por tanto, es de indudable aplicación la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común a los actos administrativos

de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, mediante los que se reconoce o deniega a los presuntos beneficiarios el derecho a las prestaciones que otorga el Sistema Público de Seguridad Social...".

Como especialidad en estos procedimientos, por lo que al objeto del artículo interesa, se da la **necesidad de aportación del expediente administrativo**. Como las reclamaciones planteadas por los interesados frente a las EEGG o la TGSS han generado una actuación administrativa previa, se halla la previsión de que el Juez, al admitir a trámite la demanda, *recabe de oficio* (es decir, viene obligado a ello) a la EG la remisión del *expediente original completo* que haya instruido, o de copia del mismo y, en su caso, informe de los antecedentes que posea en relación con el contenido de la demanda en plazo de diez días (LPL art. 142.1). La no remisión del expediente no supondrá la suspensión del juicio salvo que la EG justificara suficientemente la omisión (un ejemplo de esta situación fue la imposibilidad de aportación, por destrucción del expediente, como consecuencia de las riadas o inundaciones en Alicante en 1982; o puede serlo la eliminación del expediente por expurgo administrativo, o simplemente por extravío) o al demandante le pudiera interesar su aportación, en cuyo caso el Juez suspende la vista y vuelve a reiterar la orden de remisión del expediente. Para sí, en el nuevo plazo, el expediente no es remitido, el juicio se celebra desde luego, pero **se posibilita la consecuencia de que los hechos alegados en la demanda se tengan por probados**. En efecto, el art. 143.3 LPL contiene la importante regla según la cual "podrán tenerse por

probados aquellos hechos alegados por el demandante cuya prueba fuera imposible o de difícil demostración por medios distintos de aquél”; **ficta confesio** (facultad, que no obligación, del Juez), por tanto, condicionada a la necesaria suspensión y nuevo señalamiento y limitada a los hechos que resultaran difíciles de demostrar sin el expediente⁽⁹⁾. Es decir, no se trata de un resultado mecánico, sino que tienen que concurrir dos circunstancias: una, que la prueba de aquellos hechos, como dice la Ley, fuera “imposible o de difícil demostración por medios distintos” al propio expediente; y otra, que el juez considere prudente la declaración como probados de tales hechos. Puede darse esta imposibilidad o dificultad de probanza para el demandante, por ejemplo, si quiere demostrar las cuantías de las bases de cotización por determinadas contingencias por las que cotizó la empresa, de periodos temporales no muy próximos a la fecha del hecho causante de la prestación, cuando ello sea necesario para modificar el cálculo de la base reguladora de la prestación; o en los casos en los que la Mutua necesite demostrar la existencia de descubiertos de cotización reiterados en que haya incurrido la empresa demandada, con la finalidad de lograr su exoneración de responsabilidad en el pago de prestaciones. El art. 143.3 confirma aquí el principio que para la prueba documental establece el art. 94.2 LPL, si bien con mayor limitación, pues en éste la *ficta probatio* sólo exige la no presentación de documentos *sin causa justificada*.

● De todos modos, hay que resaltar que, en la práctica, se suele reparar el defecto de la falta del expediente a través del remedio consistente en que por el juez se requiera éste como **“diligencia para mejor proveer”** contemplado en el art. 88 LPL (así se recoge en la **STS 5549/1992**). Lo que ocurre es que este precepto también establece que, si consiste en pedir algún documento a una parte, y ésta no lo presenta sin causa justificada en el plazo que se fije, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por

la contraria en relación con la prueba acordada; es decir, las consecuencias son, para el caso de incumplimiento de la diligencia, de alcance semejante a las señaladas en el art. 143.3 LPL.

● El expediente sirve además para determinar si hay congruencia entre las peticiones en vía administrativa y en vía jurisdiccional –exigida por el art. 142.2–, que prohíbe a las partes como regla general aducir en el proceso “hechos distintos” de los alegados en el expediente administrativo, salvo que los mismos se hubieran producido con posterioridad –según se infiere del art. 72.2–, aparte de poder *contener valiosos elementos de prueba*. La regla pone de manifiesto que el expediente administrativo es un elemento capital en estos procesos habiéndose llegado a afirmar que posee un valor preponderante al de la resolución que se haya podido emitir (Delgado Sainz). De ahí la necesidad de su aportación a juicio, pues en él constan normalmente los antecedentes necesarios para resolver con acierto las cuestiones planteadas en la litis.

IV Medios de prueba y valoración

El art. 90.1 LPL se limita a autorizar a las partes en el juicio laboral para valerse de todos los medios de prueba admitidos en derecho, lo que remite, pues, al art. 299 LEC que lo relaciona citando: el interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos, a los que se añaden los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen (ya expresamente incluidos como tales en el apartado 2 del art. 90 LPL), o datos, cifras y operaciones matemáticas, y, en general, cualquier otro medio no expresamente previsto a través del cual se pueda obtener certeza sobre hechos relevantes (lista, pues, abierta, frente a la anterior cerrada del art. 578 de la

⁽⁹⁾ Otros supuestos de ficta probatio se contienen en los arts. 94.2 LPL, respecto de los documentos pertenecientes a las partes, que deben aportarse al proceso si son medios de prueba, y el art. 88.2, relativo a la diligencia para mejor proveer consistente en la confesión judicial o en pedir algún documento a una parte: si no se presenta el documento en el primer caso, o si no se lleva a cabo lo acordado, en el segundo, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada. O la ficta confessio del art. 91.2, que permite ser tenido por confeso al confesante que no comparece o, comparecido, no contestare. Junto con el art. 143.3 suponen instrumentos de los que, en realidad, los Jueces de lo Social hacen escaso uso, sobre todo respecto de las consecuencias derivadas de la falta de aportación del expediente administrativo por la EG. De hecho, respecto de la previsión contenida en el art. 143.3 es frecuente que el demandante, e incluso el Magistrado, prefieran la suspensión del juicio hasta que obre en autos el expediente completo, o bien acordar su posterior aportación por la EG mediante diligencia para mejor prever, solución que no siempre es la mejor por lo que comporta de retraso en dictar sentencia. No olvidemos que con estos mandatos lo que se persigue es hacer realidad el derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas –art. 24.2 CE–, en concordancia con el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4-11-1950, y ratificado por España mediante Instrumento de 26-09-1979, principio que en el proceso laboral se ve acentuado por el de celeridad que exige el art. 74.1 de la Ley Ritual.

extinta LEC). Las presunciones, legales y judiciales se regulan, respectivamente, en los arts. 385 y 389 LEC⁽¹⁰⁾. Me referiré solamente, por su importancia en procesos de Seguridad Social, a las siguientes:

A) DOCUMENTAL PÚBLICA

Tal carácter ostenta el expediente administrativo que debe aportarse por la EG en estos procedimientos.

No existe una definición legal de alcance general de lo que deba entenderse por "expediente administrativo". El art. 164 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por RD 2.568/1986, de 28 de noviembre, sí la ofrece, disponiendo que es *"el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla. Los expedientes se formarán mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, y sus hojas útiles serán rubricadas y foliadas por los funcionarios encargados de su tramitación"*. A pesar del reducido ámbito administrativo en que se circunscribe, pienso que tal significado es extrapolable al expediente administrativo de cualquier AP, en líneas generales; eso sí, lógicamente, adaptado a las competencias específicas de cada una.

Se ha mejorado mucho su contenido, quizás por la toma de conciencia por parte de la Administración de su importancia e influencia en el proceso, pues un expediente completo puede suponer en ocasiones el éxito de la confirmación de la resolución administrativa combatida. Es esencial que el expediente refleje adecuadamente el iter procedimental referido a la resolución recurrida, con una recopilación ordenada de sus antecedentes, incluso remotos, y no sólo los más recientes, cuando de ello se pueda vislumbrar una de-

NO EXISTE NINGÚN
MEDIO DE PRUEBA QUE
PUEDA CONSIDERARSE DE
MAYOR IMPORTANCIA
QUE OTRO, SEGÚN EL
TRIBUNAL SUPREMO,
CON LO QUE CADA
HECHO PUEDE ADMITIRSE
PROBADO EN BASE A UN
MEDIO DE PRUEBA
DIFERENTE

fensa del tema controvertido, o incluya informes o aclaraciones al respecto, basados en datos o circunstancias que consten en el mismo. En la LPL se exige la remisión del original o copia del mismo, o de las actuaciones (especie de testimonio), y, en su caso, informe de los antecedentes de la demanda: es decir, se insiste en la necesidad de su aportación, o al menos, de la constancia de su contenido en los autos, y que sea lo más exhaustivo posible⁽¹¹⁾. En este sentido es de menester recordar el art. 46.2 de

la LRJAPPAC, que establece, en cuanto a las copias, que, de ser auténticas, gozan de la misma eficacia y validez que los documentos públicos. La regla general es que del expediente o antecedentes del caso, no puede ser eliminado nada. Interese o no, pueda resultar favorable o no, a la postura de la Administración, debe ser respetado el expediente en su integridad, completo, con todos los documentos que contenga, cualquiera que sea su naturaleza. Actualmente el expediente puede estar integrado por los nuevos soportes físicos introducidos en el art. 45 LRJAPPAC (por la aplicación y empleo de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, tanto por parte de las AAPP –tramitación informática de los expedientes de prestaciones– como de los ciudadanos –empleo del fax y comunicación directa entre ordenadores o a través de módems y líneas telefónicas–).

⁽¹⁰⁾ La STS 23-11-1989, RJ 8243 las considera como *"... instrumento probatorio que exige, en primer término, la cumplida demostración del hecho básico que le sirve de sustento, y en segundo término, un enlace lógico, preciso y cumplidamente justificado entre ese hecho..."*; en el bien entendido que, mientras la deducción sea lógica, no arbitraria ni contraria a la ley, la conclusión del juez no podrá ser impugnada, aunque ella sea una de las varias conclusiones lógicas posible (STS 13-11-1995, RJ 8362). Se trata de una prueba como cualquier otra, susceptible de servir por sí sola, sin necesidad de ninguna otra, para valorar un hecho, y muy útil en el proceso laboral para probar determinadas actuaciones fraudulentas (SSTS 10-10-1985, RJ 7184; 29-3-1993, RJ 2218; 22-2-1994, RJ 6538).

⁽¹¹⁾ En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, el art. 48 LJCA exige para la remisión del mismo al JCA un trabajo bien hecho, casi un dossier propio de la empresa privada, en la confección del expediente, al establecer que éste se enviará *"completo, foliado, y, en su caso (de tratarse de copias o fotocopias), autenticado"*, es decir, compulsado con su original, o con la fuente de la que dimana la copia, o a través de cualquier otra fórmula para autenticar las copias (diligenciamiento por funcionario, por ejemplo), acompañado de un índice, asimismo autenticado (es decir, que siendo original, vaya firmado por funcionario competente, sellado y fechado, para que conste la autoría y la procedencia, ya que se trata de un trabajo personal), de los documentos que contenga.

● Son documentos públicos los autorizados por empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley, y que, por tanto, hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste (arts. 1216 y 1218 CC, no derogados por la vigente LEC). Es numerosa la jurisprudencia que dictamina que el valor o eficacia probatoria del documento público se extiende al contenido del mismo o a las declaraciones que de ellos hagan los otorgantes; si bien el art. 1218 CC no impide que pueda acreditarse a través de otros medios probatorios la realidad y existencia de otros hechos diferentes de los que el documento contenga. En términos semejantes a los contenidos en el CC se pronuncian actualmente los arts. 317 y 319 LEC, considerando el primero de ellos como documento público, a efectos de prueba en el proceso, en su n.º 5, los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones, y en el n.º 6 los que, con referencia a archivos y registros de las AAPP, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos⁽¹²⁾. También lo son los documentos administrativos calificados legalmente como tales, a los que se refiere el art. 319.2. En efecto, en él se alude a una tercera categoría: “los documentos administrativos no comprendidos en los n.ºs 5 y 6 del art. 317 a los que las leyes otorguen el carácter de público”. Lo cual nos remite a la LRJAPPAC, que en su art. 46.4 considera “documento público administrativo” a los documentos válidamente emitidos por los órganos de las AAPP, naturaleza que tendrían los que se integren en el expediente administrativo.

Por tanto, entiendo que *el expediente administrativo, considerado en sí mismo, como cuanto de documentos, en bloque, tiene naturaleza de documento público, al tratarse de un conjunto de documentos expedidos por funcionarios competentes, conforme al art. 1216 CC y 46.4 LRJAPPAC, puestos en relación con el art. 317.5.6º LEC*. Y recordemos que constituye una de las pruebas fundamentales en los procesos de Seguridad Social, ya que en él figura una serie de datos sobre la vida laboral del trabajador, indispensables para fundamentar el fallo.

● Su trascendencia a efectos probatorios debe relacionarse con los sistemas de valoración de la misma: **a)** el libre o judicial, que supone la valoración por el juez según su convicción psicológica, de forma que la ley le deja en libertad para utilizar las máximas de experiencia que crea conveniente, lo cual no supone sistema discrecional, arbitrario, sino razonado, con examen lógico de todos los elementos probatorios (método de la razón y de la lógica). Es clara la tendencia del TS a implantar la valoración libre, o consagrar la valoración o apreciación conjunta de la prueba; **b)** la legal o tasada, que supone que el valor de la prueba viene determinado en la ley, imponiéndose al juzgador determinado criterio valorativo, aun en contra de su propia convicción⁽¹³⁾; **c)** y el mixto, el nuestro, que compatibiliza los dos anteriores, atenuándose el alcance del legal (atribuido tradicionalmente a la confesión y a la documental) y optando como regla general por el primero (testifical, pericial reconocimiento judicial); en definitiva, prueba de libre valoración con concesiones al principio de valoración legal.

El expediente, pues, como tal documento público, constituye una manifestación del sistema “legal o tasado” de valoración de la prueba (además de serlo los privados, interrogatorio de partes e incluso testigos –art. 51 C.Co–), siendo su fuerza probatoria la que se indica en el art. 319.1 LEC, que expresa que “*harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella*”, a condición de que se aporten al proceso en original o por copia, o certificación fehaciente, o por copia simple cuya autenticidad no se impugne, o impugnada pero sin éxito (art. 318 LEC)⁽¹⁴⁾. Si bien, el documento público no tiene prevalencia sobre otras pruebas y por sí solo no basta para enervar una valoración probatoria conjunta, vinculando al juez sólo respecto de su otorgamiento y su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas. Repárese que los documentos administrativos no calificados como públicos en el art. 317.5.6º LEC (los llamados documentos oficiales), tienen *la fuerza probatoria que establezcan las leyes que le reconoz-*

⁽¹²⁾ “Los documentos públicos, desde el punto de vista procesal civil, han sido siempre y deben seguir siendo, aquellos a los que cabe y conviene atribuir una clara y determinada fuerza a la hora del... juicio fáctico. Los privados, en cambio, son los que, en sí mismos, no gozan de esa fuerza fundamentadora de la certeza procesal, y por ello, salvo que su autenticidad sea reconocida por los sujetos a quienes pueda perjudicar, quedan sujetos a la valoración libre o conforme a las reglas de la sana crítica”, Juan Cremades Morant, Ponente Sección 13.ª AP Barcelona, en su artículo “La prueba...”, ob. cit.

⁽¹³⁾ Aquí la utilización de máximas de experiencia viene impuesta por la ley, y el juez está vinculado por ellas, debiendo aplicarlas al caso concreto. En realidad se trata de reglas de inferencia “jurídica”, cuya obligatoriedad viene dada por el derecho, con independencia de que sean o no empíricamente válidas, e históricamente respondía al criterio de limitar las facultades del juez; actualmente su justificación quiere encontrarse en la seguridad jurídica.

can el carácter de públicos (aunque a falta de ésta, como ocurre en la LRJAP, los hechos, actos, o estados de cosas que constan en ellos se tendrán por ciertos o lícitos, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado (art. 319.2 LEC). Es decir, no tienen fuerza en sí mismos, aunque pueden tenerla por otros medios. Para los demás documentos públicos no comprendidos en el art. 317 LEC, y los demás medios de prueba, rige el sistema de valoración libre, aunque la LEC sigue utilizando la expresión “reglas de la sana crítica”: son reglas de inferencia empírica (unión de la lógica y de la experiencia)⁽¹⁵⁾. En resumen, en cuanto a la valoración de este medio de prueba, salvo casos excepcionales, se deja al juzgador, conforme a las reglas de la sana crítica, la decisión sobre el valor probatorio del documento público en cuestión; pero ha de recordarse que la revisión de prueba documental sí tiene acceso a los recursos por error en los hechos declarados probados [arts. 191.b) y 205.d) LPL].

● Aludiendo a los distintos **documentos públicos** que pueden integrar un expediente administrativo, o que pueden aportarse al proceso de manera independiente, como prueba autónoma que aclare, complete o complemente la ya obrante en aquél, se podrían citar, entre otros muchos, los siguientes: *los documentos oficiales de cotización que hayan sido diligenciados* en su día por las oficinas recaudadoras, muy utilizados en procesos de Seguridad Social en los que deben analizarse las cotizaciones efectuadas en anteriores regímenes de Seguros Sociales Unificados, Desempleo, Mutualismo Laboral, para el disfrute de prestaciones del RG, los cuales, con arreglo a la DT 2.ª LGSS, constituyen el *único medio de prueba admisible a tales efectos*. Sin perjuicio de que los datos sobre cotización que obren en la Administración de la Seguridad Social puedan ser impugnados ante la misma y, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales del orden social.

También los *boletines de cotización* (TC1 y TC2) en

los que se recogen respectivamente los datos globales de cotización y la relación nominal de trabajadores por el período que se señale en el mismo, debidamente presentados en la TGSS. O el *informe propuesto de la Inspección de Trabajo* que insta el procedimiento administrativo de declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, que recoge los hechos y circunstancias concurrentes, disposiciones infringidas, la causa concreta que motive la propuesta y el porcentaje de incremento que considere pertinente aplicar. O el *dictamen propuesto de los EVI* (RD 1300/1995), órganos de colaboración y consulta del DP del INSS, constituidos en él, y que examinan la situación de incapacidad del trabajador. O la certificación médica del INSS O ISM (la emiten los servicios médicos propios de cada Dirección Provincial) prevista en la DA 2.ª del RD 1251/2001, que es un trámite necesario para el acceso al subsidio por riesgo durante el embarazo, la cual acredita que las condiciones de trabajo influyen negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto y que, en consecuencia, debería desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. O la *inscripción como demandante de empleo en la oficina* correspondiente, que constituye el instrumento justificativo de la involuntariedad del paro (para la aplicación de la “doctrina del paréntesis” o cómputo flexible de la carencia específica para lucrar determinadas prestaciones). Las *actas de la Inspección de Trabajo* tienen indudablemente la naturaleza de documento público⁽¹⁶⁾. El mismo valor probatorio se atribuye a los hechos reseñados en *sus informes*, como consecuencia de comprobaciones efectuadas, sin perjuicio de su contradicción por los interesados, en supuestos de inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores; fraude en las prestaciones; declaración del recargo de prestaciones e incumplimientos de ayudas y subvenciones. Con carácter general, en los procedimientos sancionadores, los hechos constatados por funcionarios a los que la ley reconoce la con-

⁽¹⁴⁾ De todos modos, el TS se ha manifestado continuamente en el sentido de dar tanto a los documentos públicos como a los privados un valor semejante al del resto de las pruebas: SS 28-2-1989, RJ 1407; 13-3-1995, RJ 2424; 5-4-1995, RJ 3413. Y el documento no reconocido ni admitido puede ser igualmente valorado con eficacia probatoria si su existencia o contenido está avalado por otros medios de prueba: SSTs 20-4-1989, RJ 649; 22-10-1992, RJ 8598; 19-7-1995, RJ 5744.

⁽¹⁵⁾ La tendencia del TS a implantar la valoración libre se manifiesta en la consagración de la “valoración o apreciación conjunta de la prueba”, en principio no muy acorde con el deber constitucional de motivación (art. 120.3 CE) de adoptarse como regla general. Tal sistema supone, en términos generales, llegar al resultado probatorio sin especificar las razones concretas del juez, para aceptar o no la veracidad de las afirmaciones de hechos alegados, eludiendo la motivación del juicio de hecho (en contra del art. 120.3 CE y 208.2 y 209 LEC); sin embargo podrá acudir a tal sistema sólo cuando varios medios de prueba se complementen entre sí o cuando las pruebas son contradictorias, pero no cuando la contradicción se produce entre medios de prueba que se aprecian por los dos sistemas (las reglas legales deben prevalecer sobre las de libre apreciación), dado que lo que no puede hacerse es una valoración conjunta para evitar los defectos de una prueba “legal” –SSTs 5-6-1998 RA 4275; 30-1-97, RA 151–.

dición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tienen valor probatorio, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan señalar o aportar los propios administrados (art. 137.3 LRJAPAC).

Respecto del *informe de la Inspección de Trabajo* relativo a las circunstancias en que sobrevino el accidente, trabajo que realizaba el accidentado, salario que percibía y base de cotización (art. 141.2 LPL), de incorporación necesaria en procesos de AT y EP⁽¹⁷⁾, aun cuando constituye una importante fuente de conocimiento judicial sobre las variadas circunstancias que cabe discutir entre las partes, no está revestido de una eficacia probatoria legalmente definida, por lo que es de libre apreciación por el juzgador, según considera algún autor. Particularmente, estimo que se trata de un documento público, y por tanto, tendría la fuerza probatoria que le otorga el art. 319 LEC.

● Serían **documentos privados**, pero con igual fuerza probatoria que los públicos si su autenticidad no es impugnada, entre otros muchos ejemplos, la certificación expedida por el Ordinario o por la autoridad competente de la respectiva congregación, que es medio idóneo para acreditar los años de ejercicio sacerdotal o profesión religiosa de los religiosos de la Iglesia Católica y sacerdotes secularizados para acceder a la pensión de jubilación (**STSJ País Vasco 12-12-00, AS 2002/01**), las hojas de salario, los contratos de trabajo...

Debe resaltarse que aquellos escritos con apariencia de documento privado pueden no serlo si lo que aparece en ellos es una manifestación de conocimiento de unos hechos por terceras personas, pues en realidad habrán de ser objeto de prueba testifical (como sucede con los informes de una agencia de investigación, que son prueba testifical documentada, o

con un informe pericial emitido extraprocesalmente, ninguno tiene valor de prueba testifical si no es ratificado en juicio, a pesar de consistir materialmente en un papel aportado al proceso).

La documental pública es prueba muy corriente en procesos de Seguridad Social, como se ve, si bien en estos casos el problema es la posible discrepancia entre documentos públicos y otros privados que puedan acreditar que aquéllos no reflejan la realidad, exigiendo entonces una labor judicial trascendente de valoración.

● En cuanto a la **prueba documental con carácter general**, la LPL exige que se aporte al proceso si fue propuesta como medio de prueba y admitida por el tribunal; *si no se presentaran los documentos sin causa justificada, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada, como se señaló* –art. 94.2 LPL–. Cada una de las partes sólo tendrá conocimiento de los documentos presentados por la contraria en el acto del juicio –salvo de los que se hayan presentado con la demanda–, que además se celebra con celeridad y concentración, por lo que sólo en dicho momento podrán objetarse las posibles causas de impugnación (si bien el principio de unidad del acto que inspira la comparecencia no impide que se pueda paralizar la dinámica del juicio por el tiempo imprescindible para que las partes puedan examinar la prueba documental de la contraria (**STS 24-04-95, RJ 3266**). Hay que resaltar que en los procesos seguidos contra una EG, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaboración con los Jueces y Tribunales en el curso del proceso –art. 118 CE– determina que la parte emisora del informe esté especialmente obligada a aportar al proceso la totalidad de los datos (**STC 227/1991, de 28-11-91; 140/1994, 116/1195**).

⁽¹⁶⁾ Algunos autores estiman que no tienen naturaleza jurídica documental, pues en lo que respecta a los hechos constatados, se está ante la opinión de un funcionario documentada en un acta, y por lo tanto, más parece que estemos en presencia de una prueba testifical que documental, y ello con independencia de que respecto de tales hechos, el valor probatorio que les da la norma es el de una presunción legal, por lo que se presumen ciertos por el legislador –aunque sólo en relación con los constatados directamente por el funcionario imparcial hechos constar en el acta con la razón de ciencia de su conocimiento–, sin que se extienda a cualesquiera otras valoraciones, sospechas y opiniones que dicho funcionario pueda transcribir (STS 7-9-95 RJ 6707, entre otras muchas). Sin embargo el TC se ha pronunciado en relación a las actas de los Inspectores de Hacienda dándoles la condición de documentos públicos “en la medida en que se autorizan por funcionarios públicos en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas y con las solemnidades y formalidades legalmente establecidas” (STC 76/1990, de 26 de abril). Por tanto, aplicando el mismo criterio a estas actas, dada la similitud entre ambas, se puede afirmar que son documentos públicos. La STSJ Cantabria 30-4-03, AS 2004/1048, estima que el acta de infracción tiene valor de documento público –art. 15 RD 928/1998, en relación con el art. 137.3 LRJAPAC– al cual ha de darse el valor probatorio previsto en el art. 319.2 LEC.

⁽¹⁷⁾ Aunque basándose en la normativa sobre prevención de riesgos laborales se ha entendido procedente ampliar la necesidad de este informe en procesos sobre enfermedades profesionales (STSJ Murcia 17-03-1998, Rec. 273/97).

B) PERICIAL

Como es sabido, en los procesos sobre reconocimiento de incapacidad permanente –o en los de incapacidad temporal, o alta médica, o sobre calificación de la contingencia de la que deriva la situación protegida– es frecuente que la parte actora se valga de la prueba pericial médica y, a veces, de la técnica, cuando el grado de incapacidad guarda relación directa con el contenido funcional de la profesión habitual del trabajador –profesiograma–, por lo que se menciona específicamente este medio probatorio.

● La LPL no define la prueba pericial, pero de su regulación en la LEC (arts. 335 a 348) se desprende que mediante ella se aporta al proceso el dictamen de expertos (peritos) con conocimientos artísticos, técnicos o prácticos respecto de los hechos –en su caso, también sobre el derecho aplicable (extranjero, costumbre)– y que su objeto y finalidad es valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, a realizar por personas que posean los conocimientos correspondientes⁽¹⁸⁾. En lo que a la valoración de este medio de prueba respecta, reviste una nota característica, porque, a diferencia de todas las demás, el juez puede libremente decidir sobre su admisión, cual prevé el art. 348 LEC, que establece que el tribunal valorará estos dictámenes según las reglas de la sana crítica (“sin estar obligados a ajustarse al dictamen de los peritos”, añadía antes la extinta LEC en su concordante art. 632), que son las de la lógica y el sentido común (Manresa). Ello es debido a que se trata de una prueba sólo necesaria en la medida en que el juez carezca de los conocimientos técnicos o prácticos del perito, pues si las máximas de experiencia que han de ser objeto de pericia las conoce el juez, carece de sentido su práctica. Para mejor fundar la valoración puede formular durante la intervención del perito las preguntas que considere oportunas y requerir del mismo las explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado (art. 87.3 LPL).

● La **pericial médica** es, sin duda, la prueba reina en los procesos de Seguridad Social al versar muchos de estos juicios sobre incapacidades, EP y AT, por lo que se torna fundamental cuando se trata de valorar

EN LOS [PROCESOS] DE
SEGURIDAD SOCIAL... SE
DEBE SER CELOSO CON
LA EXIGENCIA DE PROBAR
LOS HECHOS
IMPEDITIVOS, EXTINTIVOS
O EXCLUYENTES DE LAS
PRETENSIONES DEL
ACTOR, A TRAVÉS DE
MEDIOS DE PRUEBA
INDEPENDIENTES, QUE
VENGAN A COMPLETAR
O COMPLEMENTAR EL
ALCANCE PROBATORIO
QUE AQUÉL DESPLIEGA,
Y CAUTO EN VALORAR
SUS EXPECTATIVAS
PROBATORIAS

dichas situaciones. El perito médico ilustrará sobre la existencia de una enfermedad (hecho), o sobre el grado de limitaciones que produce esa enfermedad para poder determinar el grado de incapacidad (máxima de experiencia); dictaminará acerca de incapacidades, secuelas de los AT, enfermedades y demás materias de su especialidad profesional. En procesos sobre alta médica, la prueba pericial puede ofrecer elementos para apreciar el agotamiento de las posibilidades terapéuticas y la respuesta del trabajador al tratamiento.

● La dificultad de este medio de prueba radica precisamente en su valoración, dada la proliferación de dictámenes médicos y

periciales y las, a veces, radicales discordancias existentes entre las conclusiones de los de la Seguridad Social (informe médico del EVI, que necesariamente figura en el expediente administrativo incoado al trabajador demandante; digamos que sería el dictamen oficial) y de la Mutua, y las de los otros médicos particulares que, forzosamente, deberán ser ratificadas a presencia judicial, esto es, la de los peritos traídos al proceso por el demandante, lo que, desafortunadamente, hace que en la práctica, muchos Jueces de lo Social consideren muy devaluado el resultado de esta prueba⁽¹⁹⁾. Por consiguiente, cuando concurren dictámenes médicos contradictorios, el juez puede decan-

⁽¹⁸⁾ El Magistrado Gonzalo Moliner Tamborero (en su ponencia “Particularidades de la prueba en el procedimiento laboral. Procedimiento, objeto y medios” de la I Jornada de Derecho del Trabajo celebrada en Alicante el 14 y 15-5-1998) estima que el perito es el tercero que aporta al proceso sus conocimientos técnicos, científicos o prácticos, consistiendo la prueba pericial en la actividad necesaria para aportar al proceso dicha pericia. El perito, pues, no aporta datos sobre la realidad de los hechos discutidos, sino sobre determinadas circunstancias que rodean los hechos discutidos para cuya apreciación se necesitan conocimientos especializados. La pericia puede versar sobre hechos, máximas de experiencia, o incluso sobre normas y conceptos jurídicos cuando ellos no los tiene o no tiene por qué tenerlos el juez. La STS 27-06-77 lo diferencia del testigo, que es el que presencia un hecho, el que da testimonio de una cosa.

⁽¹⁹⁾ Este descrédito llevó hace años a que en algunas CC.AA., como la de Cataluña, la EG aportara también a autos el dictamen de un médico ajeno a ella, con la finalidad de brindar con estos datos una mayor objetividad a la hora de que el juez tomase una decisión.

tarse por el que le ofrezca mayores garantías de objetividad, imparcialidad e identificación con los hechos; o más crédito por la autoridad y prestigio de quienes lo suscriben, según proclama una jurisprudencia plenamente consolidada **(STS, 4.ª 16-1-90)**⁽²⁰⁾ ⁽²¹⁾. En vía de suplicación es habitual hallar motivos de la Sala para desestimar revisiones fácticas con la argumentación de que “no se evidencia el error del juzgador, que ha de ser irrefutables, indiscutible”, y que “no puede aceptarse la modificación, pues si no se estaría sustituyendo por el propio del recurrente el criterio fáctico del juez *a quo*, más objetivo e imparcial, y al que incumbe la misión de fijar los hechos declarados probados con libertad de convicción, según todo lo actuado y el conjunto de las pruebas practicadas” **(STSJ Comunidad Valenciana de 16-2-06)**. En definitiva, los dictámenes médicos o el informe pericial no vinculan al juez, quien lo apreciará de acuerdo con su criterio valorativo; esto es, deben ser *objeto de valoración según la reglas de la sana crítica*, gozando el juez de amplias facultades para apreciar y valorar los distintos dictámenes periciales, en relación con los demás medios de prueba, pudiendo optar por aquéllos que a su juicio ofrezcan mayores garantías de objetivación, imparcialidad e identificación de la realidad de los hechos, por lo que criterios tales como los del carácter colegiado frente al criterio individual, proximidad al paciente y duración del tratamiento, y de la asistencia a él dis-

pensada, disponibilidad de medios técnicos, autoridad y prestigio de los centros a los que el facultativo se adscribe, carácter oficial y distanciamiento de las partes (a diferencia del perito de parte), contenido intrínseco, contraste con otros dictámenes y otros elementos probatorios pueden ser elementos de referencia que han de ser explicitados en el juicio de valoración de la prueba. Por ello, a efectos de posible revisión de la sentencia de instancia, hay que atender a la categoría científica de los médicos que aportaron su pericia: la superior credibilidad de éstos es un factor a considerar (gozan de ésta los del EVI; también los emitidos por Centros determinados, a la vista de su especialidad y competencia, y *porque trató al obrero*, circunstancia muy importante a la hora de acreditar la relevancia científica de la pericial médica)⁽²²⁾. El hecho de que el médico perito no ejerza la especialidad de que se trata (por ejemplo, uno de medicina general diagnosticando sobre traumatología), no supone forzosamente que su informe tenga que ser desatendido, y así lo establece la jurisprudencia; sin embargo tendrá mayor capacidad de convicción si se trata de un experto en la específica cuestión clínica que se debate. Hay que precisar que los informes médicos emitidos por facultativos que consten unidos al expediente y en el que constituyen documento público administrativo no precisan de ratificación adicional salvo que de forma razonada se justifique la necesidad de su intervención.

⁽²⁰⁾ A la vista de todo el material técnico, el juzgador valorará las diferentes pericias para establecer su convicción y recogerla en el correspondiente hecho probado, cumpliendo el imperativo del art. 97.2 LPL. Ante la pluralidad de dictámenes médicos de análogo valor científico, el juez de instancia puede elegir aquellos que estime más razonables y acomodados a su propio criterio selectivo y valorativo; criterio que sólo puede ser rectificado por el Tribunal Superior cuando el dictamen no aceptado esté dotado de singular relevancia o autoridad (SSTS 11-02-89; 19-12-85). En principio, el criterio del juzgador será el que prevalezca: si acoge el dictamen de un médico y no otro de los aportados, ello no atribuye al recurrente la función decisoria que pretende y que legalmente corresponde al juzgador, ya que, frente a dictámenes médicos no coincidentes, puede optar por el que como más fiable se ofrezca a su objetivo criterio, atendiendo al conjunto de lo actuado, en lo que se incluye el directo conocimiento de la persona interesada y presente en el juicio.

⁽²¹⁾ La STSJ Cataluña 8502, AS 2121, en un supuesto de alta médica indebida establece: “... De hecho, el TC, en S 81/1988 de 28 de abril, señala que el Juez de lo Social incardina unos hechos en las previsiones legales, reiterando que la carga de la prueba de los hechos corresponde a las partes, mientras que al Juez corresponde la determinación de los hechos probados, decidiendo “en conciencia y mediante una valoración conjunta”. Al respecto cabe decir, que las lesiones fueron correctamente valoradas por el juzgador a quo, al haber quedado ampliamente acreditadas en el acto de juicio, con la prueba pericial y documental médicas practicadas y que obran en autos. Juicio de valoración de pruebas que tiene su base en los diversos medios que le ofrecen al juzgador (incluida la observación personal del enfermo), debiendo poner en relación las secuelas y consecuencias funcionales de las mismas, con las características del trabajo habitual del trabajador. Por tanto, la convicción de los dictámenes médicos es algo que debe valorar el juez de instancia, con arreglo al art. 97 de la LPL y en el presente caso, de las pruebas médicas a que se ha hecho referencia, valoradas en su conjunto y críticamente, se desprende que el actor sufre la patología que se ha declarado probada. El que el informe psiquiátrico aportado por la parte actora goce o no de una mayor relevancia científica que el practicado por el ICS, responde a una apreciación estrictamente subjetiva de la recurrente...”.

⁽²²⁾ Las SSTSJ Cataluña 25-7-96 y 6-3-97 señalan que el hecho de que el perito médico haya seguido la evolución del proceso patológico del enfermo concede mayor valor probatorio a sus dictámenes que al informe emitido en base a una única exploración. Como asimismo refuerzan la categoría de los dictámenes el que se formulen por una institución médica –Facultad, Hospital, Centro Sanitario–. Como norma general, prevalecen siempre los dictámenes de entidades oficiales sobre los privados, salvo casos de excepcional categoría científica de éstos.

● También con carácter de auténtica prueba pericial es frecuente que el juez, a petición de parte o de oficio –normalmente mediante diligencia para mejor proveer–, acuda al **dictamen del médico forense** adscrito a los Juzgados de lo Social (lo que permite el art. 93.2 LPL)⁽²³⁾, por considerar necesario su informe, por ejemplo, cuando existan dictámenes de parte contradictorios en materia de Seguridad Social, como forma de conocer su opinión, desde luego más alejada de los intereses que en el pleito se ventilan, acerca del auténtico estado residual del trabajador que insta el reconocimiento de un grado de incapacidad. En todo caso, la intervención del médico forense se deja a la intervención judicial (art. 93.2 LPL), por lo que ha de razonarse la necesidad de su dictamen, y recurrir a él sólo cuando pueda tener una utilidad efectiva y sea necesario para completar los dictámenes médicos ya unidos al expediente.

● En cuanto a la **pericial técnica**, su utilización puede darse en el supuesto, bien de determinación de IP en aquellos grados que tienen proyección directa sobre el oficio o profesión habitual del asegurado; bien en los que se pide la declaración judicial de IPP, pues discernir si las lesiones residuales del trabajador le han producido realmente una merma igual o superior a un tercio en su rendimiento normal de trabajo, es labor que muchas veces sólo un informe técnico sobre el rendimiento alcanzado anteriormente, así como sobre las características y exigencias del puesto concreto desempeñado, permite conocer; o bien en procesos de imposición del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en el accidente laboral del que aquéllas traen causa, a efectos de conocer las circunstancias específicas en que se produjo el accidente, y las particularidades técnicas de las máquinas, utensilios, instrumentos, u otros medios que pudieran haber intervenido en el evento. Una pericia de este carácter encomendada no a persona física, sino jurídica, podría ser la que dictaminen organismos o entidades con específicos conocimientos del tema controvertido (por ejemplo, el Colegio de Arquitectos en al-

gún accidente laboral en el que se discutan las causas del hundimiento del muro que lo provocó).

● Este medio probatorio podría tener encaje, también, como **"dictamen de expertos"**, al que se alude en el art. 95.1 LPL, al versar sobre materias técnicas respecto de las que un buen asesoramiento de expertos puede resultar importante (en materia de prevención de riesgos laborales, por ejemplo). Se trata de la intervención de personas expertas, con el objeto de determinar la influencia en la práctica futura del trabajo de las lesiones dictaminadas por los peritos médicos. La información de tales peritos-expertos se refiere a cuestiones de materia o modalidad de trabajo, nunca a cuestiones médicas. La ley faculta (que no obliga, por lo que su no utilización no puede alegarse como infracción en la que basar el recurso) al juez para oír su informe. Pero en realidad los expertos son el sustituto o trasunto de un perito, y la naturaleza jurídica de dicha prueba queda directamente vinculada a una auténtica prueba pericial, con la única particularidad de que el perito lo ha designado el juez entre expertos en la materia, lo que no desvirtúa aquella naturaleza esencial ni la necesidad de que dicha prueba se practique con todas las garantías legalmente exigidas a la pericial. Así lo ha entendido la **STS 17-12-90, RJ 9793**⁽²⁴⁾. También llamados "peritos prácticos", su función debe limitarse a exponer la forma en que se desenvuelve la empresa demandada en cuanto ello pueda influir en el posterior rendimiento laboral del trabajador demandante, y en si los efectos de la calificación médica de la incapacidad suponen merma en la aptitud del trabajador para desempeñar su ocupación habitual (**STS 10-11-69; 22-03-62**). Bien entendido que es a los tribunales, y no a los médicos, a quienes corresponde calificar jurídicamente las clases de incapacidad, pues no puede confundirse esta calificación con la puramente facultativa. Es decir, el diagnóstico médico tiene que ser puesto en relación con la merma de aptitud para realizar las labores profesionales y para ello podrá recabarse la opinión de expertos en materia de trabajo y en la determinada profesión de que se trate.

⁽²³⁾ Con esta prevención se señala, de un lado, que el médico forense es el perito judicial adecuado cuando se trata de practicar una pericial de tal naturaleza, tanto por su condición de funcionario público con visos de imparcialidad, como por constituir un servicio común a todos los órganos judiciales, y de otro, que esta pericial no sólo podrá ser acordada durante el juicio a instancia de parte como todas las demás, sino que también podrá ser practicada por decisión oficial del juez, introduciendo con ello una excepción al principio de aportación de parte. Alfredo Montoya Melgar y otros, en su obra *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Editorial Aranzadi, 2000, consideran que el médico forense más que un verdadero perito, como funcionario del Cuerpo titulado superior al servicio de la Administración de Justicia con funciones de asistencia técnica civil en las materias de su disciplina profesional y que, como tal, interviene en las actuaciones procesales siempre que se le ordene, es un auxiliar del órgano judicial con funciones similares a las de los asesores y expertos de los que trata el art. 95 LPL.

⁽²⁴⁾ Hay que considerar esta prueba como pericial en cierto modo atípica, pues los expertos facilitan una información fundamentalmente fáctica, estima Fernando Vizcaino Casas en su artículo "La prueba de testigos y la pericial en el proceso laboral", publicado en la revista *Actualidad Laboral*, n.º 35 de 25-09-2000.

● En cuanto a su práctica, aunque la LPL no contempla expresamente la recusación de los peritos por alguna de las partes, ello es posible, por que su art. 89, al detallar el contenido del acta del juicio incluye en ella “un resumen suficiente de los informes periciales, así como también la *resolución del juez o tribunal en torno a las recusaciones propuestas de los peritos*”.

● Especialidad de este medio de prueba en la LPL aparte de la prevista en el art. 93.2, es la señalada en su apartado 1, respecto a la inaplicación de las reglas generales sobre insaculación de peritos; por tanto, en cuanto a la designación de peritos, cada parte propone a los suyos, normalmente tras el recibimiento del pleito a prueba. A tal efecto, la parte que la proponga deberá hacerse acompañar por el perito para que éste informe oralmente o presente el dictamen correspondiente para su ratificación en dicho acto, pues sin esta no cabe recurso por error de hecho. También puede practicarse anticipadamente (art. 78 LPL) o solicitarse antes del comienzo del juicio (art. 90.2 LPL). Además, el propio órgano judicial puede acordar de oficio solicitar el “*dictamen de una o varias personas expertas en la cuestión objeto del pleito, en el momento del acto del juicio, o terminado éste, para mejor proveer*” (art. 95.1 LPL), que antes se ha citado.

● Aunque el dictamen o informe será verbal, también es habitual que lo aporten por escrito, ratificándolo en el acto de la vista y efectuando además las aclaraciones y precisiones que se les soliciten por el juez y por los letrados de las partes. El informe pericial no ratificado ante el juez no tiene otro significado que el de un escrito informativo (**STCT 22-05-83**). Y no vincula al juez, quien lo apreciará (lo mismo que la testifical) de acuerdo con su criterio valorativo, sometido tan sólo a las reglas de la sana crítica, como se ha dicho. Pero *esta valoración puede ser motivo de suplicación, expresamente contemplado en el art. 191.b) LPL como causa de revisión de los hechos probados*. Se insiste en que aun siendo muy estimables los dictámenes periciales a los efectos de la justa decisión de los conflictos jurídicos de que conocen los tribunales, no gozan de fuerza legal suficiente para vincularlos con sus apreciaciones, vinculación que aun existiendo sería de imposible aplicación cuando en un proceso, caso frecuente, existen dictámenes opuestos.

C) MEDIOS TELEMÁTICOS.

El art. 90.1 LPL recoge como medios de prueba los mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen, el sonido, y entre ellos habrá que entender incluidos todos los que las posibilidades que la técnica ofrece y ofrecerá en lo sucesivo a medida que van apareciendo nuevos sistemas de comunicación, fundamentalmente derivados de la telemática. En la actualidad dentro de tal previsión legal quedan incluidos medios como las

fotografías, fotocopias, los fax, télex, discos de tacógrafo, vídeos, grabaciones sonoras, soportes informáticos, los discos o cintas, CD..., etc. La naturaleza jurídica de estos medios mecánicos sería la de prueba documental, al ser gama de productos incluida en papel, pues pueden aportarse a autos como documento, permitiendo su cotejo con el original o el reconocimiento de la parte que lo emitió. Aunque respecto del vídeo, soportes informáticos, cinta magnetofónica... también serían admisibles por el cauce procesal del reconocimiento judicial (cuando se trata de que el juez vea u oiga lo que en la cinta u otro soporte se ha recogido). Se les da el valor que la LEC atribuye a la generalidad de las pruebas, valorándolos en conjunción con los demás. En materia de Seguridad Social se resalta este medio, dado que para facilitar el cumplimiento de las obligaciones que empresarios y trabajadores tienen con la Seguridad Social, la TGSS estableció en 1995 un servicio que permite el intercambio de información por medios telemáticos, entre ella y los sujetos obligados. Dicho servicio es conocido como Sistema de Remisión Electrónica de Datos (**Sistema RED**). A través de él se prestan una serie de servicios, como presentación de las relaciones nominales de trabajadores –TC2– que mensualmente deben presentar las empresas; ingresar las cuotas mediante el sistema de domiciliación en cuenta o el de pago electrónico; obtener certificados de estar o no al corriente en el pago de deudas con la Seguridad Social; dar de alta y baja a trabajadores o variar sus datos (cambio de grupo de cotización, de epígrafe de AT/EP, de tipo de contrato...); jornadas reales del REA; consultar y pedir informes de los datos de la empresa y sus trabajadores en los periodos en que están de alta en la misma (consultas e informes de vida laboral); tramitar con el INSS, ISM y mutuas los partes de alta y baja médica así como los partes de confirmación, para que puedan gestionar las prestaciones económicas de IT (la transmisión por este sistema dispensa a las empresas de presentar en el INSS estos documentos médicos en papel cuya obligación venía legalmente establecida en el RD 575/1997, art. 2). Todas estas actuaciones se hacen en el Fichero General de Afiliación en el que la TGSS recoge todos los datos de afiliación, altas y bajas de trabajadores, inscripción de empresas, pudiendo realizarse *on line* o mediante remesas. Desde 01-01-2004, el medio de comunicación utilizado por el Sistema RED entre los usuarios y la TGSS es Internet⁽²⁵⁾. También la cumplimentación y transmisión de los modelos, mediante los cuales se notifican los AT acaecidos en las empresas sólo se pueden efectuar por medios electrónicos a través del Sistema de Declaración Electrónica de AT (Delt@), accesible desde la dirección electrónica www.delta.mtas.es). A la vista de los servicios que se prestan a través de este sistema, es evidente su repercusión como medio de prueba a utilizar en los procesos de Seguridad Social⁽²⁶⁾.

● No existe ningún medio de prueba que pueda considerarse de mayor importancia que otro, según el TS, con lo que cada hecho puede admitirse probado en base a un medio de prueba diferente. La apreciación probatoria resulta de una valoración conjunta de la prueba, en cuanto que puedan haberse aportado varios medios distintos en relación con un solo hecho. Sin embargo, esta valoración conjunta no es suficiente para justificar en la sentencia la labor realizada, sino que **por razones constitucionales y legales habrá que reflejar en ella el razonamiento lógico que ha llevado al Juez a una concreta conclusión, y para ello deberá expresar, sin perjuicio de aquella valoración conjunta en qué concretas pruebas y por qué razones ha llegado a tales conclusiones.** Así lo exige el art 97.2 LPL (también, el 218.2 LEC) que dispone que, en la sentencia, además de la concreción de los hechos probados, el juez habrá de hacer referencia *“en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a dicha conclusión”*, y ello es una derivación más de las exigencias garantistas de la tutela judicial efectiva expresamente recogida en el art. 120.3 CE, que exige la motivación de las sentencias, para permitir el control de su actividad y para que las partes conozcan las razones de sus decisiones (**STC 232/1992, de 24 de diciembre; 192/1994, de 23 de junio**); en definitiva, para garantizar la exclusión de la arbitrariedad y posibilitar su impugnación por las partes. Se admite pues la valoración conjunta de la prueba, así como la libertad de apreciación judicial de la prueba, pero se elimina la posibilidad de dictar una sentencia inmotivada al exigirse la motivación de la conclusión probatoria, lo que impone la necesaria relación entre los argumentos de la sentencia y el propio fallo.

V. REFLEXIÓN FINAL

En definitiva, para ganar un juicio es necesario que se cumplan tres condiciones: tener razón, *poderla demostrar* y que en sentencia nos la den. Es indudable que si no se cumple la segunda es imposible conseguir en litigio una resolución satisfactoria, por lo que la prueba es absolutamente trascendental en todo proceso. Por ende, también en los de Seguridad Social, por lo que, desde el punto de vista de la Administración de la S. Social, entiendo que no se debe ceder al abrigo o seguridad que ofrece el ser la portadora del expediente administrativo (y no olvidemos que, aunque se trata de prueba de parte, su existencia en el proceso es imperativa, y que su contenido beneficia y/o perjudica por igual a ambas partes, en virtud del principio de adquisición procesal⁽²⁷⁾), sino que se debe ser celoso con la exigencia de probar los hechos impositivos, extintivos o excluyentes de las pretensiones del actor, a través de medios de prueba independientes, que vengan a completar o complementar el alcance probatorio que aquél despliega, y cauto en valorar sus expectativas probatorias (a veces muy limitadas). Es decir, no caer en la inercia del automatismo de estimar que basta y sobra con la aportación del expediente para poder combatir una demanda. Son muchos los casos en que la insuficiencia de éste exige traer al proceso otros elementos, distintos a los contenidos en él, a consideración, practicando la prueba pertinente acerca de los concretos hechos que se aleguen para negar o rebatir los de la demanda. Se trata en suma de justificar o hacer patente la certeza de un hecho con otros instrumentos, como define la RAE la actividad de “probar”.●

⁽²⁵⁾ La decisión de utilizar una red pública precisa garantizar la seguridad electrónica y la confidencialidad de las comunicaciones y, por tanto, su integridad, identidad, seguridad y no repudio. Por ello, para hacer uso de este sistema es preciso disponer del certificado SILCON que proporciona la TGSS, que tiene un período de validez de tres años, y se generan dos pares de claves que permiten ofrecer las garantías citadas. Además, es preciso obtener alguna de las autorizaciones como usuario del mismo.

⁽²⁶⁾ Es de recordar el artículo 45.5 de la LRJAP que establece, respecto de los documentos emitidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las AA.PP., o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, que gozarán de la validez y eficacia del documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras leyes.

⁽²⁷⁾ Es constante su aplicación jurisprudencial (STS 25-01-94, RA 440; 02-06-95; 22-04-97; 29-03-99; 22-07-98, RA 6197) y significa que los resultados de la actividad procesal son comunes para las partes y se consiguen para el proceso, por lo que las pruebas practicadas son del proceso y están destinadas al juez (que puede utilizarlas, prescindiendo de quién las haya producido o aportado), pudiendo valerse de ellas cualquiera de las partes, y habilitando al juez para fundar su decisión en la actividad probatoria desenvuelta en su conjunto. La STSJ Castilla-La Mancha 14-05-03, AS 3519, en un caso en que el juzgador de instancia entendió que el actor no probó el período de carencia en España, de un año, en un supuesto de reconocimiento de prestación de jubilación prorratea temporis, recopila la doctrina sobre la carga de la prueba y cita este principio.

NULIDAD DE ACTUACIONES EN EL PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL

Josu GARAY MONTERO

*Letrado de la Administración de la Seguridad Social.
Dirección Provincial del INSS, Guipúzcoa*

173

1. Introducción

Debemos comenzar este artículo señalando que la Ley de Procedimiento Laboral 2/1995 de 7 de abril (en adelante LPL) no recoge expresamente el incidente de nulidad de actuaciones. La Disposición Adicional Primera de la LPL remite en lo no previsto en la misma a la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) como legislación supletoria. Es por ello que haremos un análisis cronológico de cómo se ha ido regulando esta figura de la nulidad de actuaciones en la LEC y en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), hasta su regulación en la actualidad, tras la reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, del Poder Judicial.

2. Nulidad de actuaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

El artículo 745 de la LEC de 1881 antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 34/84 de 6 de agosto, decía lo siguiente:

"Además en los determinados expresamente en la Ley, se considerarán en el caso del artículo anterior los incidentes que se refieran:

1º. A la nulidad de actuaciones o de alguna providencia.

2º. A la personalidad de cualquiera de los litigantes o de su Procurador, por hechos ocurridos después de contestada la demanda.

3º. A cualquiera otro incidente que ocurra durante el juicio, y sin cuya previa resolución fuere absolutamente imposible, de hecho o de derecho, la continuación de la demanda principal".

La Ley 34/84 modificó este artículo suprimiendo su número primero que recogía como hemos visto el incidente de nulidad de actuaciones o de alguna providencia. La posición de la doctrina ante la supresión del incidente de nulidad de actuaciones no fue unánime. Frente a autores como Serra Domínguez, el procesalista más crítico con la reforma del 84, en cuanto suprime el incidente de nulidad de actuaciones, otros autores como Almagro Nosete defendían la reforma señalando que "la acción de nulidad de los actos procesales tiene que estar absorbida por la disciplina de

los recursos, sin perjuicio de los poderes de oficio que debe tener el juez para decretar la nulidad de actuaciones cuando la cuestión sea de orden público procesal y del deber de las partes de denunciar las nulidades".

3. Régimen jurídico vigente

3.1. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El artículo 24 de la Constitución Española reconoce como derecho fundamental de todos los españoles, el derecho a la tutela judicial efectiva, cuya versión procesal es el derecho a un proceso con todas las garantías, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

3.2. LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL 6/85 DE 1 DE JULIO, ANTES DE LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 19/2003.

La regulación de la nulidad de actuaciones se recogía de la siguiente manera:

● El artículo 238 LOPJ señalaba tres causas de nulidad de pleno derecho:

a) Realización de un acto procesal con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, supuesto éste relacionado con el derecho fundamental al juez predeterminado por la Ley.

b) Realización de actos bajo violencia o intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave.

c) Realización de actos procesales prescindiendo total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.

● El artículo 239 LOPJ regulaba las actuaciones judiciales producidas con intimidación o violencia, supuesto en el que se declarará la nulidad de lo practicado disponiendo lo preciso para formar causa penal contra los autores de esa violencia o intimidación.

● Más importancia tenía el artículo 240 LOPJ en cuyo primer número se señalaba que los actos nulos de pleno derecho, los que tengan defectos de forma que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin y los actos con defecto de forma que determinen efectiva indefensión, se anularán por vía de los recursos legales o por los demás medios establecidos en las leyes procesales.

El número 2.º de éste artículo 240 es el que señalaba como vía alternativa de anulación, además de las

TANTO EL RECURSO DE REPOSICIÓN COMO EL RECURSO DE SÚPLICA SON MEDIOS IDÓNEOS PARA LA IMPUGNACIÓN POR NULIDAD PROCESAL, SOBRE TODO, SI EL VICIO RESULTA DE LOS PROPIOS AUTOS. SIN EMBARGO, SE TRATA DE DOS VÍAS PROCESALES EN LAS QUE SE ENCUENTRA EXCLUIDA LA POSIBILIDAD DE PRACTICAR PRUEBA

anteriores y como facultad ejecutable de oficio por el juez la de anular actuaciones antes de que hubiere recaído sentencia definitiva y siempre que no proceda la subsanación con el requisito de dar audiencia a las partes.

Tal y como pone de relieve Capilla Bolaños, el Tribunal Constitucional resolvió la cuestión relativa a la nulidad de actuaciones en Sentencia 110/1988 de 8 de junio en un supuesto en el que se descubrió la infracción del principio de audiencia y de defensa, en ejecución de una sentencia que no solamente era definitiva sino también firme, por lo que

planteado el asunto ante el Juzgado que conocía de la ejecución, resolvió en el sentido de no poder admitirse la nulidad en aquel momento procesal puesto que ya había recaído sentencia definitiva. Y el Tribunal Constitucional señaló:

"El derecho fundamental para el que en el presente caso se solicita nuestro amparo no es un derecho fundamental sustantivo, sino de carácter procesal, el derecho al proceso público con todas las garantías, para cuya lesión ofrece nuestra legislación un amplio abanico de remedios, y, entre ellos, el de que el propio Juez o Tribunal declare de oficio y previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular (art. 240.2 LOPJ). La cuestión es la de la legitimidad constitucional del inciso incluido en tal precepto ('antes de que hubiere recaído sentencia definitiva') que en la interpretación literal que el Juez sentenciador hace de él, le impide que, advertido en trámite de ejecución de la indefensión ocasionada, pueda remediarla y le obliga a dar firmeza a una decisión cuya antijuridicidad le consta. Una cosa es que, llegado un punto, la sentencia judicial haya de entenderse irrevocablemente firme (a salvo de la posibilidad excepcional de la revisión), y otra, bien distinta que el Juez, consciente de la indefensión de una de las partes, se vea compelido por un precepto legal a imponer a esta el cumplimiento de una decisión cuya invalidez el mismo proclama..."

"El Juez, consciente de la indefensión producida y obligado (art. 7 LOPJ) a reconocer el derecho funda-

mental de los ciudadanos a no ser condenados sin ser oídos, se ve forzado a negar, sin embargo, este derecho, imponiendo una obligación de condena que sabe formalmente ilegítima. La existencia de la antinomia evidencia la imposibilidad de la interpretación literal y la necesidad de entender que, al menos en supuestos como el presente, en el que la nulidad se origina en defectos de procedimiento, no de fondo, y afecta a garantías procesales sustanciales cuya trasgresión no ha podido hacer valer anteriormente por ningún otro medio. Por sentencia definitiva sólo puede entenderse la ya definitivamente ejecutada, de manera que pueda el Juez o Tribunal sentenciador, mientras no lo ha sido, de oficio y previa audiencia de las partes, declarar la nulidad de actuaciones, en lo necesario para restaurar a las partes en los derechos que garantiza el art. 24 de nuestra constitución y sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en el art. 11.2 LOPJ".

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado, además, en diversas ocasiones sobre la posible lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cuando previamente se ha instado la nulidad de actuaciones por la vía del art. 240 LOPJ, habiendo sido desestimada tal pretensión, siendo especialmente interesante en materia de Seguridad Social la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2003 de 9 de abril, sobre un supuesto de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS). En el antecedente tercero de la sentencia se recoge lo siguiente:

"El demandante de amparo, invocando diversas Sentencias de este Tribunal (SSTC 26/1999, 152/1999 y 20/2000), alega que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) al no haber sido emplazado como parte en el recurso contencioso-administrativo tramitado por el procedimiento abreviado núm. 297/99 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Barcelona, pese a tener legítimo interés en dicho procedimiento, lo que le ha causado indefensión, al haberse dictado Sentencia inaudita parte que incide negativamente en su esfera de derechos e intereses, pues la estimación del recurso interpuesto afecta a su derecho a percibir el indicado recargo. En el referido proceso se estimó el recurso que interpuso la empresa contra la resolución de la TGSS por la que se le reclamaba a aquélla el pago de la deuda correspondiente al recargo del 30 por 100 en las prestaciones derivadas de accidente de trabajo que se le reconocieran al ahora recurrente en amparo por haber incumplido la referida empresa las medidas de seguridad e higiene en el trabajo... Por último pone de manifiesto el recurrente que no ha incurrido en falta de diligencia, pues, en cuanto tuvo conocimiento de la existencia del procedimiento (por la comunicación

efectuada por el Servicio Jurídico de la TGSS) compareció instando la nulidad de actuaciones en el plazo de veinte días legalmente establecido al efecto".

Por su parte el Tribunal Constitucional en los Fundamentos Jurídicos declara:

"En el presente caso debemos convenir con el Ministerio Fiscal en que el recurso de súplica interpuesto contra el Auto que desestimó el incidente de nulidad promovido por el demandante de amparo, aun siendo improcedente conforme al tenor literal del art. 240.4 LOPJ, no puede considerarse como manifiestamente improcedente a los efectos de determinar la extemporaneidad del recurso de amparo, pues fue el propio Auto el que expresamente indujo al recurrente a la interposición del recurso de súplica, no advirtiéndose la existencia de un ánimo o intención dilatoria en su formulación. Por tanto no cabe tener por extemporánea la demanda de amparo que el recurrente ha presentado dentro del plazo de veinte días contados a partir de la notificación del Auto resolutorio del recurso de súplica contra el Auto que desestima el incidente de nulidad".

La situación legal varió sustancialmente con la Ley Orgánica 5/1997 de 4 de diciembre que instrumentó un incidente excepcional de nulidad, donde era dable denunciar defectos de forma que hubieran causado indefensión cuando la reparación por vía de recurso ya no fuera posible.

Más tarde, por la Ley Orgánica 13/1999 de 14 de mayo se introducen en el texto del artículo 240 algunas correcciones de menor alcance. Finalmente, los artículos 227 y 228 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, regulan el incidente de nulidad de actuaciones que se mantiene tras la entrada en vigor de la LO 19/2003 como veremos en los siguientes apartados de este artículo.

3.3. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ANTES DE LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 1/2000 DE 7 ENERO

Tras la supresión del incidente de nulidad de actuaciones por la Ley 34/84 el principal instrumento jurídico para declarar la nulidad de actuaciones lo han constituido, tal y como resalta Capilla Bolaños, los diferentes recursos regulados en la legislación procesal, y por lo que a nuestra materia se refiere, en la legislación procesal laboral.

El artículo 742 de la LEC de 1881 y el artículo 240.1 de la LOPJ se referían a los recursos como el medio ordinario y preferente para solicitar la nulidad de un acto judicial.

Tanto el Recurso de Reposición como el Recurso de Súplica son medios idóneos para la impugnación por

nulidad procesal, sobre todo, si el vicio resulta de los propios autos. Sin embargo, se trata de dos vías procesales en las que se encuentra excluida la posibilidad de practicar prueba. Además, el Recurso de Reposición está limitado en el proceso laboral cuando la resolución impugnada impida la continuación del juicio, supuesto referido a los casos de inadmisión de la demanda, acumulación de autos, cuestión prejudicial excluyente y cuestión de competencia por inhibitoria.

Por lo que respecta al Recurso de Suplicación, regulado en los artículos 188 a 202 de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante LPL), el artículo 189.1.d) establece:

"Procederá en todo caso la suplicación contra las sentencias dictadas por reclamaciones que tengan por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento o la omisión del intento de conciliación obligatoria previa, siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma y hayan producido indefensión".

Su fundamento está en sostener que las partes han de tener la posibilidad de pedir la declaración de nulidad de los actos procesales ineficaces, independientemente de la cuantía de la reclamación, y que ello ha de hacerse por medio de los recursos y también de la consideración de que las normas procesales no pueden quedar desvirtuadas en ningún proceso.

En cuanto al artículo 191 LPL, el mismo establece:

"El recurso de suplicación tendrá por objeto:

a) Reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión.

b) Revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.

c) Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia".

Situada nuestra materia de la nulidad de actuaciones en la letra a) del citado artículo son requisitos para que el recurso prospere los siguientes:

- Que se hubiera infringido una norma de carácter procesal, no material o sustantiva, ya que la infracción de norma de este tipo se alegará invocando el apartado c) del artículo 191.

- La norma infringida ha de haber producido indefensión.

- Se requiere que se haya formulado protesta en tiempo y forma.

LA LEY HA OPTADO POR ATENDER A LA NATURALEZA DE LA NULIDAD Y NO A LA REGULACIÓN DE OTROS INSTITUTOS COMO EL RECURSO DE REVISIÓN O LA AUDIENCIA AL REBELDE. EN LOS CASOS COMPRENDIDOS DENTRO DE ESTE INCIDENTE, NO NOS ENCONTRAMOS ANTE UNA RESCISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES NI ANTE EL PROCEDIMIENTO DE LAS MISMAS

- Que la norma procesal infringida se cite por el recurrente.

El Recurso de Casación por su parte habrá de fundarse en alguno de los motivos que recoge el artículo 205 LPL, debiendo en este punto centrar el análisis en las letras a), b) y c).

El primer motivo es "abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción". Entiende Capilla Bolaños que al amparo de dicho motivo podrán ser denunciadas infracciones cometidas por someter a la jurisdicción cuestiones que le son ajenas, en tanto que entrañaren ejercicio de funciones propias de otros poderes del estado.

El segundo motivo es "incompetencia o inadecuación de procedimiento". Capilla Bolaños afirma en este punto que la incompetencia hace alusión al conocimiento indebido por un órgano jurisdiccional de cuestiones incluidas en el ámbito correspondiente al Orden al que pertenece, pero que no ha de ser conocida por dicho Órgano, tanto por no venirle atribuida en función del criterio objetivo que determina la competencia, cuanto por el criterio funcional como por el criterio territorial.

El tercer motivo es "quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte". Capilla Bolaños afirma que nos encontramos ante un motivo que ampara la denuncia del error in procedendo. Este motivo distingue según que el vicio procesal concorra en la sentencia o en el resto de las actuaciones procesales practicadas en la instancia.

El último recurso utilizable para instar la nulidad de un acto judicial sería el Recurso de Amparo. El Tribunal Constitucional en STC de 15 de noviembre de 1990, declara con toda claridad lo siguiente:

"Cuando contra la sentencia que culmina un procedimiento con vicios no subsanados, determinantes de

indefensión constitucional, no quepa ningún otro recurso ordinario ni extraordinario, ni otros medios de rescisión de la cosa juzgada, en tales supuestos se impide que los órganos judiciales, incluso conscientes de la indefensión, pueden remediar la infracción, convirtiendo así el recurso de amparo constitucional en el único y exclusivo recurso, frente a situaciones de indefensión, causadas por vicios procesales detectados después de la firmeza de la sentencia, a falta de otros aplicables por los Tribunales ordinarios".

3.4. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000 DE 7 DE ENERO

La nueva LEC dedica el Capítulo IX del Título V del Libro I, artículos 225 a 231, a la regulación de la nulidad de las actuaciones judiciales, recogiendo una normativa que vuelve a recuperar como cauce procesal específico el de la nulidad de actuaciones judiciales, si bien la Disposición Final decimoséptima LEC hace depender la aplicación de dichos preceptos de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reforma que se ha llevado a cabo por la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre del Poder Judicial.

El artículo 1, cincuenta y cinco y siguientes de la LO 19/03 da una nueva redacción a los artículos 238 y siguientes de la LOPJ, redacción que se encuentra en consonancia con la regulación contenida en los artículos 225 a 231 de la LEC 1/2000, que pasamos a analizar.

La nulidad de los actos procesales se regula en la LEC 1/2000 determinando en primer lugar los casos de nulidad de pleno derecho. Así el artículo 225 dispone los siguientes:

"Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1. *Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.*
2. *Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.*
3. *Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.*
4. *Cuando se realicen sin intervención de Abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria.*
5. *En los demás casos en que esta Ley así lo establezca".*

Se mantiene un sistema de denuncia de los casos de nulidad radical a través de los recursos o de su declaración de oficio, antes de dictarse resolución que ponga fin al proceso. En este sentido se pronuncia el artículo 227 de la LEC 1/2000:

"Declaración de nulidad y pretensiones de anulación de actuaciones procesales. 1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate. 2. Sin perjuicio de ello, el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular. En ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que aprecie falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal".

No obstante lo anterior se reafirma la necesidad puesta de relieve por el Tribunal Constitucional como hemos señalado en el apartado anterior de articular un remedio procesal específico para aquellos casos en que la nulidad radical, por el momento en que se produce el vicio que la causó, no pudiera ser declarada de oficio ni denunciada por vía de recurso, tratándose sin embargo de defectos graves, generadores de innegable indefensión. La Exposición de Motivos de la LEC 1/2000 pone como ejemplo la privación de la posibilidad de actuar en vistas anteriores a la Sentencia o de conocer ésta a efectos de interponer los recursos procedentes.

El incidente excepcional de nulidad de actuaciones, que recoge ahora el artículo 228 de la LEC 1/2000 en relación con el artículo 241 de la LOPJ, se regula así:

"1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión, siempre que, por el momento en que se produjeron, no hubiera sido posible denunciar esos defectos antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Será competente para conocer de este incidente el mismo tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la sentencia, la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución.

El tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno.

2. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado anterior de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecorribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, y se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes.

Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de quince mil a cien mil pesetas. Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno".

La Ley ha optado por atender a la naturaleza de la nulidad y no a la regulación de otros institutos como el Recurso de Revisión o la Audiencia al Rebelde. En los casos comprendidos dentro de este incidente, no nos encontramos ante una rescisión de sentencias firmes ni ante el procedimiento de las mismas.

El capítulo IX de la LEC 1/2000 se completa con los artículos destinados a regular el modo de proceder en caso de intimidación o violencia (artículo 226), las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido (artículo 229), la conservación de los actos (artículo 230) y, finalmente, la subsanación (artículo 231).

Nos encontramos, por lo tanto, con una regulación de la nulidad de actuaciones contenida tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil como en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que ha optado por establecer un incidente de nulidad de actuaciones sencillo, reservado para los vicios o defectos exclusivamente formales que generen indefensión y nulidad siempre que no sea posible denunciar estos vicios por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecorrible. Por lo que respecta al proceso social, ya hemos indicado en la introducción que no existe una normativa específica en la Ley de Procedimiento Laboral, por lo que es necesario hacer extensivo a nuestro proceso de Seguridad Social lo dispuesto en los dos cuerpos

NOS ENCONTRAMOS
CON UNA REGULACIÓN
DE LA NULIDAD DE
ACTUACIONES
CONTENIDA TANTO EN
LA LEY DE
ENJUICIAMIENTO CIVIL
COMO EN LA LEY
ORGÁNICA DEL PODER
JUDICIAL...
POR LO QUE RESPECTA AL
PROCESO SOCIAL... NO
EXISTE UNA NORMATIVA
ESPECÍFICA EN LA LEY DE
PROCEDIMIENTO
LABORAL, POR LO QUE ES
NECESARIO HACER
EXTENSIVO A NUESTRO
PROCESO DE SEGURIDAD
SOCIAL LO DISPUESTO EN
LOS DOS CUERPOS
LEGALES ANTES
MENTIONADOS

legales antes mencionados. Sin perjuicio de lo anterior, la práctica de nuestros Juzgados y Tribunales del Orden Social nos ofrece diferentes ejemplos y manifestaciones de la aplicación que se hace en este orden jurisdiccional de la figura procesal de la nulidad de actuaciones. Ejemplo de lo anterior son las diferentes sentencias que se resaltan en el apartado siguiente de este artículo.

4. Nulidad de actuaciones en el proceso social: jurisprudencia relacionada

A) Imposibilidad de acudir a casación para la unificación de doctrina, para impugnar la resolución final de un incidente de nulidad de actuaciones.

"Por lo demás, el incidente de nulidad, de conformidad con lo previsto en el art. 240 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) no tiene prevista su resolución por sentencia sino por auto, dado que lo que resuelve es un incidente, y, en cualquier caso está muy claro y patentizado en el art. 240.4 de la LOPJ que 'la resolución final sobre este incidente no será susceptible de recurso alguno'. Por todo lo cual carece de base legal la interposición del presente recurso de unificación contra lo resuelto en el indicado incidente, puesto que contra el instrumento de resolución del mismo no cabe este recurso ni ningún otro".
[sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 11 de octubre de 2005. Recurso de Casación para la unificación de doctrina número 2214/2004]

B) Interrupción de la caducidad por el planteamiento de nulidad de actuaciones.

"... hasta fecha muy reciente esta Sala había soste-

nido que este incidente no era un recurso propiamente dicho y por ello no podía servir para suspender el plazo de caducidad –por todas SSTs 18-6-2001 (RJ 2001, 6311) (Rec. 2766/2000) y 5-5-2003 (RJ 2003, 5204) (Rec. 4/2002) en dicho sentido–, pero, como ya indicó el propio Abogado del Estado que mantuvo esta excepción en el acto de la vista, este criterio fue modificado por sentencia de esta Sala de 24-9-2003 (RJ 2003, 8556) (Rec. 5/2/2003) a raíz de la interpretación en tal sentido mantenida por el Tribunal Constitucional en sentencia 39/2003, de 27 de febrero (RTC 2003, 39), de donde dedujo que, pudiendo el incidente de nulidad constituir un medio previo de obtención de la tutela judicial que se pretende con la demanda de error judicial, al igual que ocurre con los recursos ordinarios o extraordinarios contra una sentencia, el cómputo de los tres meses de caducidad previsto en el art. 293.1.a) de la LOPJ habrá de hacerse a partir del momento en que se cerraron las posibilidades de remediar el defecto procesal denunciado en el incidente en cuestión" **[sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 4 de marzo de 2004. Demanda de Error Judicial núm. 9/2003].**

C) La necesidad de agotar previamente los recursos previstos no alcanza al incidente de nulidad de actuaciones.

"Es cierto que esta Sala, en recientes sentencias de 24-9-2003 (RJ 2003, 8556) (Rec. 2/2003) y 5-10-2004 (RJ 2004, 7006) (Rec. 11/2003), ha aceptado que el incidente de nulidad, en los supuestos en que es procedente utilizarlo, suspende el plazo de caducidad para entablar la acción por error, lo cual es completamente congruente con la tutela judicial a la que tiene derecho el que alega un error de estas características. Pero del que se haya dicho eso no se desprende que haya de exigírsele a las partes como requisito para el ejercicio de esta última acción, y en todo caso, que previamente hayan de utilizar el incidente de nulidad, puesto que, como se ha dicho, no estamos en presencia de un verdadero recurso, que, por lo tanto, sólo será exigible con carácter previo cuando se impute a la sentencia alguna de las infracciones procesales previstas en el precitado art. 241 LOPJ". **[sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 5 de abril del 2005. Error Judicial núm. 3/2004].**

D) Audiencia al Rebelde e Incidente de Nulidad de Actuaciones (diferencias).

"... a partir de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) operada en 1997 (RCL 1997, 2878), se impone un incidente de nulidad de por vicio procesal que cause indefensión y que no sea posible denunciar por vía de recurso. Con ello, se pone de manifiesto que la audiencia al rebelde 'ha re-

cuperado su tradicional función y queda reservada para los casos en que la notificación edictal de la sentencia haya ido precedida de un emplazamiento realizado en forma legal, es decir, por alguno de los medios previstos en los artículos 774 a 777 LECiv, que también recoge los arts. 56 y 57 LPL (RCL 1995, 1144, 1563). Y que los supuestos de indefensión causada directamente por la irregularidad del emplazamiento, deben sustanciarse por la vía incidental abierta por dicha Ley Orgánica'. En definitiva, 'el incidente de audiencia al rebelde ha quedado reducido a sus justos límites de utilidad procesal, es decir, para amparar, en su caso, a quien habiendo sido citado en forma legal, acredita la imposibilidad de haber comparecido al acto procesal para el que fuera convocado, sin culpa suya; pero cuando lo que ha sucedido es que se niega (por el demandado y condenado) la existencia de su citación en forma legal, y se atribuye a la Sentencia el haber sido dictada inaudita parte, es claro que el supuesto que se configura por la pretensión actuada es uno de los contemplados en el núm. 3 del mencionado art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a saber la concurrencia de un defecto procesal (omisión de citación del demandado), constitutiva de incumplimiento del art. 82.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, que impera la citación en forma del demandado, y con la indefensión consistente en no haber podido comparecer y defenderse en el juicio' (STS 24/09/01 [RJ 2001, 8715])". **[sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 608/2005 (Sala de lo Social, Sección 4.ª) de 27 de octubre. AS 2005/3149]. ●**

BIBLIOGRAFÍA

* *Derecho procesal del trabajo*, Manuel Alonso Olea. Coautores: César Miñambres Puig, Rosa M.ª Alonso, Madrid 2004.

* *Curso de Procedimiento Laboral*, Alfredo Montoya Melgar (Editorial Tecnos), 2001.

* *La nulidad de actuaciones en el proceso laboral*, José Antonio Capilla Bolaños, Actualidad Laboral 1997-2.

* *Audiencia al rebelde y nulidad de actuaciones. Interpretación jurisprudencial y regulación en el Ley 1/2000 de 7 de enero*, Elena Carrasco Manzanares y Marta Jaureguizar Serrano, mayo-junio 2001.

* *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Garci Martín Montero, Civitas Editorial, S.L., 2002.

* *La comunicación procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ignacio José Cubillo López, Civitas Editorial S.L.

* *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, Ana María Lourido Rico, Editorial Comares, agosto 2004.

* *La nulidad de actuaciones procesales civiles y penales*, F. Javier García Gil, Editorial Dykinson, 1996.

* Con la colaboración de D. Alejandro Canosa Pardo, del Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado.

LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA.

ESPECIAL REFERENCIA A LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

180

Alberto LLORENTE ÁLVAREZ
Andrés Ramón TRILLO GARCÍA

*Letrados de la Administración de la Seguridad Social.
INSS. Madrid*

1. Introducción

Como no podía ser de otro modo en un trabajo de estas características, nuestro único propósito en las líneas que siguen es dar cuenta, de modo conciso, del procedimiento de colaboración judicial más sobresaliente que existe dentro del llamado Derecho comunitario, procedimiento que no es otro que el de la llamada cuestión prejudicial. Mediante el mecanismo de la cuestión prejudicial, como detallaremos con mayor extensión, se ha pretendido conseguir, básicamente, una uniformidad interpretativa del ordenamiento jurídico. Para alcanzar nuestro propósito hemos resuelto desarrollar en cuatro puntos y una adenda el tema que nos ocupa: justificación y finalidad de la cuestión prejudicial; planteamiento de la cuestión prejudicial por

los jueces nacionales; procedimiento ante el Tribunal de Justicia y efectos de las sentencias dictadas en asuntos prejudiciales. Por último, desarrollando nuestra tarea profesional en el ámbito de la Seguridad Social, nos ha parecido procedente dar cuenta de las cuestiones prejudiciales más sobresalientes planteadas por nuestros tribunales en el campo de la Seguridad social.

2. Justificación y finalidad de la cuestión prejudicial

Como es conocido, la Unión Europea (en adelante UE) carece de una Administración completa y compleja al estilo clásico. Aun a riesgo de caer en una sim-

plificación excesiva, podríamos aventurarnos a señalar que la UE cuenta con una Administración central básicamente dedicada a la producción normativa y, en cierta medida, con determinadas competencias de supervisión sobre las Administraciones de los distintos Estados miembros en tanto que éstas actúan como “Administración” de la Unión Europea. En definitiva, ante esa ausencia de una Administración Comunitaria, en los distintos Estados, son las Administraciones estatales las llamadas a aplicar el Derecho Comunitario creado por las Instituciones de la Unión⁽¹⁾, siendo, desde este punto de vista, desde el que señalamos que las Administraciones estatales actúan en esa ejecución del Derecho Comunitario “como Administración” de la Unión o Comunitaria.

Desde otra perspectiva, si las Administraciones nacionales son las llamadas a aplicar el Derecho Comunitario, el control de la ejecución de esa normativa comunitaria se efectúa por los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados, en tanto que revisores de la actuación de sus Administraciones. Del mismo modo que hemos señalado al referirnos a las Administraciones, también cabe indicar que la UE carece, en los distintos Estados, de una estructura de tribunales propia, a diferencia de lo que ocurre normalmente en los Estados federales⁽²⁾, por lo que, como hemos indicado, la labor de control de la ejecución de la normativa comunitaria se efectúa por los jueces nacionales. En este sentido se ha destacado que los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros son “los jueces ordinarios del Derecho Comunitario” porque “la aplicación administrativa descentralizada de las normas comunitarias justifica este control jurisdiccional descentralizado”⁽³⁾.

Ahora bien, si las Administraciones de los distintos Estados miembros son las que aplican la normativa

CON EL MECANISMO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL SE CONSIGUE QUE UN SOLO TRIBUNAL ASEGURE “UNA ÚNICA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS COMUNITARIAS (O DE SU VALIDEZ) EN TODO EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD, CONCILIANDO LA INDISPENSABLE UNIFORMIDAD APLICATIVA DEL DERECHO COMUNITARIO CON LA DIVERSIDAD DE JUECES Y TRIBUNALES”

comunitaria y los órganos jurisdiccionales de esos mismos Estados son los llamados a verificar la adecuación de tal ejecución normativa, si éste es el esquema básico de funcionamiento, existe una alta probabilidad de que las interpretaciones de la normativa comunitaria sean tan diversas como Administraciones y tribunales nacionales entren en juego, “posibilidad nada hipotética si se recuerda que cada uno de los órdenes judiciales nacionales, llamados a su aplicación ordinaria, tiene su tradición jurídica propia, sus criterios interpretativos singulares, hasta su terminología jurídica diversa, lo que tiene especial relevancia respecto de un Derecho cuyos textos escritos no constan en una versión única, sino

en nueve lenguas oficiales, todas las cuales tienen la misma autoridad; sin contar con la tentación de que cada Estado modulase la interpretación del ordenamiento comunitario en el sentido más conforme a sus propios intereses”⁽⁴⁾. Si tal probabilidad se materializara a la postre desembocaría en una ruptura de la “Comunidad” o de la Unión. “Conviene no olvidar, en palabras de Lecourt, que la “piedra angular” de la Co-

⁽¹⁾ “En el ejercicio de esta actividad de ejecución los Estados gozan de autonomía institucional y de procedimiento”, señalan García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo (I)*, Ed. Civitas, Madrid 1999, p. 154.

⁽²⁾ “Un orden judicial específico para aplicar este Derecho [Comunitario], según el modelo de la organización judicial propia de algunos Estados federales, hubiera exigido un ingente esfuerzo organizativo y habría dado lugar a interminables conflictos jurisdiccionales ante la multitud de regulación mixtas (de Derecho comunitario y de Derecho nacional)”, García de Enterría, E., “Competencias y funcionamiento del Tribunal de Justicia”, en la obra colectiva *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio Sistemático desde el Derecho español (Tomo I)*, Ed. Civitas, Madrid 1986, p. 700. A modo de ejemplo sobre los conflictos de competencia entre los tribunales estatales y los federales en Estados Unidos, en una exposición sencilla y rigurosa, en Tunc, André, *El Derecho en Estados Unidos*, Ed. Oikos-tau, Barcelona 1971, p. 39-76.

⁽³⁾ Mangas Martín, A. y Liñán Noguerras, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea (4.ª edición)*, Ed. Tecnos, p. 205.

⁽⁴⁾ García de Enterría, E., “Competencias y funcionamiento del Tribunal de Justicia”, en la obra colectiva *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio Sistemático desde el Derecho español (Tomo I)*, Ed. Civitas, Madrid 1986, p. 700.

munidad no es sólo una “misma norma común”, sino dicha norma “interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados miembros”⁽⁵⁾. En definitiva, la diversidad de interpretaciones a que puede verse sometida una norma por sistemas jurisdiccionales tan diversos conlleva el riesgo de “una auténtica pulverización del Derecho Comunitario”⁽⁶⁾.

Para evitar ese riesgo de fragmentación del Derecho Comunitario, probable consecuencia de una multitud de interpretaciones, se estableció el mecanismo de la cuestión prejudicial, figura clave del sistema judicial comunitario que constituye el principal mecanismo de cooperación judicial en las Comunidades⁽⁷⁾. La cuestión prejudicial permite, en último término, que una institución propiamente comunitaria, como el Tribunal de Justicia, se constituya en el intérprete último del Derecho Comunitario. Esquemáticamente expuesto, la cuestión prejudicial permite al juez nacional, que tiene que aplicar el Derecho Comunitario en un litigio concreto, aplazar su veredicto final para consultar al Tribunal de Justicia sobre la interpretación o validez del Derecho Comunitario que está llamado a tener en cuenta. Dicho de otro modo, con el mecanismo de la cuestión prejudicial se consigue que un solo Tribunal asegure “una única interpretación de las normas comunitarias (o de su validez) en todo el ámbito de la Comunidad, conciliando la indispensable uniformidad aplicativa del Derecho Comunitario con la diversidad de jueces y Tribunales”⁽⁸⁾.

El mecanismo de la cuestión prejudicial está establecido en el actual artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea, precepto que textualmente establece:

“El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) Sobre la interpretación del presente Tratado.
- b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad y por el Banco Central Europeo.
- c) Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”.

Lo primero que cabe advertir es que la cuestión prejudicial, en todo caso, únicamente constituye un incidente dentro del proceso principal porque, a la postre, a quien corresponde resolver el asunto en concreto es al juez nacional. A su vez, debe significarse que la cuestión prejudicial no es un procedimiento contradictorio entre partes sino, por el contrario, es un mecanismo de cooperación judicial en el que las partes pueden formular sus alegaciones. En palabras del propio Tribunal de Justicia, la cuestión prejudicial regulada en el Tratado constituye “una cooperación directa entre el Tribunal de Justicia y los órganos

⁽⁵⁾ Alonso García, R., *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Ed. Civitas, Madrid 1989, p. 165-166.

⁽⁶⁾ García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo (I)*, Ed. Civitas, Madrid 1999, p. 157.

⁽⁷⁾ Isaac, Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, Ed. Ariel, Barcelona 1991, p. 294. En palabras del propio TJCE, en su sentencia de 5.2.2004, C-380/01, Scheiner (TJCE 2004/29). En lo que se refiere a la cuestión prejudicial, es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada, el procedimiento establecido por el artículo 234 CE (RCL 1999, 1205 ter y LCEur 1997, 3695) es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, por medio del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho Comunitario que precisan para la solución del litigio que deban dirimir (véase la sentencia de 16 de julio de 1992 [TJCE 1992, 151], Meilicke, C-83/91, Rec. p. I-4871, apartado 22, y los autos de 9 de agosto de 1994, La Pyramide, C-378/93, Rec. p. I-3999, apartado 10, y de 25 de mayo de 1998, Nour, C-361/97, Rec. p. I-3101, apartado 10). La cuestión prejudicial “... se trata de un mecanismo jurídico basado en la cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y los órganos jurisdiccionales nacionales y no en una relación jerárquica entre ellos, como la que derivaría de la implantación de un sistema de recurso de casación”, Mangas Martín, A. y Liñán Nogueras, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (4.ª edición), Ed. Tecnos, p. 476.

⁽⁸⁾ García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo (I)*, Ed. Civitas, Madrid 1999, p. 158.

⁽⁹⁾ Auto de 18-10-1979, C- 40/70, Sirena Srl contra Eda Srl y otros, Rep. 1979, p. 3169.

jurisdiccionales nacionales según un procedimiento no contencioso, extraño a cualquier iniciativa de las partes y a lo largo del cual éstas sólo son invitadas a presentar observaciones en el marco jurídico marcado por el órgano jurisdiccional de remisión⁽⁹⁾. En definitiva, como veremos más adelante, quien tiene la iniciativa para plantear la cuestión prejudicial es el tribunal nacional⁽¹⁰⁾ de oficio, incluso aunque no lo hayan solicitado las partes.

Desde otra perspectiva, a la vista de la redacción del precepto transcrito, podemos señalar que del mismo se deduce que las cuestiones prejudiciales pueden tener una doble finalidad, aunque, adelantamos, el procedimiento para su tramitación es idéntico. Por un lado pueden ser cuestiones prejudiciales que tengan por objeto la interpretación de los Tratados y del derecho derivado y, por otro, pueden ser cuestiones prejudiciales cuyo propósito sea el examen de validez de los actos de las Instituciones. Conceptualmente podríamos afirmar que en una cuestión prejudicial de interpretación lo que se suscita es el sentido en el que debe ser interpretada una disposición de Derecho Comunitario cuya validez no se discute; por el contrario, en una cuestión prejudicial de validez o invalidez lo que se discute es la legalidad misma del Derecho Comunitario, aunque, evidentemente, habrá de efectuarse previamente una labor interpretativa. No obstante, en el ámbito de la cuestión prejudicial “la diferencia fundamental entre ambas figuras es de resultado”⁽¹¹⁾, sin olvidar, asimismo, que la cuestión de validez no procede en relación con los Tratados a diferencia de la cuestión prejudicial de interpretación⁽¹²⁾.

En la cuestión prejudicial de interpretación el juez nacional consulta al Tribunal de Justicia porque tiene dudas sobre cuál sea el significado comunitario exacto del Derecho Comunitario, sin que sea preciso

EL JUEZ GOZA DE
ABSOLUTA LIBERTAD PARA
DECIDIR EL MOMENTO
EN QUE DEBE PLANTEAR
LA CUESTIÓN
PREJUDICIAL, Y
ÚNICAMENTE ESTÁ
VINCULADO A QUE
DICHO MOMENTO SEA
AQUEL EN EL QUE
ESTIME QUE ES
NECESARIO PARA
SOMETER ALGÚN
EXTREMO A LA DECISIÓN
DE INTERPRETACIÓN O
VALIDEZ DEL TRIBUNAL DE
JUSTICIA

que el texto sea oscuro o existan lagunas. En todo caso, la labor interpretativa del Tribunal de Justicia, en estos casos, viene acotada por una serie de límites⁽¹³⁾:

- el Tribunal de Justicia sólo puede interpretar el Derecho Comunitario, no siendo competente para pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, “sin embargo, hay que reconocer que la jurisprudencia actual es fruto de una evolución dirigida en cierta medida por la frecuencia de los recursos prejudiciales relativos a la compatibilidad entre las normas de Derecho interno y las disposiciones de Derecho Comunitario, planteando el juez nacional la pregunta de qué Derecho debe aplicar”⁽¹⁴⁾;

- no puede aplicar el Derecho Comunitario a un caso determinado, función que corresponde siempre al juez nacional, aunque “en la práctica, no obstante, el estricto respeto de esta distribución de las funciones no siempre es fácil, pues es muy cierto que resulta difícil interpretar sin aplicar, o al menos sin prejuzgar un poco la aplicación”⁽¹⁵⁾;

⁽¹⁰⁾ “Corresponde al juez nacional y no a las partes en el litigio principal acudir al Tribunal; la facultad de determinar las preguntas que deben plantearse al Tribunal es competencia exclusiva del juez nacional, no pudiendo las partes modificar su contenido ni declararlas sin objeto; el Tribunal de Justicia, a instancia de una de las partes, no puede ser obligado a conocer de una cuestión cuya iniciativa no corresponde a las partes sino a la jurisdicción nacional”, Sentencia del TJCE de 9-12-1965, C-44/65 Hessische Knappschaft contra Maison Singer et fils, Rec. 1965, p. 1081.

⁽¹¹⁾ Alonso García, R., *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Ed. Civitas, Madrid 1989, p. 196.

⁽¹²⁾ Silva de la Puerta, R., *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Bilbao 1986, p. 186.

⁽¹³⁾ Silva de la Puerta, R., *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las CCEE*, Ed. La Ley, Madrid 1993, p. 229.

⁽¹⁴⁾ Silva de la Puerta, R., *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las CCEE*, Ed. La Ley, Madrid 1993, p. 262. Puede consultarse en esta obra una sucinta exposición de la evolución jurisprudencial en este concreto extremo.

⁽¹⁵⁾ Isaac, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ed. Ariel, Barcelona, p. 408.

● el Tribunal de Justicia no puede declarar la incompatibilidad de una norma nacional con el Derecho Comunitario (esto sólo puede efectuarlo en el caso del recurso por incumplimiento), tarea que queda reservada al juez nacional⁽¹⁶⁾;

● y no es competente, como veremos más adelante, para examinar los motivos que ha tenido el órgano jurisdiccional nacional para interponer la cuestión prejudicial⁽¹⁷⁾.

La cuestión prejudicial de validez, menos utilizada que la de interpretación, tiene una importancia innegable. En este caso, al igual que ocurría en la cuestión de interpretación, el juez nacional planteará la cuestión de validez cuando necesite dilucidar la validez o invalidez de un acto comunitario para poder dictar el fallo de su sentencia en un sentido o en otro⁽¹⁸⁾. Procederá la cuestión de validez aunque el acto comunitario no hubiera sido objeto, en su caso, de recuso de anulación y podrán alegarse los motivos de invalidez que se estimen pertinentes.

Finalmente, en relación con este apartado, el Tribunal de Justicia ha interpretado extensivamente el abanico normativo susceptible de ser objeto de cuestiones prejudiciales. Resumiendo su doctrina, podríamos indicar que son normas susceptibles de ser objeto de cuestiones prejudiciales de interpretación las que integran el denominado Derecho originario, esto es, tanto

los Tratados fundacionales como los sucesivos Tratados que les han ido modificando o completando. Por el contrario, como es lógico, los Tratados que constituyen el Derecho originario no pueden ser objeto de cuestiones de validez. Asimismo, en general, todo el Derecho Comunitario derivado⁽¹⁹⁾ puede ser objeto tanto de cuestiones de interpretación como de cuestiones de validez, con independencia de que sean disposiciones directamente aplicables, necesiten su transposición o sean meras decisiones dirigidas a los Estados⁽²⁰⁾. Incluso pueden ser objeto de una cuestión prejudicial las sentencias del propio TJCE, o los principios generales del Derecho Comunitario, en especial “los que protegen los derechos humanos y libertades fundamentales”⁽²¹⁾. De igual modo, pueden ser objeto de cuestiones prejudiciales de interpretación los compromisos internacionales asumidos por la Unión Europea en virtud de los acuerdos internacionales firmados por sus instituciones.

3. Planteamiento de la cuestión Prejudicial

El artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea, como hemos señalado en el apartado precedente, establece que el órgano jurisdiccional competente para plantear la cuestión prejudicial será el órgano jurisdiccional del Estado miembro que co-

⁽¹⁶⁾ “... a pesar de todas las precauciones es inevitable muy a menudo que la interpretación no deje ninguna duda sobre la validez de las reglas nacionales y que la decisión del Tribunal prejuzgue de hecho la solución final que se dará al litigio por parte del juez nacional, tanto más cuanto el Tribunal deja escapar pocas veces la ocasión de recordar a éste que en el caso de una incompatibilidad el derecho comunitario debe prevalecer”, Isaac, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ed. Ariel, Barcelona, p. 409.

⁽¹⁷⁾ Señalando el Tribunal de Justicia que “En el marco de esta cooperación, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (véanse, en particular, las sentencias de 15 de diciembre de 1995 [TJCE 1995, 240], *Bosman*, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 59; de 13 de marzo de 2001 [TJCE 2001, 102], *Preussen Elektra*, C-379/98, Rec. p. I-2099, apartado 38, y de 22 de enero de 2002 [TJCE 2002, 19], *Canal Satélite Digital*, C-390/99, Rec. p. I-607, apartado 18)”, (STJCE de 5-2-2004, C-380/01, *Scheiner* (TJCE 2004/29).

⁽¹⁸⁾ García de Enterría, E., *Competencias y funcionamiento del Tribunal de Justicia*, en la obra colectiva *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio Sistemático desde el Derecho español (Tomo I)*, Ed. Civitas, Madrid 1986, p. 713.

⁽¹⁹⁾ A estos efectos, “todos los actos de las instituciones, sin distinción”, STJCE 6-10-1970, *Franz Grad*, C-9/70, Rec. 1970, p. 825.

⁽²⁰⁾ STJCE 20-5-1976, *Mazzali*, C-111/75, Rec. 1975, p. 657 y STJCE 5-10-1977, *Tedeschi*, C-5/77, Rec. 1977, p. 1555.

⁽²¹⁾ Mangas Martín, A. y Liñán Noguerras, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea (4.ª edición)*, Ed. Tecnos, p. 477.

nozca del procedimiento en cualquiera de sus instancias⁽²²⁾.

El juez nacional puede plantear de oficio la cuestión prejudicial sin que sea necesario que la parte del procedimiento sea, a su vez, quien solicite la presentación de la cuestión. Ahora bien, solicitada por la parte la presentación de una cuestión prejudicial, su planteamiento por el órgano jurisdiccional es facultativo. Así, el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea dispone que “cuando se plantee una cuestión de naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”.

El carácter facultativo del planteamiento se muta en preceptivo cuando la pretensión objeto de la duda se solicite ante un órgano que agote la vía jurisdiccional. Así, el tan reiterado artículo 234 del Tratado señala que “cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”. No obstante, la obligación cede ante dos supuestos determinados por la jurisprudencia: el del acto claro⁽²³⁾, y el del acto aclarado⁽²⁴⁾.

Se estima que existe un acto claro cuando la pregunta planteada no es necesaria puesto que la respuesta no influirá en la solución del litigio o, como señala el artículo 104.3 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, cuando no subsista duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada, para lo que el órgano nacional ha de estar convencido de que la contestación del Tribunal de Justicia se impondría en los mismos términos. A estos efectos, la sentencia Calfit señala que “antes de llegar a tal conclusión, el órgano jurisdiccional nacional debe estar convencido de que la misma evidencia se impondrá

igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros y el Tribunal de Justicia, de forma que sólo si se cumplen estos requisitos, el órgano jurisdiccional nacional podrá abstenerse de someter la cuestión al tribunal y resolverla bajo su propia responsabilidad”.

El acto aclarado se produce cuando la norma cuestionada ya haya sido objeto de una interpretación del Tribunal de Justicia de la Comunidad, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que hayan dado lugar a esa jurisprudencia aun cuando no exista una estricta identidad^{(25) (26)}. En este sentido, el artículo 104.3 del Reglamento de Procedimiento establece que “Cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el tribunal ya haya resuelto o cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal, oído el Abogado general, podrá resolver en cualquier momento mediante auto motivado remitiéndose, en caso necesario, a la sentencia anterior o a la jurisprudencia aplicable”.

Contra la resolución del órgano jurisdiccional de no elevar la cuestión prejudicial las partes pueden reaccionar, bien presentando un recurso de incumplimiento conforme a lo establecido en el artículo 226 del Tratado de la Comunidad Europea, o bien mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por violación del derecho a la tutela judicial efectiva, tal como se pronuncia el Tribunal Constitucional en su sentencia 58/2004, de 19 de julio⁽²⁷⁾.

De otro lado, la decisión de plantear una cuestión prejudicial no es susceptible de disposición unilateral de la parte o pactada por los litigantes.

El juez goza de absoluta libertad para decidir el momento en que debe plantear la cuestión prejudicial, y únicamente está vinculado a que dicho momento sea aquél en el que estime que es necesario para someter algún extremo a la decisión de interpretación o validez del Tribunal de Justicia. No obstante, es preferible

⁽²²⁾ El capítulo II del Título I del Libro I de la Ley de Procedimiento Laboral, Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, señala como órganos jurisdiccionales del orden social a los Juzgados de lo Social, Salas de lo Social de los Tribunales superiores de Justicia, Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

⁽²³⁾ Asunto Cilfit. Sentencia de 6 de octubre de 1982, C-283/81.

⁽²⁴⁾ Asunto Fracovich. Sentencia de 19 de noviembre de 1991.

⁽²⁵⁾ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10-2-2004 Rec. n.º 8/2880/2003.

⁽²⁶⁾ Molina Del Pozo, C. F., *El Sistema Institucional de la Unión Europea*, Ed. DIJUSA, Madrid 2002, p. 409.

⁽²⁷⁾ Rodríguez Cárcamo, J. M., *Especialidades Procesales en las Cuestiones Prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid 2005.

que la decisión del reenvío se adopte en una fase del procedimiento en la que el juez nacional pueda definir el presupuesto fáctico y el marco jurídico del problema que se va a someter, de modo que el Tribunal de Justicia cuente con todos los elementos necesarios para poder emitir resolución útil en el procedimiento de instancia⁽²⁸⁾.

La solicitud de planteamiento efectuada por una de las partes o bien la decisión del propio órgano nacional de efectuarlo, serán notificadas a las partes al objeto de que aleguen lo que a su derecho convenga tanto sobre la oportunidad de presentar la cuestión prejudicial como sobre las cuestiones de fondo que estime pertinente, igualmente dictaminará el Ministerio Fiscal sobre tales aspectos.

La forma en la que el juez nacional debe realizar el planteamiento de la cuestión prejudicial es libre dentro de las formas admitidas en el derecho ritual interno para los incidentes procesales. Ahora bien, puesto que es el documento que va a servir de base para determinar el marco de la consulta y por ende de la contestación, y que va a ser notificado a todas las partes que puedan presentar observaciones, entre ellos todos los Estados miembros y las instituciones europeas y por tanto va a ser objeto de traducción, se aconseja⁽²⁹⁾ que se redacte de una forma sencilla, clara, precisa, sin elementos superfluos y en apartados o párrafos enumerados para facilitar la lectura y la posibilidad de realizar referencias. Se aconseja una extensión aproximada de diez páginas, de modo que aunque la decisión se exprese de forma sucinta, sea a la vez completa, de modo que contenga todos los elementos necesarios para que el tribunal pueda comprender el marco fáctico y normativo de la cuestión litigiosa sometida a conocimiento del Tribunal de Justicia. De este modo, la resolución de remisión deberá contener una breve exposición del litigio con los hechos pertinentes que se determinen como probados o al menos explicar los supuestos en que se basa la cuestión prejudicial; deberá reproducir las disposiciones nacionales aplicables así como la jurisprudencia de aplicación con las referencias necesarias para su localización; deberá identificar las disposiciones comunitarias pertinentes en el litigio principal; deberá explicar las razones que han llevado al juez a plantear la pregunta y la relación que tiene con la resolución en el asunto principal; también, deberá incluir, en su

caso, un resumen de los argumentos esenciales de las partes en el procedimiento principal. Por último, el órgano nacional remitente puede indicar su punto de vista sobre la respuesta que deba recibir la cuestión planteada.

También deberá constar de forma separada, ya sea al principio o al final de la resolución de remisión, la cuestión o cuestiones prejudiciales.

El planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia conlleva la suspensión del procedimiento hasta el pronunciamiento del Tribunal de Justicia, sin perjuicio de las medidas cautelares que pueda adoptar el juez nacional para asegurar la finalidad del proceso⁽³⁰⁾.

Por último, debemos señalar que la correspondencia con el Tribunal y en concreto la remisión del auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, así como las copias de documentos, entre ellos los autos, deberán ser enviados por el órgano nacional directamente al Tribunal de Justicia mediante correo certificado dirigido a la Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, L-2925 Luxemburgo, que será el órgano de contacto con el órgano jurisdiccional nacional⁽³¹⁾.

4. Procedimiento

Remitida por el Juez Nacional al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial se abre una segunda fase, la del procedimiento ante el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

La primera decisión del Tribunal consistirá en enjuiciar la admisibilidad de la cuestión, pudiéndose acordar la inadmisión cuando el escrito de planteamiento carezca de los elementos necesarios para que se pronuncie el tribunal, o cuando el litigio sea artificial o la pregunta sea hipotética⁽³²⁾, o cuando la cuestión prejudicial se refiera únicamente a cuestiones relativas al Derecho interno y por tanto carente de trascendencia comunitaria⁽³³⁾.

Acordada la admisión de la cuestión, se emplaza a las partes a través del órgano jurisdiccional nacional para que procedan a personarse en la causa seguida ante el Tribunal de Justicia.

⁽²⁸⁾ Los puntos 18 y 19 de la Nota informativa del Tribunal de Justicia publicada en el Diario Oficial de la Unión europea de 11-6-2005.

⁽²⁹⁾ Así lo establecen los puntos 20 a 24 de la Nota informativa del Tribunal de Justicia.

⁽³⁰⁾ Puntos 25 y 26 de la Nota informativa del Tribunal de Justicia.

⁽³¹⁾ Puntos 29 a 31 de la Nota informativa del Tribunal de Justicia.

⁽³²⁾ STJCE de 10-11-2005. Asunto C-335/05.

⁽³³⁾ STJCE 1995/206, de 16-11-1995.

El artículo 103.3 del Reglamento de Procedimiento de 19 de junio establece que el procedimiento por el que se tramitará la cuestión prejudicial será el establecido en el Reglamento con las adaptaciones requeridas por la naturaleza de la cuestión prejudicial, procedimiento que, como veremos más adelante, está presidido por los principios de flexibilidad y simplicidad⁽³⁴⁾. No obstante, de conformidad con lo establecido en el artículo 104 bis del Reglamento de Procedimiento, a petición del órgano jurisdiccional nacional, el Presidente podrá, excepcionalmente, a propuesta del Juez Ponente y oído el Abogado General, decidir que una cuestión prejudicial se tramite mediante un procedimiento acelerado que contenga excepciones a las disposiciones del presente Reglamento, cuando las circunstancias que se invoquen acrediten que existe una urgencia extraordinaria en que se dé respuesta a la cuestión planteada con carácter prejudicial, procedimiento en que se acortarán extraordinariamente los plazos de los trámites.

Serán parte en el proceso de la cuestión prejudicial las que sean partes del litigio principal, los Estados miembros, la Comisión y el Consejo cuando el acto cuya validez o interpretación se cuestiona procede del mismo.

Respecto a las normas de procedimiento sobre la representación y comparecencia de las partes en el litigio principal serán las mismas que eran aplicables ante los órganos jurisdiccionales nacionales que las hayan planteado. Ahora bien, el artículo 17 del Estatuto del Tribunal de Justicia exige necesariamente la intervención de abogado. En las cuestiones prejudiciales planteadas en procesos de Seguridad Social, la representación y Asistencia jurídica ante el Tribunal de Justicia de las partes corresponderá a un abogado designado al efecto⁽³⁵⁾. La representación y asistencia de Entidades Gestoras y Servicios Comunes será realizada por los Letrados de la Administración de la Seguridad Social adscritos a los Servicios Jurídicos Delegados Centrales de la Entidad o Servicio⁽³⁶⁾, mientras que en el caso de los Estados e Instituciones Comunitarias la representación será ejercida por sus agentes⁽³⁷⁾.

El artículo 80 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal establece las reglas sobre cómputo de los tiempos, entre las que podemos destacar las siguientes:

EL ESTUDIO DE LOS
EFECTOS DE LAS
SENTENCIAS
PREJUDICIALES DICTADAS
SOBRE EL FONDO DEBE
COMENZAR SEÑALANDO
QUE... LA SENTENCIA
PREJUDICIAL PONE
TÉRMINO A UN
INCIDENTE PLANTEADO
EN EL PROCEDIMIENTO
SEGUIDO POR EL JUEZ
NACIONAL

tes: los plazos se comienzan a contar a partir del día siguiente al del acto. Si se expresa el plazo en semanas, meses o años finalizará al expirar el día, la última semana, el último mes o el último año. Cuando esté expresado en meses y días se tendrán en cuenta primero los meses y luego los días; en el cómputo de los plazos se comprenderán los días feriados legales, los sábados y los domingos; asimismo el precepto señala que el cómputo de los plazos no se suspenderá durante las vacaciones judiciales; por último, si el

día en que finaliza el plazo es sábado, domingo o festivo quedará prorrogado hasta el final del siguiente día hábil.

El Reglamento de Procedimiento dispone en su artículo 80.2 que los plazos se verán aumentados en razón de las distancias, cuando las partes no tengan residencia habitual en Luxemburgo, según la lejanía del Estado ascendiendo el incremento del plazo a diez días en el caso de España.

El artículo 79 del Reglamento de Procedimiento regula el régimen de notificaciones de los actos, señalando que éstas se realizarán en el domicilio elegido por el destinatario, bien por envío postal certificado con acuse de recibo, bien personalmente mediante la entrega de una copia con firma del recibí. En los procesos en que sean parte las Entidades Gestoras y Servicios Comunes una vez personados, el domicilio será el de la sede del Servicio Jurídico Delegado Central en la Entidad o Servicio.

Dado el carácter plurinacional del proceso una de las cuestiones más importante es la del régimen lingüís-

⁽³⁴⁾ Molina del Pozo, C., *El Sistema Institucional de la Unión Europea*, p. 367.

⁽³⁵⁾ Capítulo II del Título II de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁽³⁶⁾ Artículo 1.2 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas y artículo 9 del Reglamento del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 974/2001, de 3 de agosto.

⁽³⁷⁾ En el Reino de España, serán Agentes los Abogados del Estado, artículo 1.5 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre.

tico regulado en los artículo 29 y siguientes del Reglamento de Procedimiento, preceptos que distinguen entre las lenguas del procedimiento y las lenguas del Tribunal. Las lenguas del procedimiento son todas las lenguas oficiales de la Comunidad Europea, si bien cada procedimiento tiene una sola lengua, que en el caso de la cuestión prejudicial será la del órgano jurisdiccional que se ha dirigido al Tribunal de Justicia. No obstante, los Estados miembros pueden utilizar su propia lengua cuando participen en el proceso, facultad que también pueden ejercer los jueces y abogados generales, de modo que durante el procedimiento pueden formular preguntas en una de las lenguas oficiales que no sea la lengua del procedimiento.

En cambio, será la lengua del Tribunal o lengua de trabajo aquella utilizada por los miembros del Tribunal de Justicia y su personal para las comunicaciones internas y los trabajos en común. Actualmente, la lengua del Tribunal de Justicia es el francés, de modo que todo escrito presentado en otro idioma es traducido a esta lengua.

El artículo 37 del Reglamento de Procedimiento establece los requisitos de forma de los escritos que las partes remitan al Tribunal. A este respecto, la Guía para los letrados, elaborada por el Tribunal, explica dichos requisitos, estableciendo una serie de reglas que sucintamente pasamos a exponer. Los escritos deberán ser fechados y firmados por el letrado y los agentes, acompañando cinco copias para el Tribunal y otras tantas como partes haya en el procedimiento y se presentarán ante la secretaría del Tribunal, acompañándose como anexos los documentos a los que se haga referencia en el escrito, que en caso de ser extensos podrán ser extractados. En este sentido, salvo circunstancias excepcionales y con el acuerdo de las partes, el Tribunal de Justicia no tomará en consideración los documentos presentados fuera de plazo como aportados a la vista. Igualmente el Tribunal tampoco admitirá la presentación de notas relativas a informes orales para su incorporación a los autos. Respecto de los anexos debe tenerse en cuenta que el Tribunal sólo encarga la traducción cuando uno de sus miembros lo solicite, si bien los letrados pueden enviar traducciones privadas de los escritos procesales y de sus anexos, aunque de acuerdo con el artículo 31 del Reglamento de Procedimiento, no tengan consideración de auténticos. Por último, debemos señalar que la Guía para letrados aconseja o ruega a éstos que cuando citen una sentencia del Tribunal de Justicia, indiquen todas las referencias, incluidas los nombres de las partes o al menos del demandante, o que, cuando se indique un pasaje, se precise el número de página.

El procedimiento ante el Tribunal de Justicia consta a su vez de dos fases, una escrita y otra oral. A este respecto debemos señalar que en este procedimiento

no existe fase de prueba pues la contestación a las preguntas formuladas por el juez nacional se fundamentará en el relato fáctico elaborado por éste. No obstante, como hemos visto anteriormente, en la fase de escrita se podrán presentar documentos como anexos que avalen los argumentos de la parte.

La fase escrita consistirá en la presentación de unas "Observaciones" en el plazo improrrogable de dos meses, al que se añadirá el plazo por razón de la distancia. En las observaciones, tras valorar los hechos y las disposiciones de Derecho interno y de Derecho Comunitario aplicables al caso, las partes y Estados e instituciones personadas sugerirán al Tribunal las respuestas que a su juicio deben dar a las preguntas formuladas por el juez nacional.

Una vez presentadas las observaciones comienza la fase oral. Antes de la vista, con una antelación aproximada de tres semanas, el Juez Ponente envía a las partes, Estados e instituciones personadas el "Informe para la Vista", que consistirá en un resumen de los hechos y de las observaciones de las partes.

La fase oral tendrá por finalidad, según establece la Guía para Letrados, recordar de forma sintética la posición de la parte, presentar alegaciones nuevas por hechos recientes, explicar y analizar los aspectos más complejos, responder a las observaciones de las otras partes, y por último resolver las dudas y preguntas del Tribunal de Justicia.

Antes de iniciarse la vista se celebrará una breve reunión entre los letrados con el Tribunal para organizar la misma, reunión en la que el Juez ponente o el Abogado General pueden indicar los aspectos que desearían que se puntualizaran por las partes.

La vista comienza con el informe oral de la parte demandante seguida por la parte demandada, los Estados miembros y las instituciones, pudiendo ser interrumpidos por el Tribunal para realizar preguntas con el fin de aclarar aspectos que se consideren pertinentes.

Tras la exposición se abre un turno de preguntas que puede formular el Tribunal o el Abogado General al que deben responder las partes interrogadas pudiéndose auxiliar para ello de expertos, iniciándose a continuación un turno de réplicas breves de los letrados.

El tiempo de exposición del informe oral está limitado a treinta minutos en el pleno y a quince ante la Sala de tres jueces, si bien se puede ampliar si se solicita y justifica por escrito con una antelación mínima de quince días, siendo resuelto el incidente por el Tribunal al menos con una semana de antelación a la vista.

Por último, debemos señalar que el artículo 104 del Reglamento de Procedimiento prevé la supresión de

la vista oral si así lo acuerdan los interesados. De este modo, el Secretario se dirigirá a los interesados para que se pronuncien sobre la utilidad de la vista.

La última actuación de la fase oral será la emisión del informe del Abogado General. El Abogado General según el artículo 166 del Tratado CEE tendrá como función presentar, públicamente con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos promovidos ante el Tribunal de Justicia, a fin de asistirlo en el cumplimiento de su misión. Tras la emisión de estas conclusiones comenzarán las deliberaciones del Tribunal de Justicia.

Tras las deliberaciones se dicta la sentencia, cuyo contenido, como señala Silva⁽³⁸⁾, refleja las etapas del trabajo del Tribunal. Contiene un relato de los hechos y una recopilación de la normativa nacional y comunitaria relacionada con la cuestión planteada, así como un pronunciamiento sobre la admisibilidad de la cuestión, pudiendo, en su caso, subsanar errores en las preguntas e incluso reinterpretarlas con el ánimo de dar respuesta útil al juez nacional, pasando por último a dar respuestas a las preguntas fundamentando la respuesta únicamente en la aplicación e interpretación del Derecho Comunitario. De otro lado, como volveremos a señalar en el punto siguiente, si el Tribunal decide que la contestación no tiene sentido al ser innecesaria para resolver el litigio que pende ante juez o tribunal nacional, puede declarar en la sentencia que no es necesario responder a la petición de decisión prejudicial⁽³⁹⁾.

Respecto a las costas, el procedimiento es gratuito,

pudiéndose imponer únicamente a las partes el pago de las costas reintegrables es decir, los honorarios de abogados, etc. si bien su imposición corresponderá al juez nacional que planteó la cuestión en los términos establecidos por la norma de Derecho interno. A este respecto, los Estados y las Instituciones se hacen cargo de sus propias costas.

5. Efectos de las sentencias dictadas en cuestiones prejudiciales

Salvo que el tribunal nacional desista de la cuestión prejudicial por él planteada, el procedimiento prejudicial finaliza normalmente con una sentencia del Tribunal de Justicia. Lo habitual es que el Tribunal comunitario resuelva con una sentencia sobre el fondo. No obstante, en determinados casos, el procedimiento podrá finalizar con una sentencia o, a veces, con un auto de inadmisión de la cuestión planteada. La resolución de inadmisibilidad puede fundamentarse, básicamente, en que la cuestión planteada no es necesaria para resolver el proceso principal; en que la cuestión planteada es demasiado imprecisa; o, finalmente, en que no existe un litigio real en el planteamiento del proceso interno⁽⁴⁰⁾, sin que la función del Tribunal de Justicia pueda ser de carácter consultivo en estos supuestos⁽⁴¹⁾.

En todo caso, lo que más nos interesa en este momento es el análisis de los efectos de las sentencias

⁽³⁸⁾ Silva Puerta, R., *El Procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Bilbao, p. 261.

⁽³⁹⁾ Sentencia de 20-1-2005, Asunto Rosa García Blanco C- 225/02.

⁽⁴⁰⁾ García de Enterría, E., *Competencias y funcionamiento del Tribunal de Justicia, en la obra colectiva Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio Sistemático desde el Derecho español (Tomo I)*, Ed. Civitas, Madrid 1986, p. 723. Sobre la inadmisión en dos supuestos concretos, con aplicación de la doctrina reseñada, puede verse Llorente Álvarez, A. y Trillo García, A., *Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas en los asuntos García Blanco (C-225/02) y Salgado Alonso (C-306/03)*, a propósito de la Disp. Adic. 28 de la Ley General de la Seguridad Social, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n.º 59, Madrid 2005.

⁽⁴¹⁾ En este sentido, resumiendo además parte de la doctrina en esta materia que ahora nos ocupa, ha señalado el Tribunal de Justicia en su sentencia de 5-2-2004, C-380/01, Scheiner, que "... el Tribunal de Justicia también ha indicado que, en supuestos excepcionales, le corresponde examinar las circunstancias en las que el juez nacional se dirige a él con objeto de verificar su propia competencia. La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véanse las sentencias antes citadas Preusen Elektra [TJCE 2001, 102], apartado 39, y Canal Satélite Digital [TJCE 2002, 19], apartado 19). En efecto, el espíritu de colaboración que debe presidir el funcionamiento de la remisión prejudicial implica, por su parte, que el juez nacional tenga consideración para con la función confiada al Tribunal de Justicia, que consiste en contribuir a la administración de la justicia en los Estados miembros y no en formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas (sentencia Meilicke [TJCE 1992, 151], antes citada, apartado 25, y jurisprudencia que allí se cita)".

que se pronuncian sobre el fondo. A este respecto hay que comenzar señalando que los efectos de las sentencias dictadas en las cuestiones prejudiciales no se encuentran regulados expresamente en los Tratados, razón por la cual ha sido la doctrina y la jurisprudencia las que han ido elaborando, no sin divergencias⁽⁴²⁾, la construcción teórica sobre esta materia.

El estudio de los efectos de las sentencias prejudiciales dictadas sobre el fondo debe comenzar señalando que, como conocemos, la sentencia prejudicial pone término a un incidente planteado en el procedimiento seguido por el juez nacional. En principio, por tanto, la sentencia prejudicial no estaría llamada a surtir más efectos que los que de su interpretación pudieran derivarse en el procedimiento en el que surgió y es, desde este punto de vista, desde el que se ha señalado que la sentencia prejudicial tiene efecto de cosa juzgada⁽⁴³⁾ vinculando al juez que la planteó. Asimismo, la sentencia prejudicial vincula a los tribunales superiores que puedan conocer del asunto por vía de recurso, sin que tal autoridad, no obstante, impida a éstos o al tribunal nacional que la planteó volver a consultar al Tribunal de Justicia "cuando el juez nacional tropieza con dificultades de comprensión o de aplicación de la sentencia, cuando plantee al Tribunal una nueva cuestión de derecho o cuando le someta nuevos elementos de apreciación susceptibles de conducir al Tribunal a responder de manera diferente a una nueva cuestión ya planteada"⁽⁴⁴⁾.

Ahora bien, expuesto lo anterior, el carácter interpretativo del Derecho que acompaña a las sentencias prejudiciales en estos supuestos y la tendencia jurisprudencial restrictiva a la admisión de recursos de anulación interpuestos por particulares, han ido dotando a estas sentencias de un indudable efecto *erga*

omnes que las constituye en un precedente de indudable valor⁽⁴⁵⁾; es el efecto, se ha señalado, no de "cosa juzgada" sino de 'cosa interpretada'⁽⁴⁶⁾. Dicho de otro modo, es aquí donde la finalidad de la cuestión prejudicial, como veíamos al principio, alcanza todo su cenit. "La asunción por los tribunales nacionales del "potencial normativo" inherente al diálogo prejudicial es la condición necesaria y la piedra angular del proceso de desarrollo de dicho ordenamiento"⁽⁴⁷⁾. En efecto, la interpretación sostenida por el Tribunal de Justicia en la resolución de una cuestión prejudicial debe ser seguida por el conjunto de órganos jurisdiccionales de los distintos Estados de la Unión Europea en todos los asuntos en los cuales se invoca el texto interpretado "lo que garantiza la aplicación uniforme de este"⁽⁴⁸⁾. Ahora bien, también los tribunales nacionales distintos del que planteó la cuestión prejudicial pueden volver a consultar al Tribunal de Justicia sobre la interpretación ya dada acompañando, normalmente, nuevos argumentos en los que se funde su duda sobre la interpretación de la norma comunitaria. El Tribunal de Justicia ha admitido esta posibilidad descartando, de este modo, el riesgo que constituiría una cristalización de su jurisprudencia⁽⁴⁹⁾. Lo que tienen excluido los diferentes tribunales nacionales, no obstante, es ofrecer por sí mismos una interpretación diferente en relación con el precepto de que se trate⁽⁵⁰⁾. En definitiva, la interpretación dada por el Tribunal de Justicia forma "un cuerpo" con la norma interpretada mientras tal interpretación no vuelva a ser modificada por el Tribunal⁽⁵¹⁾.

Finalmente solo quisiéramos indicar, en relación con este aspecto, que la interpretación sostenida por el Tribunal de Justicia alcanza también a las instituciones comunitarias y a los Estados miembros. El no res-

⁽⁴²⁾ Véase al respecto, por ejemplo, Isaac, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ed. Ariel, Barcelona, pp. 411 y ss.

⁽⁴³⁾ El Tribunal de Justicia reconoció por primera vez que sus sentencias vinculan "con autoridad de cosa juzgada" al juez nacional para la solución del litigio principal en su Auto de 5-3-1986, C-69/85, Wunsche, Rec. 1986, p. 947. En este sentido se afirmó que "la vinculación al juez nacional tiene fuerza de cosa juzgada para el mismo, impidiéndole nuevo reenvío con el mismo objeto" Abellán Honrubia, V. y Vila Costa, B. (directores), *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Ed. Ariel, Barcelona 1998, p. 211.

⁽⁴⁴⁾ Auto del TJCE de 5-3-1986, C-69/85, Wunsche, Rec. 1986, p. 947.

⁽⁴⁵⁾ Palacio González, J., *Derecho Procesal y del Contencioso Comunitario*, Ed. Aranzadi, Navarra 2000, p. 261-263.

⁽⁴⁶⁾ García de Enterría, E., *Competencias y funcionamiento del Tribunal de Justicia*, en la obra colectiva *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio Sistemático desde el Derecho español (Tomo I)*, Ed. Civitas, Madrid 1986, p. 724.

⁽⁴⁷⁾ Palacio González, J., *Derecho Procesal y del Contencioso Comunitario*, Ed. Aranzadi, Navarra 2000, p. 261-263.

peto por un Estado miembro de la doctrina sostenida en una sentencia prejudicial puede dar lugar, en determinados supuestos, a un recurso por incumplimiento⁽⁵²⁾.

Con el ánimo de no desbordar la exposición, sólo quisiéramos efectuar un breve apunte “cuasi” procesal para dejar constancia de los efectos que pueden tener las sentencias dictadas en asuntos similares. En efecto, el artículo 104.3⁽⁵³⁾ del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (1-12-2005), tratando de aliviar la carga de asuntos del Tribunal de Justicia, permite, como vimos, resolver la cuestión prejudicial planteada remitiéndose a la resoluciones anteriores sobre la misma materia, posibilidad de la que hizo uso, por primera vez, en el Auto de 7-7-1998 dictado en los asuntos acumulados C-405/96 y C-408/96, Société Béton Expresse y otros (Rec. 1998, p. 4253).

Por lo que atañe a las cuestiones de validez de un acto, las respuestas dadas en estos casos, en primer término, no anulan el acto sino que únicamente obligan al juez nacional a inaplicarlo⁽⁵⁴⁾. No obstante, en segundo término, también tienen estas sentencias un alcance general, tanto si la respuesta es positiva como si es negativa⁽⁵⁵⁾. Esto es, si la respuesta es positiva, los demás jueces nacionales pueden, acogiendo a la doctrina del “acto aclarado”, inaplicar el acto acogiendo a la doctrina fijada por la sentencia prejudicial anterior, sin que pierdan, no obstante, la facultad de volver a plantear la cuestión prejudicial. Si la respuesta es negativa, la actitud de los demás jueces puede ser la misma: considerar que el “acto está acla-

LA INTERPRETACIÓN
SOSTENIDA POR EL
TRIBUNAL DE JUSTICIA
ALCANZA TAMBIÉN A LAS
INSTITUCIONES
COMUNITARIAS Y A LOS
ESTADOS MIEMBROS. EL
NO RESPETO POR UN
ESTADO MIEMBRO DE LA
DOCTRINA SOSTENIDA
EN UNA SENTENCIA
PREJUDICIAL PUEDE DAR
LUGAR, EN
DETERMINADOS
SUPUESTOS, A UN
RECURSO POR
INCUMPLIMIENTO

rado” y no plantear la cuestión prejudicial o suscitar una nueva cuestión sobre el mismo asunto.

No quisiéramos finalizar esta exposición abreviada de los efectos de las sentencias prejudiciales sin efectuar una breve mención a la fecha a partir de la cual han de imputarse los efectos de estas resoluciones. La regla general en relación con las cuestiones de interpretación es la validez *ex tunc* de la interpretación efectuada por el Tribunal, por tanto, sus efectos se retrotraerán al momento de vigencia de la norma que se interpreta. En palabras del TJCE “... la interpretación que, en el ejercicio de su competencia prejudicial, da el Tribunal de Justicia del Dere-

cho Comunitario aclara y precisa, cuando es necesario, el significado y el alcance de esta norma tal como

⁽⁴⁸⁾ Isaac, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ed. Ariel, Barcelona, pp. 411 y ss.

⁽⁴⁹⁾ Isaac, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ed. Ariel, Barcelona, p. 412.

⁽⁵⁰⁾ García de Enterría, E., *Competencias y funcionamiento del Tribunal de Justicia*, en la obra colectiva *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio Sistemático desde el Derecho español (Tomo I)*, Ed. Civitas, Madrid 1986, p. 724.

⁽⁵¹⁾ Isaac, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ed. Ariel, Barcelona, p. 412. Se ha llegado a dudar, incluso, si tales sentencias podrían ser consideradas como sentencias-reglamentos con efectos generales, lo que es difícil sostener al admitirse su nuevos cuestionamiento por los tribunales nacionales en los términos indicados, véase al respecto García de Enterría, E., *Competencias y funcionamiento del Tribunal de Justicia*, en la obra colectiva *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio Sistemático desde el Derecho español (Tomo I)*, Ed. Civitas, Madrid 1986, p. 724.

⁽⁵²⁾ Palacio González, J., *Derecho Procesal y del Contencioso Comunitario*, Ed. Aranzadi, Navarra 2000, pp. 261-263.

⁽⁵³⁾ El artículo 104.3 del Reglamento de Procedimiento señala: “Cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto o cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal, oído el Abogado General, podrá resolver en cualquier momento mediante auto motivado remitiéndose, en caso necesario a la sentencia anterior o a la jurisprudencia aplicable”.

⁽⁵⁴⁾ García de Enterría, E., *Competencias y funcionamiento del Tribunal de Justicia*, en la obra colectiva *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio Sistemático desde el Derecho español (Tomo I)*, Ed. Civitas, Madrid 1986, p. 725.

⁽⁵⁵⁾ Isaac, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ed. Ariel, Barcelona, p. 413.

la misma debe o habría debido ser comprendida y aplicada desde el momento de su puesta en vigor..."⁽⁵⁶⁾. Excepcionalmente, empero, puede el Tribunal limitar los efectos únicamente para el futuro o bien limitar su efecto retroactivo al caso en concreto, excepciones que normalmente aplicará en supuestos en los que tenga en cuenta los elevados quebrantos que su decisión podría provocar para el pasado en las relaciones jurídicas establecidas de buena fe⁽⁵⁷⁾.

Las sentencias dictadas en cuestiones de invalidez también tienen, como regla general, un efecto retroactivo, que básicamente servirá para reclamar los posibles daños anteriores a la declaración de invalidez. No obstante, como hemos visto en relación con las sentencias interpretativas, también podrá el TJCE en estos supuestos eliminar los efectos retroactivos de la sentencia limitando sus efectos hacia el futuro.

5. Cuestiones prejudiciales planteadas en el ámbito de la Seguridad Social por órganos jurisdiccionales españoles

A estas alturas de la exposición resulta una obviedad señalar que no vamos a efectuar un análisis de las diferentes cuestiones prejudiciales planteadas por España en materia de Seguridad Social. Su mera exposi-

ción desbordaría los límites ya forzados de nuestro limitado objetivo. Sin embargo, quisiéramos aprovechar la ocasión para dar cuenta, únicamente, de las cuestiones prejudiciales más sobresalientes planteadas en esta materia y ello con la exclusiva voluntad de que tales referencias puedan servir de ayuda, como primer punto de apoyo, a aquellos interesados que deseen seguir profundizando en estos asuntos. Las referidas cuestiones prejudiciales más sobresalientes sobre las que se ha pronunciado el Tribunal de Justicia son las siguientes: STJCE de 29 de septiembre de 1987, asunto Jiménez Zaera (Rec. 1987, p. 3687); STJCE de 20 de febrero de 1997, asunto Martínez Losada y otros (C 88, 102 y 103/95) R. 1997, p. 869; STJCE de 25 de febrero de 1999, asunto Ferreiro Alvite (C- 320/95), R. 1999; STJCE de 12 de septiembre de 1996, asunto Lafuente Nieto (C-251/94) R. 1996, p. 4214; STJCE de 17 de diciembre de 1998 asunto Aristóteles Grajera Rodríguez (C-153/97) R. 1998, p. 8665; STJCE de 9 de octubre de 1997, asunto Naranjo Arjona y otros (C-31, 32 y 33/96), R. 1997, p. 5517; STJCE de 3 de octubre de 2002, asunto Barreira (C-347/00); SSTJCE de 20 de enero de 2005, asuntos Rosa García Blanco (C-225/02) y Cristalina Salgado Alonso (C-306/03); STJCE de 12 de abril de 2005, asunto Keller (C-145/03). ●

⁽⁵⁶⁾ STJCE 27-3-1980, C-61/79, Denkavit, Rec. 1980, p. 1205.

⁽⁵⁷⁾ Isaac, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ed. Ariel, Barcelona, p. 414. Aplicando esta excepción a un caso concreto, STJCE 8-4-1976, C-43/73, Defrenne, Rec. 1976, p. 455. Ésta es la técnica "de la jurisprudencia 'prospectiva' y no retroactiva, esto es, de fallos que limitan los efectos de una determinada interpretación al tiempo futuro a partir de la sentencia que la establece", García de Enterría, E., *Competencias y funcionamiento del Tribunal de Justicia, en la obra colectiva Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio Sistemático desde el Derecho español (Tomo I)*, Ed. Civitas, Madrid 1986, p. 725.

COMPETENCIA JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y CONTROL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.

VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA UNIFICACIÓN O SEPARACIÓN DE LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y SOCIAL

193

Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO

Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal
Supremo

I. La división jurisdiccional en materia de Seguridad Social

1. La delimitación del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se torna especialmente problemática cuando nos enfrentamos a la definición de las fronteras que lo separan del orden jurisdiccional social, dificultad que reside en la existencia de lo que el común de la doctrina denomina “zonas gri-

ses” o campos en los que la incidencia compartida de normas administrativas y de carácter social hace más quebradizo el límite de las competencias entre uno y otro orden jurisdiccional.

La jurisprudencia se ha hecho eco de esta difícil delimitación. Así, una sentencia del Tribunal Supremo (STS, en adelante), Sala 3.ª, de 30 mayo 1997 reflexiona en los siguientes términos:

«Es doctrina reiterada de esta Sala, por todas, la Sentencia de 20 oct. 1995, que la delimitación de los órdenes jurisdiccionales –Social y Contencioso-Administrativo– en materia laboral reviste una conocida dificultad, como consecuencia de la coexistencia de normas de distinta naturaleza dentro del Derecho del Trabajo. Dificultad que resulta, incluso, acrecentada porque el reparto competencial entre ambas jurisdicciones obedece, en

gran medida, no a esa diversa naturaleza normativa, sino a razones meramente históricas y convencionales que impiden encontrar un principio general delimitador» (STC 158/1985).

No existe, por tanto, un criterio dogmático o principio teórico que, con precisión y coherencia, delimite el respectivo ámbito de las jurisdicciones social y contencioso-administrativa ante la presencia de la Administración Pública en las relaciones laborales, y, en concreto, ante materias como las relativas a la Seguridad Social. Incluso, puede decirse que la inclusión de una clase de asuntos en uno u otro orden jurisdiccional ha podido variar con el tiempo.

Resulta claro, pues, que, en principio, la cuestión debería quedar resuelta acudiendo a una norma legal que, de modo expreso, conforme indica el artículo 3.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA, en adelante), atribuya la competencia a uno u otro orden jurisdiccional. El problema ha sido el de la ausencia de esa norma, o, por lo menos, el hecho de que las normas orgánicas y procesales no han realizado la delimitación con la debida precisión ni han alcanzado a fijar unos principios que puedan considerarse suficientes para llegar a la unidad jurisdiccional sobre el tema.

Tampoco la jurisprudencia ha arrojado suficiente luz sobre el particular, puesto que ha llegado a sostener criterios contradictorios en puntos cruciales de fricción.

2. La descentralización funcional que ha caracterizado la Seguridad Social, con una distribución de competencias entre la Administración del Estado y los organismos gestores, consti-

tuye una de las razones históricas de su escisión a los efectos del control jurisdiccional.

Con carácter provisional, en una primera aproximación al tema, es posible sintetizar la competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa, inicialmente vinculada a la actuación de la Inspección de Trabajo, señalando que le corresponde la revisión judicial de la potestad reglamentaria, de la recaudación de cuotas y de las sanciones.

La premisa normativa de la delimitación de competencias entre los órdenes jurisdiccionales, contencioso-administrativo y social, se encuentra en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, en adelante).

En su apartado 4 establece que los juzgados y tribunales del orden contencioso administrativo “*conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta a Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la ley de esa Jurisdicción*”. Y en el apartado 5 dispone que los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional social “*conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho [...] así como de las reclamaciones en materia de Seguridad Social*”.

Sin embargo, en dicha delimitación, sin duda insegura, pueden apreciarse dos criterios en cierta forma contradictorios puesto que llevan a soluciones contrapuestas: el de la disciplina jurídica –Derecho Administrativo frente a Derecho So-

cial–; y el de la materia –actuación administrativa (acto administrativo) frente a reclamaciones en materia de Seguridad Social–. De acuerdo con el criterio material o de la disciplina jurídica, la competencia relativa al control judicial de la Seguridad Social correspondería al orden social; mientras que de acuerdo con el criterio formal, de la actuación o acto administrativo, la competencia sería del orden administrativo.

Además, la frontera entre ambas disciplinas jurídicas no es nítida. En un mismo acto administrativo o, si se prefiere, en una misma actuación de la Administración cabe distinguir aspectos de Derecho Administrativo –competencia y procedimiento– y aspectos del Derecho social o laboral –el contenido material del acto regulado por normas típicas de la Seguridad Social, como el alcance de la obligación de cotizar o la determinación de la cuota–. La Ley de Procedimiento Laboral (LPL, en adelante), versión de 1990 y de 1995, adopta también un criterio complejo en el reparto de competencias.

El art. 2 atribuye al orden social las cuestiones litigiosas que se promuevan en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo. Y el art. 3 establece como excepciones a tal atribución: las pretensiones que versen sobre impugnación de actos de las Administraciones públicas sujetas al Derecho Administrativo en materia laboral; y las [pretensiones contra] resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria o, en su caso, por las Entidades gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta. Pero ni los actos administrativos en materia laboral ni la gestión recaudatoria son nociones precisas.

3. La vigente LJCA, Ley 29/1998, de 13 de julio, ha supuesto una oportunidad fallida en la solución del problema.

En su tramitación parlamentaria, el texto aprobado por el Congreso de los Diputados atribuía la competencia para conocer la impugnación de los actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social a los órganos del orden social. Sin embargo, en el texto del Senado, que es el que definitivamente incorpora la Ley (disposición adicional 5.^a), el orden contencioso-administrativo retiene la competencia para conocer de la impugnación de los actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social y de los recursos frente a las actas de infracción en esta materia. La Jurisdicción del orden social extiende su competencia sólo a las sanciones administrativas y las decisiones en materia de regulación de empleo.

Aun así, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, en virtud de su disposición adicional 24 que da nueva redacción al artículo 3 de la LPL, supone un aplazamiento *sine die* de la reforma, ya que queda condicionada a la remisión de un proyecto de ley de adaptación del proceso laboral que no se ha cumplido.

Por consiguiente, el orden social sigue conociendo de las cuestiones litigiosas que se promuevan en materia de Seguridad Social, con excepción de la impugnación de las disposiciones generales, de la gestión recaudatoria y de los actos sujetos a Derecho Administrativo.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la Ley 52/2003 modifica de nuevo el artículo 3 LPL atribuyendo al orden contencioso administrativo la competencia en materia de impugnación de actos de encuadramiento.

LA DELIMITACIÓN DEL
ORDEN JURISDICCIONAL
CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO SE
TORNA ESPECIALMENTE
PROBLEMÁTICA CUANDO
NOS ENFRENTAMOS A LA
DEFINICIÓN DE LAS
FRONTERAS QUE LO
SEPARAN DEL ORDEN
JURISDICCIONAL SOCIAL,
DIFICULTAD QUE RESIDE EN
LA EXISTENCIA DE LO QUE
EL COMÚN DE LA
DOCTRINA DENOMINA
"ZONAS GRISES"

II. Control de las disposiciones generales en materia de Seguridad Social

1. El art. 9.4 LOPJ atribuye, genéricamente, al orden contencioso-administrativo el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con "las disposiciones reglamentarias", fórmula que reitera el art. 24 LOPJ y a la que se asimila la del art. 1.1 LJCA (disposiciones generales de rango inferior a la ley), en cuya previsión se incluyen las que materialmente se refieran a la Seguridad Social, como también resulta del artículo 3.1.c) LPL.

El control, con eficacia general, de la regularidad del ejercicio de la potestad reglamentaria

en materia de Seguridad Social corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Los Tribunales de este orden jurisdiccional conocen de las pretensiones que se deduzcan en relación con las disposiciones generales con rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan de los límites de la delegación.

2. Por consiguiente, no presentan especialidad alguna y las sentencias firmes que anulen dichas disposiciones generales en materia de Seguridad Social tienen efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada (art. 72.2 LJCA).

Ello, no obstante, con eficacia limitada al caso concreto y a través de la técnica de la inaplicación, los Juzgados y Tribunales del orden social son competentes para controlar la constitucionalidad y legalidad de las normas reglamentarias que deban aplicar para decidir sobre las pretensiones objeto de su conocimiento (arts. 9 CE y 6 LOPJ).

La coordinación entre los órdenes jurisdiccionales resulta de la vinculación del orden social al contenido de las sentencias firmes del orden contencioso-administrativo que anulan una disposición reglamentaria, aunque se trata de una vinculación de futuro: estas sentencias tienen efectos generales desde el día en que se publica su fallo y preceptos anulados en los términos antes señalados. Y no afectan, por sí mismas, a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que hayan aplicado los preceptos reglamentarios anulados antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el

caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente (art. 73 LJCA).

III. Alcance del control material y formal de la Jurisdicción social. Inaplicación de la doctrina de los actos separables

1. La atribución a la Jurisdicción social de los litigios de la Seguridad Social convierte a este orden jurisdiccional en el competente para conocer genéricamente de la impugnación de los actos de gestión en dicha materia que no sean los expresamente exceptuados.

Sin embargo, surgieron dudas, en la misma doctrina de los Tribunales, sobre el alcance de la referida atribución competencial.

Una primera postura sostuvo que el control de la Jurisdicción social se limitaba a los aspectos sustantivos, sin incluir los aspectos formales relativos a la competencia y procedimiento. Otra, por el contrario, consideró que dicho control era pleno, abarcando tanto cuestiones materiales como formales.

2. Fue precisa la unificación llevada a cabo por STS (Sala 4.^a) de 19 de noviembre de 2002 que estableció como doctrina que el control alcanza a todas las pretensiones que se formulen en relación con los actos administrativos de la Seguridad Social que afecten al encuadramiento y a la acción protectora: tanto en lo que se refiere a aspectos materiales como formales. No resulta aplicable la doctrina de los actos separables prevista para las actuaciones de preparación y adjudicación de

los contratos privados de las Administraciones públicas.

En primer lugar, la Jurisdicción del orden social no puede ser excluida en virtud de lo previsto en la disposición adicional 6.^a de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ y PAC, en adelante), porque esta disposición se limita a indicar que la impugnación de los actos de Seguridad Social se regirá por lo dispuesto en la LPL, y además la jurisdicción del orden social no viene determinada por el carácter de la norma aplicable, sino por el contenido de la pretensión. En segundo lugar, la exclusión no puede fundarse en el artículo 3 de la LPL, porque la resolución administrativa impugnada no es un acto administrativo sujeto al Derecho Administrativo en materia laboral, sino una resolución administrativa en materia de Seguridad Social, que sigue el régimen de atribución plena del artículo 2.b) de la LPL. La impugnación puede fundarse en aspectos sustantivos y formales y el que “pueda resultar aplicable la LRJ y PAC es irrelevante, porque la jurisdicción entre el orden contencioso-administrativo y el orden social no se delimita en atención a la norma aplicable”. La sentencia concluye señalando que “en el ámbito de la Seguridad Social todos los actos relativos a las actividades de encuadramiento y acción protectora corresponden de forma plena a la jurisdicción social” y recuerda que así lo ha entendido ya la Sala, que en su sentencia de 16 de noviembre de 1987 anuló no sólo las actuaciones judiciales, sino el procedimiento administrativo previo, reponiéndolo al momento del examen del trabajador por la UVMI por falta de precisión de las lesiones padecidas por aquél, y que más re-

cientemente la STS, Sala 4.^a, de 26 de mayo de 2000 ha entrado a conocer de una alegación típicamente formal, relativa a la motivación de una resolución administrativa.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el orden social no entra a conocer de las impugnaciones de actos de trámite dictados en el procedimiento administrativo de prestaciones (SSTS de 9 de julio de 2003 y 19 de enero de 2005).

IV. Actos de encuadramiento

1. Los actos de encuadramiento tienen por finalidad registrar y dejar constancia de la posición de los interesados en el marco de la Seguridad Social: inscripción de empresas, afiliación, bajas y altas de trabajadores.

Se enmarcan dentro de la técnica de información de la actividad administrativa de ordenación para facilitar a la Administración el control sobre sujetos y actividades sometidos a la actividad administrativa. Y constituye una actividad compleja que comprende obligaciones de declaración por parte de los administrados y decisiones de la Administración de la Seguridad Social sobre el encuadramiento.

Se debate su carácter constitutivo o declarativo, aunque es esta última tesis la que tiene una mayor acogida en la reciente doctrina.

2. Conforme a la tesis tradicional, los actos relativos al encuadramiento, en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social, así como los derivados de la relación jurídica de la Seguridad Social, eran objeto de revisión judicial ante los

órganos del orden social. Se trata de una reclamación en materia de Seguridad Social que no estaba comprendida en la excepción de los actos de gestión recaudatoria. Así lo ha reconocido una reiterada jurisprudencia (SSTS de 15 de julio de 1997, 12 de julio, 29 de octubre y 1 de diciembre de 1999 y de 18 de marzo 2003). Estas cuestiones son de la competencia del orden social de la jurisdicción, pues no se trata de gestión recaudatoria, sino de la inclusión o exclusión en el sistema. Así se han manifestado la jurisprudencia social (STS, Sala 4.ª, de 7 marzo y 15 julio 1997) y la de Conflictos (Auto de la Sala de conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 18 marzo 1997).

Sin embargo, la STS, Sala 3.ª, de 9 diciembre 1998, reconoció la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de cuestiones que afectan a la afiliación y alta de los trabajadores en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social «*cuando aquella se produce en el ámbito de gestión de la Seguridad Social anudada a un acta de la Inspección de Trabajo*». Y es que, en estos supuestos, pueden presentarse conexiones con la gestión recaudatoria, por lo que se plantean singulares problemas de delimitación con el orden contencioso-administrativo; de manera que se entiende que corresponde a ésta el conocimiento de las pretensiones relativas a actos de encuadramiento que deriven de actas en materia de Seguridad Social [art. 3.1.b) LPL].

Por tanto la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo ha matizado el criterio general al señalar que corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los recursos formulados contra ac-

NO EXISTE UN CRITERIO DOGMÁTICO O PRINCIPIO TEÓRICO QUE, CON PRECISIÓN Y COHERENCIA, DELIMITE EL RESPECTIVO ÁMBITO DE LAS JURISDICCIONES SOCIAL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ANTE MATERIAS COMO LAS RELATIVAS A LA SEGURIDAD SOCIAL. INCLUSO, PUEDE DECIRSE QUE LA INCLUSIÓN DE UNA CLASE DE ASUNTOS EN UNO U OTRO ORDEN JURISDICCIONAL HA PODIDO VARIAR CON EL TIEMPO

tas de gestión recaudatoria de la Tesorería General de la Seguridad Social, mientras que es el orden social el que conoce de los actos de reclamación contra la altas indebidas, producidas de oficio, afirmándose que la razón determinante de esta postura estriba *que los actos meramente impugnatorios de la afiliación decretada por la actuación inspectora, se dirige a combatir una situación de carácter permanente –la inclusión en el régimen de la Seguridad Social– con absoluta independencia de la reclamación de cuotas debidas por tal concepto* (ATS, Sala de Conflictos, de 3 de noviembre de 1998).

Deben destacarse una STS de 12 de abril de 1999 y dos SSTS

(Sala 3.ª) de 12 de junio de 2000, en los que se resume la doctrina del Alto Tribunal en los siguientes términos: los artículos 9.5 LOPJ y 2.b) LPL atribuyen a los órganos jurisdiccionales del orden social las cuestiones litigiosas que se promuevan “en materia de Seguridad Social”. Esta regla está excepcionada en el artículo 3.b) de la citada Ley procesal que excluye de la competencia de dichos órganos “las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria o, en su caso, por las Entidades gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta”, cuya revisión jurisdiccional se atribuye a los Tribunales del orden contencioso-administrativo, conforme al artículo 9.4 LOPJ y LJ. Sobre la base de dichos preceptos, debe entenderse que, como regla general, la impugnación de los actos relativos al encuadramiento en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social corresponde al orden jurisdiccional social (art. 2 RD 1258/1987, de 11 de septiembre, sobre inscripción y afiliación al sistema de la Seguridad Social). Sin embargo, supuestos de afiliación y/o alta en un régimen del sistema pueden presentar indudables conexiones con la gestión recaudatoria, planteándose entonces singulares problemas de delimitación entre los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo. En tales casos, para determinar la jurisdicción competente, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de conflictos como de esta Sala y de la Sala Cuarta de este Tribunal, es necesario utilizar dos criterios de actuación conjunta: que el alta o baja de oficio en el régimen de la Seguridad Social se produzca o no anudada a un acta de infracción o de liquidación, en el ámbito de la gestión re-

caudatoria; y que la incidencia o consecuencia derivada de dicha actuación de oficio se reduzca al ámbito recaudatorio de la Tesorería o Ente gestor, o que, por el contrario, produzca una “situación de carácter permanente” que se pretenda combatir a través de la correspondiente acción impugnatoria con independencia de la reclamación de cuotas derivadas de la inclusión en el régimen de la Seguridad Social. Y ello es así porque en la integración del trabajador en el ámbito de la Seguridad Social cabe apreciar un acto bidireccional que tiende, a su vez, a constituir el título de aseguramiento público y a legitimar la actuación recaudatoria del Ente gestor o Servicio común correspondiente (cfr SSTs, Sala 4.ª, de 24 de marzo de 1995 y 16 de diciembre de 1996). Pues bien, sobre la indicada base debe tenerse en cuenta que no todo acto de gestión emanado de la Tesorería General puede considerarse como recaudatorio, y que el alta de oficio en cuanto título de aseguramiento público en orden a las prestaciones que determina el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social y requisito o presupuesto de acceso a las prestaciones del sistema es por antonomasia materia del orden social de la jurisdicción. Pero también debe entenderse que constituyen excepción a dicha regla, correspondiendo a esta jurisdicción contencioso-administrativa los casos en que se impugnan altas y bajas que se acuerdan de oficio como consecuencia de actas de liquidación si, además, los contenidos litigiosos se refieren de forma clara a la obligación de cotizar, sin estar afectadas en las impugnaciones prestaciones a la Seguridad Social (SSTs, Sala 3.ª, de 9 de diciembre de 1998 y 12 de abril de 1999, SSTs, Sala 4.ª, de 29 de octubre de

LA NUEVA REGULACIÓN
TIENE LA VENTAJA DE QUE
TERMINA CON EL
PROBLEMA DE LA
COMPETENCIA PARA
CONOCER DE LAS
PRETENSIONES SOBRE LOS
EFECTOS TEMPORALES DE
LOS ACTOS DE
ENCUADRAMIENTO...
SIN EMBARGO, LA
REFORMA ES
CUESTIONABLE DESDE
OTROS ASPECTOS, YA QUE
EN EL ENCUADRAMIENTO
SE DECIDE UNA CUESTIÓN
FUNDAMENTAL EN
MATERIA DE SEGURIDAD
SOCIAL: SI UNA PERSONA
ESTÁ PROTEGIDA O NO Y
EN QUÉ RÉGIMEN, Y ÉSTA
ES UNA CUESTIÓN
RESERVADA AL
ORDEN SOCIAL

1999 y 15 de diciembre de 1999, ATS/SEC de 3 de noviembre de 1998, entre otras muchas resoluciones).

3. El problema ha cambiado como consecuencia de la nueva redacción dada al art. 3.1.b) de la LPL por la Ley 52/2003, que atribuye ahora al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las impugnaciones que se susciten, entre otras, en relación con las resoluciones y actos dictados en materia de inscripción de empresas, afiliación, alta, baja y variación de datos de trabajadores.

La nueva regulación tiene la ventaja de que termina con el problema de la competencia para conocer de las pretensiones sobre los efectos temporales de los actos de encuadramiento, que suelen conocerse como pretensiones sobre retroactividad o limitación de retroactividad de esos actos. Sin embargo, la reforma es cuestionable desde otros aspectos, ya que en el encuadramiento se decide una cuestión fundamental en materia de Seguridad Social: la cuestión relativa a si una persona está protegida o no y en qué régimen, y ésta es una cuestión reservada al orden social. Desde esta perspectiva, puede entenderse que se opone al art. 9 LOPJ. Es, además, una medida con inconvenientes prácticos notables, en cuanto rompe el principio de especialización judicial. Y, en fin, la medida tiene un alto coste para los beneficiarios, que de un proceso rápido en el que gozan del beneficio de justicia gratuita va a pasar a otro en el que no existe gratuidad, ni se caracteriza precisamente por su celeridad.

V. Gestión recaudatoria

1. La doctrina inicial de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo tiene una formulación sencilla que trata de preservar la plena competencia del orden social en materia de prestaciones y de reconocer también una competencia plena del orden contencioso-administrativo en la cotización. La STS (Sala 4.ª) de 20 julio de 1990, acordada en Sala General, señala que “es necesario establecer un equilibrio entre el pleno reconocimiento de la competencia del orden social en el ámbito de las controversias de la Seguridad Social y las exigencias derivadas del reconocimiento de la ejecutivi-

dad de determinados actos administrativos de las Entidades Gestoras” y para ello considera que hay que delimitar la noción de gestión recaudatoria, pues si por ésta “se entendiera... todo lo referente a la obtención de recursos de la Seguridad Social sin limitación alguna, quedaría evidentemente incluida la recaudación de las prestaciones cuyo control jurisdiccional se atribuiría al orden contencioso-administrativo”. En este sentido precisa que “un concepto amplio de recaudación que excluya del ámbito del orden social todo lo relativo a la recaudación de las prestaciones priva a ese orden de conocer sobre materia propia y exclusiva de su competencia al introducir una separación artificial sometiendo los aspectos ejecutivos al control del orden contencioso-administrativo”, para concluir que “esta separación rompe la unidad de la atribución legal de la competencia” y, por ello, hay que entender que cuando las normas “excluyen la gestión recaudatoria de la Seguridad Social se están refiriendo a la recaudación de cuotas y de otros recursos distintos de los que constituyan una cuestión litigiosa en materia de prestaciones de la Seguridad Social”.

Por consiguiente, de acuerdo con la referida doctrina, cabe distinguir dos grandes bloques en la Seguridad Social: el relativo a la cotización que se atribuya al orden contencioso-administrativo en todos sus aspectos (declarativo, liquidatorio y recaudatorio en sentido estricto) y lo relativo a la acción protectora que quedaba atribuido al orden social también en todos sus aspectos.

2. La doctrina de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo mantiene también un concepto amplio de la gestión recaudatoria, no re-

ducida a la cotización, cuyo control tiene atribuido. Conforme resulta del reiterado artículo 3.1. b) LPL, no corresponde a los órganos jurisdiccionales del orden social sino a los del orden contencioso-administrativo el conocimiento “de las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria o, en su caso, por las Entidades gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta, así como las relativas a las actas de liquidación e infracción”.

Se trata de una exclusión tradicional, con respecto al orden jurisdiccional laboral, que se fundamenta en que el procedimiento de gestión recaudatoria es un típico procedimiento administrativo, aunque los problemas ordinarios en los casos de conflictos sobre cotización, o gestión recaudatoria de la Tesorería General de la Seguridad Social se refieran a los elementos jurídico-laborales de la cotización: si existe o no relación laboral, quien es el empresario, la cuantía del salario, el carácter salarial o no de las cantidades percibidas, etc. La jurisprudencia de la Sala 3.^a considera que en estos casos la Tesorería General de la Seguridad Social actúa en calidad de Administración Pública sometida al Derecho Administrativo, desplegando potestades de imperio, de modo que la gestión recaudatoria no puede tener la consideración de pleito en materia de Seguridad Social: “los actos de requerimiento de pago de cuotas por descubierto a la Seguridad Social, formulados por la Tesorería General de la Seguridad Social, se presentan como típicos actos administrativos en su sentido más genuino, porque tanto si se toman los requerimientos como actos iniciales del período recaudatorio, dentro ya del mismo, como si se

considera que debe prevalecer su carácter liquidatorio, siendo antecedentes de aquella fase, en uno y otro caso, aparecen derivados o producidos por una Administración Pública que actúa en posición preponderante y en uso de potestades directamente derivadas de la soberanía estatal y aplicando normas pertenecientes al llamado Derecho Público Laboral, dado que de esas potestades dimanar lo mismo la facultad de exaccionar o liquidar cargas públicas como la llevar a efecto su recaudación, por lo que, vista la naturaleza administrativa de los actos litigiosos, es lógico que se discuta en vía administrativa, y, en su caso, en la jurisdicción contencioso-administrativa las reclamaciones que formulen los interesados contra los actos de gestión recaudatoria” (SSTS, Sala de Conflictos, de 4 de mayo de 1989 y 3 de diciembre de 1992, entre otras muchas).

Se mantiene un criterio amplio sobre lo que debe entenderse por actividad recaudatoria que abarca, en lo que a cotización se refiere, no sólo a las controversias relativas a actos estrictamente recaudatorios sino también las que surgieran con respecto a los anteriores, de declaración y determinación de la deuda. Toda la litigiosidad relacionada con el régimen jurídico de las cotizaciones a la Seguridad Social forma parte de la función recaudatoria y queda excluida del orden social sin que se distingan entre aspectos declarativos o liquidatorios y los aspectos estrictamente recaudatorios.

Una STS, Sala 4.^a, de 29 de abril de 2002 reafirma la tesis tradicional de que es competencia del orden contencioso administrativo todas las cuestiones relativas a la cotización. Doctrina reiterada en SSTS de 10 de

noviembre de 2003 y 28 de febrero de 2005.

3. No obstante, se plantean importantes problemas prácticos. Así en STS (Sala 3.^a) de 16 de junio de 1999 contempla el supuesto de impugnación ante órganos del orden contencioso-administrativo de una resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre liquidación correspondiente a la responsabilidad empresarial fijando el capital coste, incluido el recargo de falta de aseguramiento e intereses de capitalización, requiriendo a la empresa para que en término de quince días procediese a su ingreso a favor del Servicio Común requirente, mientras se encontraba pendiente el proceso laboral que versaba sobre la impugnación de la declaración de invalidez en grado de incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo derivada del accidente de trabajo. El Tribunal Supremo considera, de un lado, que los órganos del orden social conocen de los pleitos en materia de Seguridad Social [arts. 1.4 LPL/1980; 2.b) LPL/1990; 2.b) LPL/1995], en la que por imperativo de lo establecido en el artículo 117.3 CE, en relación con los artículos 2.1 y 9.5 LOPJ, tienen potestad no sólo para juzgar, sino también para ejecutar lo juzgado; y, de otro, que la demanda ante el Juzgado de lo Social contra la resolución de la entidad gestora que decida sobre la reclamación previa, no impide a la Tesorería General de la Seguridad Social continuar el procedimiento recaudatorio incluso en vía ejecutiva hasta la notificación de la sentencia recaída, salvo que el Juzgado de lo Social acordase, a instancias del actor, la suspensión del procedimiento administrativo. Y, después de un estudio sobre la normativa aplicable y de la doctrina de la Sala 4.^a del Tri-

bunal Supremo y de la Sala Especial de Conflictos de Competencia, concluye que la resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social es un acto que deriva de las resoluciones anteriores sobre prestaciones de la Seguridad Social, cuya competencia corresponde al orden social, distinguiendo la materia prestacional dotada de inmediata ejecutividad de los actos de gestión recaudatoria referidos a cuotas de la Seguridad Social y otros ingresos cuya materia declara ajena al orden jurisdiccional social.

En STS de 31 de enero de 2000, dictada en interés de Ley, la Sala 3.^a del TS fija la siguiente doctrina: “los actos de liquidación del capital coste de renta referidos en el artículo 4, apartado 1, del RD 716/1986, de 7 de marzo, son recurribles ante la vía administrativa, pero sólo por los motivos de oposición inherentes a la determinación de la cuantía, y siempre que tal acto de liquidación no se dicte en ejecución de una Sentencia de la Jurisdicción Social sobre el reconocimiento de la pensión y/o sobre la imputación de responsabilidad del pago de la misma”; en el mismo sentido SST, Sala 4.^a, de 20 de julio de 1990, 25 de mayo y 10 de diciembre de 1994, 22 de abril de 1996 y 28 de enero de 1997.

En definitiva, se acaba imponiendo la siguiente distinción: cuando se trata de la impugnación de una ejecución de una resolución administrativa de reconocimiento de una prestación o un recargo, la competencia corresponde al orden contencioso-administrativo, pero si el reconocimiento del derecho a la prestación se ha realizado mediante sentencia su recaudación aunque implique determinación y cobranza del capital coste corresponde al orden social por la

vía de ejecución de sentencia. Hay una larga serie de sentencias que insisten en que la competencia corresponde al orden social cuando se trata de fijar un capital coste de una prestación reconocida judicialmente (en este sentido, SSTS, Sala 4.^a, de 21 de enero y 18 de noviembre de 2000): “*con independencia de las funciones que tiene atribuidas la Tesorería General en materia de gestión recaudatoria... cuando el título que sirve de base para la ejecución es una resolución judicial firme condenatoria, la facultad de ejecutar lo decidido por una sentencia corresponde a los Juzgados y Tribunales, pues así lo requiere el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, dentro de cuyo contenido esencial se halla el derecho a la ejecución de sentencias –STC 110/1999, de 14 de junio, por todas–, y así viene establecido en los arts. 117.3 y 118 de la propia Constitución, en los arts. 2.1 y 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el art. 235.2 y concordantes de la Ley de Procedimiento Laboral*”.

La competencia corresponde al orden social para conceder las pretensiones que se dirijan contra la exigencia de la gestora de la aportación de un capital coste por el interesado como requisito para acceder o mejorar la protección. No se trata en estos casos de gestión recaudatoria, sino de unas aportaciones que, según su regulación específica, son determinantes, en unos casos, de la cuantía de la prestación y en otros de sus existencia, por lo que “desde la óptica de la Seguridad Social su finalidad última es la de ser determinante de la prestación, y las pretensiones a ellas referidas deben ser del conocimiento de los Juzgados y Tribunales del orden social”.

4. De la indicada jurisprudencia pueden extraerse las siguientes conclusiones en orden a la delimitación de los ordenes jurisdiccionales en la materia de que se trata:

A) Pertenece al orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

a) El control judicial de todo el procedimiento recaudatorio en sus diversas fases corresponde al orden contencioso-administrativo, con lo que, como antes se dijo, se incide sobre la determinación de la existencia y cuantía de la cotización aplicándose la legislación sustantiva de la Seguridad Social.

b) Las pretensiones sobre devolución de cuotas (STS, Sala 4.ª, 15 de octubre de 1997).

c) Los problemas relativos a la devolución de bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social otorgadas por efectuar determinados tipos de contratación laboral: *“es patente que subvenciones y bonificaciones en cuotas de la Seguridad Social son actos típicamente administrativo, como consecuencia de la actividad administrativa de fomento desplegada por la Administración y sometida a la Jurisdicción contenciosa”* y que el acto impugnado se refiera a la devolución no modifica tal conclusión pues *“la jurisdicción competente para conocer sobre el nacimiento de un derecho lo es también para todas las incidencias que se produzcan durante toda la vida del derecho”*.

d) El reintegro o la determinación de los capitales coste renta a ingresar se considera por la jurisprudencia que no corresponde al orden social por tener la condición de acto de gestión recaudatoria pues en nada afecta a la existencia y

EN DEFINITIVA, SE ACABA
IMPONIENDO LA
SIGUIENTE DISTINCIÓN:
CUANDO SE TRATA DE LA
IMPUGNACIÓN DE
UNA EJECUCIÓN DE UNA
RESOLUCIÓN
ADMINISTRATIVA DE
RECONOCIMIENTO DE
UNA PRESTACIÓN O UN
RECARGO, LA
COMPETENCIA
CORRESPONDE AL ORDEN
CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO, PERO SI
EL RECONOCIMIENTO DEL
DERECHO A LA
PRESTACIÓN SE HA
REALIZADO MEDIANTE
SENTENCIA
CORRESPONDE AL ORDEN
SOCIAL POR LA VÍA
DE EJECUCIÓN DE
SENTENCIA

contenido de la pensión (STS, Sala 4.ª 28 de enero de 1997 y ATS, Sala de Conflictos, de 18 de diciembre de 1998).

B) Corresponden al orden social:

a) Las pretensiones relacionadas con el reintegro de prestaciones (SSTS 26 de abril y 24 de septiembre de 1991, y 23 de septiembre de 1992, entre otras).

b) En las relaciones entre las Mutualidades de Accidentes de Trabajo, Entidades gestoras o

servicios comunes de la Seguridad Social se utiliza como dato delimitador de la competencia el que el acto impugnado tenga o no trascendencia en el aseguramiento de las contingencias o situaciones de necesidad o en la protección de las mismas. Así, se consideran del orden social cuando la cuestión afecta a la distribución de responsabilidades de las prestaciones entre entidades que participan en la relación de aseguramiento, y depende además directamente de la calificación asignada a determinadas prestaciones, por lo que no cabe reconducir el tema a un problema de gestión recaudatoria (SSTS, Sala 4.ª, 17 de septiembre de 1996, y 1 de octubre de 1996, entre otras).

VI. Procesos en materia de prestaciones

1. La revisión judicial de las resoluciones dictadas por las entidades gestoras en materia de prestaciones solicitadas por los beneficiarios del sistema público corresponde al orden social de la jurisdicción. El fundamento legal de esta atribución competencial se encuentra en el art. 9.5 LOPJ y en el art. 2.b) LPL, que remiten a dicho orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan *“en materia de Seguridad Social”*. Así la STS de 23 de noviembre de 1987 señala que *“este precepto (art. 9.5 LOPJ) ha de ser entendido referido a los conflictos individuales suscitados entre particulares y los Órganos de la Seguridad Social, sobre existencia, contenido y alcance de las prestaciones de la Seguridad Social”*.

Las materias relativas al reconocimiento o la denegación de prestaciones de la Seguridad Social constituye uno de los

criterios de delimitación jurisdiccional.: *“la determinación de la concurrencia de los requisitos de acceso a las prestaciones de Seguridad Social es una cuestión de la competencia directa y exclusiva del orden jurisdiccional social”* (STS, Sala 4.ª, de 2 de febrero de 1999).

Los problemas se suscitan al determinar el ámbito material de protección social integrado dentro del sistema público de Seguridad Social. A estos efectos se suele seguir un criterio formal u organizativo: todas aquellas prestaciones encomendadas a las entidades gestoras de la Seguridad Social, servicios comunes o entidades colaboradoras en la gestión quedan remitidas en cuanto a sus litigios al orden social. En este sentido el art. 139 LPL, al determinar el ámbito material de los procesos especiales de Seguridad Social, se refiere a las demandas formuladas “contra las entidades gestoras o servicios comunes”.

No debe olvidarse, sin embargo, el carácter contingente y la posibilidad de que existan cambios organizativos en la gestión del sistema que, siguiendo el criterio expuesto, podría suponer la repercusión en la naturaleza jurídica de las prestaciones y su inclusión o no en la Seguridad Social. Así sucedió con la “protección por desempleo”, que, para evitar dudas, ha sido objeto de una especial previsión en el art. 2.b) LPL.

2. La competencia fundamental del orden social es la que se extiende sobre las prestaciones, que son las que se suscitan con los beneficiarios en relación con el acceso a la acción protectora y al contenido de ésta. Sin embargo se han suscitado algunas dudas:

A) Prestaciones de pago úni-

LA COMPETENCIA
FUNDAMENTAL DEL ORDEN
SOCIAL ES LA QUE SE
EXTIENDE SOBRE LAS
PRESTACIONES, QUE SON
LAS QUE SE SUSCITAN
CON LOS BENEFICIARIOS
EN RELACIÓN CON EL
ACCESO A LA ACCIÓN
PROTECTORA Y AL
CONTENIDO DE ÉSTA

co por desempleo, en el que la decisión de la gestora es objeto de un recurso de alzada, que agota la vía administrativa. Las Jurisdicciones social y contencioso administrativa señalan que el dato es irrelevante ya que se trata de una prestación de la Seguridad Social que sigue el régimen general de competencia del orden social.

B) En cuanto a las declaraciones sobre minusvalía, la apreciación de competencia se vinculó inicialmente al reconocimiento de pensiones no contributivas de invalidez permanente. Pero con posterioridad se ha extendido la competencia del orden social a los supuestos en que no consta que la declaración de minusvalía solicitada esté vinculada a la solicitud de una pensión no contributiva de invalidez. Este criterio de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo es, sin embargo, contrario al de la Sala de Conflictos de Competencias, para la que la competencia corresponde al orden

contencioso administrativo cuando la declaración de minusvalía no se relaciona con la solicitud de una prestación de las Seguridad Social (Auto de 22 de marzo de 2000), aunque reconoce que la solución puede ser distinta conforme al RD 1971/1999, cuyo artículo 12 atribuye la competencia a la jurisdicción social.

3. En relación con las prestaciones de asistencia social y servicios sociales de las Comunidades Autónomas, debe tenerse en cuenta que la competencia del orden social se extiende a las prestaciones de asistencia social de la propia Seguridad Social (arts. 55 y 56 LGSS) y a las prestaciones asistencializadas como los subsidios por desempleo y los complementos por mínimos. También se extiende a los servicios sociales incluidos en la Seguridad Social. Pero no alcanza a otras formas de asistencia pública que no se han integrado en la Seguridad Social. La distinción en algunos casos es difícil como consecuencia de la transferencia de competencias y servicios a las Comunidades Autónomas. Así se ha considerado que no entra en la competencia del orden social la controversia sobre una prestación asistencial de una Comunidad Autónoma definida como tal en su legislación y en uso de una competencia exclusiva que le atribuye su Estatuto.

VI.- Deducciones por pago delegado, reintegros por reaseguro y reclamaciones relativas a conciertos para prestaciones sanitarias

1. Los reintegros por pagos delegados de prestaciones no afectan a la relación de protec-

ción entre el empresario, que es el delegado de la gestora para ese pago, y el trabajador, sino al momento posterior en que se produce el descuento de lo abonado en la liquidación de las cuotas.

Hay una operación relativa al importe de la deuda contributiva, pues se trata de una deducción aplicada a la liquidación de cuotas y por ello se afirma la competencia del orden contencioso-administrativo.

Sin embargo, también el orden social se ha declarado competente por entender que el reintegro de cantidades abonadas a los trabajadores por prestaciones periódicas a corto plazo en cumplimiento de un deber de colaboración obligatoria (art. 208 LGSS) tiene su conexión principal con la finalidad protectora del sistema de la Seguridad Social.

La tesis de la competencia del orden contencioso-administrativo es la más convincente. Y es éste también el competente para conocer de las controversias que deriven del cese en la actividad de colaboración cuando éste se produce como consecuencia de una decisión de la administración.

2. Los reintegros por reaseguro no constituyen una cuestión de gestión recaudatoria sino una obligación derivada de una relación de aseguramiento entre la TGSS y la mutua. La Sala 4.^a ha entendido que la competencia es del orden social porque la cuestión en litigio “afecta a la distribución de responsabilidades de prestaciones entre las entidades que participan en el aseguramiento y dependiendo además directamente de la calificación asignada a determinadas prestaciones de Seguridad Social (SSTS de 7 de diciembre de 1995, 6 de mayo de 1996 y 1 de octubre de 1996).

No obstante, si bien es cierto que no se trata de materia recaudatoria, debe tenerse en cuenta que si el reintegro del reaseguro se practica como una deducción del capital coste, la conexión con la recaudación es clara.

3. Respecto a las reclamaciones relativas a conciertos para prestaciones sanitarias de la Seguridad Social del INSALUD y otras Administraciones Públicas (Diputaciones o Ayuntamientos titulares de Centros Hospitalarios), la Sala 4.^a del Tribunal Supremo ha entendido que es competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, entendiendo que son cuestiones entre Administraciones Públicas que deben resolverse conforme al art. 9.4 LOPJ y a los artículos 1 y 3.a) de la anterior LJCA. Y, por otra parte, no se trata de pleitos de la Seguridad Social, ni del reintegro de gastos abonados por los beneficiarios de la Seguridad Social directamente en el establecimiento donde recibió la asistencia (sentencias de 8 de junio, 19 y 24 de octubre de 1990 y 2 de enero de 1991).

Por el contrario, se declara la competencia del orden jurisdiccional social cuando: 1.º) la cuestión afecta a la distribución de responsabilidades de las prestaciones entre entidades que participan en la relación de aseguramiento, y depende, además directamente, de la calificación asignada a determinadas prestaciones de la Seguridad Social, por lo que no cabe reconducir el tema a un problema de gestión recaudatoria (SSTC, Sala 4.^a, de 17 de septiembre de 1996, 1 de octubre 1996, 16, 25 y 26 de noviembre 1996, y 15 de enero de 1997, entre otras); 2.º) cuando el acto administrativo impugnado tiene trascendencia en el aseguramiento de las contingencias o situaciones de

necesidad o en la protección de las mismas (SSTS, Sala 4.^a, 31 de marzo y 30 de diciembre 1997, entre otras).

VIII. La impugnación de sanciones administrativas

1. La regulación de las infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social es ciertamente compleja. Las infracciones están previstas en los artículos 20 a 32 del Texto Refundido de la Ley Infracción y Sanciones del Orden Social (TRLISOS) y se dividen en cuatro grandes grupos: a) de los empresarios, autónomos y asimilados; b) de los trabajadores, solicitantes y beneficiarios; c) de las Mutuas de Accidentes de Trabajo; y d) de los empresarios en régimen de colaboración voluntaria en la gestión.

Las sanciones para los empresarios y, en general, para quienes no tienen la condición de trabajadores, beneficiarios o solicitantes se establecen en el artículo 40 TRLISOS y son normalmente multas. Para los beneficiarios las sanciones consisten fundamentalmente en pérdida temporal o definitiva de la prestación (artículo 47 TRLISOS) con lo que la sanción penetra en la acción protectora, creando una posible dualidad de jurisdicciones.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que mientras la competencia general en materia de sanciones se atribuye a la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, se reserva a las entidades gestoras la imposición de sanciones leves y graves. Esto suscita problemas no resueltos por el artículo 54 TRLISOS que se limita a señalar que contra las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores

se podrán interponer los recursos administrativos y jurisdiccionales que legalmente procedan.

2. La división de competencias entre los ordenes jurisdiccionales puede sintetizarse en los siguientes términos:

A) Tratándose de empresarios y asimilados, la competencia del orden contencioso-administrativo resulta del art. 3.1.c) LPL.

B) En cuanto a los beneficiarios, la solución es más polémica en la medida en que la sanción consiste en la pérdida o extinción de una prestación.

La jurisprudencia no es concluyente. Algunas sentencias han diferenciado, en materia de prestación por desempleo, considerando que si la sanción se impone por el INEM la competencia era del orden social, pero que si se impone por la Administración del Estado o de una Comunidad Autónoma el conocimiento corresponde al orden contencioso-administrativo.

No obstante una STS de 23 de septiembre de 1992 en una sanción impuesta por el INSS en relación con la pensión de jubilación entendió que la competencia era del orden contencioso-administrativo, argumentado que la gestora actúa velando por los intereses generales como delegada del Estado y que la sanción no es propiamente un acto de gestión de prestaciones sino el ejercicio de la potestad sancionadora de indudable carácter administrativo.

La redacción del artículo 233 LGSS, introducida por la Ley 45/2002, atribuye al orden social el conocimiento de las impugnaciones de las sanciones impuestas por el INEM. Y el art. 96.2 LGSS, en la redacción

EN CUALQUIER CASO,
SÓLO PUEDE SACARSE UNA
CONCLUSIÓN DESEABLE:
LA NECESIDAD DE
IDENTIFICAR LA
COMPETENCIA DE CADA
ORDEN JURISDICCIONAL,
SINGULARMENTE CUANDO
SE TRATA DE LOS ÓRDENES
CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO Y SOCIAL,
CON LA RAMA DEL
DERECHO EN QUE SE
FUNDAN LAS
PRETENSIONES QUE
ACTÚAN

de la Ley 52/2003, la extiende a todas las prestaciones de la Seguridad Social.

C) El problema se complica cuando a la imposición de la sanción se vincula en el mismo acto o en otro distinto el reintegro de las prestaciones indebidas como consecuencia de la conducta sancionada. La referida STS de 1992 separa las dos decisiones. La que impone la sanción que ha de impugnarse ante el orden contencioso administrativo o ante el orden social en el supuesto de que provenga de la gestora y se aplique el artículo 233.c) LGSS; y la que acuerda el reintegro de lo indebidamente percibido, de cuya impugnación conoce el orden social. Este criterio ha sido mantenido por SSTs de 11 de octubre de 2001 y 25 de febrero de 2002; si bien, en ambos ca-

sos se trataba de prestaciones de desempleo en las que la sanción había sido impuesta por la Administración del Estado y el reintegro se pedía por el INEM. Cuando la sanción se impone por la gestora, el artículo 96.2 LGSS, en solución coincidente con el artículo 233 LGSS, establece la unidad de impugnación de la sanción y el reintegro, siempre que la primera se imponga por la gestora.

IX. Gestión administrativa ordinaria y responsabilidad patrimonial de la Seguridad Social

1. La administración de la Seguridad Social realiza, aparte de la gestión propia de ésta —enclavamiento, cotización, recaudación y prestaciones— lo que puede denominarse gestión ordinaria (reclutamiento y gestión del personal, contratación administrativa, etc.). Esta gestión ordinaria no entra en la materia de la Seguridad Social y la competencia para conocer de los conflictos que dé lugar corresponde al orden contencioso-administrativo, aunque puede corresponder al orden civil cuando se trata de relaciones sometidas al Derecho Privado.

2. En relación con el personal estatutario, debe subrayarse la importancia del auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2005. Declara que la Ley 55 /2003, de 16 de diciembre, que regula el Estatuto Marco, configura la relación de dicho personal como una relación funcional y declara la competencia del orden contencioso administrativo.

3. Las reclamaciones de indemnización de daños fundados en la responsabilidad de la

Administración de la Seguridad Social quedan claramente atribuidas al orden contencioso-administrativo como consecuencia de las reformas llevadas a cabo en la LOPJ por la LO 6/1098 y, sobre todo, por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, que modifica el artículo 9 de la LOPJ, así como por las Leyes 29/1998, LJCA y 4/1999.

X. Conclusiones. Inconvenientes de la actual situación y necesidad de unificar el control jurisdiccional

No son claras las razones de la persistencia de la situación examinada, aunque sí hay coincidencia en resaltar sus inconvenientes, no sólo de carácter teórico sino de índole práctica y de funcionamiento.

Se produce una división artificial de la controversia y el riesgo tanto del llamado peregrinaje jurisdiccional como de la producción de criterios contradictorios sobre la misma o análoga materia en uno y otro orden jurisdiccional, sin que tales indeseables consecuencias encuentren una solución satis-

factoria en la vía prejudicial, ya sea no devolutiva o devolutiva. La primera, adoptada por los artículos 4 de la LJCA y de la LPL, no evita la posible falta de coherencia entre los órdenes jurisdiccionales; la segunda supone la suspensión de la decisión y una demora improcedente en la resolución del litigio.

Posiblemente, la mejor solución sería la unificación de la jurisdicción, entendiendo como ámbito de los órganos de la jurisdicción social todas las cuestiones que afecten a materias laborales, de Seguridad Social, en sentido amplio, incluido el control de la legalidad de los actos de las Administraciones públicas sujetos a Derecho Administrativo en materia laboral, de Seguridad Social y sindical, aunque excluyendo el control de la potestad reglamentaria de la Administración y el uso de la delegación legislativa otorgada al Gobierno por las Cortes Generales para dictar Decretos Legislativos.

En cualquier caso, de la doctrina jurisprudencial que acaba de exponerse, sólo puede sacarse una conclusión deseable: la necesidad de identificar la competencia de cada orden ju-

risdiccional, singularmente cuando se trata de los órdenes contencioso-administrativo y social, con la rama del Derecho en que se fundan las pretensiones que actúan. De lo contrario, y ante la imposibilidad de arbitrar un sistema de prejudicialidad absolutamente devolutivo, el riesgo y la realidad de contradicciones y criterios vacilantes, imprecisos, anclados a cada caso concreto, son y serán constantes. Ni siquiera una reforma de cierto calado como la introducida –cuando sea efectiva– por la Disposición Adicional quinta de la LJCA de 1998, servirá para clarificar el problema: siempre resultará que para valorar la legalidad de una liquidación por impago de cuotas de la Seguridad Social, será preciso resolver previamente, aun cuando sea por vía prejudicial, la regularidad del encuadramiento, del alta o, en suma, de la afiliación del trabajador de que se trate. Y en esta labor pueden resultar opuestos los criterios de los dos órdenes competentes: el contencioso-administrativo y el social, aunque el primero, en el ejemplo propuesto, tuviera una competencia meramente prejudicial. ●

LA JURISDICCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL ENTRE EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y EL ORDEN SOCIAL. ESTADO DE LA CUESTIÓN, REFLEXIÓN CRÍTICA Y PROPUESTA DE REFORMA

206

Aurelio DESDENTADO BONETE

Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo

1. El estado de la cuestión

a) Introducción

En los últimos años he venido ocupándome en varios trabajos del alcance de la jurisdicción en materia de Seguridad Social. El objeto de esta nueva contribución al tema, respondiendo al encargo del Foro de Seguridad Social, no va a incluir nuevas aportaciones –tarea que ya no sería posible para mí–, sino que se va a limitar a recoger las conclusiones ya establecidas y a intentar proporcionar algunos

elementos de reflexión crítica que contribuyan en la medida de lo posible a superar una situación tan insatisfactoria como la actual. Debo reconocer, sin embargo, que el transcurso del tiempo muestra que estas esperanzas de mejora son bastante vanas y que lo más realista sería resignarse a lo que existe con el deseo de que al menos no empeore. La modificación del art. 3 de la LPL por la Ley 52/2003 nos indica que el riesgo de empeorar no es una mera hipótesis y que en los continuos retoques de nuestro sufrido ordenamiento en la “época de las

leyes desbocadas” no hay una voluntad de reforma centrada en un estudio objetivo de los problemas, sino un goteo continuo de medidas de oportunidad, que reflejan intereses coyunturales de la Administración cuando no la simple búsqueda por ésta del proceso que le resulta más cómodo; claro que lo más cómodo para la Administración suele ser lo más incómodo para el ciudadano.

La Seguridad Social es una materia jurisdiccionalmente escindida. Éste es un mal antiguo que también se produce en el

ámbito laboral y que tiene su origen en la intervención de la Administración Pública. Pero, a diferencia de lo que ocurre con las relaciones laborales que giran sobre una institución de Derecho Privado –el contrato de trabajo–, en la Seguridad Social el elemento de la intervención administrativa es constitutivo. ¿Cómo se ha originado, entonces, la escisión? La respuesta es que se trata en buena parte de razones históricas que se relacionan con la propia distribución de competencias entre la Administración del Estado y los organismos gestores.

La descentralización institucional en materia de Seguridad Social ha sido limitada y algunas competencias quedaron “retenidas” por la Administración estatal. Se trataba fundamentalmente de las competencias vinculadas a la obtención de recursos financieros, aunque la función recaudatoria se encomendó en algún momento a las magistraturas de trabajo, que no actuaban en este campo como órganos jurisdiccionales en sentido estricto. Con todo, tras la creación de la TGSS la dualidad se ha mantenido y la delimitación jurisdiccional ha seguido un criterio funcional básico: por una parte, los actos administrativos en materia de cotización y recaudación, de los que conocía el orden contencioso-administrativo, y, por otra, las decisiones en materia de prestaciones, que eran competencia del orden social. Alrededor de estas dos grandes líneas de atribución competencial giraban otras materias donde la delimitación era más oscura, como era el caso de los actos

de encuadramiento o la impugnación de las sanciones.

Esta situación presentaba graves inconvenientes como consecuencia de su complejidad y de la eventual contradicción de criterios de los distintos órdenes jurisdiccionales. En la tramitación de la Ley 29/1998⁽¹⁾ se intentó superar la dualidad, atribuyendo al orden social el conocimiento de la impugnación de los actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social y de las resoluciones administrativas en materia de sanciones laborales. La propuesta no prosperó y posteriormente la Ley 52/2003 ha dado un paso en la dirección contraria para atribuir al orden contencioso-administrativo la competencia en materia de impugnación de los actos de encuadramiento⁽²⁾.

La situación actual se define por la atribución al orden contencioso de las competencias en materia de cotización, recaudación y actos de encuadramiento y al orden social de las relativas a la acción protectora. Pero como se verá en los apartados siguientes, la situación es más complicada de lo que esta sencilla descripción sugiere.

Hay un punto de partida que no debe ser olvidado: la delimitación de competencias jurisdiccionales en materia de Seguridad Social se aborda en el art. 9 LOPJ. El número 4 de este artículo atribuye al orden contencioso-administrativo las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de la Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo. Pero el número 5 encomienda

al orden social el conocimiento de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho y de las reclamaciones en materia de Seguridad Social. La delimitación es bastante complicada, porque si nos atenemos al criterio material, que utiliza el número 5, todas las controversias en materia de Seguridad Social serían competencia del orden social. Por el contrario, si aplicamos el criterio formal del acto administrativo, que se recoge en el número 4, la solución sería probablemente la contraria, pues todos los actos de gestión de la Seguridad Social son actos administrativos y quizá también es Derecho Administrativo el régimen jurídico propio de la Seguridad Social. Pero con todo, hay algo que está claro en el art. 9 de la LOPJ: el orden jurisdiccional especializado en materia de Seguridad Social es el orden social.

b) La polémica competencia del orden contencioso-administrativo en materia de actos de encuadramiento

Los actos de encuadramiento (inscripción de empresas, afiliación y altas y bajas de trabajadores) tienen la finalidad de registrar y dejar constancia de la posición de los interesados (sujetos obligados en la cotización, personas incluidas en la protección...) en las relaciones de Seguridad Social. Su finalidad es facilitar el control de la Administración sobre los sujetos y actividades que están sometidos a otra acción administrativa típica, en este caso la gestión de la Seguridad Social. Se trata de una actividad compleja, pues, por una parte, supo-

⁽¹⁾ Una exposición más detallada de este intento de reforma puede consultarse en mi trabajo “La nueva jurisdicción contencioso-administrativa y el orden social. ¿Una reforma frustrada?”, en *Revista de Derecho Social*, n.º 7/1999.

⁽²⁾ Una crítica de esta decisión en mi nota “¿Quién teme al orden social?”, *Diario La Ley* 2-2-2004.

ne una serie de obligaciones de declaración por parte de los administrados (la obligación de solicitar la inscripción, el alta o la baja...), pero, por otra, implica una decisión de la Administración de la Seguridad Social sobre el encuadramiento. La jurisdicción para conocer sobre las pretensiones en materia de actos de encuadramiento ha correspondido tradicionalmente al orden social, pues se trata claramente de una reclamación en materia de Seguridad Social a los efectos del art. 2.b) de la LPL, que no estaba comprendida en la exclusión de los actos de gestión recaudatoria del artículo 3.1.b) de la misma ley. El problema ha cambiado como consecuencia de la nueva redacción de la LPL art. 3.1.b) por la Ley 52/2003. Se atribuye ahora al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las impugnaciones que se susciten en relación con las resoluciones y actos dictados en las siguientes materias:

- inscripción de empresas;
- formalización de la protección frente a riesgos profesionales;
- tarificación;
- cobertura de la prestación de incapacidad temporal;
- afiliación, alta, baja y variación de datos de trabajadores.

La atribución de la jurisdicción en materia de actos de encuadramiento al orden contencioso-administrativo es cuestionable, porque en el encuadramiento se decide una cuestión fundamental en materia de Seguridad Social: la cuestión relativa a si una persona está protegida o no y en qué régimen, y

LA MODIFICACIÓN DEL ART. 3 DE LA LPL POR LA LEY 52/2003 NOS INDICA QUE EL RIESGO DE EMPEORAR NO ES UNA MERA HIPÓTESIS Y QUE EN LOS CONTINUOS RETOQUES DE NUESTRO SUFRIDO ORDENAMIENTO NO HAY SINO UN GOTEO CONTINUO DE MEDIDAS DE OPORTUNIDAD, QUE REFLEJAN INTERESES COYUNTURALES DE LA ADMINISTRACIÓN CUANDO NO LA SIMPLE BÚSQUEDA POR ÉSTA DEL PROCESO QUE LE RESULTA MÁS CÓMODO; CLARO QUE LO MÁS CÓMODO PARA LA ADMINISTRACIÓN SUELE SER LO MÁS INCÓMODO PARA EL CIUDADANO

ésta es una cuestión reservada al orden social (LOPJ art. 9.5). Aparte de este problema de constitucionalidad, por vulnerar la reserva de ley orgánica, la nueva regulación suscita un problema adicional a la hora de distinguir entre decisiones sobre el campo de aplicación y decisiones sobre determinados actos de encuadramiento.

En cualquier caso la reforma ha puesto fin por el momento al difícil problema de la compe-

tencia para conocer las pretensiones sobre la retroactividad de los actos de encuadramiento que, en realidad, envolvían en muchos casos impugnaciones indirectas de la obligación de cotizar durante el período de retroactividad y que, después de una evaluación jurisprudencial, bastante compleja⁽³⁾, terminó con las SSTs 4 de 29 y 30-4-2002 (RJ 5687 y 5689), dictadas en Sala General en el caso de los subagentes de seguros, sosteniendo la competencia del orden social sobre estos litigios; solución final que quizá tiene alguna conexión con la reforma del art. 3 LPL por la Ley 52/2003, dentro de la forma de utilización de la ley para excluir una determinada interpretación judicial que no resulta aceptable por la Administración.

La reforma de la Ley 52/2003 merece una crítica muy severa. En primer lugar, se opone claramente al art. 9 LOPJ, porque los actos de encuadramiento, aparte de su contenido instrumental, tienen un contenido fundamental en el ámbito de la Seguridad Social, pues en ellos se decide si una persona va a quedar protegida por la Seguridad Social y esto sólo puede decidirse por el orden jurisdiccional que tiene atribuida la competencia en esa materia. Es además una medida con inconvenientes prácticos notables, pues rompe el principio de especialización judicial. Tampoco se entiende muy bien por qué se reduce la competencia de un orden jurisdiccional que funciona sin atascos para atribuirla a otro orden jurisdiccional que tiene ya una sobrecarga de trabajo y sufre una demora importante. Por último, la medida tiene un alto coste para los beneficiarios, que de un proceso rápido en el que gozan del be-

⁽³⁾ Sobre la misma vid. mi trabajo "Jurisdicción y Seguridad Social", en AA.VV. *Problemas críticos del proceso laboral*, CGPJ, Madrid, 2005.

neficio de justicia gratuita va a pasar a otro en el que no existe gratuidad, ni se caracteriza precisamente por su celeridad⁽⁴⁾.

Sobre la reforma se proyecta además alguna duda de constitucionalidad. La STC 224/1993 anuló la disposición transitoria de la LBPL por encomendar al orden civil una función jurisdiccional que correspondía claramente al orden contencioso-administrativo.

c) Las competencias judiciales en materia de cotización y gestión recaudatoria

1.º) La regla general

La regulación de la competencia en materia recaudatoria se contiene en el apartado b) del n.º 1 del artículo 3 de la LPL, a tenor del cual quedan excluidas de la jurisdicción del orden social las pretensiones que tienen por objeto la impugnación de las resoluciones dictadas por la TGSS en materia de gestión recaudatoria, así como las impugnaciones de las resoluciones dictadas por las Entidades Gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta y las impugnaciones de las actas de liquidación de cuotas y de las actas de infracción.

El alcance de esta atribución ha suscitado algunos problemas. Para abordarlos es conveniente comenzar recordando que, según el artículo 1 del RGRSS (RD 1415/2004 art. 1), la gestión recaudatoria se extiende a los siguientes recursos:

- las cuotas de la Seguridad Social y las exacciones de recaudación conjunta (aportaciones al Fondo de Garantía Salarial y a formación profesional),

- las aportaciones por dispensación de atenciones o ser-

vicios que constituyen prestaciones de la Seguridad Social,

- las aportaciones de las mutuas de accidentes de trabajo y de las empresas colaboradoras para el sostenimiento de los servicios comunes y sociales de la Seguridad Social y otros gastos generales,

- las aportaciones que deban efectuarse a favor de la Seguridad Social por la dispensación de atenciones o servicios que constituyan prestaciones de la misma,

- los capitales coste de pensiones o de renta cierta temporal y otras prestaciones que deban ingresar las mutuas y las empresas declaradas responsables,

- las aportaciones por reaseguro obligatorio o facultativo,

- las sanciones por infracciones en materia de Seguridad Social,

- los recargos de prestaciones por falta de medidas de seguridad,

- los reintegros de préstamos que tengan el carácter de inversión social,

- los premios de cobranza o de gestión,

- las contraprestaciones e indemnizaciones que procedan en los contratos administrativos de las gestoras y de la TGSS,

- las aportaciones por ayudas equivalentes a jubilaciones anticipadas o previas a las jubilaciones ordinarias,

- las aportaciones por integración de entidades de previsión social obligatorias,

- los reintegros de prestaciones indebidamente percibidas o

compensadas y otras deducciones indebidamente practicadas en documentos de cotización,

- las costas procesales impuestas a quienes hayan litigado contra los organismos gestores de la Seguridad Social; atribución ésta de dudosa legalidad, pues las costas deben, en su caso, exigirse por la vía procesal legalmente prevista,

- cualesquiera otros ingresos que tengan el carácter de ingresos de derecho público.

El examen de estos ingresos muestra que es posible distinguir en ellos dos tipos de conceptos: 1) los que se refieren a la obtención de recursos establecidos para la financiación de la Seguridad Social (cotizaciones, aportaciones y otros ingresos vinculados a determinadas actuaciones administrativas) y 2) los que están directamente vinculados con el funcionamiento de la acción protectora (constitución de capitales coste de renta y otras cantidades destinadas al pago de prestaciones, reintegros de prestaciones indebidas), a los que deben añadirse otras operaciones también relacionadas con la acción protectora (pago delegado de prestaciones, reaseguro).

2º) Precisiones (1): cotización y recaudación

La recaudación entendida en sentido propio es la actividad que consiste en la obtención material de los recursos; es una actividad de cobranza, una acción dirigida a hacer efectivo el pago en relación con una deuda que ya ha sido definida como tal y fijada en su importe. Desde esta perspectiva, puede distinguirse entre el acto recaudatorio, orientado a la cobranza (por ejemplo, el embargo y su basta de un bien para afectar el

⁽⁴⁾ Desdentado Bonete, A., "¿Quién teme al orden social?", *La Ley*, 2-2-2004.

importe de lo obtenido al pago), el acto declarativo, que reconoce la existencia de la deuda, y el acto liquidatorio, que fija su importe. En materia de cotización esta distinción puede establecerse también entre los actos de declaración y liquidación de la deuda contributiva (las reclamaciones de deuda de la TGSS y las actas de liquidación de la Inspección de Trabajo en los arts. 30 y 31 LGSS) y los actos de cobro que forman la llamada recaudación en vía ejecutiva. Nunca ha existido duda de que están atribuidas al orden contencioso-administrativo las impugnaciones de los actos de gestión recaudatoria de cuotas en vía ejecutiva, es decir, las actividades comprendidas en los arts. 33 a 37 LGSS y 84 y ss. del RGRSS.

Pero la referencia tradicional a la gestión recaudatoria para definir la competencia del orden contencioso-administrativo ha planteado algún problema sobre si en este término podría incluirse también lo que no es recaudación de cuotas en vía ejecutiva, sino declaración de la obligación de cotizar y determinación del importe de la deuda contributiva. La doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo siempre se pronunció a favor de la competencia del orden contencioso-administrativo en materia de cotización, aunque no se trataba de la impugnación de actos recaudatorios en sentido estricto⁽⁵⁾. Esto era pacífico para la impugnación de reclamaciones de deuda y las actas de liquidación, pero se suscitaban algunas dudas en relación con determinadas controversias sobre cotización, en las que no se impugnaba directamente un acto administrativo de declaración o liquidación de deuda, sino que se planteaba una pretensión independiente del inte-

LA REFORMA DE LA LEY 52/2003 MERECE UNA CRÍTICA MUY SEVERA... TIENE UN ALTO COSTE PARA LOS BENEFICIARIOS, QUE DE UN PROCESO RÁPIDO EN EL QUE GOZAN DEL BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA VA A PASAR A OTRO EN EL QUE NO EXISTE GRATUIDAD, NI SE CARACTERIZA PRECISAMENTE POR SU CELERIDAD

resado –normalmente el trabajador o beneficiario– en orden al alcance de la cotización con finalidades no recaudatorias, sino ligadas a la acción protectora. Esto se advierte en las SSTs STS4 12-7-1999 (RJ 6162) y 10-7-2001 (RJ 9582). En la primera se declaró la jurisdicción del orden social para conocer sobre una petición de que las bases de cotización de un trabajador incorporado a un Fondo de Promoción de Empleo se fijaran en un importe superior al que se venían ingresando. La sentencia afirma que “no todo acto de gestión emanado de la Tesorería General puede considerarse como recaudatorio, sino sólo aquellos que persigan el cobro de los recursos o que se refieran al ejercicio de la actividad administrativa conducente a la realización de los créditos y derechos de la Seguridad Social” y, por ello, todo lo que exceda de la gestión recaudatoria en sentido estricto es calificable de materia de Seguridad Social que co-

rresponde al orden social, “debiendo reducirse la excepción competencial relativa a los actos de gestión recaudatoria a sus estrictos términos de control de la regularidad de la actuación administrativa recaudatoria tendente a hacer efectiva el cumplimiento de la obligación de cotizar previamente declarada”. En la misma línea la STS4 10-7-2001 (RJ 9582) acepta la competencia del orden social para conocer sobre una petición de que las retribuciones percibidas en especie por el actor son salario y “son computables para la determinación de (la) base de cotización en el período 1-6-1979 a 30-6-1987”.

Sin embargo, este criterio ha sido rectificado por la STS4 29-4-2002 (RJ 5683), dictada en Sala General, en la que se vuelve a afirmar la tesis tradicional que considera competencia del orden contencioso-administrativo todas las cuestiones relativas a la cotización. Se trataba de una pretensión deducida en conflicto colectivo⁽⁶⁾ en relación con los facultativos con nombramiento para la prestación de servicios de atención continuada con la finalidad de que se coticen por todo el período de vigencia del nombramiento (“hasta que se produzca el cese”) y no sólo por cada jornada de guardia. La sentencia considera que para determinar si la pretensión deducida queda excluida de la competencia del orden social en virtud del artículo 3.1.b) de la LPL es necesario establecer una noción de gestión recaudatoria a estos efectos y, en concreto, determinar si “dicha actividad ha de entenderse en un sentido estricto, como la que se encamina a hacer efectivo el cobro de una deuda ya declarada y fijada en su importe, o si, de manera más

⁽⁵⁾ Vid. “Jurisdicción y Seguridad Social”, citada, en especial, pp. 439 y 440.

amplia, tal expresión alcanza, cuando se trata de las cotizaciones, no sólo a esas operaciones materiales de cobro, sino también a la declaración de la existencia de la obligación de cotizar y a la determinación de su importe”. Para la sentencia es este concepto amplio el que debe prevalecer en materia de cotización de acuerdo con la doctrina tradicional, rectificando el criterio estricto introducido por la STS4 12-7-1999 (RJ 6162). Para ello pone de relieve que la propia redacción del artículo 3.1.b) de la LPL que, pese a su carácter incompleto, muestra con claridad que la actividad recaudatoria se entiende en este precepto en sentido amplio, como una actividad que, en el ámbito de las relaciones de cotización, comprende la declaración de la existencia de la deuda y de la fijación de su importe (liquidación). Es así, porque la norma se refiere también de forma expresa a las actas de liquidación, cuyo contenido consiste en establecer y determinar la obligación de cotizar en los supuestos que enumera el artículo 31 LGSS y en esta referencia deben entenderse comprendidas también las reclamaciones de deuda del artículo 30 de dicha Ley y, en general, toda la gestión que se conecta con la denominada recaudación en período voluntario (decisiones sobre aplazamientos y fraccionamiento de pago, recargos, devoluciones de cuota, etc.). Por otra parte, destaca la sentencia que la noción de recaudación que utiliza el artículo 3.1.b) LGSS está delimitada en la Ley General de la Seguridad Social que, en su artículo 18, la define como una actuación que comprende tanto la recaudación en vía eje-

cutiva, como en período voluntario, y esta última incluye las operaciones típicas de declaración de la deuda, las actas de liquidación, las reclamaciones de deuda y los actos recaudatorios conexos (artículos 20, 30 y 25 a 32 de la LGSS). Refiriéndose a la ausencia en estos casos de un acto liquidatorio o recaudatorio por la Administración competente, dice también la sentencia que esto no altera la regla de competencia, porque el interesado debía haber provocado ese acto (en el caso de un acta de liquidación o una reclamación de deuda), recurriendo ante el orden contencioso-administrativo la desestimación –expresa o presunta– de su pretensión. Lo que no cabe es plantear de forma indirecta ante el orden social mediante una acción declarativa la determinación de un elemento esencial de un acto declarativo o liquidatorio en materia de cotización⁽⁶⁾.

3.º) Precisiones (2): problemas de la recaudación de prestaciones

La recaudación en materia de prestaciones, que comprende fundamentalmente los capitales coste de pensiones o renta y los reintegros de prestaciones indebidas, ha suscitado muchos problemas de orden competencial. Inicialmente la Sala IV se pronunció a favor de entender que las controversias sobre recaudación de prestaciones correspondían al orden social⁽⁷⁾. Pero lo que acabará imponiéndose, sin embargo, es una distinción entre dos supuestos bien diferenciados: cuando se trata de la impugnación de una ejecución de una resolución administrativa de reconocimiento de una prestación o un recargo, la compe-

tencia corresponde al orden contencioso-administrativo, mientras que si el reconocimiento del derecho a la prestación se ha realizado mediante sentencia, su “recaudación”, aunque implique determinación y cobranza del capital coste, ha de realizarse por el orden social, por la vía de la ejecución de sentencia (auto de 3-11-1998, RJ 7978). Hay una larga serie de sentencias que insisten en que la competencia corresponde al orden social cuando se trata de fijar un capital coste de una prestación reconocida judicialmente. En esta línea la STS4 18-11-2000 (RJ 1421/ 2001), después de recordar la doctrina tradicional contenida en las SSTS4 12-12-1986 (RJ 7357), 29-3-1988 (RJ 2401), 10-4-1990 (RJ 3447), 20-7-1990 (RJ 6444), 3-11-1999 (RJ 9585), 5-11-1999 (RJ 8739) y 21-1-2000 (RJ 985), señala que “con independencia de las funciones que tiene atribuidas la Tesorería General en materia de gestión recaudatoria... cuando el título que sirve de base para la ejecución es una resolución judicial firme condenatoria, la facultad de ejecutar lo decidido por una sentencia corresponde a los Juzgados y Tribunales, pues así lo requiere el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, dentro de cuyo contenido esencial se halla el derecho a la ejecución de sentencias –STC 110/1999, de 14 de junio, por todas–, y así viene establecido en los arts. 117.3 y 118 de la propia Constitución, en los arts. 2.1 y 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el art. 235.2 y concordantes de la Ley de Procedimiento Laboral”. En estos supuestos lo que normalmente sucedía es que en lugar

⁽⁶⁾ El proceso colectivo es también inadecuado en materia de seguridad social, como precisa la sentencia en relación con las peticiones relativas a las prestaciones.

⁽⁷⁾ Vid. también SSTS 10-11-2003, RJ 8808, y 28-2-2005, RJ 3681.

⁽⁸⁾ STS4 20-7-1990, RJ 6444.

de seguirse la ejecución de la sentencia en la forma prevista en el artículo 286 LPL, que comprende la fijación del capital coste por la TGSS, se abría otro proceso declarativo sobre la determinación de ese capital en el que se alegaba la falta de jurisdicción por tratarse de materia recaudatoria. La respuesta correcta consiste en afirmar la jurisdicción, pero decretando la inadecuación de procedimiento, pues el debate sobre el capital coste forma parte de la ejecución de la sentencia y no puede salir de ésta para sustanciarse en un nuevo declarativo.

Hay, sin embargo, un grupo de sentencias –entre otras, las de 12-2-2003 (RJ 3097), 17 y 20-3-2003 (RJ 3383 y 4424), 20-10-2003 (RJ 8800) y 9-12-2004 (RJ 582/2005)–, que han establecido la competencia del orden social para conocer las pretensiones que se dirigen contra la exigencia por la gestora de la aportación de un capital coste por el interesado como requisito para acceder o mejorar la protección. Se afirma que no se trata en estos casos de gestión recaudatoria, sino de unas aportaciones que, según su regulación específica (disp. adic. 10.ª Ley 13/1996 y Decreto 2665/1998), son determinantes, en unos casos, de la cuantía de la prestación, en otros de su existencia, por lo que “desde la óptica de toda la Seguridad Social su finalidad última es la de ser determinantes de la prestación y las pretensiones a ellas referidas deben ser del conocimiento de los Juzgados y Tribunales del Orden Social de la Jurisdicción”.

d) Las controversias en materia de prestaciones

La competencia típica del orden social es la que se extiende

a las controversias sobre las prestaciones⁽⁹⁾. Hay, sin embargo, algunos puntos en los que han surgido dudas. Uno de ellos es el de las prestaciones de pago único de desempleo, en las que la decisión de la gestora es objeto de un recurso de alzada, que agota la vía administrativa (art. 3 del RD 1044/1985), pero tanto el orden social como el contencioso-administrativo señalan que el dato es irrelevante y que se trata de una prestación de Seguridad Social que sigue el régimen general del art. 2.b) de LPL (SSTS 8-3-1995, RJ 1755, ./.. 20-11-1996, SSTS 3.ª 19-1-1999, RJ 29; también autos scc 4-7-1997, RJ 1319/1998 y 18-12-1997, RJ 1332/1998). Tiene también atribuidas el orden social las controversias sobre declaraciones de minusvalía. La apreciación de esta competencia se vinculó inicialmente al reconocimiento de las pensiones no contributivas de invalidez permanente, razonando que si la finalidad de la declaración era el reconocimiento de una pensión de la Seguridad Social para la que es competente el orden social en virtud del art. 2.b) LPL, también debe serlo para decidir sobre la calificación de la minusvalía que condiciona el acceso a la correspondiente prestación (SSTS 27.1.1993, RJ 278 ./.. 20-6-1998, RJ 5474). Pero con posterioridad y de forma más discutible se ha extendido la competencia social a los supuestos en que no consta que la declaración de minusvalía solicitada esté vinculada a la solicitud de una pensión no contributiva de invalidez (SSTS 11-10-1999, RJ 7543 ./.. 31-10-2002, r. 3385/2001). Se mantiene así por el orden social un criterio contrario al de la Sala de Conflictos de Competencia, para la que la jurisdicción corresponde

al orden contencioso-administrativo cuando la declaración de la minusvalía no se relaciona con la solicitud de una prestación de la Seguridad Social (auto scc 22-3-2000, RJ 1792/2001), aunque se reconoce por la Sala de Conflictos de Competencia que la solución podría ser distinta bajo la vigencia del RD 1971/1999, cuyo art. 12 atribuye la competencia a la jurisdicción social.

La competencia del orden social se extiende a las prestaciones de asistencia social de la propia Seguridad Social (LGSS arts. 55 y 56 y las prestaciones “asistencializadas”, como los subsidios de desempleo y los complementos por mínimos). También se extiende a los servicios sociales incluidos en la Seguridad Social (LGSS arts. 53 y 54). Pero no alcanza a otras formas de asistencia pública que no se han integrado en la Seguridad Social. Sin embargo, la distinción es en algunos casos difícil, como consecuencia del proceso de transferencia de competencias y servicios a las Comunidades Autónomas. Así, se ha considerado que no entra en la competencia del orden social la controversia sobre una prestación asistencial de una Comunidad Autónoma, definida como tal en su legislación y en uso de una competencia exclusiva que le atribuye su Estatuto, sin que esta conclusión se altere porque en algún momento el servicio social de minusválidos haya podido conceder alguna ayuda similar (TS 26-5-2004, RJ 5029 y 26-5-2004, RJ 5418).

Se ha aceptado también la competencia del orden social para conocer de una reclamación del beneficiario que reaccionaba contra el cobro de una tasa por gastos de tramitación

⁽⁹⁾ La competencia se extiende tanto al control sustantivo como al control formal del acto. Vid. en este sentido STS 19.11.2002 (recurso 428/2002).

del expediente (STS 11-11-2003, RJ 1931/04). La competencia es dudosa porque, con independencia de la procedencia o improcedencia de la exacción, se trata de un acto tributario de la gestora y no de un conflicto sobre prestaciones.

Hay otros puntos en los que han surgido dudas importantes en relación con la jurisdicción del orden social. El primero se refiere a los reintegros por pago delegado de prestaciones. Estos litigios no afectan a la relación de protección entre el empresario, que es el delegado de la gestora para ese pago, y el trabajador, sino al momento posterior en que se produce el descuento de lo abonado en la liquidación de las cuotas. Hay aquí, en realidad, una operación relativa al importe de la deuda contributiva, pues se trata de la deducción aplicada a la liquidación de cuotas y, por ello, el orden contencioso-administrativo afirma su competencia, señalando que “los actos de gestión recaudatoria, tanto en período voluntario como en fase ejecutiva de apremio, referidos a cuotas de la Seguridad Social, están atribuidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, y la íntima y directa conexión entre ingresos de cuotas y su devolución o reintegro determina que se incluya en el ámbito de dicha gestión la restitución de aportaciones indebidamente efectuadas y el reintegro de prestaciones, aunque sea la jurisdicción laboral la competente para pronunciarse sobre la incapacidad laboral transitoria (SSTS 20-12-1996, RJ 19759, y 26-4-1999, RJ 3963). Pero también el orden social se ha considerado competente por entender que “el reintegro de cantidades abonadas a los trabajadores por prestaciones periódicas a corto plazo en cumplimiento del deber de colaboración obligatoria del art. 208.1.c) LGSS tiene «su conexión principal con la finalidad

LA DIVISIÓN DE LA
COMPETENCIA
JURISDICCIONAL SOBRE LA
MISMA MATERIA ENTRE
DOS ÓRDENES
JURISDICCIONALES ES
SIEMPRE INCONVENIENTE.
EN EL CASO DE LA
SEGURIDAD SOCIAL ES
ADEMÁS UNA DIVISIÓN
CONFUSA, ARTIFICIOSA Y
CONTRARIA AL PRINCIPIO
DE ESPECIALIZACIÓN DE
LOS ÓRDENES
JURISDICCIONALES

protectora del sistema de la Seguridad Social” (SSTS 26-4-1991, RJ 3389, y 27-5-1991, RJ 3924). El criterio del orden contencioso-administrativo resulta más convincente, porque lo relevante no es la conexión entre la prestación de pago delegado y la liquidación, pues siempre existe esa conexión entre la cotización y la acción protectora, sino que hay que atenerse a lo que materialmente es la deducción de lo pagado y es claro que se trata de una deducción en una liquidación de cuotas, con independencia de que se haya practicado en el momento del pago de éstas, en el propio boletín de cotización, o se suscite como una devolución de lo abonado en exceso.

El orden contencioso-administrativo es también el competente para conocer sobre las controversias derivadas del cese en la actividad de colaboración cuando éste se produce como consecuencia de una decisión de la Administración (STS 5-12-2003, RJ 1933/ 2004).

El caso de los reintegros en concepto de reaseguro es más problemático porque no se trata de una cuestión de gestión recaudatoria, sino de una obligación derivada de una relación de aseguramiento entre la TGSS y la mutua. La Sala IV ha entendido que la competencia es del orden social, razonando que al afectar “la cuestión en litigio a la distribución de responsabilidades de prestaciones entre las entidades que participan en la relación de aseguramiento y dependiendo además directamente de la calificación asignada a determinadas prestaciones de Seguridad Social, la conclusión que se impone es que es el orden jurisdiccional el competente para su conocimiento” (SSTS 7-12-1995, r. 2452/1995, 6-5-1996, RJ 4373, y 1-10-1996, RJ 7218).

Es cierto que no se trata de materia recaudatoria, pero si el reintegro del reaseguro se practicara como una deducción del capital coste, la conexión con la recaudación sería clara y en cualquier caso la relación de reaseguro está en una “zona gris” y puede dar lugar a un pleito de Seguridad Social del art. 2.b) LPL o configurarse como una cuestión civil.

e) La impugnación de las sanciones administrativas y sus consecuencias en la acción protectora

La regulación de las infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social es ciertamente compleja. Las infracciones se regulan en los arts. 20 a 32 LISOS y se dividen en cuatro grandes grupos: 1) de los empresarios, autónomos y asimilados, 2) de los trabajadores, solicitantes y beneficiarios, 3) de las mutuas de accidentes de trabajo y 4) de los empresarios en régimen de colaboración voluntaria en la gestión. Las sanciones para los empresarios y, en general, para quienes no tie-

nen la condición de trabajadores, beneficiarios o solicitantes se establecen en el artículo 40 LISOS y son normalmente multas. Para los beneficiarios, sin embargo, las sanciones consisten fundamentalmente en pérdida temporal o definitiva de la prestación (artículo 47 LISOS), con lo que la sanción penetra en la acción protectora, creando una posible dualidad jurisdiccional, que la reforma de la LJCA trató de evitar. Por otra parte, hay que tener en cuenta que mientras la competencia general en materia de sanciones se atribuye a la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma (art. 48.1 y 5 LISOS), se reserva a las entidades gestoras la imposición de sanciones por infracciones leves y graves. Esto suscita algunos problemas de competencia, que no resuelve el art. 54 LISOS; precepto que se limita a indicar que contra las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores se podrán imponer los recursos administrativos y jurisdiccionales que legalmente procedan.

En relación con las sanciones a los empresarios y asimilados, no hay duda de que se encuentran en el apartado c) del n.º 1 del art. 3 LPL y además las infracciones en materia de liquidación de cuotas están también mencionadas en el apartado b). La situación de las sanciones a los beneficiarios es más polémica, porque, como se ha visto, consisten en la pérdida o extinción de una prestación y además tratándose de infracciones graves y leves se imponen por la Entidad Gestora. La doctrina jurisprudencial no es concluyente. Las SSTS 11-12-1991 (RJ 9051) y 30-10-1994 (RJ 10527) llegaron a la conclusión, en materia de sanciones en la prestación de desempleo, de que si la sanción se imponía por el INEM, la competencia era del orden social, pero que si se imponía por la Administra-

ción del Estado o de la Comunidad Autónoma el conocimiento de la impugnación correspondía al orden contencioso-administrativo. Sin embargo, la STS 23-9-1992 (RJ 8451), en una sanción impuesta por el INSS en relación con la pensión de jubilación, estableció la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer sobre la impugnación de la sanción, argumentando que la gestora actúa aquí no como tal, sino que, velando por los intereses generales, ejerce un poder delegado del Estado, y que la sanción no es propiamente un acto de gestión de prestaciones, sino el ejercicio de potestad sancionadora de indudable carácter administrativo.

Pero hay que tener en cuenta que la nueva redacción del art. 233 de la LGSS, introducida por la Ley 45/2002, atribuye al orden social el conocimiento de las impugnaciones de las sanciones impuestas por el INEM. Ésta es una norma de desempleo. Pero el nuevo art. 96.2 LGSS, en la redacción de la Ley 52/2003, la extiende a todas las prestaciones de Seguridad Social.

El problema se complica cuando la imposición de la sanción se vincula, en el mismo acto o en otro distinto, con el reintegro de las prestaciones indebidas como consecuencia de la conducta sancionada. La propia STS 23-9-1992, ya citada, indica la solución, que consiste en separar las dos decisiones diferenciadas: 1.º) la que impone la sanción, que ha de impugnarse ante el orden contencioso-administrativo o ante el orden social en el supuesto de que provenga de la gestora y se aplique la solución del art. 233.c) LGSS, y 2.º) la que acuerda el reintegro de lo indebidamente percibido, sobre cuya impugnación conoce el orden social. Este criterio ha sido mantenido también por las

SSTS 11.10.2001 (RJ 1497/2002) y 25.2.2002 (RJ 4546), aunque en ambos casos se trata de prestaciones de desempleo en las que la sanción se había acordado por un órgano de la Administración del Estado y el reintegro se pedía por el INEM. Cuando la sanción se impone por la gestora, el nuevo art. 96.2 de la LGSS, en solución coincidente con el art. 233 de la misma ley, ha simplificado la situación: hay unidad de impugnación de la sanción y el reintegro, siempre que la primera se imponga por la gestora.

f) Gestión administrativa ordinaria, personal y responsabilidad patrimonial de la Administración de Seguridad Social

La Administración de la Seguridad Social realiza, aparte de la gestión propia de ésta (enquadramiento, cotización, recaudación y prestaciones), lo que puede denominarse gestión administrativa ordinaria (reclutamiento y gestión de personal, contratación administrativa con terceros, ordenación de datos, etc.). Esta gestión administrativa ordinaria no entra en la materia de Seguridad Social y, por tanto, queda, desde luego, fuera del ámbito de la jurisdicción social. Normalmente, la competencia para conocer de los litigios que surjan en relación con esta actividad corresponde al orden contencioso-administrativo, aunque puede resultar también competente el orden civil cuando se trata de relaciones de las gestoras sometidas al Derecho Privado.

En materia de personal –funcionarial o estatutario– ya no se mantiene ninguna competencia del orden social. La Ley 30/1984 derogó el art. 45.3 LGSS/1974, excepto para el personal al servicio de instituciones sanitarias, de forma que desde esa ley quedaron fuera del orden social, con la excepción indicada, las controversias sobre el

personal funcionario de la Administración de la Seguridad Social. Con la entrada en vigor del Estatuto Marco del Personal del Sistema Nacional de la Salud (Ley 55/2003) los litigios de este personal han pasado también al orden contencioso-administrativo (auto de la Sala de Conflictos de Competencia de 20-6-2005, c. 48/2004 y SSTS 4.ª 16 y 21-12-2005 (Rec. 39,199, 4758/2004 y 164/2005)).

En relación con los conciertos entre la gestora y un tercero para la prestación de servicios sanitarios, se ha declarado expresamente la falta de jurisdicción del orden social (SSTS 8-6-1990 ./.. 21-1-1991, RJ 42) y lo mismo sucede con las peticiones de información de un tercero sobre datos obrantes en la TGSS (STS 26-11-1996, RJ 8744) .

Las reclamaciones de indemnización de daños fundadas en la responsabilidad de la Administración de la Seguridad Social han quedado ya claramente atribuidas al orden contencioso-administrativo como consecuencia de las reformas llevadas a cabo por la Ley Orgánica 6/1998, que modifica el art. 9 de la LOPJ, y por las Leyes 29/1998 y 4/1999. El art. 4 de la LOPJ, en su párrafo 2.º, establece que los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo “conocerán asimismo de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive”. El art. 2.e) de LJCA reitera esta norma y añade que las Administraciones públicas no podrán ser demandadas por responsabilidad patrimonial ante los órdenes jurisdiccionales civil o social. Por su parte, la Ley 4/1999 añade una disposición adicional 12ª a

LA SOLUCIÓN NO PUEDE
SER OTRA QUE UNIFICAR
TODA LA MATERIA DE
SEGURIDAD SOCIAL,
ATRIBUYÉNDOLA AL
ORDEN SOCIAL.
SI ESTA UNIFICACIÓN SE
ABORDA DE FORMA
PROGRESIVA, AMPLIANDO
EN LO NECESARIO LA
PLANTA DEL ORDEN SOCIAL
Y CREANDO UN PROCESO
CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO SOCIAL,
SU VIABILIDAD NO SERÍA
PROBLEMÁTICA Y SE
PONDRÍA FIN A UNA
SITUACIÓN TAN CONFUSA
E INSATISFACTORIA
COMO LA ACTUAL

la Ley 30/1992, a tenor de la cual “la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso». Se cierra así un largo período de discrepancias en el que, en relación con los daños derivados de la prestación de

asistencia sanitaria, venían declarándose competentes los órdenes civil (STS 1.ª 20-6-1994, RJ 6026), contencioso-administrativo (STS 3.ª 10-2-1998, RJ 1452) y social (STS 10-7-1995, RJ 5488, del Pleno de la Sala con voto particular), pues desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1998 y de la Ley 29/1998 –de 14-12-1998– se acepta que el orden competente es el contencioso-administrativo (STS 19-4-1999, RJ 4528, SSTS 1.ª 26-3-2001, RJ 4764, y 11-6-2001, RJ 5674). La doctrina de conflictos siempre se pronunció a favor de este último orden jurisdiccional (autos scc 18-12-1998, RJ 1580, y 22-3-1999, RJ 3676). La competencia de ese orden se extiende además a las reclamaciones de daños dirigidas por el mismo motivo frente a las mutuas de accidentes de trabajo, pues sus servicios sanitarios están integrados en el Sistema Nacional de la Salud (STS 29-10-2001, RJ 10023).

En relación con otras reclamaciones de daños derivadas de la acción administrativa de los organismos gestores de la Seguridad Social, se ha reconocido la competencia del orden contencioso-administrativo. Así la STS 5-4-1990 (RJ 5458) señala a este orden como competente para conocer de una reclamación por los daños y perjuicios derivados de un erróneo reconocimiento de una situación de incapacidad permanente, que determinó el abandono por el afectado –un trabajador agrario por cuenta propia– de su actividad profesional. El mismo criterio aplicó la STS 3.ª 20-12-1997 (RJ. 1238/1998), también en una reclamación de daños por un error de diagnóstico en una declaración de incapacidad permanente.

Tienen también especial interés las SSTS de 18-3-2003 y 5-2-2004 (Rec. 3620/2004) sobre la competencia del orden social

para conocer frente a las reclamaciones contra imposición de una tasa por determinación del capital coste.

2. Algunas reflexiones críticas. Por una unificación de la competencia judicial sobre Seguridad Social en el orden social

La situación que reflejan los apartados anteriores no es satisfactoria. La división de la competencia jurisdiccional sobre la misma materia entre dos órdenes jurisdiccionales es siempre inconveniente. En el caso de la Seguridad Social es además una división confusa, artificiosa y contraria al principio de especialización de los órdenes jurisdiccionales.

La confusión multiplica los litigios y los alarga desproporcionadamente, pues, después de llegar al final en un orden jurisdiccional que se declara incompetente, hay que comenzar la carrera desde cero en el otro. Pero además la dualidad fomenta las contradicciones, porque entre las materias cuya decisión se atribuye a los dos órdenes jurisdiccionales hay

una conexión evidente y normalmente requieren la misma respuesta. En realidad, en muchos casos puede decirse que se trata de la misma controversia que ha sido dividida artificialmente, para atribuir una parte de la misma al orden social y la otra al contencioso-administrativo, con el riesgo de contradicción que esto supone al no existir unificación de doctrina entre distintos órdenes jurisdiccionales. El ejemplo típico se suscitaba en el marco de la relación entre actos de encuadramiento y actos liquidatorios. Normalmente, el acta de liquidación o las reclamaciones de deuda por cuotas surgen como consecuencia de un alta de oficio. Pues bien, si se impugnaba ésta decidía el orden social, pero si se reaccionaba contra el acta de liquidación o la reclamación de las cuotas la competencia correspondía al orden contencioso-administrativo, con lo que se podía llegar a soluciones dispares⁽¹⁰⁾. Esta situación se ha superado a partir de la reforma de la Ley 52/2003, pero, aparte de los costes de este reforma, la dualidad seguirá afectando a las relaciones con la acción protectora. La división ignora además el principio de especialización de los órdenes jurisdiccionales, al atribuir al orden

contencioso una materia que corresponde a la especialización del orden social. La reforma de la Ley 52/ 2003 ha agravado esta situación al llevar al orden contencioso-administrativo la decisión sobre los actos de encuadramiento, cuando la decisión sobre éstos depende de una calificación de la actividad desarrollada como laboral que debe corresponder al orden social.

La solución no puede ser otra que unificar toda la materia de Seguridad Social, atribuyéndola al orden social, algo que se intentó ya durante la tramitación de la Ley 29/1998. En ese momento la unificación no salió adelante, porque se trataba de una medida precipitada que no había ponderado sus consecuencias sobre la planta del orden social, ni la necesidad de ajustes en el plano procesal⁽¹¹⁾. Pero si esta unificación se aborda de forma progresiva, ampliando en lo necesario la planta del orden social y creando un proceso contencioso-administrativo social⁽¹²⁾, su viabilidad no sería problemática y se pondría fin a una situación tan confusa e insatisfactoria como la actual. ●

⁽¹⁰⁾ Vid. p.e. las SSTs 4 26-4-1993 (RJ 3367) y STS 3 7-12-1993 (RJ 9792) sobre encuadramientos de cooperativas. Otro ejemplo es el de los subagentes de seguros, que para el orden social están en el RETA y para el orden contencioso-administrativo no están incluidos en la Seguridad Social: SSTs 3 21-12-1987 (RJ 9582) y 2-12-1988 (RJ 9310).

⁽¹¹⁾ Cachón Villar, P. y Desdentado Bonete, A., "Un grave peligro para el orden social: la asunción de competencias sobre la impugnación de los actos administrativos laborales y de los actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social", *La Ley*, n.º 4551/1998.

⁽¹²⁾ Algunos criterios sobre esa modalidad procesal se exponen en mi trabajo "La nueva jurisdicción contencioso-administrativa y el orden social", citado.

LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL PROCESO CONCURSAL. ANÁLISIS DE LA DISPOSICIÓN FINAL DECIMOSEXTA DE LA LEY REGULADORA DEL CONCURSO (LEY 22/2003) (I)

217

Emilio GARCÍA FERNÁNDEZ

Letrado de la Administración de la Seguridad Social. TGSS. Cádiz

1. Introducción

La entrada en vigor de la nueva Ley Concursal ha determinado un importante perjuicio para los créditos de la Seguridad Social, de forma que éstos unen su suerte a la del resto de los créditos públicos, todos ellos sometidos a la *reducción drástica de los privilegios y preferencias a efectos del concurso*, que ya anuncia la Exposición de Motivos de aquella.

El menoscabo del régimen jurídico de estos créditos es pues un fenómeno de carácter gene-

ral, que incluso para algunos es la piedra angular de la reforma concursal, pues al menos en parte, el concurso pasará a financiarse con el importe al que llegaban los antiguos privilegios de los créditos públicos.

Sin embargo, la incidencia de la reforma concursal respecto de los créditos por prestaciones es especialmente significativa y grave, por las razones que se irán exponiendo, pudiéndose ahora adelantar que la nueva ley viene a proyectar más sombras sobre una situación que ya era incierta, lo que seguramente

se traducirá en muchos casos en acentuar la desprotección del beneficiario, llamado de esta forma a ver perjudicada su situación jurídica en beneficio de los *intereses del concurso*.

Son muchas las cuestiones que deben ser analizadas pero quizá las más importantes son las relativas al tratamiento desde el punto de vista de la prelación que está llamado a recibir el crédito por prestaciones y, en segundo lugar, la incidencia que la declaración de concurso puede tener en el procedimiento administrativo o en el proce-

so judicial de reconocimiento de la prestación.

Me permito la licencia de abordar en primer lugar el problema de la prelación, que en buena lógica y siguiendo un criterio cronológico, debería ser tratado con posterioridad.

2. El privilegio del crédito por prestaciones de la Seguridad Social

La nueva Ley Concursal define unos *privilegios y preferencias a efectos del concurso*, que van a convivir con los que se aplican cuando no existe una situación concursal, prelación que se sigue regulando por sus normas tradicionales, llamadas éstas a ser compiladas, al menos, en la nueva ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos, a la que se refiere la Disposición Final trigésimo tercera.

Herramienta de esta doble ordenación es la Disposición Final decimosexta de la Ley Concursal que da una nueva redacción al artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social, que conservando los privilegios que arropan a los créditos de la Seguridad Social en las situaciones extraconcursales, aclara de forma inmediata que “*En caso de concurso, los créditos por cuotas y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal*”.

Es claro que *los privilegios y preferencias a efectos del concurso* serán los definidos por la nueva Ley Concursal, pero es preciso tener en cuenta otras modificaciones, producidas extramuros de la reforma concursal, que están llamadas a producir sus efectos también en el seno del concurso.

Me refiero muy especialmente a la limitación del mecanismo de anticipo de las prestaciones de responsabilidad empresarial que fue introducido por medio de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social y que se tradujo en la reforma del artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social.

Tradicionalmente, las excepciones al principio del anticipo por parte de la entidad gestora de las prestaciones de responsabilidad empresarial, venían definidas en torno a la falta de alta y en torno al tipo de prestación⁽¹⁾, pero la Ley de Medidas fiscales, administrativas y del orden social de 2001 define un nuevo límite al anticipo gestor que resulta ser transversal por cuanto afectará a todas las prestaciones y se producirá con respecto a todos los supuestos posibles de incumplimiento empresarial de las obligaciones instrumentales; *el anticipo de las prestaciones, en ningún caso, podrá exceder de la cantidad equivalente a dos veces y media el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante o, en su caso, del importe del capital coste necesario para el pago anticipado, con el límite indicado por las Entida-*

des gestoras, Mutuas o Servicios.⁽²⁾, dice el artículo 126 número 3, párrafo segundo, de la Ley General de la Seguridad Social.

La primera duda que surge de la lectura de este nuevo precepto es si tal nueva limitación de la obligación del anticipo gestor (como decimos de carácter transversal, ya que afecta a todas las prestaciones y se producirá cualquiera que fuese el incumplimiento empresarial de las obligaciones instrumentales) será o no susceptible de ser aplicada en los casos de concurso pues el mismo artículo 126 señala que “*las Entidades gestoras, Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales o, en su caso, los servicios comunes procederán de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones a los beneficiarios en aquellos casos (...) en los que así se determine reglamentariamente con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios; el indicado pago procederá, aun cuando se trate de empresas desaparecidas o que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio (...)*”, es decir, exactamente lo que sucede respecto al concursado, como norma general⁽³⁾.

La razón por la que nos ocupamos en primer lugar de la posibilidad o no de anticipo gestor en esta materia es clara; sólo a partir del anticipo (o en su caso del momento de activación de la responsabilidad subsidiaria), podrá producirse la subrogación en las acciones y derechos del beneficiario por

⁽¹⁾ Véase en este sentido el excelente cuadro con respecto a cada una de las prestaciones y en relación a los distintos supuestos elaborados por Manuel R. Alarcón Caracuel y Santiago González Ortega en *Compendio de Seguridad Social*, Editorial Tecnos, p. 107.

⁽²⁾ El salario mínimo interprofesional para 2006 es de 540,90 euros, por lo que la cuantía mensual anticipable asciende a 1.352,25 euros

parte de la entidad gestora y sólo a partir de ese momento, el crédito de un particular frente a otro particular se convertirá en un crédito público⁽⁴⁾.

Así las cosas es necesario analizar el privilegio de que goza el crédito del beneficiario contra su empresario, cuando no se ha producido el anticipo gestor, ya sea porque éste todavía, transitoriamente, no se ha materializado o porque no puede producirse en Derecho.

El artículo 121 de la Ley General de la Seguridad Social señala que las prestaciones que deben satisfacer los empresarios (ya sean determinadas por el incumplimiento de los llamados deberes instrumentales, como las impuestas directamente por la ley) tendrán el carácter de créditos privilegiados

LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LEY CONCURSAL HA DETERMINADO UN IMPORTANTE PERJUICIO PARA LOS CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DE FORMA QUE ÉSTOS UNEN SU SUERTE A LA DEL RESTO DE LOS CRÉDITOS PÚBLICOS

gozando al efecto del régimen establecido en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores.

La norma contenida, actualmente, en el artículo 121 de la Ley General de la Seguridad

Social siempre ha tenido la virtud de atraer para el crédito por prestaciones los privilegios de un crédito tan significativo, en todos los aspectos, como es el crédito por salarios no satisfechos⁽⁵⁾, pero a partir de un momento determinado, no ha tenido en cuenta que la protección, no ya de los meros créditos por salario, sino del crédito salarial o laboral en sentido amplio, se ha organizado en varios niveles distintos.

La indeterminación acerca del nivel de protección que ha de recibir el crédito por prestaciones en contemplación del privilegio del crédito salarial nunca ha sido resuelta de forma definitiva⁽⁶⁾, hasta el punto de que no hemos encontrado ninguna sentencia que se ocupe de este encaje⁽⁷⁾.

La Ley Concursal ha estable-

⁽³⁾ El artículo 94, número 4, de la Ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966 señala que “en los casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuando el empresario o empresarios responsables (...) resultaren insolventes, el trabajador y sus derechohabientes podrán hacer efectivos sus derechos a las prestaciones de todo orden derivadas de incapacidad laboral transitoria, invalidez permanente o muerte con cargo al oportuno Fondo de Garantía”. La sentencia del Tribunal Supremo de 21-2-2000, dictada conociendo de un recurso de casación para la unificación de la doctrina, señala que este artículo constituye un mecanismo de anticipo (no un supuesto de responsabilidad subsidiaria) que está llamado a funcionar con respecto a los insolventes (entendiendo por tal quien es incapaz de pagar sus deudas y por ello sin necesidad de declaración de insolvencia, requisito éste que perjudicaría su carácter automático) entre los cuales ha de incluirse, según esta doctrina judicial, al deudor declarado en suspensión de pagos.

⁽⁴⁾ Aurelio Desdentado Bonete señala en “Los privilegios de los créditos de la Seguridad Social” (Relaciones laborales, número 18/2000) que “Los dos tipos de privilegios de Seguridad Social tienen pese a su indudable conexión material y final, una configuración distinta: el de la Seguridad Social se aproxima a un crédito de naturaleza tributaria y el de los beneficiarios es un crédito privado que se asimila al laboral”.

⁽⁵⁾ Las referencias inicialmente realizadas por la Ley General de la Seguridad Social de 1974 a los privilegios del crédito por salarios recogidos en el artículo 59 de la Ley de Contrato de Trabajo, se entendieron siempre realizadas por la doctrina a la Ley de Relaciones laborales de 1976 y posteriormente al propio Estatuto de los Trabajadores.

⁽⁶⁾ Bartolomé Ríos Salmerón en Los privilegios del crédito salarial (Editorial Civitas, p. 112), califica como “punto dificultoso (...) la adaptación del esquema preferencial del artículo 32 a las diversas prestaciones; sin profundizar demasiado en el tema esa adaptación podría ensayarse sobre la siguiente base: el superprivilegio del número 1 (últimos treinta días) sólo aprovecharía a los subsidios (incapacidad temporal, desempleo, familia); pero no a las indemnizaciones alzadas ni a los capitales por pensiones vitalicias, a consignar por el empresario en el correspondiente Servicio, que quedarán amparados por el privilegio especial del artículo 32.2 (objetos elaborados) y por el general ordinario del artículo 32.3 (sobre los demás bienes del deudor, con posposición con respecto de los créditos hipotecarios). La hipótesis de objetos elaborados aprovecha al trabajador, aun enfermo o desempleado, por el principio de solidaridad, con que esta variedad refaccionaria de la preferencia salarial debe ser interpretada (...)”.

⁽⁷⁾ Debe citarse aquí la sentencia de la Audiencia provincial de Cádiz de 14 de enero de 1999 (referencia en Aranzadi AC 1999/4692) donde en tercería de mejor derecho interpuesta por la Tesorería General de la Seguridad Social el crédito por prestaciones es calificado como preferente ante un crédito amparado por una anotación de embargo anterior. Por las características de los créditos concurrentes en esta ejecución singular el tribunal no tuvo necesidad de determinar el grado de protección que al crédito por prestaciones le transfería el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores.

cido distintos privilegios para los créditos salariales:

- Créditos contra la masa (salarios de los últimos treinta días anteriores al concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, los salarios generados por el ejercicio de la actividad del deudor tras la declaración de concurso, entre otros conceptos).

- Créditos con privilegio especial (los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores).

- Créditos con privilegio general (salarios sin privilegio especial hasta una determinada cuantía e indemnizaciones hasta un determinado tope).

Por las razones anteriormente indicadas no es labor fácil encajar al crédito por prestaciones no anticipadas en algunas de las categorías anteriores, aunque sin duda la más ventajosa es la de crédito contra la masa (deuda de la masa, en la terminología tradicional)⁽⁸⁾.

En este sentido debemos expresar que el artículo 84 de la Ley Concursal califica como créditos contra la masa *“los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumpli-*

miento que continúen en vigor tras la declaración del concurso, y de obligaciones de restitución o indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado” y *“los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la eficacia del convenio, en su caso, hasta la conclusión del concurso”*.

Puede parecer descabellado en principio tratar de calificar estos créditos por prestaciones como créditos contra la masa en cuanto derivados de un contrato o de una obligación en la que intervenga culpa o negligencia, cuando hoy su caracterización, fundamentalmente, es la de un crédito nacido por ministerio de la ley y con un gran grado de participación pública, pero sin embargo es necesario tener en cuenta lo siguiente:

- Las primeras sentencias del Tribunal Supremo (en aquel momento en su Sala de lo Civil) que señalaron la responsabilidad de un empresario por haber incumplido éste su obligación de afiliar al obrero a los seguros sociales de la época, ante la inexistencia de normas específicas y concretas, utilizaron los artículos 1101 y 1902, en relación con el artículo 1106 del Código civil⁽⁹⁾.

- De entre los distintos mecanismos de protección de las diferentes clases de créditos, sólo el previsto para la salvaguardia de los créditos contra la masa, puede dar satisfacción a las exigencias, que en su día, dieron lugar a la atribución de tan importante privilegio al crédito por prestaciones, ya que *“tan indispensables son al obrero para su subsistencia los salarios estrictos como las prestaciones varias que conoce el sistema de Seguridad Social, destinadas por esencia a paliar un estado de necesidad, provocado por una disminución o desaparición de las rentas usuales o habituales”*⁽¹⁰⁾.

En efecto, el artículo 154 de la Ley Concursal señala como momento de pago de los créditos contra la masa el de su vencimiento⁽¹¹⁾, criterio que permite salvar con alguna fortuna una situación de necesidad que además viene determinada por un hecho causante forzosamente anterior.

- En los supuestos que estamos analizando, no juega el principio de automaticidad de las prestaciones al tratarse de supuestos en los que no está previsto el anticipo gestor, por lo que las razones para calificar estos créditos como créditos contra la masa son todavía más evidentes que respecto de los créditos por salario donde sí actúa el Fondo de Garantía Salarial.

⁽⁸⁾ Aun aquí los créditos contra la masa o deudas de la masa han visto mermado su régimen tal y como eran concebidas por doctrina y jurisprudencia con anterioridad a la reforma concursal. Su régimen jurídico tradicional es excelentemente descrito en este aspecto por Emilio Beltrán en *Las deudas de la masa* (Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1986, pp. 181 y ss. y 228 y ss).

⁽⁹⁾ Carolina Gala Durán en *“La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social”* (Aranzadi, 1997) señala que *“En la Sentencia del Tribunal Supremo de 22-2-1936 se afirmaba que “(el obrero demandante) no fue afiliado por el demandante al Régimen Obligatorio de Vejez y que ha cumplido con exceso los sesenta y cinco años, es evidente que se ve privado de los beneficios de tal Régimen, al que tenía derecho indiscutible, sufriendo daño patrimonial por el monto del capital del retiro que debió percibir al llegar a la edad referida, perjuicios que son consecuencia del incumplimiento por parte del patrono de la obligación que le impone el párrafo segundo del artículo 6 del Reglamento de 21-1-1921, por lo que a tenor de lo dispuesto en los artículos 1101 y 1902, en relación con el 1106, todos del Código civil, viene obligado a indemnizar al actor (obrero) por la suma de cuantas cantidades debió entregar por su retiro de vejez, más las aportaciones del Estado y demás participaciones legales, ya que en el hecho productor del perjuicio no se puede atribuir ninguna responsabilidad al obrero, como pretende el recurrente, puesto que sólo al patrono incumbía su cumplimiento (...)”*.

Una vez efectuado el anticipo por parte de la gestora se produce, por ministerio de la ley, la subrogación pública en las acciones y derechos del trabajador, pero realmente la pregunta importante es si se produce, además, la asunción de los privilegios del operario frente al concursado.

En principio la respuesta debiera ser afirmativa por cuanto los artículos 1212 y 1528 del Código civil señalan que “la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas” y que “la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio”.

Sin embargo, la posibilidad de que la Tesorería General de la Seguridad Social pueda llegar a ser titular del privilegio concedido al crédito del beneficiario aparece oscurecida por, al menos, dos sentencias del Tribunal Supremo que vienen a admitir la subrogación, sí en los derechos y acciones del trabajador, pero no el privilegio crediticio laboral, admitiendo tan sólo la posibilidad de cesión de las preferencias en sentido estricto y admitiendo sólo la transferencia del privilegio cuando el cesionario es el Fondo de Garantía Salarial.

En efecto, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1989 (referencia en Aranzadi 1989/4787), en pleito determinado por una tercería de mejor dere-

LA NUEVA LEY VIENE A
PROYECTAR MÁS SOMBRAS
SOBRE UNA SITUACIÓN
QUE YA ERA INCIERTA, LO
QUE SEGURAMENTE SE
TRADUCIRÁ EN MUCHOS
CASOS EN ACENTUAR LA
DESPROTECCIÓN DEL
BENEFICIARIO, LLAMADO
DE ESTA FORMA A VER
PERJUDICADA SU
SITUACIÓN JURÍDICA EN
BENEFICIO DE LOS
INTERESES DEL CONCURSO

cho interpuesta por la Tesorería General de la Seguridad Social, rechaza el recurso de casación del Banco Hispano Americano S.A. y razona en su Fundamento de Derecho segundo que los artículos 1212 y 1258 del Código civil “han sido interpretados por la doctrina en el sentido de que la transmisión de los privilegios unidos al crédito sólo se produce respecto de aquellos que nacen o se derivan de la naturaleza o causa del crédito, o del título formal en que consta, no de los que sean de naturaleza personal; por ello y a mayor abundamiento, la subrogación en la que se apoya el banco recurrente no hubiera producido la transmisión del derecho de preferencia o privilegio que a los

créditos salariales otorga el artículo 32 párrafos 1 y 3 del Estatuto de los Trabajadores (...) dado su carácter estrictamente personal (...) intransmisibilidad que viene reconocida a contrario sensu, en el propio Estatuto de los Trabajadores que en su artículo 33.4, párrafo segundo establece que “para el reembolso de las cantidades satisfechas, el Fondo de Garantía Salarial se subrogará en los derechos y acciones de los trabajadores conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el artículo 32 de esta ley” de donde se deduce que la subrogación de otra persona que no sea el Fondo de Garantía Salarial no transfiere el repetido privilegio, pues en otro caso no hubiera sido necesaria la atribución expresa al Fondo de Garantía”. Este criterio es repetido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1993 (referencia en Aranzadi 1993/2269) en su Fundamento de Derecho quinto, por lo que en sentido estricto existe jurisprudencia⁽¹²⁾.

3. El reconocimiento administrativo o judicial de las prestaciones y el concurso

La declaración de concurso del empresario no afecta sólo al aspecto prelativo del crédito por prestaciones, sino que tiene potencialidad para interferir en esta obligación, incluso en momentos anteriores a su reconocimiento.

Para analizar la incidencia

⁽¹⁰⁾ Bartolomé Ríos Salmerón, en la obra citada más arriba, p. 111.

⁽¹¹⁾ En cambio todos los créditos concursales están sometidos a una demora y algunos de ellos (y como novedad de la Ley Concursal, muchos públicos), están, además, sometidos a una espera.

⁽¹²⁾ Aurelio Desdentado Bonete, en el trabajo citado más arriba, habla de una posible “metamorfosis del privilegio” (el privilegio del crédito por prestaciones pasaría, tras el anticipo, a ser el privilegio aplicable a los demás créditos de la Seguridad Social) efecto que señala “no parece razonable y hay que sostener que la Tesorería General de la Seguridad Social puede en estos casos ejercitar el privilegio del crédito del beneficiario como consecuencia de la subrogación”.

que la declaración del concurso va a tener, creo que sería conveniente distinguir y analizar detalladamente lo que sucede en los siguientes momentos:

A) Se ha solicitado, pero todavía no se ha obtenido, el reconocimiento administrativo o judicial del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social de las que se considera responsable a un empresario.

A su vez, es necesario distinguir diferentes posibilidades o fases:

- La solicitud de medidas cautelares, ya sean administrativas o judiciales.

- El procedimiento administrativo de reconocimiento de la prestación y el concurso.

- El procedimiento judicial de reconocimiento de la prestación y el concurso.

B) Existe una resolución administrativa o una sentencia judicial que reconocen el derecho a una prestación de Seguridad Social, con cargo a un empresario.

C) Existe una ejecución administrativa o judicial donde trata de hacerse efectiva la responsabilidad empresarial por una prestación.

Analizaremos cada uno de estos momentos.

A.1. La solicitud de medidas cautelares, ya sean administrativas o judiciales.

Aunque su utilización no sea muy frecuente, nada impide que iniciado el procedimiento administrativo de reconocimiento de la prestación, de oficio o a instancia de parte, se adopten las medidas provisionales o cautelares precisas para asegurar la eficacia de la resolución que se dicte⁽¹³⁾. Tampoco es frecuente, aunque es una posibilidad que ofrece la legislación procesal, que la adopción de tales medidas se interese de los Juzgados de lo Social ante los cuales, a su vez, se sustancia un proceso dirigido a la obtención de una sentencia de condena de un empresario por las prestaciones de la Seguridad Social.

Sí parece claro que la solicitud de adopción de medidas cautelares atrae la competencia del Juez de lo mercantil, al amparo del nuevo artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, desplazando, no sólo a los órganos del orden jurisdiccional social, sino también, casi con completa seguridad, a las autoridades administrativas, pues, insistentemente, se afirma aquella competencia “*en todo caso*” y su “*carácter exclusivo y excluyente*”⁽¹⁴⁾.

A.2. La declaración de concurso se produce cuando ya se ha solicitado pero todavía no se ha obtenido el reconocimiento administrativo de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social.

Se trata de un momento que no aparece contemplado por la

Ley Concursal, de manera que parece razonable pensar que el procedimiento administrativo no debe verse afectado por la nueva situación del empresario.

A.3. La declaración de concurso se produce cuando todavía no se ha dictado sentencia.

Conviene aclarar que el pleito en materia de Seguridad Social por el que se exige la responsabilidad directa de un empresario, es un proceso que sigue siendo competencia, pese a la declaración de concurso, de los Juzgados de lo Social, sin que en este caso la reforma concursal haya atribuido competencia en la fase declarativa (a diferencia de lo que ha sucedido con respecto a las fases asegurativa y de ejecución, según veremos) a los nuevos jueces de lo mercantil.

En esta fase es necesario destacar que:

- La solicitud de declaración de concurso debe identificar todos los procedimientos judiciales en curso contra el deudor común.

- Puede ocurrir que la interposición de demanda por parte del trabajador se produzca con posterioridad al momento de declaración del concurso, lo que obliga al Juez de lo Social a emplazar a la administración concursal pues, incuestionablemente, se trata de un proceso que puede tener trascendencia para el patrimonio del deudor.

- La administración concur-

⁽¹³⁾ Así lo prevé el artículo 42 de la LRJAAPP y del PAC que contempla esta posibilidad incluso con anterioridad al momento de iniciación del expediente administrativo, siempre que así lo prevea especialmente una norma con rango de ley.

⁽¹⁴⁾ La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, conduce también a esta interpretación por cuanto se sostiene que “El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos”.

sal tiene el deber de personarse en estos procesos.

● Los procesos continuarán su marcha, sin que proceda la acumulación a otros juicios seguidos contra el concursado, fuera de los casos a los que se refiere la Ley de Procedimiento Laboral.

B) La declaración de concurso se produce una vez que se ha dictado sentencia o resolución administrativa.

El proceso judicial continúa su marcha, de forma que las partes y la administración concursal pueden utilizar los recursos administrativos o judiciales que resulten oportunos, lo que no será obstáculo para que el crédito sufra todo el proceso concursal de reconocimiento y graduación, hasta que se produzca, en su caso, una sentencia revocatoria.

Dentro del procedimiento concursal de reconocimiento de los créditos, el representativo de las prestaciones de la Seguridad Social, resulta beneficiado de la previsión contenida en el número 2 del artículo 86, por cuanto se encuentra entre aquellos que necesariamente han de ser incluidos por los administradores concursales en la correspondiente lista al venir siempre documentado en un acto administrativo (de certificación habla la Ley Concursal) o por medio de una sentencia. Resulta especialmente oscura la facultad atribuida a los administradores concursales de poder impugnar “a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica, los actos administrativos”, salvo que se trate de una mera referencia a los recursos adminis-

LA INDETERMINACIÓN
ACERCA DEL NIVEL DE
PROTECCIÓN QUE HA DE
RECIBIR EL CRÉDITO POR
PRESTACIONES EN
CONTEMPLACIÓN DEL
PRIVILEGIO DEL CRÉDITO
SALARIAL NUNCA HA SIDO
RESUELTA DE FORMA
DEFINITIVA, HASTA EL
PUNTO DE QUE NO
HEMOS ENCONTRADO
NINGUNA SENTENCIA
QUE SE OCUPE DE
ESTE ENCAJE

trativos, ordinarios y extraordinarios, (junto a las facultades de instar la revisión de oficio) reconocidas por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en la legislación administrativa especial.

C) Puede ocurrir, por último, que la declaración de concurso se produzca cuando exista ya una ejecución administrativa o judicial, actividad que trata de hacer efectiva la declaración de voluntad contenida en la sentencia o en la resolución administrativa.

La regla en este caso es la contenida en el artículo 55 de la Ley Concursal, que parece obedecer a un criterio temporal (la

Administración pública podrá seguir adelante su ejecución si ha dictado providencia de apremio con anterioridad a la declaración del concurso, de la misma forma que el Juzgado de lo Social la proseguirá si ya ha procedido, en aquel momento, al embargo de bienes del concursado), pero que es inmediatamente matizada por el hecho de que “los bienes objeto del embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”.

Aprecio como escasas las posibilidades de continuar con el apremio una vez que se haya producido la ulterior declaración de concurso por varias razones; la valoración de si el bien embargado es o no necesario para la continuación de la actividad corresponde, al parecer, al juez de lo mercantil, el bien debe ser necesario (no imprescindible) para la prosecución de la actividad y, por último, porque el criterio decisivo pasa a ser, no ya la data de la providencia de apremio, sino la diligencia de embargo, único acto que señala a un concreto bien.

4. Conclusión

No puede llegarse a una conclusión segura, pues la nueva Ley Concursal, como nos hemos atrevido a adelantar, viene, en los aspectos estudiados, a proyectar más sombras sobre una situación que ya era incierta. Será necesario, como siempre, esperar a que los tribunales fijen su criterio. Vuelve aquí a ser acertado lo dicho por Alejandro Nieto: el “Derecho es inseguridad, incertidumbre, pluralidad de soluciones”. ●

LOS CRÉDITOS POR PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PROCESO CONCURSAL. ANÁLISIS DE LA DISPOSICIÓN FINAL DECIMO-SEXTA DE LA LEY REGULADORA DEL CONCURSO (LEY 22/2003) (II)

224

José Antonio MARTÍNEZ LUCAS

Letrado de la Administración de la Seguridad Social. Doctor en Derecho

I. Consideraciones generales

La preferencia de los créditos por prestaciones de la Seguridad Social es una materia compleja, dado que no ha recibido un tratamiento unitario y sistemático, sino que está presente en una pluralidad de normas legales. La Ley Concursal no ha venido sino a complicar aún más esta materia al no hacer una mención expresa a dichos créditos, a diferencia de lo que

sucede con los créditos públicos de la Seguridad Social. Por ello, el grupo normativo de referencia está formado por las siguientes disposiciones: la Ley Concursal (LC), el artículo 121.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Un primer problema se plantea en cuanto a la legalidad de la regulación de los mismos, puesto que un importante sector

doctrinal ha expuesto con coherencia su débil fragilidad formal, por una extralimitación del mandato que fue dado en su día por el legislador⁽¹⁾. A estos efectos, debemos recordar que el privilegio de los créditos por prestaciones tiene su origen en el artículo 90.2 LSS de 1966, que se remitía al artículo 59 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y, posteriormente, pasaría al artículo 90.2 de la LGSS de 1974 y de ahí al artículo 121.2 de la actual LGSS,

si bien este último remitiéndose, como es lógico, a los privilegios del artículo 32 ET.

Sin embargo, la supuesta falta de cobertura inicial de los privilegios de los créditos por prestaciones no es tal si leemos detenidamente la base quinta de la Ley de Bases de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963, pues su apartado 19 proclama que “las prestaciones establecidas en el número anterior se facilitarán en las condiciones que reglamentariamente se determinen”. Es decir, la Ley de Bases remite expresamente al texto articulado el objeto y alcance de la delegación en orden a establecer la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, lo que obviamente comprende los privilegios de los créditos por prestaciones pues de otro modo el trabajador se vería privado de una de las garantías precisas para la efectividad de las prestaciones⁽²⁾. No se trata de una cesión en blanco por parte de la Ley de Bases, puesto que el texto articulado que la desarrollase debía garantizar en la medida de lo posible la protección, lo que se logra entre otras medidas mediante el otorgamiento de unos privilegios frente a los demás acreedores comunes.

En general, el fundamento de los privilegios de los créditos por prestaciones de la Seguri-

dad Social no es idéntico al de los demás créditos públicos de la Seguridad Social, y ello tanto medie o no un proceso concursal. En el primer caso, se trata de tutelar el sustento y protección de beneficiarios individualizados, que cuando concurrieran con otros acreedores del empresario podrían verse privados de las prestaciones. En el segundo caso, el fundamento reside en la necesidad de mantener el sistema público de la Seguridad Social⁽³⁾, que asegure la asistencia y prestaciones sociales ante situaciones de necesidad (art. 41 CE)⁽⁴⁾. Por ello, los créditos de los beneficiarios se asimilan a los créditos salariales y gozan, en principio, de la misma protección que éstos. Así se comprende la remisión que el artículo 121.2 LGSS hace al artículo 32 ET, lo que paradójicamente desaparecerá cuando se declare un concurso, puesto que la LC no contiene una previsión expresa de estos créditos en todo su articulado.

II. La relación de los créditos de los beneficiarios en ausencia de un proceso concursal

1. REGULACIÓN

La prelación de los créditos que los beneficiarios de presta-

ciones tienen frente a los empresarios o las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales se encuentra recogido en el artículo 121.2 LGSS⁽⁵⁾, según el cual:

“2. Las prestaciones que deban satisfacer los empresarios a su cargo, conforme a lo establecido en el apartado 2 del artículo 126 y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 131 de esta Ley, o por su colaboración en la gestión y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en régimen de liquidación, tendrán el carácter de créditos privilegiados, gozando, al efecto, del régimen establecido en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores”.

2. SUJETO TITULAR

El sujeto titular de este privilegio será un beneficiario de las prestaciones de la Seguridad Social. Lo importante es, por consiguiente, que se haya causado una prestación de la Seguridad Social y ésta deba satisfacerla el empresario a su exclusivo cargo o por colaboración en la gestión con la Seguridad Social o la Mutua en régimen de liquidación, y dada su falta de solvencia para atender todos los créditos, nuestro ordenamiento otorga preferencia a los beneficiarios frente a otros

⁽¹⁾ Desdentado Bonete, “Los privilegios de los créditos de Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, número 18, p. 16.

⁽²⁾ Como dice el apartado II de la base preliminar de la Ley de Bases de 1963: “A través de la Seguridad Social, el Estado español garantizará a las personas que por razón de sus actividades estén comprendidas en su campo de aplicación, y a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, protección adecuada en las contingencias y situaciones que en esta Ley se definen y la progresiva elevación de su nivel de vida en los órdenes sanitario, económico y cultural”.

⁽³⁾ Mínguez Benavente, *La preferencia de los créditos de la Seguridad Social (Análisis de la concurrencia con los restantes créditos privilegiados)*, Madrid, 1998, pp. 75 a 78.

⁽⁴⁾ Cfr. la STS de 6 marzo 2003 (RJ 2549).

⁽⁵⁾ Sobre la misma, véase: López Gandía, “Artículo 121. Caracteres de las prestaciones”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Navarra, 2003, p. 785; Olarte Emcabo, “Artículo 121. Caracteres de las prestaciones”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, tomo I, Granada, 1999, pp. 1143 y ss.; y Ríos Salmerón, *Los privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984, pp. 111 y 112.

acreedores para hacer efectivo su derecho.

El fundamento de este privilegio difiere del relativo a la prelación otorgada a los créditos de la Seguridad Social de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 LGSS. La preferencia crediticia obedece aquí primordialmente a paliar el estado de necesidad en que se encuentra un beneficiario, provocado por una disminución o desaparición de sus rentas usuales o habituales⁽⁶⁾. Este fundamento nos permite delimitar el círculo de sujetos titulares de este derecho de prelación crediticia; así resultará que:

- los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General serán los sujetos titulares de la preferencia crediticia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121.2 LGSS;

- los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario también disfrutarán de estos derechos, dada la remisión expresa que establecen sus textos legales a los caracteres generales de las prestaciones del Régimen General⁽⁷⁾;

LA LEY CONCURSAL NO HA
VENIDO SINO A
COMPLICAR AÚN MÁS ESTA
MATERIA AL NO HACER
UNA MENCIÓN EXPRESA A
DICHOS CRÉDITOS, A
DIFERENCIA DE LO QUE
SUCEDE CON LOS
CRÉDITOS PÚBLICOS DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

- por el contrario, los demás trabajadores de alguno de los otros Regímenes Especiales no están comprendidos, porque el privilegio se refiere sólo al Régimen General⁽⁸⁾ y, además, las normas legales o reglamentarias de los Regímenes Especiales no contemplan una remisión expresa a este tipo de privilegios⁽⁹⁾.

Ahora bien, este derecho crediticio no alcanza igualmente a

las Entidades Gestoras o Servicio Común cuando anticipen las prestaciones, y ello a pesar del juego de la subrogación en los derechos y acciones de los beneficiarios previsto expresamente en el artículo 126.3 LGSS. La razón es obvia: se aplicará el artículo 22 LGSS, por tratarse de una norma especial que contempla específicamente el orden de prelación de los créditos de la Seguridad Social sin distinción alguna⁽¹⁰⁾. No se puede realizar una interpretación extensiva de los privilegios del artículo 121.2 LGSS en tanto que compromete el principio de igualdad de trato ante la Ley⁽¹¹⁾. Las Mutuas carecerían de privilegio alguno en caso de anticipo de prestaciones, si bien el mecanismo de la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía paliará las consecuencias negativas de esta omisión normativa⁽¹²⁾.

3. OBJETO

El objeto de la preferencia crediticia está constituido exclusivamente por las prestaciones que deban satisfacer las Mutuas en régimen de liquidación y los empresarios a su car-

⁽⁶⁾ Ríos Salmerón, *Los privilegios...*, ob. cit. p. 111.

⁽⁷⁾ Cfr. el artículo 15 D 2123/1971, de 23 de julio.

⁽⁸⁾ Cfr. Olarte Encabo, *Artículo 121...*, ob. cit. p. 1143.

⁽⁹⁾ Los trabajadores por cuenta ajena del Régimen del Mar no gozarían de este privilegio, dado que no es suficiente la remisión genérica que el artículo 1, párrafo 2.º, D 1867/1970, de 9 de julio, hace al Régimen General de la Seguridad Social. En contra, Desdentado Bonete, *Los privilegios...*, ob. cit. p. 29.

⁽¹⁰⁾ En contra, Desdentado Bonete, *Los privilegios...*, ob. cit. pp. 29 y 30.

⁽¹¹⁾ En virtud de lo establecido en el artículo 126 LGSS, en relación con los artículos 94, 95 y 96 LSS de 1966.

⁽¹²⁾ Si la Mutua da cumplimiento a esta obligación y anticipa al trabajador o a sus beneficiarios el pago de esas prestaciones, se subroga en los derechos y acciones que éste tuviera por causa de accidente, y ello no sólo frente al empresario incumplidor, sino también frente al INSS, en cuanto que este organismo ha asumido en la actualidad el cumplimiento de las funciones de garantía que anteriormente correspondían al extinguido Fondo de Garantías de Accidentes de Trabajo [SSTS de 4 febrero 1991 (RJ 797), 8 julio 1991 (RJ 6831), 7 octubre 1991 (RJ 8657), 30 marzo 1992 (RJ 1884), 28 septiembre 1992 (RJ 6820), 20 octubre 1992 (RJ 7659), 9 noviembre 1992 (RJ 8790), 18 enero 1993 (RJ 95), 19 enero 1993 (RJ 99), 23 enero 1993 (RJ 265), 30 enero 1993 (RJ 388), 12 febrero 1993 (RJ 1157), 6 marzo 1993 (RJ 1709), 6 febrero 1993 (RJ 2405), 11 febrero 1993 (RJ 2406), 20 abril 1993 (RJ 3340), 23 abril 1993 (RJ 3354), 3 mayo 1993 (RJ 4015), 9 mayo 1993 (RJ 4042), 21 mayo 1993 (RJ 4112), 10 junio 1993 (RJ 4662), 14 junio 1993 (RJ 4672), 17 junio 1993 (RJ 4761), 14 julio 1993 (RJ 5676), 20 julio 1993 (RJ 5746), 4 octubre 1993 (RJ 7570), 6 octubre 1993 (RJ 7576), 7 octubre 1993 (RJ 7577), 8 octubre 1993 (RJ 7580), 15 octubre 1993 (RJ 8052), 22 noviembre 1993 (RJ 8921), 25 noviembre 1993 (RJ 9071), 20 diciembre 1993 (RJ 9967), 8 marzo 1994 (RJ 2214), 13 junio 1994 (RJ 5426), 14 junio 1994 (RJ 5430), 11 julio 1994 (RJ 6548), 12 julio 1994 (RJ 6557), 22 noviembre 1994 (RJ 9228), 21 diciembre 1994 (RJ 10347) y 8 marzo 1995 (RJ 1751)].

go como consecuencia de encontrarse en alguno de los siguientes supuestos⁽¹³⁾:

a) que sea declarado responsable del pago de una prestación como consecuencia de un incumplimiento de sus obligaciones de afiliación, alta o cotización (art. 126.2 LGSS);

b) prestaciones de incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral referidas exclusivamente a los días 4.º a 15.º de la baja, ambos inclusive (art. 131.1, párrafo 2.º, LGSS), y que estén a cargo del empresario y no de la Administración de la Seguridad Social;

c) prestaciones por la colaboración del empresario en la gestión.

Igualmente, la prelación crediticia alcanza al recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo conforme a lo dispuesto en el artículo 121.3 LGSS⁽¹⁴⁾. En este caso, y dada la remisión expresa, la TGSS podrá hacer valer este privilegio por ser el organismo encargado de su recaudación a través del procedimiento de apremio⁽¹⁵⁾. Por el contrario, la titularidad del privilegio corresponderá exclusivamente al beneficiario cuando la procedencia del recargo se declare por sentencia judicial, porque el acto de liquida-

ción y recaudación del recargo forma parte de la ejecución de aquélla y es competencia de la jurisdicción social⁽¹⁶⁾.

Por el contrario, el privilegio no alcanza a las siguientes prestaciones:

- las prestaciones no contributivas, por cuanto que su abono corre a cargo de la Administración de la Seguridad Social y no de una Mutua o empresario⁽¹⁷⁾;

- las mejoras voluntarias de la acción protectora, esto es, la Seguridad Social complementaria o voluntaria⁽¹⁸⁾.

4. CONTENIDO

Los anteriores créditos tienen el carácter de créditos privilegiados “gozando, al efecto, del régimen establecido en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores” (art. 121.2 LGSS). Esta remisión en bloque al régimen de los créditos salariales supone que debemos distinguir según el grado de privilegio que le otorga el artículo 32 ET a cada una de las partidas salariales, que será distinta según el apartado del mismo.

Con carácter previo a dicho análisis, debemos manifestar que estos privilegios carecen de aplicación práctica cuando la prestación sobrevenga por una contingencia profesional. La ra-

zón es bien obvia: la acción protectora por accidente de trabajo o enfermedad profesional se desplegará en todo caso y extensión, dado que rige el encuadramiento automático o alta de pleno derecho y sin que sea necesario ningún período previo de cotización⁽¹⁹⁾. Dicho de otra manera, el trabajador estará siempre cubierto por el anticipo de las prestaciones de Seguridad Social que abonen el INSS o las Mutuas.

4.1. El superprivilegio del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores

El superprivilegio de este apartado presenta dos limitaciones: una temporal y otra cuantitativa. Ambas deben modularse y son de difícil aplicación si queremos trasladarlas al campo de los privilegios de los beneficiarios.

En cuanto al límite temporal, debemos recordar que el artículo 32.1 ET limita el privilegio a los “últimos 30 días de trabajo”, es decir, no a la totalidad de las prestaciones debidas por el empresario al trabajador. Dicha limitación debe matizarse pues carece de sentido la referencia a los últimos 30 días de trabajo, al no ser necesario que se produzca una extinción de la relación laboral. Téngase en cuenta que la protección que le otorga el artículo 121.2 LGSS está pensada para garantizar

⁽¹³⁾ Como dice la STS de 25 mayo 1995 (recurso número 2249/1994): “Supone el mandato legal referido que todas las prestaciones, incluso aquellas que no son sustitutivas del salario, se encuentran dotadas de los privilegios y preferencias que consagra el citado artículo 32”.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Desdentado Bonete, Los privilegios..., ob. cit. pp. 29 y 30, y López Gandía, Artículo 121... ob. cit. p. 785.

⁽¹⁵⁾ Cfr. el artículo 1.g) y 75 RD 1415/2004, de 11 de junio.

⁽¹⁶⁾ SSTs de 23 julio 1998 (RJ 7513) y 31 enero 2000 (RJ 335).

⁽¹⁷⁾ Cfr. el artículo 57.1.c) LGSS.

⁽¹⁸⁾ La STS de 2 junio 1998 (RJ 4940) así lo entiende, y ello porque es ilegal (ultra vires) la asimilación que establece el artículo 1.3 de la OM de 28 diciembre 1966 a los caracteres de las prestaciones. Véase en el mismo sentido las SSTs de 8 junio 1998 (RJ 5111) y 13 julio 1998 (RJ 7013).

⁽¹⁹⁾ Cfr. el artículo 124.4 LGSS.

una situación de necesidad creada por la falta de percepción de la prestación, y de ahí que esta preferencia deba computarse desde el inicio de la fecha del hecho causante de la prestación o, en su caso, desde el momento en que deja de abonar la prestación o subsidio el empresario. Con ello se resuelven los problemas que plantean querer referir su cómputo a la fecha en que se presenta la solicitud o reclamación, con la consiguiente posibilidad de reiterar las peticiones por el beneficiario, lo que no es querido de ningún modo por nuestro legislador, puesto que se establece un límite temporal determinado.

Esta adaptación presenta mayores dificultades cuando no se trate de percepciones periódicas, sino en cantidades que el empresario debe capitalizar como consecuencia de su incumplimiento o, en su caso, en cantidades a tanto alzado.

Respecto de los capitales coste de pensiones, el empresario incumplidor de sus obligaciones en materia de afiliación, alta o cotización debe abonar no unas cantidades periódicas al trabajador, sino que debe constituir un capital coste en la TGSS como consecuencia de su incumplimiento⁽²⁰⁾. Posteriormente, será la Administración de la Seguridad Social la que abone la prestación, una vez capitalizada. No existe ningún inconveniente en aplicar el privilegio del artículo 32.1 ET,

pues el pago de la pensión se aproxima notablemente al abono de las retribuciones salariales de carácter periódico. Aquí rige la misma regla anterior, es decir, que el privilegio recaerá sobre los 30 días ulteriores a la fecha del hecho causante de la pensión (jubilación, incapacidad permanente, etc.).

Por el contrario, cuando el trabajador sea beneficiario de cantidades a tanto alzado (incapacidad permanente parcial y auxilio por defunción)⁽²¹⁾ no tiene sentido establecer límites temporales o cuantitativos propios de los privilegios de los créditos salariales, dado que las cantidades que se abonan al trabajador responden más bien a una finalidad netamente indemnizatoria. Estos créditos quedarían amparados por el privilegio especial del artículo 32.2 ET (objetos elaborados) y por el general ordinario del artículo 32.3 ET (sobre los demás bienes del deudor)⁽²²⁾.

En cuanto al límite cuantitativo, la prelación alcanza a la “cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional”, que no deberá incluir la parte de las pagas extraordinarias, salvo que haya mediado un pacto de salario global, incluyendo pagas.

La concurrencia de estos créditos con créditos salariales se solventará mediante la aplicación del principio de proporcionalidad o de igualdad de trato (*par conditio creditorum*).

4.2. El privilegio refaccionario.

El artículo 32.2 ET contempla el denominado privilegio refaccionario, es decir, una preferencia absoluta del crédito salarial “respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario”. Frente al apartado primero, este apartado otorga su protección sin limitación temporal alguna ni cuantitativa⁽²³⁾, pero precisa la concurrencia de dos elementos difícilmente trasladables al crédito por prestaciones:

1º) La elaboración de los objetos por los trabajadores, es decir, por los beneficiarios de las prestaciones. Este requisito no se cumplirá si la cosa corporal o incorporal surge con posterioridad al hecho causante de una prestación de incapacidad temporal o, en su caso, a la baja del beneficiario en la empresa, puesto que no puede participar de ningún modo en el proceso productivo quien no está presente físicamente en la cadena de producción⁽²⁴⁾. El problema es insuperable si el beneficiario de la prestación no es el propio trabajador (por ejemplo, viuda, huérfano, etc.), por cuanto que no tienen la consideración de empleados de la empresa responsable de la prestación y, en consecuencia, no han participado en la elaboración de los objetos.

2º) La propiedad o posesión del objeto elaborado, pues en la mayoría de los casos el empre-

⁽²⁰⁾ Cfr. el artículo 69 RD 1415/2004, de 11 de junio.

⁽²¹⁾ No entran en juego las cantidades a tanto alzado derivadas de contingencias profesionales (lesiones permanentes no invalidantes e indemnización por muerte derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional), puesto que el beneficiario percibirá su importe de la Entidad Gestora o Mutua en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones, por lo que carece de sentido aplicar la preferencia en el pago de estos créditos.

⁽²²⁾ Cfr. Ríos Salmerón, *Los privilegios...*, ob. cit. p. 112.

⁽²³⁾ Cfr. Ríos Salmerón, *Los privilegios...*, ob. cit. p. 355.

⁽²⁴⁾ Problema apuntado por Desdentado Bonete, *Los privilegios...*, ob. cit. p. 33.

sario habrá perfeccionado la venta de los bienes a un tercero mediante la entrega de la cosa⁽²⁵⁾ o mediante el otorgamiento de una escritura pública de venta⁽²⁶⁾.

4.3. El privilegio general ordinario del artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores

El artículo 32 ET contempla el privilegio general ordinario sobre los bienes del empresario deudor, cuando los créditos salariales no gocen de la protección de los apartados anteriores. Este privilegio tiene dos limitaciones: objetiva, no goza de preferencia frente a los créditos con derecho real; y cuantitativa, esto es, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago. Por el contrario, este privilegio no tiene límite temporal alguno. La adaptación de estas preferencias al crédito por prestaciones arroja el siguiente resultado:

1.º) Los subsidios y prestaciones familiares de pago periódico tienen en la práctica un límite cuantitativo inferior al descrito en la norma laboral, por lo que difícilmente podrá llegarse al mismo salvo en contadas ocasiones. Dicho de otro modo, la totalidad de estas cantidades quedará cubierta por el privilegio.

2.º) Las pensiones estarán también limitadas sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, pero aplicada mensualmente a las prestaciones que periódica-

EL FUNDAMENTO DE LOS PRIVILEGIOS DE LOS CRÉDITOS POR PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NO ES IDÉNTICO AL DE LOS DEMÁS CRÉDITOS PÚBLICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Y ELLO TANTO MEDIE O NO UN PROCESO CONCURSAL

mente se vayan devengando, es decir, no sobre la totalidad del capital coste de la pensión.

3.º) La incapacidad permanente parcial deberá igualmente tener en cuenta el límite cuantitativo, operando el privilegio de manera similar a la prevista para las indemnizaciones por despido. Por el contrario, ningún límite cabe aplicar al auxilio por defunción, dada la escasa cuantía del mismo⁽²⁷⁾.

4.4. Los créditos por prestaciones no privilegiados

Los créditos por prestaciones que no estén contemplados en alguno de los apartados del artículo 32 ET tendrán la preferencia establecida en las normas civiles. Es decir, se aplica-

rá lo dispuesto en el artículo 1.924 3.º CCI, según el cual únicamente tendrán preferencia cuando consten en sentencia firme, si hubieren sido objeto de litigio. En otro caso, carecerán de cualquier preferencia, sin que pueda asimilárseles ni a los créditos devengados por salarios y sueldos [art. 1.924.D) CCI], ni tampoco a los devengados por cuotas [art. 1.924.E) CCI], por tratarse de conceptos distintos de los créditos por prestaciones. En efecto, los privilegios están taxativamente determinados por la Ley (art. 1.921 CCI), sin que sean extensibles las normas que los regulan, por ser derogatorias del principio par *conditio creditorum*⁽²⁸⁾.

III. El proceso concursal y los créditos de los beneficiarios de prestaciones

1. EL GRUPO NORMATIVO

En caso de concurso, los créditos por prestaciones quedan sometidos a lo establecido en la LC⁽²⁹⁾. Este texto legal supone una diferencia del orden de prelación crediticia según se haya declarado o no un proceso concursal, puesto que en caso de concurso la situación de los créditos de los beneficiarios estará menos reforzada, como vamos a comprobar. Por consiguiente, el grupo normativo de referencia estará constituido por los artículos 89 a 92 LC, aplicándose preferentemente sobre cualquier otro texto legal

⁽²⁵⁾ Cfr. los artículos 609 y 1.095 CCI.

⁽²⁶⁾ Cfr. el artículo 1.462 CCI.

⁽²⁷⁾ La cuantía del subsidio por defunción consiste en el abono, por una sola vez, de la cantidad de 30,05 euros [art. 6.a) OM de 13 febrero 1967].

⁽²⁸⁾ Gullón Ballesteros, "De la clasificación de créditos", en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, tomo II, Madrid, 1993, p. 2065.

o reglamentario. Aunque el artículo 121.2 LGSS no distinga el orden de prelación crediticia según medie o no un concurso, tal distinción resulta obvia realizarla de acuerdo con la normativa concursal, así como con la nueva redacción del artículo 32.5 ET⁽³⁰⁾.

A estos efectos, la clasificación legal de los créditos se encuentra recogida en el artículo 89 LC, que después de clasificar los créditos incluidos en la lista de acreedores en privilegiados, ordinarios y subordinados, sienta como principio general que “no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”. Veamos, pues, cuál es el privilegio que tienen los créditos por prestaciones de los beneficiarios en un proceso concursal.

2. CRÉDITOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL

El artículo 90 LC no contiene una referencia expresa a los créditos de los beneficiarios dentro de los créditos con privilegio especial. Ahora bien, esto no significa que en ningún caso pueda ostentar este rango. Así

sucedirá cuando se haya constituido para garantizar su pago una hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o, en su caso, una prenda sin desplazamiento. En estos casos, el privilegio será especial, y su preferencia será absoluta, pues el pago de estos créditos se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva (art. 155 LC).

3. CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL

A diferencia de lo que sucede con los anteriores créditos de la Seguridad Social en el proceso concursal, el artículo 91 LC hace referencia únicamente a dos tipos de créditos de los beneficiarios otorgándoles la clasificación de créditos con privilegio general; a saber:

1.º) Las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional devengadas con anterioridad a la declaración del concurso. Este concepto no contempla prestaciones de la Seguridad Social a favor de los beneficiarios o sus causahabientes, sino unas indemnizaciones que el empresario debe satisfacer a los trabaja-

dores a su servicio, en caso de incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales⁽³¹⁾, cuya competencia está tradicionalmente atribuida al orden jurisdiccional civil o social⁽³²⁾. Ningún otro crédito entendemos comprendido dentro de este privilegio general⁽³³⁾.

2.º) Los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración del concurso. El privilegio se refiere al recargo del artículo 123 LGSS⁽³⁴⁾, pero no a las demás prestaciones de los beneficiarios, dados los términos literales de su redacción que no permiten ampliar su contenido.

El pago de los créditos con privilegio especial se hace una vez deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos, y ello por el orden establecido en el artículo 91 LC y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (art. 156 LC).

⁽²⁹⁾ Para un análisis de los créditos de la Seguridad Social en el proceso concursal pueden consultarse las siguientes ponencias de los seminarios descentralizados de los Letrados de la Seguridad Social del año 2004: Coto del Valle, *La nueva Ley Concursal, El crédito de la Seguridad Social y aspectos procesales*; Del Álamo de Triana, *La nueva Ley Concursal. El crédito de la Seguridad Social y aspectos procesales*; García Fernández, *La nueva Ley Concursal. El crédito de la Seguridad Social y aspectos procesales*; Marín Fernández, *La nueva Ley Concursal. El crédito de la Seguridad Social y aspectos procesales*; Rodríguez Vela, *La nueva Ley Concursal. El crédito de la Seguridad Social y aspectos procesales*; y Salvador Calvo, Martínez de Arenaza Arrieta y Zarco Colón, *La nueva Ley Concursal. El crédito de la Seguridad Social y aspectos procesales*. Asimismo, véase Desdentado Bonete y Desdentado Daroca, *La Seguridad Social en la nueva Ley Concursal*. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* número 49, 2004, pp. 13 y ss.

⁽³⁰⁾ El artículo 32.5 ET proclama que “Las preferencias reconocidas en los apartados precedentes serán de aplicación en todos los supuestos en los que, no hallándose declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquél. En caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios”.

⁽³¹⁾ El incumplimiento de esta obligación general de prevención de riesgos laborales permite la aplicación de una multiplicidad de sanciones en las que se traducen las responsabilidades civiles, penales, laborales y administrativas. Sin embargo, el privilegio crediticio se limitará únicamente a las indemnizaciones que el empresario deba abonar, y que sea declarada por los órdenes jurisdiccionales civil o social, dado que la LC no aclara la competencia del orden encargado de conocer estas controversias por la existencia de múltiples pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios sobre esta materia.

4. CRÉDITOS ORDINARIOS

Fuera de las dos menciones anteriores, la LC no recoge las prestaciones de Seguridad Social como créditos con privilegio especial, a diferencia del orden de prelación que les otorga el artículo 121.2 LGSS, pero que sólo se aplicará cuando no se haya declarado un proceso concursal. Por consiguiente, los créditos por prestaciones de los beneficiarios no tienen ningún tipo de privilegio en un concurso⁽³⁵⁾, y deben clasificarse como créditos ordinarios⁽³⁶⁾, incluyendo los recargos por falta de aseguramiento de la que hubiesen sido declarados responsables de pago el empresario⁽³⁷⁾. Avala esta tesis el principio general contenido en el artículo 89.2 LC, según el cual “no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en la Ley”. Esta interpretación es, además, congruente con la denominada “poda” de privilegios que lleva a cabo la LC⁽³⁸⁾, y sostenida por la doctrina mercantilista⁽³⁹⁾. No puede mantenerse que se trata de un olvido involuntario del legislador, te-

niendo en cuenta que el derogado artículo 913.1.D) CCo hacía una referencia expresa a este tipo de créditos⁽⁴⁰⁾. ¿Cómo puede olvidarse el legislador de este precepto a la hora de redactar la nueva LC y, sin embargo, no se olvida del recargo de prestaciones o de las indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedades profesionales que antes no se contemplaban en la normativa derogada? La razón es sencilla: los nuevos preceptos no recogen expresamente las prestaciones de Seguridad Social como créditos privilegiados en el concurso sencillamente porque se les ha desprovisto de tal privilegio.

El pago de los créditos ordinarios se efectúa con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados (art. 157 LC). La administración concursal atenderá al pago de estos créditos en función de la liquidez de la masa activa, debiendo satisfacerse a prorrata conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que éstos no hubieren

sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos.

5. CRÉDITOS SUBORDINADOS

Los créditos de los beneficiarios pueden incluirse en algunos casos dentro de los “créditos subordinados” del artículo 92 LC. En concreto, esta clasificación procederá en dos supuestos:

1.º) Los créditos por prestaciones que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores o que, no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el Juez al resolver sobre la impugnación de ésta, salvo que se trate de créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, o que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones públicas, teniendo en todos estos casos el carácter que les corresponda según su naturaleza.

2.º) Los créditos por intereses

⁽³²⁾ La Sala de lo Civil del TS afirma la competencia del orden jurisdiccional civil (SSTS de 30 noviembre 1999 –recurso 1110/1995–, 10 abril 1999 –recurso 2934/1994–, 7 julio 2000 –recurso 2638/1995– 22 junio 2001 –recurso 1445/1996– y 2 julio 2001 –recurso 1464/1996–), si bien para ello la acción ha de fundarse en los artículos 1.902 y 1.903 CCI, ya que si se funda únicamente en el incumplimiento de las medidas de seguridad, que en la relación laboral constituyen una obligación típica del empresario, la competencia corresponderá al orden jurisdiccional social (SSTS de 11 febrero 2000 –recurso 1388/1995–, 26 mayo 2000 –recurso 2114/1995– y 12 junio 2000 –recurso 2399/1995–).

⁽³³⁾ En consecuencia, no cabe incluir otras prestaciones de los beneficiarios consistentes en indemnizaciones especiales a tanto alzado, que se otorgan en los casos de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional (por ejemplo, las previstas en el artículo 150 LGSS para las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por contingencias profesionales que, sin llegar a constituir una incapacidad permanente, supongan una disminución o alteración de la integridad física del trabajador y aparezcan recogidas en el baremo).

⁽³⁴⁾ El artículo 123.1 LGSS establece: “1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”.

⁽³⁵⁾ De acuerdo con el artículo 89.3 LC: “3. Se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren calificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados”.

de cualquier clase, incluidos los moratorios. Dentro de este apartado están comprendidos los intereses de capitalización que se liquidan e ingresan junto con los capitales coste sobre los que recaen⁽⁴¹⁾.

El pago de los créditos subordinados no se realiza hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios, y se realizará por el orden establecido en el artículo 92 LC y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (art. 158 LC).

6. CRÉDITOS CONTRA LA MASA

Los créditos de los beneficiarios pueden también incluirse dentro de los denominados “créditos contra la masa” del artículo 84 LC, pues ninguna dificultad hay para encuadrarlos dentro del apartado 5.º dado su alcance general⁽⁴²⁾, y ello porque son una mera consecuencia de la aplicación del principio general de continuidad del negocio. Por tanto, los créditos por prestaciones se clasificarán como créditos contra la masa, es decir, como créditos generados por el ejercicio de la

EN CASO DE CONCURSO,
LOS CRÉDITOS POR
PRESTACIONES QUEDAN
SOMETIDOS A LO
ESTABLECIDO EN LA LC.
ESTE TEXTO LEGAL SUPONE
UNA DIFERENCIA DEL
ORDEN DE PRELACIÓN
CREDITICIA SEGÚN SE HAYA
DECLARADO O NO UN
PROCESO CONCURSAL,
PUESTO QUE EN CASO DE
CONCURSO LA SITUACIÓN
DE LOS CRÉDITOS DE LOS
BENEFICIARIOS ESTARÁ
MENOS REFORZADA

actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, siempre que el hecho causante de las prestaciones se materialice tras la declaración del concurso, es decir, con posterioridad al auto de declaración del concurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 LC. Además, el apartado 5.º declara expresamente comprendidos “los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión de un concurso”.

Los créditos de los beneficiarios contra la masa son predecibles, es decir, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacerlos, debiendo satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso (art. 154 LC). ●

⁽³⁶⁾ En este sentido se pronuncian: Del Álamo de Triana, *La nueva Ley...*, ob. cit., y Ríos Salmerón, “La nueva Ley Concursal y los trabajadores”, *Actualidad Laboral* número 2, 2004, pp. 156 y 157. En contra, Desdentado Bonete y Desdentado Daroca, *La Seguridad Social...*, ob. cit. pp. 29 y ss.; Fernández Domínguez y Tascón López, “La desaparición del régimen de ejecución separada de los créditos laborales y la preterición de sus privilegios materiales tras la nueva Ley Concursal: *Melius re perpensa?*”, *La Ley*, 21 julio 2004; y Salvador Calvo, Martínez de Arenaza Arrieta y Zarco Colón, *La nueva Ley...*, ob. cit.

⁽³⁷⁾ Téngase en cuenta que el recargo del 5% por falta de aseguramiento se liquida e ingresa junto con los capitales coste de pensiones (art. 69.1 RD 1415/2004, de 11 de junio), y no está incluido dentro de los créditos subordinados del artículo 92 LC.

⁽³⁸⁾ La Exposición de Motivos de la LC así lo proclama al resaltar que esta nueva norma “reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares”.

⁽³⁹⁾ Cfr. María Garrido, “La graduación de los créditos”, en AA.VV., *La reforma concursal*, Madrid, 2003, p. 232; y Pulgar Ezquerro, “El proyecto de Ley Concursal de 2002: Una aproximación crítica”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 550, 2002.

⁽⁴⁰⁾ El artículo 913.1.º D) CCo establecía: “La prelación de los acreedores de la primera sección se establecerá por el orden siguiente:

1.º Los acreedores singularmente privilegiados, por este orden:

D) Los titulares de créditos derivados de los regímenes obligatorios de subsidios y seguros sociales y mutuo-lismo laboral respecto de igual período de tiempo que el señalado en el número anterior”.

⁽⁴¹⁾ Cfr. el artículo 69 RD 1415/2004, de 11 de junio.

⁽⁴²⁾ Puesto de manifiesto por Ríos Salmerón, *La nueva...*, ob. cit., p. 155.

LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PROCESO CONCURSAL. ANÁLISIS DE LA DISPOSICIÓN FINAL DECIMOSEXTA DE LA LEY REGULADORA DEL CONCURSO (LEY 22/2003) (III)

233

Pedro ZARCO COLÓN

Letrado de la Administración de la Seguridad Social. Letrado Asesor de la Unidad de Procedimientos Especiales de la TGSS.

I. Planteamiento

En este trabajo y tratando de dar contenido al enunciado del tema que se nos ha propuesto analizaremos la influencia que la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal (en adelante LC) ha producido en el ordenamiento de Seguridad Social, lo que efectivamente se logra a través del análisis de la Disposición Adicional decimosexta de aquella ley, dado que es mediante la que se modifica la Ley General de Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20

de junio, en adelante LGSS), en concreto los artículos 22 y 24⁽¹⁾ relativos a la prelación de créditos y a las transacciones sobre derechos de la Seguridad Social respectivamente. Cuestiones ambas que cobran especial trascendencia en los procedimientos concursales, donde, como es sabido, se pretende arbitrar la satisfacción de una pluralidad de acreedores ante un deudor común con un patrimonio insuficiente para ello⁽²⁾. Lo que requiere establecer un orden y prioridad (prelación de créditos) en el cobro de las cantidades que se obtengan me-

dante la liquidación del citado patrimonio o a través de un convenio de pago (que es donde se transige, ya que normalmente comprenderá una quita o perdón de parte de las deudas y una espera o aplazamiento del pago de las restantes) entre tales acreedores y el deudor, a todo ello nos referiremos en los siguientes epígrafes.

Si bien ha de precisarse que la participación de la Administración de la Seguridad Social en los procedimientos concursales lo es fundamentalmente en su vertiente recaudatoria de

cuotas y otros derechos, a través de la Tesorería General de la Seguridad Social como titular del patrimonio único de aquélla (arts. 80.1 y 81.1 de la LGSS) y de la competencia de recaudación de derechos (art. 63.1 de la LGSS). Y es que las situaciones de crisis empresarial que avocan en concurso, por lo general, implican la desatención de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social o la satisfacción de otros créditos con anterioridad a aquéllos, por ser indispensable para la continuidad del proceso productivo de que se trate.⁽³⁾ Por el contrario la incidencia directa de los procesos concursales en la acción protectora de la Seguridad Social sólo se produce, como veremos, en la medida en que la responsabilidad en cuanto aquélla se atribuye o se traslada desde la Entidad Gestora al empresario, y en tanto que éste es sujeto susceptible de ser declarado en situación de concurso conforme al art. 1.1 de la LC, que dispone que *“la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor; sea persona natural o jurídica”*, y no en otro caso ya que conforme al art.1.3 de la LC *“no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público”*. Es decir, el supuesto se plantea cuando el empresario concursado resulta

deudor de la prestación de Seguridad Social de que se trate, fundamentalmente, en los supuestos en que aquél ha sido declarado responsable de la misma por incumplimiento de sus obligaciones en materia de Seguridad Social y el beneficiario de aquélla entra en concurrencia con otros acreedores para su cobro. Por lo que es necesario precisar cuál es el tratamiento concursal de tales créditos, cuestión ésta a lo que nos referiremos especialmente en este trabajo, anticipando nuestra crítica a la regulación contenida al respecto en la LC puesto que resulta de todo punto incompleta y exige un importante esfuerzo interpretativo, como se verá.

II. Modificación del artículo 22 de la LGSS

Como ya se dijo el precepto ha sido modificado por la Disposición Adicional decimosexta de la LC y se refiere a la prelación de créditos, pieza clave en toda institución concursal, dado que desde un punto de vista procesal, el concurso se caracteriza por ser un procedimiento de ejecución universal lo que determina por un lado, que todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, sin más excepciones que las establecidas en las

leyes, formen la masa pasiva del concurso (artículo 49 de la LC) debiendo establecerse un orden y prioridad en el cobro de todos ellos. Y por otro lado, la citada universalidad también se predica por la afección al procedimiento de todos los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor que formarán la masa activa conforme al artículo 76 de la LC.

Y a ambas cuestiones se refiere el artículo 22 de la LGSS, por un lado establece las preferencias de que gozan los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos o intereses que sobre aquéllos procedan a lo que nos referiremos a continuación, Y en su segundo párrafo se regula, sin perjuicio de aquella prelación y preferencia, las posibilidades de ejecución sobre bienes concretos y la prioridad para llevarla a efecto sobre otro órgano o autoridad con potestades para ello. Lo que nos lleva ineludiblemente a analizar dicha cuestión en relación al procedimiento concursal, sentada la afección general de bienes y derechos del deudor al mismo, a la que acabamos de hacer referencia. O lo que es lo mismo la pervivencia de la ejecución administrativa separada en el procedimiento concursal tras la reforma operada por la LC, cuestión a la que nos referiremos en segundo término.

⁽¹⁾ También modifica el artículo 208 de la LGSS relativo a la situación legal de desempleo para lograr la adecuada concordancia con la LC, al que no nos vamos a referir.

⁽²⁾ José A. Ramírez en *Derecho Concursal Español. La quiebra*, Tomo I, 2.ª edición, Editorial Bosch, afirma que desde un punto de vista jurídico se producen tres circunstancias concurrentes: 1.ª, incumplimiento de sus obligaciones por el deudor, 2.ª insuficiencia patrimonial del deudor para el cumplido pago de aquellas obligaciones, 3.ª, concurrencia, en su contra, de varios acreedores.

⁽³⁾ La exposición de motivos de la Ley 22/2003 de 9 de julio reconoce que la existencia de una serie de “obligaciones especialmente sensibles en el pasivo del deudor” integra uno de los supuestos que constituyen el presupuesto objetivo para la declaración de concurso.

En efecto, de conformidad con el artículo 2.4.4.º de la LC son presupuesto objetivo para fundar la declaración de concurso: “El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades”.

2.1. PRELACIÓN DE CRÉDITOS

En el artículo 22 de la LGSS, tras la reforma operada por la DA 16 de la LC puede distinguirse entre las preferencias de que gozan los créditos por cuotas y conceptos de recaudación conjunta en razón a su propia naturaleza jurídico pública⁽⁴⁾, y que han de regir la concurrencia de acreedores en ejecuciones de carácter individual (normalmente mediante el cauce de la tercería de mejor derecho). Y entre las reglas sobre clasificación de los mismos créditos en ejecuciones de carácter colectivo o universal como lo es el concurso, y ello es así en tanto que se culmine el mandato dado al Gobierno por la Disposición Adicional trigésimo tercera de LC, para que elabore un proyecto de ley al efecto⁽⁵⁾, cuyo término ha expirado con creces puesto que era de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley, y resulta totalmente necesario, ya que no es pacífica la convivencia de dos tipos de clasificación y por tanto de privilegios distintos en función de la clase de ejecución de que se trate, permitiendo a los deudores acudir a una u otra en atención a motivaciones ajenas a las propias de cada institución.

Por lo que se refiere a las preferencias del crédito de Seguridad Social en ejecuciones individuales, se mantiene la remisión que el artículo 22 de la LGSS efectúa al Código Civil, al apartado 1.º del artículo 1924 y al el apartado 2.º, párrafo E) del mismo artículo. Sin embargo se suprime la remisión que se hacía al Código de Comercio

LA PARTICIPACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES LO ES FUNDAMENTALMENTE EN SU VERTIENTE RECAUDATORIA DE CUOTAS Y OTROS DERECHOS, A TRAVÉS DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Y ES QUE LAS SITUACIONES DE CRISIS EMPRESARIAL QUE AVOCAN EN CONCURSO, POR LO GENERAL, IMPLICAN LA DESATENCIÓN DE LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS Y DE SEGURIDAD SOCIAL

en coherencia con la derogación de dicha norma en este y otros extremos por la LC.

Y por lo que se refiere a las preferencias del crédito de seguridad social en caso de concurso, el artículo 22 de la LGSS dispone que habrá que someterse a lo establecido en la LC, que es lo que analizaremos a continuación.

2.1.1 Clasificación del crédito de Seguridad Social en la Ley Concursal⁽⁶⁾

La LC y en ella dentro del capítulo III relativo a la determinación de la masa pasiva, perteneciente al título IV, se encuentra, en la sección tercera las normas sobre clasificación de créditos que analizaremos a continuación, pero debemos tenernos primero en la distinción que la propia Ley efectúa en el artículo 84 entre créditos concursales y créditos contra la masa. A los primeros es a los que nos vamos a referir a continuación, y en la legislación anterior se definían por su generación con anterioridad al procedimiento, pero la LC ahora lo hace en sentido negativo, como *aquellos que no tengan la consideración de créditos contra la masa en la propia norma*.

Los créditos concursales son los que están sometidos a clasificación conforme al artículo 89 de LC, que dispone que los créditos incluidos en la lista de acreedores se clasificarán, a efectos del concurso, en **privilegiados** (éstos a su vez en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor), **ordinarios y subordinados**. Reduciéndose por tanto a cuatro categorías de créditos, que analizamos a continuación junto a su posible inclusión en ellas de los de Seguridad Social.

A los **créditos con privilegio especial** se refiere el artículo 90 de la LC y fundamentalmente son los que gozan de una garantía de carácter real como la hipoteca, prenda, anticresis y los créditos con garantía de valores

⁽⁴⁾ Dado que la Administración sirve con objetividad los intereses generales conforme al artículo 103.1 de la Constitución Española.

⁽⁵⁾ Disposición Adicional trigésimo tercera de LC: "en el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de la Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares".

⁽⁶⁾ Zarco Colón, P., "La Clasificación de los Créditos Públicos en la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal", Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, número 11 diciembre de 2004, pp. 125-136.

representados mediante anotaciones en cuenta. Y por lo que se refiere a los créditos de Seguridad Social serán aquellos por cuotas para cuya efectividad y aseguramiento en caso de aplazamiento o de suspensión del procedimiento recaudatorio se ha exigido la constitución de alguna de las garantías citadas⁽⁷⁾.

Dentro de los **créditos privilegiados generales** debemos distinguir a su vez diferentes categorías. Y dejaremos ahora a un lado los comprendidos en el apartado 1 del artículo 91 de la LC junto con los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, y las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de trabajo, ya que lo abordaremos más tarde y con detenimiento cuando tratemos los créditos por prestaciones de Seguridad Social a los que hemos aludido al comienzo.

En el apartado 2 del citado artículo 91 de la LC sí que nos encontramos con las *cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal*. Que se trata de las cantidades que se detraen a cuenta de las obligaciones tributarias⁽⁸⁾, y de la parte de cotización a la Seguridad Social a cargo del trabajador que el empresario descuenta del salario, también denominada cuota obrera⁽⁹⁾. Sobre tales conceptos siempre se había postulado que eran bienes de propiedad ajena

y por tanto con naturaleza jurídica de depósito, por lo que gozaban de un derecho de separación⁽¹⁰⁾, y así se reconoció en los primeros anteproyectos de la Ley⁽¹¹⁾, sin embargo a consecuencia de una enmienda introducida en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, se optó finalmente por eliminar el derecho de separación de la cuota obrera y de las retenciones tributarias, pero si bien se dota a las mismas de un privilegio crediticio por lo que a nuestro entender no deja de significarse la especial naturaleza de los referidos conceptos.

En el apartado 4 del artículo 91 de la LC se privilegia expresamente (junto a los tributarios) a los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90 ni del privilegio general del número 2.º del propio artículo 91, a los que nos acabamos de referir. Si bien el ejercicio de tales privilegios *para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, lo será hasta el cincuenta por ciento de su importe*. Este privilegio limitado sobre parte del crédito de Seguridad y la forma en que la Administración, tanto tributaria como de Seguridad Social, está interpretando la forma en que ha de calcularse el importe del crédito que forma parte del mismo, está encontrando una respuesta contraria y casi unánime por parte de los Juzgados de lo Mercantil. En efecto la Administración basándose en una interpretación literal de la

norma y a nuestro juicio acertada, obtiene un importe mayor de créditos privilegiados, y por el contrario, los diferentes órganos jurisdiccionales, con apoyo en el espíritu normativo, extraído de la exposición de motivos de la Ley que preconiza la drástica reducción de los *privilegios y preferencias a efectos del concurso*, con una u otra interpretación reduce el importe de los mismos sin dejar de reconocer la compleja redacción normativa y las múltiples interpretaciones posibles⁽¹²⁾.

Los **créditos ordinarios** y por tanto carentes de privilegio se definen en la LC en su artículo 89.3 como aquéllos que no se encuentren clasificados como privilegiados o como subordinados. La característica fundamental de esta clase de créditos y por lo que aquí importa es que la Administración quedará vinculada por ellos a lo que se disponga en el convenio general si se obtienen las mayorías suficientes para su aprobación, es decir, sin antecedentes hasta el momento, una parte del crédito público carece del derecho de abstención y puede ser sometido a quitas o esperas no acordadas por la Administración, como luego veremos con más detenimiento.

Finalmente debemos referirnos a la última categoría que es la de **créditos subordinados**, se refiere a ellos el artículo 92 de la LC y aquí también se producen posiciones encontradas entre el criterio de las Adminis-

⁽⁷⁾ Artículo 20 LGSS y artículos 28 y 33 del RD 1415/2004 de 11 de Junio (RGRSS).

⁽⁸⁾ Artículo 23 de la LGT (Ley 58/2003 de 17 de diciembre).

⁽⁹⁾ Artículos 103.1 y 104.2 de la LGSS.

⁽¹⁰⁾ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 5 de julio de 2000 y Sentencias de la Audiencia Provincial de Álava de 15/12/98, 13-3-99. Y artículo 60.2 del ya derogado Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprobaba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social.

⁽¹¹⁾ El artículo 75.4 del Anteproyecto de Ley disponía: "Igualmente se separarán de la masa activa del concurso las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social llevadas a cabo por el concursado en cumplimiento de una obligación".

⁽¹²⁾ Por todas Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de enero de 2006, n.º 8/06.

traciones Públicas y el de los Juzgados de lo Mercantil en cuestiones tales como la de incluir en el precepto a los recargos de mora y apremio que genera las deudas tributarias y de Seguridad Social por imperio de la ley, dado que el artículo contempla a los intereses de cualquier clase⁽¹³⁾ y a las multas y sanciones. Aquí también la Administración de la Seguridad Social acoge una interpretación gramatical de la norma que hace una enumeración detallada de los conceptos que incluye y entre ellos no están los recargos, por lo que sostiene, a nuestro juicio acertadamente, que los recargos gozan del privilegio que corresponda al principal que acompañen⁽¹⁴⁾. Por último, tienen también carácter subordinado *los créditos que han sido comunicados tardíamente* pero se produce una notable excepción para los créditos *cuya existencia resultare de la documentación del deudor* (lo que debería suceder normalmente con las cotizaciones y tributos impagados), *o que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones Públicas*⁽¹⁵⁾, *teniendo en todos estos casos el carácter que les corresponda según su naturaleza*. Y entendemos que aquella es cualquier actuación de comprobación y determinación del crédito de Seguridad Social que se efectúe por la Administración, y no únicamente cuando interviene

EL CONCURSO SE CARACTERIZA POR SER UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN UNIVERSAL, LO QUE DETERMINA QUE TODOS LOS ACREEDORES DEL DEUDOR, ORDINARIOS O NO, CUALESQUIERA QUE SEAN SU NACIONALIDAD Y DOMICILIO FORMEN LA MASA PASIVA DEL CONCURSO DEBIENDO ESTABLECERSE UN ORDEN Y PRIORIDAD EN EL COBRO DE TODOS ELLOS

la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Para terminar este epígrafe relativo a los créditos y su clasificación, ha de abordarse someramente el régimen jurídico de **los créditos contra la masa** ya mencionados. No se trata de una categoría de créditos más, sino de las llamadas deudas post-concursales, conforme a la terminología tradicional, generadas con posterioridad al proceso para posibilitar la continuidad de la actividad empresarial durante la tramitación del

procedimiento judicial y para atender los gastos que el mismo ocasiona, por lo que están fuera de él y no se someten a clasificación sino que han de satisfacerse a sus respectivos vencimientos. Si bien la LC ha desvirtuado en cierta medida ese significado, ya que con la intención de dotar de una especial prioridad en el cobro a cierto tipo de créditos, se incluyen como tales algunos que no reúnen las características descritas como son *los créditos por salarios por los últimos 30 días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional* (artículo 84.2.1.º LC), o los que contempla el artículo 84.2.7.ª de la LC, por el importe de los créditos pendientes, **anteriores** y rehabilitados por el órgano concursal.

Por lo que se refiere a los créditos de Seguridad Social, estarían comprendidos tanto en el artículo 84.2.5.º que reconoce como tales a los *“los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso”* y, por tanto, a los impuestos y cotizaciones sociales que ello devenga⁽¹⁶⁾ y en el apartado 10.º del mismo artículo al disponer que son créditos contra la masa, *“los que resulten de obligaciones nacidas de la Ley”*.

2.1.2. Las Prestaciones de Seguridad Social en el Concurso

⁽¹³⁾ Téngase en cuenta que la deuda de Seguridad, tras la reforma operada por la Ley 52/2003 de 10 de diciembre, genera intereses de demora (art. 5 de dicha Ley) que sí que tendrán tal carácter de subordinados.

⁽¹⁴⁾ La Sentencia del Juzgado de 1.º Instancia n.º 6 (con funciones de lo Mercantil) de Logroño de 25-04-2005 afirma:

“(…) Por otro lado, sentado que el recargo es una figura autónoma y perfectamente identificable el mismo, tampoco es estrictamente una sanción. Así lo ha venido estableciendo reiterada doctrina constitucional: STC 23-02-2002 (…).”

En consecuencia, los recargos han de ser calificados como créditos privilegiados con privilegio general del art. 91.4.º LC.”

⁽¹⁵⁾ En este sentido la Sentencia del JM número 1 de Pontevedra de 6 de mayo de 2005 acoge la excepción del art. 92.1 de la LC y considera acreditado que se ha requerido la actuación inspectora de la Administración dado que así se hacía constar en el certificado de deuda presentado donde se señalaba que lo era *“sin perjuicio de las liquidaciones pertenecientes a los últimos meses que están sujetas a la acción inspectora de la Administración de la Seguridad Social”*.

Ya dijimos que las prestaciones de Seguridad Social en cuanto derechos de crédito a favor del beneficiario de las mismas sólo cobran virtualidad en el Concurso cuando el sujeto obligado a su satisfacción no es la Entidad Gestora (que no puede ser declarada en concurso como se vio, ni es imaginable la situación), sino el empresario o en su caso la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social si entrase en liquidación. Y el supuesto de hecho no es extraño al ordenamiento jurídico en cuanto a su graduación como crédito.

En efecto, ya el texto refundido de la LGSS de 1974 (Decreto 2065/1974 de 30 de mayo) en su artículo 90 contemplaba que las prestaciones que deban satisfacer los empresarios a su cargo, conforme al principio de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social, o por su colaboración en la gestión y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en régimen de liquidación, tendrían el carácter de créditos privilegiados, conforme a lo establecido en el entonces vigente artículo 59 de la Ley de Contrato de Trabajo. Y el actual artículo 121.2 del actual Texto Refundido de la LGSS conservó aquella redacción en casi iguales términos y con remisión, lógicamente, al actual artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores

En el referido artículo se contemplan los supuestos de hecho a que hemos hecho referencia y cuyo denominador común, también referido, es que se trata de créditos en materia de prestaciones, no contra el Sistema

LA EXPERIENCIA NOS ESTÁ ENSEÑANDO QUE A PESAR DE LA VINCULACIÓN POR IMPERIO DE LA LEY DEL CRÉDITO ORDINARIO AL CONVENIO, EL VOTO FAVORABLE DE LA TGSS PUEDE SER NECESARIO EN MUCHOS CASOS, PARA OBTENER LAS MAYORÍAS PARA SU APROBACIÓN Y ASÍ VINCULAR ESE VOTO A LA SATISFACCIÓN DE LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS ÍNTEGRAMENTE O SU REGULARIZACIÓN

Publico de Seguridad Social sino frente al empresario o empleador o frente a una Mutua de AT y EP en el improbable supuesto de que entre en liquidación y no asuma sus obligaciones. En efecto, allí se contempla el crédito en concepto de prestación de incapacidad temporal correspondiente a los días cuarto a decimoquinto de baja en el trabajo, que conforme al artículo 131.1 de la LGSS que cita, corresponde satisfacer exclusivamente al empresario, también los supuestos en que las empresas y como forma de colaboración voluntaria asumen el pago a su costa de la misma prestación (art. 77 de la LGSS), y también los supuestos de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones que contempla el artículo 126.1 de la LGSS. Y como prestaciones de Seguridad Social que son plenamente coherente que gocen de la misma prelación que

los salarios ya que suplen su falta a consecuencia de la producción de alguna de las contingencias que el Sistema de Seguridad Social protege.

Otro supuesto análogo al que analizamos lo constituyen los recargos de prestaciones originadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo que contempla el artículo 123.1 de la LGSS, que también goza del mismo privilegio que las anteriores conforme al artículo 121.3 de la LGSS.

La Ley Concursal si bien ha contemplado este crédito en concepto de recargos por falta de medidas del artículo 123 de LGSS, otorgándole la consideración, de entre las ya analizadas, de crédito privilegiado general del apartado 1.º del artículo 91 de la LC⁽¹⁷⁾ junto con los créditos salariales, ha omitido todos los demás supuestos citados y contemplados en el artículo 121.2 de la LGSS, que sólo ha de regir, por tanto, en supuestos de ejecución individual y no colectiva como ya se dijo. Ello, en opinión de A. Desdentado Bonete y E. Desdentado Daroca⁽¹⁸⁾, constituye un inexplicable olvido de legislador, quizás motivado por la compleja mecánica en la recaudación, sobre todo en los supuestos de responsabilidad empresarial, de tales créditos que puede hacer pensar que se trata de créditos de titularidad pública. Pero ello no es así, dado que la intervención de la Tesorería General de la Seguridad Social en los supuestos en que la responsabilidad se establece por resolución administrativa, es de manera instrumental y para hacerla efectiva mediante la recaudación del crédito del traba-

⁽¹⁶⁾ También aquí se contemplan "los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso" (artículo 84.2.5.º LC) a los que nos vamos a referir.

jador contra el empresario incluso en vía ejecutiva, y así se establece en el artículo 69 del RD 1415/2004 de 11 de junio por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. Por el contrario si la responsabilidad se establece en sentencia judicial, y en salvaguarda de la potestad jurisdiccional de jueces y tribunales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado contenida en el artículo 117.3 de la CE, es el propio beneficiario de la prestación el que debe instar la ejecución judicial frente al empresario, pero aun en tal supuesto ha de intervenir la TGSS para fijar la cuantía del capital coste como se desprende del artículo 69.4 del RD 1415/2004 de 11 de junio por el que se aprueba el RGRSS, citado. Y lo anterior no debe verse oscurecido por el juego de otro principio que rige el mecanismo de protección, pero que es en cierta medida ajeno o no solo predicable de la relación jurídica que analizamos y que es el de automaticidad o anticipo de prestaciones, en virtud del cual la Entidad Gestora asume el pago de la prestación de la que es responsable el empresario, lo que deja a salvo el derecho de la gestora a repetir contra la empresa responsable y así lo contempla el artículo 126.3 de la LGSS. Y es que dicho mecanismo (que no opera siempre como es sabido, sino en los supuestos que contempla el artículo 125.3 de la LGSS, y la Ley articulada de la Seguridad Social de 21 abril de 1966 –arts. 94, 95 y 96– con valor reglamentario) no ha de alterar la naturaleza del crédito que se debe proteger con el privilegio, cuando el acreedor, ya sea el propio beneficiario o la Entidad Gestora o Mutua por subroga-

ción en los derechos de aquél, concurra con otros acreedores en una ejecución frente al empresario infractor. Y cierto es que en el primer caso el beneficio que el privilegio puede conceder respecto a la prioridad en el cobro es mayor, ya que el trabajador no ha percibido prestación alguna, y el mismo estaría totalmente justificado. Pero al tiempo, carecería de justificación privar al mismo crédito de tal privilegio, sólo porque su ejercicio lo efectúa otro sujeto, en virtud de la institución de la subrogación, que implica, reiteramos, la sustitución del acreedor *con los mismo derechos y acciones que le correspondían a aquél*, por imperativo del artículo 126.3 de la LGSS antes mencionado. Este fenómeno se produce también y por citar un supuesto análogo con el FOGASA, respecto a los salarios que anticipa de conformidad con el art. 33. 4 del ET. Por todo ello, en opinión de los autores citados que desde aquí compartimos, todos estos créditos deberían gozar en la LC del mismo grado de preferencia que los créditos salariales, mediante una interpretación integradora de la norma, dado que no tiene sentido que se proteja a los recargos sobre las prestaciones del artículo 123 de la LGS (con igual y complejo mecanismo de declaración y recaudación al aquí expuesto para los créditos por responsabilidad empresarial) y no a estas mismas que constituirían el nivel primario de protección a estos efectos. O lo que es lo mismo, la protección que hemos visto de los créditos de Seguridad Social, por cuotas fundamentalmente, como soporte económico que son de la acción protectora y no a ésta en sí misma.

2.2 EL DERECHO DE EJECUCION SEPARADA DE LOS CRÉDITOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Ya dijimos que otra de las cuestiones a que se refiere el artículo 22 de la LGSS en la redacción dada por la LC es a la concurrencia de ejecuciones. Sobre esta cuestión el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción se había pronunciado en numerosas ocasiones⁽¹⁹⁾, y resultaba ya pacífica la doctrina al respecto, en el sentido de otorgar preferencia al procedimiento de ejecución en que primero se hubiese efectuado la traba de los bienes objeto de apremio. Pero de nuevo tenemos que distinguir entre procedimientos de ejecución singular y colectiva, en aquéllos dicha regla continúa vigente conforme al art. 22 de la LGSS que analizamos⁽²⁰⁾, pero no para los de ejecución colectiva donde ha de estarse a lo dispuesto en la LC ante el silencio de la LGSS al respecto. Y a nuestro juicio se ha vuelto a oscurecer la cuestión con la regulación que efectúa de ello su artículo 55, dado que la continuidad del procedimiento administrativo de ejecución se condiciona a una doble condición, que generan múltiples dudas interpretativas que por la extensión de este trabajo no podemos analizar ahora y que consisten en que *se haya dictado providencia de apremio con anterioridad a la declaración de concurso*⁽²¹⁾, y *que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*⁽²²⁾. No obstante lo que sí que nos interesa señalar, superadas las dificultades interpretativas de tales cuestiones, es que, si se da el supuesto de hecho que contempla el artículo 55 de la

⁽¹⁷⁾ El artículo 91.1 de la LC dispone que gozan de privilegio general “Las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso”.

⁽¹⁸⁾ “La Seguridad Social en la nueva Ley Concursal”, Revista del MTAS n.º 49.

LC para continuar la ejecución, se está reconociendo un derecho de ejecución separada en toda su extensión y en tal caso los bienes sobre los que recae la ejecución administrativa y los créditos perseguidos en las mismas quedarán fuera del concurso, y así se desprende *a contrario sensu* del propio artículo 55 de la LC ya que si las actuaciones que deban quedar en suspenso conforme al mismo precepto, lo serán “*sin perjuicio del tratamiento concursal de los respectivos créditos*”, aquellas que puedan continuar no estarán sometidas a tal tratamiento concursal.

III. Modificación del artículo 24 de la LGSS

El art. 24 de la LGSS en la redacción dada por la DF decimosexta de la LC, sigue proclamando la imposibilidad de transigir judicial o extrajudicialmente por la TGSS sobre los derechos de Seguridad Social, pero dicha prohibición se exceptúa para “*suscribir o adherirse a los convenios o acuerdos previstos en la Ley Concursal, sometiendo su crédito a condiciones que no podrán ser más favorables para el deudor que las convenidas con el resto de los acreedores*”. Es decir se admite la po-

sibilidad de que la Administración de la Seguridad Social transija sobre sus derechos sin la necesidad de que se dicte al efecto un Real Decreto por el Consejo de Ministros previa audiencia del Consejo de Estado. Esta posibilidad supone a nuestro juicio una significativa alteración del régimen jurídico administrativo común pues no encuentra reflejo en ninguna otra institución, y tal sacrificio en el interés público sólo es justificable por la situación de crisis económica del deudor que se objetiva y evidencia mediante la presentación del procedimiento concursal, además de la constatación de que mediante una solución convenida en el pago del crédito o mediante la participación activa en una liquidación ordenada se obtenía un mejor resultado en la recuperación de créditos y en definitiva en el interés público. Con la LC las posibilidades de transacción de la Administración se mantienen en casi iguales términos, si bien ha cambiado en cierta medida el escenario. Y ello porque como ya hemos señalado, a propósito de la clasificación de créditos, parte del crédito público carece de privilegio y por tanto no goza del derecho de abstención y se verá vinculado a los efectos del convenio que

se apruebe. Y así lo contempla la LC con previsiones como la de su art. 123.3 que dispone que el voto de un acreedor que, simultáneamente, sea titular de créditos privilegiados y ordinarios se presumirá emitido en relación a estos últimos y sólo afectará a los privilegiados si así se hubiere manifestado expresamente. O que la adhesión a los convenios por parte de las Administraciones y organismos públicos, se hará respetando las normas legales y reglamentarias especiales que las regulan⁽¹²³⁾.

Todo lo anterior hace que las estrategias de la Administración ante los procedimientos concursales cambien y además de poder transigir sobre el crédito privilegiado renunciando al derecho de abstención de que goza por posibilitarlo el artículo 24 de la LGSS, la experiencia nos está enseñando que a pesar de la vinculación por imperio de la Ley del crédito ordinario al convenio, el voto favorable de la TGSS puede ser necesario en muchos casos, para obtener las mayorías para su aprobación y así vincular ese voto a la satisfacción de los créditos privilegiados íntegramente o su regularización. ●

⁽¹⁹⁾ Sentencias de 10 -11-1986 y 26-10-1987

⁽²⁰⁾ Artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social modificado por la Disposición Final decimosexta de la LC que dispone: “Sin perjuicio del orden de prelación para el cobro de los créditos establecido por la ley, cuando el procedimiento de apremio administrativo concurre con otros procedimientos de ejecución singular, de naturaleza administrativa o judicial, será preferente aquel en el que primero se hubiera efectuado el embargo”.

⁽²¹⁾ Aquí se produce una separación de la doctrina ya citada del Tribunal de Conflictos que determinaba la prioridad por el momento de la traba o embargo de los bienes, lo que se produce en un momento posterior a la providencia de apremio (que es el acto genérico por el que se ordena la ejecución). Sin embargo el precepto al referirse a la segunda premisa para continuar la ejecución habla de “los bienes objeto de embargo”, por lo que parece que para poder entrar a valorar el supuesto de hecho del artículo es necesario que se haya producido el referido embargo, lo que posibilitaría a nuestro juicio la traba efectiva o embargo de bienes aun después de declarado el concurso (y siempre que la providencia de apremio fuese anterior) y valorar entonces la suspensión o no del procedimiento.

⁽²²⁾ El problema estriba en la determinación de qué es un bien necesario para la continuidad de la actividad empresarial, dado que se trata de un concepto jurídico indeterminado puesto que la ley no lo define ni nos ofrece elemento alguno para integrar su significado.

⁽²³⁾ Artículo 50.2 RGRSS (RD 1415/2004 de 11 de junio) e instrucción sexta de la Resolución de 16 de julio de 2004 de la TGSS (BOE 14-8-2004).

ACTUALIDAD LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2005, DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, SOBRE LAS BASES DE COTIZACIÓN QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA, A EFECTOS DE CALCULAR LA BASE REGULADORA DE LAS PENSIONES CAUSADAS POR LOS AGENTES VENDEDORES DEL CUPÓN DE LA ONCE. RESPONSABILIDAD.

Los antecedentes de la sentencia vienen detallados en el criterio n° 2006/3, del “Régimen Jurídico de las Prestaciones,” de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, del Instituto Nacional de la Seguridad, del que se reproducen los siguientes párrafos:

1.º En la sentencia de 26 de septiembre de 2000 la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) declaró que la relación laboral que vincula a la ONCE con sus agentes **vendedores del cupón**, no es la de carácter especial regulada en el Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, para los representantes de comercio, sino la **común de trabajadores por cuenta ajena**.

En aplicación de esa doctrina, la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) dispuso que las **cuotas del RG** relativas a esos trabajadores de la ONCE, se liquidasen e ingresasen **de acuerdo con las normas comunes** sobre la materia vigentes en dicho RG, **a partir de las devengadas en octubre de 2001**, manteniéndose el **encuadramiento** de dichos trabajadores **en el grupo 5.º** de la tarifa; grupo que hasta ese momento tenían asignado como representantes de comercio, de acuerdo con lo establecido desde la integración en el RG del especial de representantes de comercio, llevada a cabo por el Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre.

2.º Posteriormente, en **sentencia de 7 de octubre de 2004**, el TS va a dilucidar una segunda cuestión relacionada con estos trabajadores y con los antecedentes que, en cuanto a su obligación de

cotizar, acaban de exponerse en el punto anterior. Se trata de **la determinación de la base reguladora de las pensiones** de las que pueden ser sujetos causantes: concretamente, si, a efectos de esa determinación, se deben tener en cuenta las bases de cotización que, en su caso, acrediten los vendedores del cupón de la ONCE como representantes de comercio, o, por el contrario, esas bases de representante, desde el momento que el propio TS clarificó la naturaleza ordinaria de esa relación laboral, deben sustituirse por las que, en cada momento, le hubieran correspondido como trabajador por cuenta ajena común del RG.

Es bien sabido que el régimen de cotización de los representantes de comercio estuvo sujeto a un período transitorio, desde 1987 hasta 2002, que impidió que operase antes de esta última fecha, la base máxima de cotización del grupo 5.º de la tarifa en el que fueron encuadrados, operando hasta entonces, y de manera paulatina, una base máxima reducida. De ahí que si las retribuciones del vendedor estuvieron por encima de la base máxima de representantes de comercio, la base por la que se cotizó, puesto que su relación laboral no es la de representante de comercio, es inferior a aquella por la que debía haberse cotizado.

La consecuencias posibles sobre una base reguladora son evidentes, **y la doctrina de la sentencia** a la que nos referimos es clara en este punto: **no siempre se ha cotizado correctamente por los vendedores de la ONCE, porque no siempre se ha atendido a la verdadera naturaleza jurídica de su relación laboral**; la sentencia de 26-9-2000 interpretó la normativa jurídica aplicable so-

bre este aspecto; y como los pronunciamientos judiciales no son constitutivos, sino declarativos, y los preceptos interpretados por la doctrina han sido siempre los mismos, ello significa que, **cuando quiera que se hayan producido las cotizaciones por los agentes vendedores del cupón pro ciegos, si las bases que se tuvieron en cuenta fueron las correspondientes a los representantes de comercio, no es con ellas con las que deberá construirse la reguladora de prestaciones, sino con las que le hubieran correspondido en cada momento en razón de su relación laboral común**.

Sin embargo, esta doctrina no aborda la posible responsabilidad empresarial de la ONCE por infracotización, porque esta cuestión no quedó comprendida en el ámbito de la casación unificadora, y el propio TS manifiesta que no puede pronunciarse sobre ese aspecto, lo cual dificultaba la aplicación general de la sentencia por parte del INSS.

3.º. Con la **sentencia de 28 de noviembre de 2005**, el TS completa su doctrina, resolviendo acerca de la posible responsabilidad de la ONCE, en cuanto a la diferencia resultante en la pensión a consecuencia de haber cotizado la empleadora por los vendedores de cupón como si se tratase de un representante de comercio, cuando lo procedente hubiera sido hacerlo sin el tope previsto para tales representantes.

Apoyándose en pronunciamientos anteriores de la propia Sala de lo Social, decide el TS que **es la entidad gestora la que debe responder de esas diferencias provocadas por la infracotización** puesto que no ha habido fraude ni ocultación por parte de la empresa, sino que

ésta cotizó de forma que la Administración de la Seguridad Social aceptó como correcta.

A continuación se reproducen los fundamentos de derecho segundo a cuarto de la sentencia de 28 de noviembre de 2005:

SEGUNDO. Tal como ya señalábamos en nuestra Sentencia de 7 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7638) (Recurso 1428/03, votada en Sala General), mientras la ONCE ha venido otorgando tradicionalmente a los vendedores del cupón pro ciegos la consideración de representantes de comercio, la Sentencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 9646) (Recurso 1737/99) declaró que la verdadera naturaleza de la relación existente entre los expresados vendedores y su empleadora era la correspondiente a un contrato de trabajo de carácter común, y no la mencionada de representantes de comercio. Como resumen del proceso evolutivo acerca del reflejo que en la cotización ha tenido la calificación jurídica del vínculo existente entre la ONCE y sus vendedores, cabe señalar que ante la ausencia de normativa estatal que calificara de forma específica la naturaleza jurídica de la relación existente entre los agentes vendedores del cupón pro ciegos y la ONCE, dicha relación fue calificada como integrante de la de carácter especial prevista en el art. 2.1.f) del ET (RCL 1995, 997), por parte de los primeros Convenios Colectivos concertados entre la expresada patronal y sus trabajadores [el primero de ellos, publicado en el BOE de 8 de junio de 1984 (RCL 1984, 1520), así lo establecía en su art. 42.2], y de conformidad con dicha calificación, mutuamente aceptada, vino también mostrando la Seguridad Social su anuencia a la cotización conforme al aludido Sistema especial. A partir de la citada Sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 2000 (Recurso 1737/99) que, como antes se ha dicho, calificó de común u ordinaria la relación de trabajo que nos ocupa, los negociadores del Undécimo Convenio Colectivo de la ONCE, publicado en el BOE de 20 de agosto de 2001 (RCL 2001, 2168), acogieron ya la calificación otorgada por la doctrina unificada por parte de este Tribunal Supremo, y en la Disposición Final de este Convenio se establece que los efectos de esta nueva situación se producirán a partir del 1 de octubre de 2001. Y (en lo que aquí interesa) también la Tesorería General de la Seguridad Social dictó instrucciones en el sentido de que, desde la fecha indicada, la cotización de estos trabajadores se lleve a cabo conforme a

la normativa correspondiente a los trabajadores ordinarios del Régimen General, dentro del Grupo 5.º de cotización.

Nuestra reseñada Sentencia de 7 de octubre de 2004 (Rec. 1428/03) resolvió la cuestión relativa a si la base reguladora de una pensión (de incapacidad permanente en aquel caso) devengada por un vendedor del cupón pro ciegos debería fijarse en función de lo cotizado en la forma antedicha, esto es, asimilando al vendedor a un representante de comercio, o si, por el contrario, tal base reguladora debería cuantificarse de acuerdo con lo debido cotizar conforme a lo que había decidido la también citada Sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 2000 (Recurso 1737/99). Se adoptó la segunda de las soluciones expresadas, otorgándose eficacia ex tunc a la Sentencia del año 2000, con base en que tal resolución no podía considerarse como constitutiva, sino que era declarativa, como interpretadora que había sido de preceptos que resultaban aplicables desde que fueron promulgados y no meramente desde que la aludida resolución los había interpretado. Pero nada pudo decidirse en aquella ocasión acerca de la posible responsabilidad de la empleadora como consecuencia de haber cotizado de la forma en que lo había hecho, siendo ahora cuando por primera vez hemos de pronunciarnos sobre esta cuestión.

TERCERO. A través de un único motivo, conducido por la vía de la letra e) del art. 205 de la LPL (RCL 1995, 1144, 1563), señala la recurrente como infrin-gida la jurisprudencia de esta Sala que cita a lo largo del razonamiento a cuyo través defiende su tesis en el sentido de ausencia de responsabilidad para ella en supuestos como el presente.

Esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia de 18 de septiembre de 1980 (RJ 1980, 3469), ha venido señalando que, si no ha existido fraude u ocultación, o si ha habido error en la base cotizada, o ha existido cualquier otra anomalía, pero se ha cotizado de forma que haya encontrado correcta la administración de la Seguridad Social, no puede alcanzar ninguna responsabilidad a la empresa, sino que es la Entidad Gestora la que debe responder. Esta doctrina ha sido seguida por varias resoluciones posteriores, siendo de citar, por todas, las Sentencias de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1436) (Rec. 694/99), 29 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2414) (Rec. 1106/99), y 5 de abril de 2001 (RJ 2001, 4884) (Rec. 1838/00), cuya doctrina puede resumirse diciendo que la Sala ha entendido que, de confor-

midad con lo dispuesto en el art. 94.2.b) de la LGSS/1966 (RCL 1966, 734, 997), que sigue estimándose aplicable con carácter reglamentario mientras no se desarrolle el art. 126.2 de la LGSS (RCL 1994, 1825) vigente, la responsabilidad por las prestaciones que deriven de accidente de trabajo recae sobre el empresario que de forma reiterada ha dejado de cumplir con su obligación de cotizar, distinguiendo a tal efecto los supuestos de descubierto ocasional (en los que por su intrascendencia la responsabilidad sería de la Entidad Gestora o Colaboradora), de aquellos otros reiterados, duraderos y por ello calificables de rupturistas, por encubrir un verdadero incumplimiento de la obligación de cotizar (en los que la responsabilidad recae sobre la empresa). Doctrina que debe ser aplicable también a todas las prestaciones contributivas, aunque no deriven de accidente de trabajo, pues también la cuantía de estas prestaciones se fija en función de lo cotizado.

Conforme a lo antes dicho, debe llegarse a la conclusión en el sentido de que en aquellos supuestos, como el presente, en los que la ONCE ha venido cotizando en todo momento en los términos resultantes de los sucesivos convenios colectivos y con la plena anuencia de la Administración de la Seguridad Social, no debe alcanzar a dicha empresa responsabilidad alguna en cuanto a las diferencias de pensión resultantes, sino que tal responsabilidad ha de asumirla el INSS. Ello sin perjuicio del posible derecho de éste a reclamar de aquélla las correspondientes diferencias de cuotas, en la parte no prescrita, cuestión ésta sobre la que aquí no podemos pronunciarnos, al no resultar objeto del recurso.

CUARTO. De lo razonado resulta que la doctrina correcta es la contenida en la resolución de contraste. Al haberse apartado de ella la recurrida, procede casar esta última y resolver conforme a la ortodoxia doctrinal el debate planteado en suplicación [art. 226.2 LPL (RCL 1995, 1144, 1563)]. A este respecto, habremos de estimar el recurso de esta última clase, exonerando a la empresa de la responsabilidad que la resolución aquí combatida le impuso. Pero a la hora de cuantificar la base reguladora de la pensión del actor, no podemos rebasar la suma de 1.036,60 euros mensuales que la Sala de suplicación le señaló, pues dicho actor no ha impugnado la sentencia de suplicación, de tal suerte que incurriríamos en incongruencia si ahora concediéramos una cantidad mayor que aquella con la que el demandante se aquietó. ●

INTERNACIONAL

RUMANÍA

Con vistas a la próxima incorporación de Rumanía a la Unión Europea, los diputados de ese país han aprobado la Ley sobre jubilación, elemento imprescindible para su acceso a la Europa comunitaria. Esta Ley prevé una ampliación del fondo de pensión y establece un nuevo sistema de subdivisión de niveles de cuotas de cotización. Los empresarios tendrán que pagar una cuota mensual del 0,25% para la creación de un fondo de garantía. El sistema público de pensiones rumano necesita una reforma rápida y realista para evitar que el Estado siga pagando el déficit, cada vez mayor, que presenta. El número de trabajadores en activo ha pasado de 8,5 millones, en 1990, a 2,5 millones en 2005; por el contrario, el 18% de la población tiene más de 65 años y se prevé que este porcentaje aumente hasta el 30% en 2020. Se espera que la nueva ley sobre jubilación contribuya a impulsar esta reforma, así como la introducción de un sistema de fondos privados de pensión, que podría estar activo a partir de mediados de 2007.

PERÚ

Según un informe del Defensor del Pueblo peruano, el 77% de las personas mayores de 65 años se encuentran fuera de los sistemas de previsión, tanto del público (SNP) como del privado (SPP). El origen de esta falta de cobertura reside en las nuevas formas de contratación laboral y en el hecho de que la economía haya generado miles de pequeñas empresas con trabajadores informales. En la actualidad, el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) está en quiebra, porque las aportaciones de los trabajadores en activo no son suficientes para cubrir el pago a los pensionistas. El Gobierno está trabajando en una ley que pueda permitir que los afiliados del sistema privado se pasen al sistema nacional, pero este hecho generaría un desequilibrio fiscal, que debería ser financiado con más impuestos y, a la vez, reduciría el fondo privado de pensiones de forma muy seria.

ECUADOR

El Banco Central de Ecuador (BCE) ha presentado, ante el Congreso de aquel país, la situación de la seguridad social ecuatoriana en su realidad más negativa, refiriéndose a ella como catastrófica y de bancarrota. De acuerdo con este informe, las tres entidades de seguridad social que operan en Ecuador, no tienen suficiente patrimonio para cubrir las obligaciones con sus afiliados. El Banco Central considera que,

para sostener el actual nivel de pensiones, el aporte de los trabajadores debería ser del 17,2% y no del 9,15% actual. Este nivel de aportación es el recomendado a pesar de que el Estado contribuye con el 40% de las aportaciones y los empresarios entregan el 9,15%.

PANAMÁ

Desde el pasado 1 de enero de 2006 entró en vigor la nueva ley de pensiones en Panamá. Esta ley mantiene el régimen de reparto y ofrece al asegurado la libertad de elegir el momento más adecuado para retirarse, dentro de unos límites que oscilan entre los 55 y 70 años para las mujeres y los 60 y 70 años para los hombres, con un mínimo de 180 cuotas cotizadas. La pensión que recibirá mensualmente el jubilado equivaldrá al 60% de su salario y su cuantía se calculará en función de los 7 años de cotizaciones más elevadas, hasta 2009, ampliándose este período hasta los 10 años, a partir de 2010. Las cotizaciones de trabajadores y empresarios también sufrirán un incremento gradual. Para los primeros, los incrementos serán los siguientes: pasarán del actual descuento del 7,25% al 8%, en enero de 2008, al 9% en 2011 y al 9,75%, a partir de 2013. Los empresarios, por su parte, pagarán el 11,50% en 2008 (actualmente cotizan un 10,75%), el 12% en 2011 y el 12,25% en 2013.

PAÍSES BAJOS

El sistema holandés de seguridad social pretende recortar el gasto en prestaciones. Por un lado, intenta evitar las jubilaciones anticipadas de los empleados públicos y, por otro, continúa en su lucha contra el fraude cometido en el cobro de pensiones. En el primero de los casos, debe recortar el número de personas que optan por retirarse anticipadamente, en especial docentes y funcionarios que, el pasado año, supusieron un aumento del 56%. Sin embargo, este intento es difícil de conseguir puesto que el retiro anticipado es un instrumento utilizado por los diferentes ministerios estatales para reorganizar sus plantillas de personal. En el segundo punto, en la lucha contra el fraude, se está persiguiendo a los perceptores de una pensión general de vejez que ocultan que conviven con otra persona, lo cual supondría una rebaja de la cantidad a percibir: 872 euros al mes para una persona sola y 595 euros si convive con otra. Se calcula que el fraude asciende a los 4,4 millones de euros, lo que significa un aumento del 10% respecto al año 2004.

GRECIA

Grecia necesita una reforma urgente de su sistema de seguridad social. En el caso de que la situación no cambie, el gasto en este capítulo aumentaría, para el año 2050, hasta el 25% del Producto Interior Bruto (actualmente es del 12,5%), proyección insostenible y por la que el Primer Ministro, Sr. Karamanlis, ha encargado la reforma del sistema a sus ministros de Economía y Hacienda y de Trabajo y Seguridad Social. Para lograr esta reforma el Gobierno se propone seguir el modelo escandinavo basado en conseguir soluciones estables y duraderas a través de un amplio acuerdo político y social. Obviamente tendrán que partir de la realidad actual: por un lado, una previsión demográfica que prevé el aumento de los mayores de 65 años hasta el 53% de la población en 2050 y, por otro, las características propias del sistema, que presenta numerosas categorías de trabajadores que se jubilan con muy pocos años, produciendo un desequilibrio, cada vez mayor, entre trabajadores y jubilados. La Comisión Europea ha sugerido a Grecia que elimine las pensiones anticipadas y que aumente la edad de jubilación, entre 3 y 10 años para los hombres y entre 5 y 15 para las mujeres. Una de las primeras medidas tomadas ha sido la de establecer la jubilación a partir de los 65 años para las personas que empezaron a trabajar después de 1993.

FRANCIA

Los datos económicos del sistema francés de seguridad social presentan una mejoría respecto de años anteriores. La causa de esta situación hay que buscarla en el seguro de enfermedad, que ha ralentizado la progresión de sus gastos, a excepción del apartado de medicina ambulatoria, y va a permitir que el déficit de este seguro pase de 8 a 6,1 mil millones en el año 2006. No obstante lo anterior, el Estado francés continúa buscando soluciones a la financiación de la protección social y ha anunciado la reforma de las cotizaciones empresariales, haciéndolas depender no sólo de los salarios sino también del "valor añadido de las empresas". La propuesta consiste en trasvasar una parte de las cuotas patronales salariales a esta nueva cuota y el presidente, Sr. Chirac, anunció esta medida para favorecer a las empresas que emplean a trabajadores en Francia, ya que cuantos más despidos realizan y más se deslocalizan las empresas, menos cuotas abonan. Las respuestas a esta nueva medida no se han hecho esperar y, en líneas generales, los sindicatos la apoyan mientras que el sector patronal la rechaza, por considerarla perjudicial para las empresas con mayor capital y más altas inversiones, aunque con menos trabajadores contratados.

CHILE

La nueva Presidenta de Chile, Michelle Bachelet, ha puesto en marcha varias medidas en el ámbito de la pro-

tección social. Una de ellas es la ampliación de la gratuidad de la salud para los mayores de sesenta años, a partir del 15 de marzo de 2006. Esta gratuidad supone que serán unas 130 mil personas más las que tendrán acceso a la atención en hospitales y otros servicios. La segunda medida está relacionada con las pensiones y consiste en el incremento de sus cuantías en un 10%. Un proyecto de ley ha sido remitido al Parlamento y en él se regula la subida de las pensiones mínimas y asistenciales y, también, las que sin pertenecer a estas categorías, son pensiones bajas. Esta medida supondría un gasto de 180 millones de dólares para este año, que serían financiados con el superávit fiscal a disposición del Gobierno.

BOLIVIA

Se preparan cambios en el sistema boliviano de seguridad social. El nuevo Gobierno del presidente Evo Morales ha dispuesto el incremento, en un 5,7%, de la masa salarial que se paga a los jubilados, con lo que 134.000 pensionistas podrán percibir un aumento en sus rentas. Por otro lado, se está estudiando rebajar la edad de jubilación y establecer una pensión superior al 70% del salario básico. En cuanto al servicio de salud, se ha puesto en práctica una atención gratuita para la mujer, en lo que a cuestiones reproductivas y de tratamiento del cáncer de útero se refiere. También, pero más a largo plazo, el Gobierno tiene un plan para unificar todas las cajas de salud, incluyendo a las privadas, para convertirlas en una sola que se denominará Servicio Nacional de Salud, con la finalidad de que todos los bolivianos tengan el mismo beneficio.

AUSTRIA

Las empresas austriacas pagan cada vez con más retraso las cotizaciones que deben a la seguridad social y, a veces, no efectúan el pago de las mismas. La Ministra de Asuntos Sociales ha confirmado que las Cajas de enfermedad tienen cada vez más dificultades para recaudar las cotizaciones a la seguridad social o las cobran con retraso. A finales de 2005 la deuda de las empresas con el sistema ascendía a 925,9 millones, una tendencia que se asocia con el aumento de empresas ficticias, especialmente en el sector de la construcción. Debido a esta situación se dictaron el pasado año 128.632 órdenes de ejecución y se tramitaron 9.200 procedimientos de quiebra. Desde 1998 se ha triplicado el volumen de las cotizaciones que no pudieron ser recaudadas y se estima que, si todas las empresas hubieran cotizado por sus colaboradores en el año 2005, las Cajas de enfermedad hubieran cerrado el ejercicio con un superávit de 120 millones.

Información obtenida de los documentos elaborados por la Subdirección General de Relaciones Sociales Internacionales, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y de la prensa nacional.

AGENDA

CONVOCATORIAS

5.ª Conferencia Internacional de Investigación en Seguridad Social

La seguridad social y el mercado de trabajo: ¿un desfase irreconciliable?

El papel de la seguridad social en el mercado de trabajo y en las políticas de empleo

Varsovia, Polonia

5-7 de marzo de 2007

Esta Conferencia, organizada por la Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS) y auspiciada por la Institución del Seguro Social de Polonia (ZUS), se centrará en los retos que los mercados de trabajo, cada vez más flexibles, inseguros y globalizados, plantean a la seguridad social, y en el papel que puede desempeñar la seguridad social en el apoyo a las políticas de empleo.

Para ser incorporado a la lista de difusión de la Conferencia, sírvase enviar un correo electrónico a ISSARC@ilo.org que mencione "lista de difusión" como referencia.

LIBROS

Seguridad Social: hacia una confianza renovada

Editores: Richard Levinsky, Roddy McKinnon

Publicado por la Asociación Internacional de Seguridad Social

2005, 207 páginas.

ISBN 92-843-3173-0

La mayor parte de este volumen incluye el informe redactado para la sesión plenaria "Evolución y tendencias" de la 28.ª Asamblea General de Beijing, en 2004. El apéndice contiene versiones abreviadas de las intervenciones presentadas por los expositores durante dicha plenaria. A partir de ejemplos de importantes evoluciones y tendencias a escala nacional e interna-

cional, en este libro se subraya la existencia de una confianza renovada respecto a las políticas y prácticas de la seguridad social, para contribuir a un desarrollo económico y social sostenible.

2000 soluciones de Seguridad Social

Editorial: Cisspraxis

Madrid 2006, 770 páginas.

ISBN: 8471978601

Responde a los problemas diarios en el ámbito de la seguridad social a través de un planteamiento de pregunta-respuesta. La estructura es la siguiente: 1. Título de la cuestión referenciada para su localización. 2. Planteamiento del problema obtenido de la realidad profesional o práctica. 3. Solución o respuesta dada por los autores, en un lenguaje directo, claro y fácilmente comprensible. 4. Fundamentación normativa o jurisprudencial, o bien el criterio de la Administración de la Seguridad Social para que el lector pueda ampliar, si lo precisa, la solución indicada por los autores. La obra cuenta con 3 índices: sistemático, analítico y de abreviaturas. Incorpora las últimas novedades normativas en materia de seguridad social.

Derecho transitorio de la Seguridad Social

Autora: M.ª Gema Quintero Lima

Editorial La Ley

2006, 610 páginas.

Obra interdisciplinaria, y de carácter bidireccional, que analiza el fenómeno de la sucesión normativa en materia de Seguridad Social, donde se concentran los problemas referidos a la vigencia, entrada en vigor, aplicabilidad, duración, observancia y derogación de la norma. Se completa con una selección de jurisprudencia, esquemas, ejemplos, etc., que guían al lector hacia la normativa aplicable a situaciones concretas y unos cuadros y tablas de vigencias, sucesiones normativas y períodos transitorios.

Gestión del fondo de reserva de la Seguridad Social

El Gobierno está estudiando la posibilidad de entregar una parte del fondo de reserva de la Seguridad Social a la gestión privada, para diversificar sus inversiones. Este estudio corre a cargo de técnicos de los Ministerios de Trabajo y de Economía, que están realizando un informe de propuestas para mejorar la gestión y aumentar la rentabilidad de los activos del fondo de reserva. Hasta ahora, este fondo tiene acumulados 31.253 millones de euros, con la previsión de alcanzar los 35.500 cuando finalice este año. La rentabilidad del fondo de reserva, durante 2005, fue del 4,92%, un índice bastante alto y comparable a la media obtenida por los fondos de inversión, según Inverco. Sin embargo, el Gobierno está buscando inversiones alternativas a las actuales, que se centran en deuda pública nacional (79,5% del total) y deuda pública extranjera (20,5% restante), debido al elevado volumen que está alcanzando el fondo público de pensiones. En el caso de que saliera adelante esta propuesta, el Secretario de Estado de la Seguridad Social, Octavio Granado, ha dejado claro que la cesión de una parte del fondo de reserva a la gestión privada se haría siempre bajo la tutela de la Administración y confía en que también se realice con el acuerdo de los agentes sociales. El sindicato Comisiones Obreras ha anunciado que rechazará de plano esta propuesta.

Ley de Dependencia

El ministro de Trabajo y Asuntos Sociales compareció en el Congreso, el pasado 4 de mayo, para exponer las líneas generales del proyecto de *Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a Personas en Situación de Dependencia*, una ley que configurará el Sistema Nacional de Dependencia como cuarto pilar del Estado del Bienestar, que actuará en todo el Estado español y contará con la colaboración de las Administraciones Públicas. Según los datos del Libro Blanco de la Dependencia, se calcula que hay más de 1.125.000 personas dependientes en España, la mayoría con más de 65 años, aunque esta población continuará en aumento. La futura ley reconocerá el derecho de las personas que no se pueden valer por sí mismas a ser atendidas por el Estado, y garantiza una serie de prestaciones, que se canalizarán bien a través de servicios públicos, bien mediante compensaciones económicas a los familiares que atiendan a las personas dependientes.

La implantación del Sistema Nacional de Dependencia se realizará de forma progresiva durante ocho años y su financiación correrá a cargo de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas. Este Sistema tendrá un importante impacto social, económico y laboral, ya

que se calcula que, en 2015, se habrán creado cerca de 300.000 empleos y los efectos sobre nuestra economía podrían llegar a ser de un 1,56% más en 2010. También se calcula que el retorno fiscal global, por impuestos generales y cotizaciones, llegaría a cubrir hasta dos terceras partes del gasto del Sistema.

La postura de los dos principales sindicatos ha sido muy positiva: Comisiones Obreras considera que la Ley de Dependencia mejorará el sistema de protección social público y UGT afirma que esta ley recoge las propuestas planteadas por los agentes sociales.

En su tramitación parlamentaria el pleno del Congreso ha rechazado las enmiendas a la totalidad presentadas por CiU, PNV y EA. CiU y PNV coincidieron en denunciar la presunta invasión de competencias autonómicas, por parte de este proyecto de ley, en lo que afecta a la prestación de servicios sociales. A partir de 2007, todos los españoles que lo soliciten serán evaluados para determinar su grado y nivel de dependencia y las prestaciones a las que tienen derecho. El Gobierno aspira a obtener el apoyo de Convergencia i Unió, a pesar de que el grueso de su contenido ha sido negociado desde hace meses con Esquerra Republicana de Cataluña e Izquierda Unida.

Sobre la reforma de la Seguridad Social

Incluida en el paquete del diálogo social que el Gobierno ha presentado a sindicatos y patronal, se encuentra la reforma de la Seguridad Social, una batería de medidas con las que se pretende, entre otros objetivos, el de concluir las vías de financiación del sistema. Separar el nivel asistencial del nivel contributivo de protección social. Otro de los objetivos es el de reducir la morosidad y el fraude, intentando conseguir que el índice de morosidad sea inferior al 1% de la deuda y, en cuanto a la jubilación, el Gobierno persigue retrasar el pago de las pensiones. Para ello, la reforma irá orientada a favorecer la permanencia de los trabajadores en el mercado laboral. En la propuesta de negociación se plantea incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral con un aumento del 2% de la pensión por cada año que se retrase el retiro, con variantes adicionales en función de la renta que se perciba y de los años de cotización que se hayan acumulado. También se anuncian mayores exigencias para las jubilaciones parciales y anticipadas, con el objeto de evitar que las empresas enmascaren despidos a través de estas figuras. La patronal y los

sindicatos estudiarán estas y otras propuestas planteadas, aunque UGT continúa en su postura de oponerse al aumento del número de años exigidos al trabajador para calcular su pensión de jubilación, que ahora está en los últimos quince de la vida laboral.

Este paquete de reformas de la Seguridad Social, que se presenta después de alcanzado un pacto para la reforma laboral, obedece a las recomendaciones de la Comisión Europea, en las que se insta a España a modificar su sistema de pensiones, para hacer frente al envejecimiento de la población. Aunque, en la actualidad, se reconoce que la situación presupuestaria española es sana y la política fiscal está encaminada a cumplir con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la Unión Europea, preocupa que el gasto público en pensiones aumentará cuatro puntos para el 2030 y se incrementará más de ocho puntos a partir de 2050, preocupación que se debe al dinamismo de la economía española basada, casi exclusivamente, en el consumo privado y la construcción residencial, pero con un marcado desequilibrio exterior.

La entrada de inmigrantes y el futuro del sistema de pensiones

El último informe trimestral de la consultora PricewaterhouseCoopers (PWC), denominado Consenso Económico, revela que el tópic de que la llegada de inmigrantes al mercado laboral español garantizará la sostenibilidad del sistema de pensiones, comienza a perder adeptos. Este informe analiza las expectativas de expertos y empresarios relativas al período marzo-junio de 2006.

La gran mayoría de los encuestados, el 90,3%, considera que la entrada de casi 5 millones de inmigrantes desde 1999 no ha resuelto el futuro del sistema público de pensiones y alerta sobre la necesidad de reformas en los próximos 25 años. La mitad de los consultados estima que se deberían combinar

las reformas paramétricas –las que afectan a los tipos de cotización, edad de jubilación, revalorización de las pensiones y cálculo de la base reguladora– con las reformas estructurales y un aumento de los incentivos fiscales para los planes de pensiones voluntarios y de empresa.

En el aspecto de las reformas estructurales, la opinión de los encuestados se encuentra bastante dividida: un 33,6% es partidario del modelo sueco de cuentas nacionales y gestión pública; el 23%, del sistema británico de cuentas de capitalización individual canalizadas a través de los planes de empresa, y un 21,1%, del modelo chileno de cuentas de capitalización individual y gestión privada.

RESÚMENES

EN ESTA PÁGINA SE RECOGEN LOS RESÚMENES DE LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN EL N.º 14 DE NUESTRA REVISTA. TODOS ELLOS CORRESPONDEN A INTERVENCIONES PRONUNCIADAS EN LAS III JORNADAS TÉCNICAS DE SEGURIDAD SOCIAL, ORGANIZADAS POR LA ASOCIACIÓN PROFESIONAL DEL CUERPO SUPERIOR DE TÉCNICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DEDICADAS A LAS FUNCIONES DIRECTIVAS Y CELEBRADAS EN LA MANGA DEL MAR MENOR LOS DÍAS 25 Y 26 DE MAYO DE 2005. LOS DOS ÚLTIMOS RESÚMENES REFLEJAN LOS TEXTOS PRESENTADOS A DEBATE, POR LOS RESPECTIVOS PONENTES, EN UNA MESA REDONDA PROGRAMADA PARA FOMENTAR LA PARTICIPACIÓN DE LOS ASISTENTES.

Domingo Andrés Sánchez Navarro

LOS TÉCNICOS SUPERIORES DE SEGURIDAD SOCIAL Y LAS FUNCIONES DIRECTIVAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Foro SS, n.º 14 (dic. 2005), pp. 4-16

Estudio de la relaciones entre política y administración, en lo que afecta a los puestos directivos de las administraciones públicas. El estudio parte de los fundamentos legales existentes, para la provisión de dichos puestos, y dedica la mayor parte de su contenido a la descripción de la función directiva dentro de la Administración de la Seguridad Social, realizada a través de los directores, secretarios y subdirectores generales y de los directores provinciales. Por último, se hace referencia al Estatuto de la Función Pública, en preparación actualmente, instrumento que, a juicio del autor, debería de abordar varias cuestiones fundamentales relacionadas con los directivos públicos. Se concluye expresando la necesidad de dar el paso definitivo para cambiar el sistema clientelar existente, en la provisión de puestos directivos, por otro de naturaleza profesional.

Francisco Javier Calderón Pastor

LAS FUNCIONES DIRECTIVAS EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: PUNTOS CRÍTICOS (DINÁMICA DE GRUPOS)

Foro SS n.º 14 (dic. 2005), pp. 17-24

Planteamiento al auditorio de varios puntos críticos relacionados con las funciones directivas, partiendo de la realidad y de las prácticas administrativas. El objetivo de este planteamiento es el de estimular la reflexión y la participación de los asistentes, para elaborar un resumen con sus aportaciones. De cada uno de los puntos críticos presentados se comentaban sus principales valores y las áreas de mejora. Dichos puntos críticos son: 1) determinación de los puestos directivos, 2) reserva de los puestos directivos a cuerpos de funcionarios, 3) forma de provisión y criterios que deberían tenerse en cuenta, 4) formación del personal directivo dentro de la Organización, 5) cese y 6) retribuciones. El resumen de las aportaciones de los participantes se encuentra en una tabla al final de la exposición.

Heraclio Corrales Romeo

EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DIRECTIVAS EN IBERMUTUAMUR

Foro SS n.º 14 (dic. 2005), pp. 25-28

Presentación de las funciones directivas en un Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Estas funciones directivas se enmarcan en el ámbito de actuación de las Mutuas que engloba la protección del accidente de trabajo, el control de procesos en baja por contingencia común, y la prevención de riesgos laborales. La actividad directiva de las Mutuas se realiza dentro de una gestión profesionalizada basada en la formación, el chequeo permanente de la calidad gestora, la racionalización de los procesos y sistemas de gestión, la incorporación de nuevas tecnologías y el sistema de gestión por competencias. Todos estos elementos son considerados prioritarios en el desempeño de las funciones directivas para poder obtener los resultados deseados de eficiencia, calidad y compromiso social.

Alberto Palomar Olmeda

PAUTAS PARA EL DISEÑO DE UN ESTATUTO DE DIRECTIVO PÚBLICO PARA LAS ADMINISTRACIONES CONVENCIONALES

Foro SS n.º 14 (dic. 2005), pp. 29-49

Reflexiones en torno a las funciones de los directivos de la administración pública que no se encuentran incluidos en las funciones del Gobierno. Tomando como punto de partida el artículo 103.3 de la Constitución, se presentan algunos elementos esenciales que debe contemplar el régimen de los directivos públicos, así como las pautas básicas para un estatuto de directivos. Posteriormente se realiza un análisis de las funciones directivas en el ámbito local, por las peculiaridades que éste ofrece y, por último, se indican las pautas aportadas por el informe de la Comisión para la preparación del Estatuto del Empleado Público, en relación con un modelo para directivos. En las conclusiones se destacan las insuficiencias actuales para establecer un sistema de directivos públicos.

María José Tarrero Martos

ADAPTACIÓN DE LA FUNCIÓN DIRECTIVA EN LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL AL SIGLO XXI

Foro SS n.º 14 (dic. 2005), pp. 50-55

Se presenta el modelo de renovación iniciado en la Tesorería General de la Seguridad Social, desde mediados de 1990, haciendo una referencia específica al personal directivo. La primera parte de la exposición se dedica a encuadrar las características básicas que debe de tener un directivo en la actualidad y, a continuación, se comenta el modelo empleado, cuya herramienta principal son las autoevaluaciones del modelo de excelencia europeo (EFQM). Los objetivos perseguidos son, entre otros, los de generar una cultura de servicio dentro de la organización, definir un modelo de calidad al que dirigirse y dibujar un estilo de dirección desde la participación. Aunque las autoevaluaciones no se han realizado en todos los departamentos de la Tesorería, los resultados obtenidos para el criterio 1, referido al liderazgo, indican una alta valoración de los directivos.

Francisco Javier Velázquez López

LAS FUNCIONES DIRECTIVAS EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

Foro SS n.º 14 (dic. 2005), pp. 56-59

Se describe, brevemente, el régimen de los directivos públicos, siguiendo lo estipulado por la LOFAGE, y se plantea la necesidad de lograr un equilibrio entre política y administración. La LOFAGE establece un marco muy general para abarcar toda la función directiva en la Administración General del Estado, marco que no responde a la necesidad de establecer un segmento directivo profesionalizado, diferente de los altos cargos nombrados entre la clase política. Sin embargo, la articulación legal de la figura del directivo público resulta compleja porque ha de adaptarse a las distintas administraciones públicas y a una amplia variedad de funciones. El principal interrogante planteado es si se ha de crear una carrera específica para los órganos directivos o si ha de buscarse un sistema más flexible.

Fidel Ferreras Alonso

EL MODELO EUROPEO DE CALIDAD Y LOS ESTILOS DIRECTIVOS

Foro SS n.º 14 (dic. 2005), pp. 60-77

Acercamiento a los estilos directivos desde perspectivas genéricas y con vocación proyectiva, partiendo de las posibilidades que ofrece el Modelo Europeo de Gestión de Calidad. Se presentan, en primer lugar, el concepto y el alcance de los estilos directivos para hacer, después, una breve referencia al Modelo Europeo de Gestión de Calidad y pasar al núcleo de la exposición, centrada en el liderazgo y en los entornos competenciales de los directivos. Para este último punto se desarrollan los siguientes epígrafes: dirigir por prioridades, gestionar la lealtad, promover la implantación de la innovación y el aprendizaje, transmitir y asentar los valores y la cultura organizacional desde consideraciones éticas, gestionar alianzas e interacción social. El autor considera que todos estos factores de competencia directiva deben incluirse en una configuración globalizadora y moderna del marco competencial.

Javier Aibar Bernard

LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: UNA FUNCIÓN DIRECTIVA ORIENTADA A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Foro SS n.º 14 (dic. 2005), pp. 78-83

Ponencia dividida en tres partes, precedidas por un marco general de encuadramiento de la función directiva. La primera parte se dedica a valorar la planificación en el sector público y, más concretamente, en la Tesorería General de la Seguridad Social, y en ella se destacan la definición de directivo y la dirección por objetivos. La segunda trata sobre las estrategias que se deben establecer en el entorno de la Administración para mejorar la calidad de los servicios prestados y, por último, la tercera hace referencia a las acciones emprendidas por la Tesorería en la planificación de la función directiva; en este punto se hace referencia a las nuevas tecnologías y a los proyectos de futuro.

Conclusiones

LAS FUNCIONES DIRECTIVAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Foro SS n.º 14 (dic. 2005), pp. 84-88

Conclusiones de las III Jornadas Técnicas de Seguridad Social enmarcadas en cinco grandes áreas relativas a las funciones directivas: 1) Carrera directiva. Incluye significación y garantías. 2) Funciones directivas en la Seguridad Social. Incluye extensión y contenido, ámbito de aplicación y requisitos subjetivos preferentes. 3) Puestos directivos. Incluye delimitación y puestos considerados con carácter directivo. 4) Sistemas de acceso a los puestos directivos y pre-directivos. Incluye principios básicos y sistema mixto. 5) Ceses. Incluye propuestas generales y reingreso al servicio activo. Junto a estas conclusiones se presentan dos paquetes de medidas urgentes relacionadas con la presencia institucional de la Asociación de Técnicos, para tratar temas que competen a los asociados, y con la adecuación inmediata de niveles de complemento de destino.

Ramón Jáuregui

ENVEJECIMIENTO, CAMBIO SOCIAL Y MODELOS DE PROTECCIÓN SOCIAL

Foro SS n.º 14 (dic. 2005), pp. 89-93

Se presenta la situación actual del modelo de bienestar en España y los países de nuestro entorno, así como las alternativas posibles para mantener un sistema de protección haciendo frente a los cambios de la sociedad. A lo largo del siglo pasado se construyeron modelos sociales de bienestar fruto de una lucha entre los trabajadores y los poderes políticos y económicos. Estos modelos se están viendo alterados por la ofensiva ideológica neoliberal, por la revolución tecnológica, por la globalización económica, los movimientos migratorios y los cambios demográficos y familiares. Las consecuencias más inmediatas son la reducción del gasto social y la devaluación de las condiciones de trabajo, por lo que las medidas de reforma se deben encaminar a lograr el pleno empleo, favorecer la inmigración regular, huir del catastrofismo en seguridad social y mejorar las políticas familiares.

Vicente Martínez-Pujalte

ENVEJECIMIENTO, CAMBIO SOCIAL Y MODELOS DE PROTECCIÓN SOCIAL

Foro SS n.º 14 (dic. 2005), pp. 94-99

Repaso del actual sistema de pensiones español y reflexiones sobre la necesidad de impulsar la previsión social complementaria, señalada en la base 14 del Pacto de Toledo. Dentro de los servicios esenciales básicos que integran el estado de bienestar se encuentra el sistema de pensiones construido en tres niveles. Uno, el de las prestaciones no contributivas. El segundo, de aportación obligatoria, en el que los activos mantienen a los pasivos, y un tercer nivel, privado, basado en la capitalización y con incentivos fiscales, que puede ser individual y colectivo. Ante los cambios sociales que se están produciendo es necesario reformar el sistema de pensiones desarrollando más la previsión social complementaria, para lograr que, tras la jubilación, todos puedan percibir una pensión pública en una mano y una complementaria en la otra.

Eficiencia Social

es compromiso



EFICIENCIA SOCIAL:

- Por aportar 35 millones de euros a la mejora de la prevención de riesgos laborales y de las pensiones públicas en nuestro país.
- Por invertir más de 45 millones de euros en la mejora y renovación del 90% de nuestra red de centros en los últimos tres años.
- Por reducir la siniestralidad en un 25% más que la media española en tres años.
- Por hacer que las empresas y trabajadores asociados a Ibermutuamur registren las menores cifras por absentismo laboral.
- Porque todo esto beneficia a nuestras empresas, trabajadores asociados y a la sociedad en general.

 **ibermutuamur**
Compromiso responsable

www.ibermutuamur.es

Teléfono de atención al cliente
900 23 33 33
Atención las 24 horas del día



Sede Social

Ramírez de Arellano, 27. 28043 Madrid. Tel.: 91 416 31 00